

# Hoofdstuk 1

## Financieren tijdens de pre-pack periode: *do or don't?*

N. (Nina) Le Grand en mr. dr. S. (Samantha) Renssen

### 1.1 Inleiding

Op 26 november 2012 introduceerde de Minister van Veiligheid en Justitie het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht.<sup>1</sup> Volgens de minister is een herijking nodig, omdat zo veel mogelijk voorkomen dient te worden dat het wettelijk kader ertoe leidt dat ondernemingen onnodig in faillissement geraken, met alle sociale en economische gevolgen van dien voor de failliet, zijn werknemers en crediteuren. De pijler versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven poogt een oplossing te bieden voor deze problematiek. Het eerste wetsvoorstel dat in het kader van deze pijler werd ingediend, is het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO I).<sup>2</sup> Op 21 juni 2016 is het wetsvoorstel met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Met de WCO I wordt beoogd een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde pre-pack<sup>3</sup> – door de Nederlandse wetgever ook wel aangemerkt als de stille voorbereidingsfase – in te voeren. Volgens de meest recente brief van de minister betreffende de voortgang van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht is het uiteindelijke doel om de schade die een faillissement kan veroorzaken, zo veel mogelijk te beperken.<sup>4</sup> Voorgesteld wordt dat de rechtbank de mogelijkheid krijgt om op verzoek van een schuldenaar – vóór faillietverklaring – in stilte een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aan te wijzen. De beoogd curator zal een mogelijk faillissement voorbereiden, terwijl de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op eerstgenoemde. Wanneer het inderdaad tot een faillietverklaring komt, zal de rechtbank in de regel de door haar als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen personen aanstellen als curator en rechter-commissaris in het faillissement. Het doel van het wetsvoorstel is het vergroten van de kans op een doorstart van (de rendabele onderdelen van) de onderneming tegen een maximale opbrengst. Dit kan worden bereikt doordat de doorstart in stilte wordt voorbereid en doordat de pre-pack een tijdbesparende procedure is. Een dergelijke voorbereide doorstart zou voordelig zijn voor de crediteuren, waaronder ook de werknemers, omdat een deel van de werkgelegenheid behouden kan worden indien de onderneming going concern wordt doorverkocht.<sup>5</sup>

1. Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74.

2. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 2 (voorstel van wet).

3. Enkele bekende voorbeelden uit de praktijk, waarbij de pre-pack succesvol is toegepast, zijn garnalenleverancier Heiploeg, winkelketen Schoenenreus, lingeriesmerk Marlies Dekkers en het Ruwaard van Putten Ziekenhuis. Zie ook: J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2014.

4. Kamerstukken II 2015/16, 33695, 12.

5. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 6-9.

Hoewel de pre-pack een voor alle bij het faillissement betrokken partijen voordelige procedure lijkt en de voorgestelde regeling in het algemeen goed werd ontvangen, bleek wel behoefte aan een nadere uitwerking, met name ten aanzien van de rol van beoogd curator.<sup>6</sup> Vanuit de insolventiepraktijk werd voornamelijk kritiek geleverd op het voorgestelde art. 365 lid 2 Fw. In dit artikel werd bepaald dat de beoogd curator, indien hem dit gevraagd zou worden door de schuldenaar, zou kunnen verklaren hoe eerstgenoemde in het eventuele faillissement zou oordelen over rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten of voor te bereiden. Een dergelijke verklaring zou in beginsel bindend zijn voor de curator in het faillissement. Op basis van art. 365 lid 2 Fw zou de schuldenaar bijvoorbeeld aan de beoogd curator kunnen vragen te verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de desbetreffende rechtshandelingen na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van art. 42 en 47 Fw.<sup>7</sup> Deze bepaling ziet op het geval waarin de schuldenaar een noodkrediet wil aangaan tegen zekerheidstelling om de onderneming draaiende te kunnen houden totdat de doorstart is gerealiseerd. De kredietverstrekker kan er op deze wijze in beginsel vanuit gaan dat de curator na eventuele faillietverklaring de kredietovereenkomst niet op grond van de actio pauliana zal vernietigen als gevolg waarvan de kredietverstrekker nog steeds een beroep kan doen op het gevestigde zekerheidsrecht. Het is echter de vraag of het in de praktijk vaak zal voorkomen dat gedurende de pre-pack fase een beroep op een noodkrediet zal worden gedaan, mede gelet op de vrij korte termijn van in beginsel twee weken.

Vanwege de door de insolventiepraktijk geleverde kritiek op art. 365 lid 2 Fw (welke in par. 1.2.2 aan de orde zal komen) is deze bepaling uiteindelijk geschrapt. De vraag rijst echter of deze schrapping leidt tot een daling van succesvolle doorstarten, gelet op het risico dat een verschaffer van noodkrediet tijdens een doorstart loopt.

Een kredietverschaffer loopt niet alleen risico wanneer hij noodkrediet tegen zekerheidstelling verschafft, maar reeds in een eerder stadium: het stadium van doorfinanciering tijdens de doorstart. Wanneer de kredietverschaffer wetenschap heeft van een pre-pack, bestaat immers het risico dat zij ontvangen bedragen niet kan verrekenen op grond van art. 54 Fw en daardoor aan de curator dient af te staan.<sup>8</sup>

In deze bijdrage staat de vraag centraal of (door)financieren tijdens de pre-pack een *do or don't* is. Alvorens deze vraag te beantwoorden aan de hand van het verrekeningsleerstuk (par. 1.3), de faillissementspauliana (par. 1.4) en het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen II (par. 1.5), komt de voorgestelde pre-pack aan bod en meer specifiek het geschrapte art. 365 lid 2 Fw (par. 1.2).

6. Zie bijvoorbeeld: A.M. Wolffram-van Doorn & E. Schmieman, 'De Wet Continuïteit Ondernemingen I: een stevige eerste steen voor de nieuwe reorganisatiepijler', *Tvl* 2015/34; M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van Fly on the wall naar spin in het web', *Tvl* 2015/35; F. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803.

7. Voorontwerp memorie van toelichting, Wet Continuïteit Ondernemingen I, p. 21-24.

8. Zie ook: Reactie NVB op consultatie wetsontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I.

## 1.2 De pre-pack en de rol van beoogd curator

Hoewel Tollenaar reeds in 2011 pleitte voor een wettelijke verankering van de pre-pack,<sup>9</sup> krijgt de pre-pack pas met de WCO I een uitdrukkelijke wettelijke grondslag.<sup>10</sup> De WCO I sluit aan bij een praktijk die zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en die door acht van de elf Nederlandse rechtbanken wordt toegepast.<sup>11</sup> In geval van een pre-pack wordt op verzoek van de onderneming, die in ernstige financiële problemen verkeert, door de rechtbank een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen. De beoogd curator onderzoekt daarbij of de desbetreffende onderneming geschikt is voor een doorstart en zo ja, in welke vorm. Verder zal hij alvast een waardering van de onderneming laten opstellen, de boekhouding bestuderen en vervolgens een geschikte overnamekandidaat zoeken. Nadat de nodige voorbereidingen voor een doorstart zijn getroffen, zal het faillissement worden aangevraagd en direct daaropvolgend een doorstart worden gerealiseerd.<sup>12</sup> De wetgever heeft hierbij gekozen voor een kaderregeling bestaande uit procedurevoorschriften die zien op de omstandigheden waaronder een schuldenaar aanstelling van een beoogd curator kan verzoeken (art. 363 lid 1 en 2 Fw), onder welke voorwaarden de rechtbank dit verzoek kan inwilligen (art. 363 lid 3, 4 en 5 Fw) en wanneer deze aanstelling eindigt (art. 366 Fw). Daarnaast worden ook de taken en bevoegdheden van de beoogd curator (art. 364 Fw) en de beoogd rechter-commissaris (art. 365 Fw) wettelijk vastgelegd.<sup>13</sup>

Betoogd wordt dat met behulp van de pre-pack de kans op een doorstart van (de rendabele onderdelen van) de onderneming tegen een maximale opbrengst wordt vergroot. Dit komt enerzijds doordat de doorstart in stilte wordt voorbereid en anderzijds doordat het een tijdsbesparende procedure is.<sup>14</sup> Van een doorstart is sprake wanneer een derde door aankoop van activa uit faillissement de onderneming, of een deel daarvan, voortzet.<sup>15</sup> Rendabele bedrijfsonderdelen worden going concern verkocht, waardoor een hogere opbrengst gerealiseerd wordt en daarnaast veelal een groter deel van de werkgelegenheid kan worden behouden.<sup>16</sup>

Toch kleven er ook nadelen aan de eventuele invoering van de pre-pack in de Nederlandse Faillissementswet. Een van de grootste kritiekpunten is het met de pre-pack gepaard gaande transparantiegebrek. Individuele schuldeisers worden niet betrokken bij de pre-pack procedure.<sup>17</sup> Ook bestaan er – net als in Engeland waar de pre-pack al jaren wordt toegepast<sup>18</sup> – vermoedens van misbruik van de regeling. Zo kan de pre-pack mogelijkwerwijs uitkomst bieden bij het ‘lozen’ van werkne-

9. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack’, *TvI* 2011/23.

10. Het wetsvoorstel WCO I (*Kamerstukken II* 2014/15, 34218) is op 21 juni 2016 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.

11. De Rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg passen de pre-pack niet toe.

12. S. Renssen, ‘De pre-pack: een eenvoudige manier om werknemers te lozen?’, te raadplegen via <http://law.maastrichtuniversity.nl/newsandviews/>.

13. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 2.

14. Zie ook: S. Renssen, ‘De pre-pack: een eenvoudige manier om werknemers te lozen?’, te raadplegen via <http://law.maastrichtuniversity.nl/newsandviews/>.

15. J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en weggevoerd?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 2.

16. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 2.

17. J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en weggevoerd?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 383-388.

18. Zie bijvoorbeeld: D. Kerr, ‘Pre-pack review – reputational risk’, *Credit Management Magazine* 2013, p. 16; J. Willmont FCA, ‘Unwrapping the pre-pack’, *Credit Management Magazine* 2013, p. 20.

mers.<sup>19</sup> Uit recent uitgevoerd onderzoek is echter gebleken dat daarvan in praktijk geen sprake blijkt te zijn. Wel is uit het onderzoek naar voren gekomen dat bij formele reorganisaties – zoals de pre-pack – nauwelijks sprake is van medezeggenschap van de ondernemingsraad en vakbond(en) (voor zover ingesteld en betrokken) ten aanzien van de besluitvorming over de faillissementsaanvraag en de voorbereiding van een mogelijke doorstart. De ondernemingsraad en/of vakbond(en) worden veelal pas geïnformeerd direct voordat of nadat het faillissement wordt uitgesproken.<sup>20</sup> Uiteindelijk is in art. 363 lid 4 Fw echter opgenomen dat wanneer bij wettelijke bepalingen een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, deze de rechtbank aan de aanwijzing van de beoogd curator als voorwaarde verbindt dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging bij de voorbereiding van het dreigende faillissement wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet.<sup>21</sup>

Een laatste punt van kritiek ziet op de waardeopbrengst. Wanneer een doorstart in stilte wordt voorbereid, wordt veelal niet het onderste uit de kan gehaald. Door het ‘stille’ karakter van de pre-pack kan de curator immers niet alle mogelijke gegadigden benaderen. Het is dus maar de vraag of met een doorstart met behulp van een pre-pack wel de hoogst mogelijke opbrengst wordt behaald.<sup>22</sup> Tot slot bestaat het risico dat de kans op concurrentievervalsing toeneemt, wanneer de pre-pack bijvoorbeeld gebruikt (of misbruikt) wordt om de onderneming te saneren en winstgevender te maken.<sup>23</sup>

Het wettelijke kader van de WCO I dient de reeds bestaande pre-pack praktijk te ondersteunen. Het wetsvoorstel dient ertoe bij te dragen dat de mogelijkheden om de uit het faillissement voortvloeiende schade zo beperkt mogelijk te houden optimaal worden benut, terwijl misbruik wordt voorkomen.<sup>24</sup> In dit kader is een belangrijke rol weggelegd voor de rechtbank, die als het ware de poortwachter is tot toelating tot de regeling.<sup>25</sup> Op grond van art. 363 lid 1 Fw kan de rechtbank op verzoek van een schuldenaar die in een situatie dreigt te raken, waarin hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, in stilte een beoogd curator benoemen. De schuldenaar dient daarbij aannemelijk te maken dat de aanwijzing van een beoogd curator ter voorbereiding van een mogelijk dreigend faillissement een meerwaarde heeft. Op grond van art. 363 lid 4 Fw kan de rechtbank bovendien – indien nodig – aan de aanwijzing voorwaarden verbinden, ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, ter versterking van de positie van de

- 
19. R.J. van der Ham, ‘Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack’, *ArbeidsRecht* 2014/28; G. Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: *40XL (liber amicorum M.J.M. Franken)* 2013, p. 81-92 (te downloaden via: [www.vil.nl/nl/liberamicorum](http://www.vil.nl/nl/liberamicorum)).
  20. L.G. Verburg e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, WODC: 2599/624436/15, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht 5 april 2016.
  21. *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 9, Amendement van de leden Recourt en Tanamal, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, gewijzigd voorstel van wet.
  22. B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2013, afl. 6, p. 190-193.
  23. F.F.A. Smetsers, ‘Herijking faillissementsrecht: wettelijke regeling voor de pre-pack op komst’, *Jutd* 2013/21.
  24. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 9.
  25. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 13.

beoogd curator of ter behartiging van de belangen van de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers.

De belangrijkste rol is gereserveerd voor de beoogd curator. Hij is gedurende de ontwikkeling van het wetsvoorstel geëvolueerd van een ‘fly-on-the-wall’ naar een ‘spin in het web’.<sup>26</sup> In het voorontwerp kreeg de beoogd curator nog enkel een rol toebedeeld als toeschouwer, iemand die meekijkt en zich laat informeren maar geen enkele verplichting heeft, buiten geheimhouding.<sup>27</sup> Deze rol lijkt aansluiting te vinden bij de door de rechtbanken ontwikkelde praktijk.<sup>28</sup> Wel kreeg de beoogd curator op grond van art. 365 lid 2 Fw van het voorontwerp de mogelijkheid zich uit te laten over hoe hij als curator in een uiteindelijk faillissement zou oordelen over bepaalde rechtshandelingen van de schuldenaar. Hoewel de bepaling van art. 365 lid 2 Fw is geschrapt, zijn de rol, de taken en de bevoegdheden van de beoogd curator in het huidige wetsvoorstel verduidelijkt in art. 364 Fw.

### 1.2.1 Het voorontwerp: art. 365 lid 2 Fw

In art. 365 lid 2 Fw van het voorontwerp van de WCO I werd bepaald dat de beoogd curator, indien hem dit gevraagd zou worden door de schuldenaar, zou kunnen verklaren hoe eerstgenoemde in het eventuele faillissement zou oordelen over rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten of voor te bereiden. Volgens de minister bracht deze bepaling ‘een wezenlijk element in de verhouding van de beoogd curator tot de schuldenaar tot uitdrukking’, namelijk dat sprake is van een harmonieuze omgang.<sup>29</sup> Met de formulering van het artikel was gegeven dat zelfstandig optreden van de beoogd curator zonder instemming van de schuldenaar niet mogelijk was. Niet duidelijk is welk effect een verklaring op grond van art. 365 lid 2 Fw daadwerkelijk heeft. Volgens de minister zijn de verklaringen in beginsel bindend voor de curator. Dit neemt echter niet weg dat de schuldeisers in het faillissement kunnen opkomen tegen transacties die voor de faillietverklaring met instemming van de beoogd curator zijn verricht of voorbereid. Zo kunnen zij op grond van art. 69 Fw de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen bepaalde transacties die voor de faillietverklaring zijn verricht, te vernietigen door middel van een actio pauliana of transacties die zijn voorbereid, niet te effectueren. Voorts wijst de minister op het risico van persoonlijke aansprakelijkheid. Wanneer verplichtingen zijn aangegaan naar aanleiding van een positieve verklaring van de beoogd curator, waarvan later blijkt dat deze niet kunnen worden nagekomen of wanneer de beoogd curator ten onrechte zijn instemming niet heeft gegeven aan een transactie als gevolg waarvan een doorstart is afgeketst, loopt de curator het risico persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld.

Het voorgestelde art. 365 lid 2 Fw gaf een niet-limitatieve opsomming van verklaringen die de schuldenaar aan de curator zou kunnen vragen. Op grond van sub

26. Bewoording van M.R. van Zanten, ‘De beoogd curator, uitgegroeid van Fly on the wall naar spin in het web’, *TvI* 2015/35.
27. Voorontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen I, p. 4. Te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl/wet\\_continuïteit\\_ondernemingen\\_i](http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i).
28. M.R. van Zanten, ‘De beoogd curator, uitgegroeid van Fly on the wall naar spin in het web’, *TvI* 2015/35.
29. Toelichting bij het voorontwerp, Wet Continuïteit Ondernemingen I, p. 21-22. Te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl/wet\\_continuïteit\\_ondernemingen\\_i](http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i).

a van dit artikellid zou de schuldenaar aan de beoogd curator kunnen vragen te verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de desbetreffende rechtshandelingen na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van art. 42 en 47 Fw.<sup>30</sup> Door middel van een dergelijke verklaring kan de kredietverschaffer er in beginsel van uitgaan dat hij niet het risico loopt dat hij na een eventuele faillietverklaring als gevolg van vernietiging van de kredietovereenkomst op grond van de actio pauliana, geen beroep kan doen op het door hem gevestigde zekerheidsrecht. Op grond van sub b van het voorgestelde art. 365 lid 2 Fw zou de curator op verzoek van de schuldenaar kunnen verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator in een eventueel faillissement goederen zal vervreemden op basis van art. 101 lid 1 Fw. Een doorstart behelst veelal een activatransactie. Wanneer de transactie en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt reeds voor het eventuele faillissement kunnen worden vormgegeven, treedt zo weinig mogelijk waardeverlies op. Op grond van sub c van het voorgestelde art. 365 lid 2 Fw zou de curator, nadat de schuldenaar hierom heeft gevraagd, kunnen aangeven welke voorbereidingen nodig zijn om de nadelige gevolgen van een eventuele faillietverklaring af te wenden of in ieder geval te beperken.

### 1.2.2 Kritiek op en schrapping van art. 365 lid 2 Fw

De kritiek ten aanzien van de rol van de beoogd curator, zoals gepresenteerd in art. 365 Fw van het voorontwerp, is niet mals. Allereerst wordt aangevoerd dat de rol van de beoogd curator in het voorontwerp te summierlijk is omschreven. Zijn taken en bevoegdheden worden in het voorstel niet duidelijk afgebakend.<sup>31</sup> Uit de consultatie blijkt tevens dat grote bezwaren bestaan tegen de mogelijkheid van de beoogd curator om op grond van art. 365 lid 2 Fw een bindende verklaring af te leggen.<sup>32</sup>

De Raad voor de rechtspraak is genadeloos in haar oordeel. Voornamelijk de mogelijkheid van een beoogd curator om zich te binden jegens de schuldenaar door het afgeven van verklaringen over zijn voornemen om in een later faillissement niet over te gaan tot vernietiging van bepaalde rechtshandelingen op grond van de actio pauliana wordt fel bekritiseerd. De Raad voor de rechtspraak draagt aan dat een dergelijke verklaring niet bepalend kan zijn voor de vraag of de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling daadwerkelijk rechtmatig is. De rechtshandeling kan immers, ondanks de 365-verklaring, nog altijd paulianeus of onrechtmatig worden verklaard. Derden kunnen de curator aanspreken op de onrechtmatigheid van de 365-verklaring en de rechter-commissaris kan de curator via art. 69 Fw opdragen toch de actio pauliana in te roepen. Daarnaast zou het afleggen van een dergelijke verklaring haaks staan op de beoogde terughoudende en observerende rol van de beoogd curator en zou bovendien mogelijke aansprakelijkheid van de (beoogd) curator in zijn hoedanigheid (*q.q.*) of zelfs in persoon (*pro se*) kunnen meebrengen.

30. Voorontwerp memorie van toelichting, Wet Continuïteit Ondernemingen I, p. 21-24.

31. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, Raad voor de rechtspraak, pp. 3.3.1. Te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl/wet\\_continuïteit\\_ondernemingen\\_i/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reacties).

32. Als kritiek in consultatie aangedragen door: Raad voor de rechtspraak, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, INSOLAD, VNO-NCW, CMS Derks Star Busmann N.V., Adviescommissie Insolventierecht NOV.A.

De Raad voor de rechtspraak heeft dan ook met klem geadviseerd om art. 365 lid 2 sub a Fw te schrappen.<sup>33</sup>

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak sluit zich aan bij dit standpunt: een rechtshandeling verricht door de schuldenaar, ook wanneer de beoogd curator hierover een bindende verklaring heeft afgelegd, kan na faillietverklaring alsnog worden vernietigd op grond van de actio pauliana via de weg van art. 69 Fw.<sup>34</sup> Ook INSOLAD is geen voorstander van art. 365 lid 2 Fw. Volgens INSOLAD wordt het doel van de kaderregeling van de pre-pack beter gediend door de beoogd curator de volledige vrijheid te geven om al dan niet een door de schuldenaar gevraagde verklaring te geven. Het opnemen van art. 365 lid 2 Fw zou namelijk verwachtingen scheppen die niet passen bij de functievervulling van de beoogd curator. INSOLAD stelt dan ook voor art. 365 lid 2 Fw te schrappen.<sup>35</sup>

De Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) is geheel tegen het invoeren van een wettelijke basis voor de pre-pack, omdat er volgens haar geen lacune in de wetgeving is, die in praktijk tot grote bezwaren leidt. Ten aanzien van de 365-verklaring heeft ook de NOvA kritiek op het mogelijke aansprakelijkheidsrisico van de beoogd curator bij het afleggen van een dergelijke verklaring. Daarnaast is het volgens de NOvA nog maar de vraag of een 365-verklaring ten aanzien van een mogelijke paulianeuze handeling de gewenste zekerheid verschaft aan de kredietverschaffer, omdat zij later alsnog terzijde gesteld kan worden.<sup>36</sup>

Ondernemingsorganisaties VNO-NCW en MKB-Nederland zijn niet zozeer tegen de 365-verklaring, maar zijn van mening dat het artikel, en met name lid 2 sub a daarvan, dient te worden herzien. Volgens de ondernemingsorganisaties kan van een curator niet worden verwacht dat hij zal aangeven dat hij een bepaalde handeling nooit zal vernietigen na faillietverklaring. Wel zijn VNO-NCW en MKB-Nederland van mening dat er een mogelijkheid voor de beoogd curator moet bestaan om een schuldenaar ten tijde van een doorstart voldoende zekerheid te bieden om te handelen. Volgens de ondernemingsorganisaties zou met het oog op het voorgaande de reikwijdte van art. 365 lid 2 Fw dienen te worden uitgebreid naar art. 54 Fw.<sup>37</sup> Ook de Nederlandse Vereniging van Banken mist een verwijzing naar art. 54 Fw in de opsomming van art. 365 lid 2 Fw. Zonder een dergelijke verwijzing zullen de meeste kredietverschaffers niet bereid zijn tijdens de pre-pack periode door te financieren, aldus de Nederlandse Vereniging van Banken.<sup>38</sup>

### 1.2.3 Het nieuwe art. 364 Fw ter vervanging van art. 365 Fw

Het moge duidelijk zijn dat art. 365 lid 2 Fw en de daarin neergelegde verklaring het uiteindelijke wetsvoorstel niet hebben gehaald. De wetgever heeft naar de kritiek geluisterd en is tot een nieuw voorstel gekomen. In het huidige wetsvoorstel zijn de rol, de taken en de bevoegdheden van de beoogd curator vastgelegd in art. 364 Fw. Op grond van art. 364 lid 1 Fw heeft de beoogd curator de taak om een mogelijk

33. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, Raad voor de rechtspraak, pp. 3.3.2.

34. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, p. 6-7.

35. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, INSOLAD, p. 5.

36. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, NOvA, pp. 7 en pp. 9.23-9.30.

37. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, VNO-NCW en MKB-Nederland, p. 5.

38. Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, Nederlandse Vereniging van Banken, p. 5-6.

faillissement voor te bereiden, waarbij hij zowel de belangen van de crediteuren als de belangen van de schuldenaar behartigt. In dat kader zal hij veelal onderzoeken of de desbetreffende onderneming geschikt is voor een doorstart, en zo ja, in welke vorm. Verder zal hij in de meeste gevallen alvast een waardering van de onderneming laten opstellen, de boekhouding bestuderen en vervolgens een geschikte overnamekandidaat zoeken.<sup>39</sup> De beoogd curator neemt een onafhankelijke positie in, zodat hij de belangen van de gezamenlijke crediteuren naar behoren kan behartigen. In dat kader bepaalt art. 364 lid 2 Fw dat de beoogd curator niet gebonden is aan instructies van de schuldenaar noch van een of meer crediteuren. Om zijn taak goed te kunnen vervullen, moet de curator kunnen beschikken over alle relevante informatie. Op grond van art. 364 lid 3 Fw rust op de schuldenaar de verplichting de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn rol of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn. Ook kan de curator ingevolge het vierde lid van voormeld artikel met toestemming van de schuldenaar bij het verkrijgen van inlichtingen derden bevragen of een deskundige vragen onderzoek te verrichten. De door de beoogd curator verkregen informatie mag behalve met de beoogd rechter-commissaris en de rechtbank niet met anderen worden gedeeld, tenzij hiertoe vooraf toestemming is gegeven door de schuldenaar.

### 1.3 Doorfinancieren tijdens de pre-pack periode: verrekening

Een beroep op toelating tot de pre-pack zal in de regel enkel worden gedaan door noodlijdende ondernemingen en zal, met of zonder doorstart, vrijwel altijd eindigen met het faillissement van de onderneming. Het is voor een geslaagde pre-pack van groot belang dat lopende verplichtingen kunnen worden nagekomen. Dat betekent in de regel dat er voldoende krediet voorhanden moet zijn. Om een doorstart van levensvatbare onderdelen te kunnen bewerkstelligen, is immers van belang dat de onderneming tijdens de stille voorbereidingsfase kan doorgaan met de bedrijfsvoering. Voor een kredietverschaffer zou toepassing van de pre-pack echter aanleiding kunnen zijn tot opzegging van de kredietovereenkomst.

De verrekeningsmogelijkheden in faillissement zijn verruimd ten opzichte van de algemene verrekeningsvoorwaarden van art. 6:127 BW.<sup>40</sup> Wanneer een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze voldoet door storting op diens bankrekening, wordt de bank door creditering van dat bedrag debiteur van de schuldenaar, als gevolg waarvan de bank dit bedrag kan verrekenen met de debetstand van de rekening-courant. Verrekening van een dergelijke overgenomen schuld is in faillissement enkel toegestaan wanneer is voldaan aan de vereisten van art. 53 Fw. Er dient sprake te zijn van wederkerigheid en de schuld en de vordering dienen te zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voort te vloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Op grond van art. 54 lid 1 Fw mag de bank echter niet verrekenen wanneer zij bij de overname van de schuld niet te

39. Zie ook: S. Renssen, 'De pre-pack: een eenvoudige manier om werknemers te lozen?', te raadplegen via <http://law.maastrichtuniversity.nl/newsandviews/>.

40. N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 192.



goeder trouw is.<sup>41</sup> Hiervan is sprake wanneer de bank ten tijde van de overname van de schuld wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was.<sup>42</sup> Deze strenge verrekeningsregels gelden niet ten aanzien van door de bank in het zicht van het faillissement of daarna ontvangen girale betalingen ter voldoening van aan de bank stil verpande vorderingen waarvan zij nog geen mededeling heeft gedaan.<sup>43</sup> Op grond van art. 54 lid 2 Fw mogen na de faillietverklaring overgenomen schulden nooit worden verrekend. Het feit dat een beoogd curator is aangesteld, duidt erop dat schuldenaar in een zodanige toestand verkeert dat een faillissement redelijkerwijs binnen afzienbare tijd te verwachten is. Een kredietverschaffer die hiervan weet heeft, is dan niet meer te goeder trouw in de zin van art. 54 lid 1 Fw en mag derhalve betalingen, gedaan op de bankrekening van de schuldenaar, niet meer verrekenen met de debetstand op de rekening-courant. Wanneer de bank deze verrekeningsmogelijkheid ontnomen wordt en hij de ontvangen bedragen zal moeten afstaan aan de curator, is de kans aanwezig dat de kredietverschaffer niet bereid zal zijn te blijven doorfinancieren. Wanneer de financiering wordt stopgezet, zal stillegging van de bedrijfsvoering volgen, waardoor de kans op een succesvolle doorstart sterk afneemt en een faillissement onontkoombaar wordt. Het stille karakter van de pre-pack brengt mee dat de kredietverschaffer niet per definitie op de hoogte is van het feit dat een faillissement aanstonds is. In de praktijk zou het kunnen voorkomen dat de ondernemer ervoor kiest de kredietverschaffer niet op de hoogte te stellen. Op deze manier blijft de kredietverschaffer te goeder trouw in de zin van art. 54 lid 1 Fw en behoudt hiermee zijn verrekeningsbevoegdheid. Daarbij loopt de ondernemer niet het risico dat het voorbereidingstraject wordt gesaboteerd door kredietopzegging door de kredietverschaffer.<sup>44</sup> Toch is het veelal wenselijk, of zelfs noodzakelijk, dat een huiskredietverschaffer in een vroeg stadium betrokken wordt bij de voorbereidingen van een doorstart na faillissement, met name wanneer de kredietverschaffer ter dekking van zijn vorderingen zekerheden heeft bedongen. Dit betekent immers dat medewerking van de kredietverschaffer aan onderhandelingen over onderhandse verkoop van de ten behoeve van hem bezwaarde activa vereist is.<sup>45</sup> Deze verrekeningsproblematiek zou kunnen worden omzeild door als kredietverschaffer een stil pandrecht te vestigen op de vorderingen van de schuldenaar. Hierdoor kan verrekening alsnog plaatsvinden ter voldoening van de aan de bank verpande vorderingen.<sup>46</sup> Het maakt in deze situatie niet uit of betalingen voor of na faillissement zijn binnengekomen. In veel gevallen zal een kredietverschaffer echter (ook) een pandrecht bedingen op de voorraden van de schuldenaar. Wanneer de verpande voorraden vervolgens door de schuldenaar worden verkocht zonder dat er sprake is van uitoefening van het pandrecht door de kredietverschaffer, zou deze laatste volgens de Nederlandse Vereniging van Banken geen bijzondere ver-

41. R.M. Wibier & F.A. van Tilburg, 'Verrekening en faillissement; artikel 54 Fw en de centrale positie van banken in het betalingsverkeer', *NTHR* 2015, afl. 5, p. 249-257.

42. HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/449, m.nt. Vranken (*AMRO/Curatoren THB*).

43. Zie bijvoorbeeld HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, m.nt. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*); HR 17 februari 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BU6552*, *NJ* 2012/605, m.nt. Verstijlen (*Rabobank Maashorst/Kézér q.q.*).

44. Zie onder andere Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, D.P. Schalken, Bogaerts & Groenen Advocaten.

45. J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: prepacken en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 383-388.

46. HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, m.nt. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

haalspositie hebben ten aanzien van de gerealiseerde verkoopopbrengst, tenzij er bij de verkoop eerst een vordering is ontstaan die aan de kredietverschaffer verpand is.<sup>47</sup> De kredietverschaffer zou de niet verpande verkoopopbrengsten die vóór de faillissementsdatum worden gerealiseerd, slechts kunnen verrekenen met de debetstand op de rekening-courant van de schuldenaar wanneer de kredietverschaffer te goeder trouw in de zin van art. 54 lid 1 Fw is. Dat is veelal niet het geval tijdens de stille voorbereidingsfase, aldus de Nederlandse Vereniging van Banken. Sinds het wijzen van het arrest *Feenstra/ING q.q.* in 2014 ligt een en ander echter genuanceerder.<sup>48</sup> Volgens de Hoge Raad staat art. 54 Fw er niet aan in de weg dat een pandhouder (in dit geval de bank), die met de pandgever een afwijkende executoriale wijze van verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW is overeengekomen, de op een bij haar aangehouden rekening-courant van de pandgever bijgeschreven executieopbrengst 'verreket' met (een deel van) de schuld die de pandgever bij haar heeft. Omdat de handeling nog onderdeel uitmaakt van de executoriale verkoop kan deze niet worden aangemerkt als een verrekening in de zin van art. 54 Fw. Hierbij overweegt de Hoge Raad dat deze handelwijze van de pandhouder ook niet in strijd is met de strekking van art. 54 Fw. De bank heeft zich immers niet ten nadele van de overige schuldeisers van de failliet in een betere positie gebracht, omdat zij als pandhouder reeds bij voorrang gerechtigd is tot de opbrengst van de verpande winkelvoorraad. Ook heeft de bank volgens de Hoge Raad geen misbruik gemaakt van haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer, omdat de storting van de verkoopopbrengst op de door de failliet bij de bank aangehouden bankrekening niet het gevolg is van 'toevallige' betalingen door derden, maar plaatsvindt in het kader van de executie door de bank van haar pandrecht op de winkelvoorraad. Een lopend krediet kan door de bank overigens niet zonder meer worden opgezegd. Om te voorkomen dat banken kredietovereenkomsten opzeggen om de enkele reden dat er een beoogd curator is aangewezen, is aan de WCO I door middel van een nota van wijziging een nieuw art. 368 (Fw) toegevoegd.<sup>49</sup> Op grond van deze bepaling kan de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en de toewijzing van een dergelijk verzoek of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt, geen grond opleveren voor opzegging van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Art. 368 Fw laat echter onverlet dat er ten tijde van de stille voorbereidingsfase andere gronden kunnen zijn op basis waarvan de bank bevoegd is de kredietovereenkomst op te zeggen.<sup>50</sup> Op een kredietovereenkomst zijn Algemene Bepalingen van Kredietverlening (ABK) van toepassing die per bank verschillen. Het gros van de ABK's voorziet in een bepaling op grond waarvan de bank bevoegd is tussentijds een krediet op te zeggen als de schuldenaar bepaalde verplichtingen niet nakomt of bepaalde ratio's niet handhaaft. Op grond van art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (die alle Nederlandse banken hanteren en in hun relatie met de cliënt van toepassing zijn) dienen de banken daarbij een bijzondere zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen. Daarbij geldt sinds het arrest *ING/De Keijzer Beheer* dat de rechtsgeldigheid van opzegging van een kredietovereenkomst dient te worden beoordeeld aan de hand van die overeenkomst en de

47. Zie ook: Consultatie n.a.v. voorontwerp WCO I, Reactie Nederlandse Vereniging van Banken, p. 5-6.

48. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, NJ 2014/264, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra/ING q.q.*).

49. Kamerstukken II 2015/16, 34218, 7 (nota van wijziging), p. 1.

50. Kamerstukken II 2015/16, 34218, 6 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 19.

maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 6:248 lid 2 BW.<sup>51</sup>

#### 1.4 Nieuwe financiering gedurende de pre-pack: noodkrediet tegen zekerheidstelling

Zoals reeds gezegd, zullen het in de regel de noodlijdende ondernemingen zijn die een beroep doen op de pre-pack. De pre-pack is er immers op gericht om – waar mogelijk – de doorstart van levensvatbare gedeelten van een onderneming na faillissement te faciliteren. Noodlijdende ondernemingen hebben soms behoefte aan nieuwe financiering (een noodkrediet) om de levensvatbare gedeelten te ‘red-den’. Het is, zoals reeds eerder aangehaald, echter de vraag of het in de praktijk vaak zal voorkomen dat gedurende de pre-pack fase een beroep op een noodkrediet zal worden gedaan, mede gelet op de vrij korte termijn van in beginsel twee weken. Een noodkrediet aan een onderneming verkerend in financiële moeilijkheden zal – als het al wordt verleend – slechts worden verstrekt tegen zekerheidstelling. Het verlenen van noodkrediet tegen zekerheidstelling is voor de kredietverschaffer echter nogal risicovol. Wanneer een schuldenaar zekerheden verschaft voor een nieuw of verhoogd krediet zonder dat daartoe een verplichting bestond, wordt deze rechtshandeling gezien als onverplicht en komt deze voor vernietiging op grond van art. 42 Fw in aanmerking.<sup>52</sup> Op grond van dat artikel kan een curator vóór het faillissement onverplicht verrichte rechtshandelingen vernietigen indien de schuldenaar (en de wederpartij indien het een rechtshandeling anders dan om niet betreft) bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Van benadeling is sprake wanneer de schuldeisers minder ontvangen dan zonder het verstrekken van het noodkrediet het geval zou zijn.<sup>53</sup> Volgens de Hoge Raad is hiervan sprake wanneer noodkrediet wordt verstrekt tegen zekerheid, waardoor een verschuiving in de verhaalspositie van de schuldeisers plaatsvindt.<sup>54</sup> Van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw is sprake wanneer ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Volgens de Hoge Raad geldt deze maatstaf ook bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan ondernemingen verkerend in financiële moeilijkheden.<sup>55</sup> In een dergelijke situatie heeft een kredietverschaffer een onderzoeksplicht: hij dient de beschikbare financiële gegevens te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een boedeltekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien. Wanneer tijdens de pre-pack periode een noodkrediet tegen extra zekerheden wordt verschaft, zal dus veelal sprake zijn van benadeling en wetenschap hiervan in de zin van art. 42 Fw, mocht het tot een faillissement komen.

51. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70, m.nt. Tjong Tjin Tai (*ING/De Keijzer Beheer*).

52. Zie bijvoorbeeld HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273, m.nt. Van Schilfgaarde (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*).

53. N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 138.

54. HR 8 juli 2005, NJ 2005/475, m.nt. Van Schilfgaarde (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. II*).

55. HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273, m.nt. Van Schilfgaarde (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*).

Het risico dat een kredietverschaffer van noodkrediet loopt tijdens de stille voorbereidingsperiode zal hem veelal weerhouden om een dergelijk krediet te verschaffen. Noodkredieten kunnen echter cruciaal zijn wil men tot een succesvolle doorstart komen. Net als de verrekeningsbeperkingen van art. 54 lid 1 Fw, zoals uiteengezet in de voorgaande paragraaf, vormt de actio pauliana van art. 42 Fw dus mogelijk een beletsel om de pre-pack regeling te laten slagen. In tegenstelling tot het voorontwerp WCO I voorziet het huidige aangenomen wetsvoorstel niet in een oplossing voor deze problematiek. Hoewel het voorontwerp WCO I uitdrukkelijk voorzag in een oplossing voor deze problematiek met het voorgestelde art. 365 lid 2 sub a Fw, ontbreekt een dergelijke uitkomst in het huidige wetsvoorstel, mede als gevolg van de door de insolventiepraktijk geleverde kritiek.

### 1.5 Een oplossing in het voorontwerp Continuïteit Ondernemingen II?

Het tweede wetsvoorstel dat in het kader van de pijler versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven werd ingediend, is de Wet Continuïteit Ondernemingen II (hierna: WCO II). De WCO II beoogt het proces van herstructurering van ondernemingen met problematische schulden in de pre-insolventiefase te flexibiliseren, te bespoedigen en de werkgelegenheid voor in de onderneming werkzame personen zo veel mogelijk te behouden. Het wetsvoorstel strekt ertoe een regeling voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement te codificeren.<sup>56</sup> Opmerkelijk is dat de WCO II – in tegenstelling tot de WCO I – wel voorziet in een oplossing voor de hierboven beschreven verrekeningsproblematiek en de gevaren van actio pauliana voor de kredietverschaffer. Net als het geval is bij een doorstart, is het succes van een buitengerechtelijk dwangakkoord veelal afhankelijk van de bereidheid van de kredietverschaffer om door te financieren, maar ook om waar nodig noodkrediet te verschaffen.

Zoals bleek uit par. 1.3, legt de Hoge Raad art. 54 lid 1 Fw dermate ruim uit dat betalingen die door derden worden verricht op de bankrekening van een onderneming met een aanzienlijke debetstand en die in financiële moeilijkheden verkeert, veelal niet mogen worden verrekend door de bank.<sup>57</sup> Deze bepaling kan problematisch zijn in de situatie waarin een akkoord wordt verworpen. Alsdan zou de curator in een daaropvolgend faillissement op grond van art. 54 lid 1 Fw kunnen trachten de bedragen die door de bank vanaf de datum van de aanbieding van het akkoord zijn ontvangen, terug te vorderen. Dit kan bezwaarlijk zijn voor de bank die gedurende de periode tot aan de verwerping van een akkoord de onderneming heeft doorgefinancierd en heeft ingestemd met onderhandse verkoop van voorraden, waarop zij een pandrecht had. Dit is het geval wanneer op de vorderingen die bij de verkoop zijn ontstaan, geen pandrecht wordt gevestigd, bijvoorbeeld omdat er tegen contante betaling is verkocht. Gelet op dit risico zullen de meeste banken na het aanbieden van een akkoord niet bereid zijn door te financieren. Dat brengt

56. Voorontwerp memorie van toelichting bij de wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet Continuïteit Ondernemingen II), p. 1-2.

57. Zie ter illustratie HR 8 juli 1987, NJ 1988/104, m.nt. Van der Grinten (*Loeffen q.q./Mees en Hope I*); HR 19 november 2004, NJ 2005/199, m.nt. Van Schilfgaarde (*ING/Gunning q.q.*).

de continuïteit van een onderneming in gevaar. Het in het WCO II voorgestelde art. 54 lid 3 Fw biedt een oplossing door het verrekeningsverbod van art. 54 lid 1 Fw buiten toepassing te verklaren voor betalingen van derden ten gunste van de schuldenaar die worden ontvangen op de bankrekening van de schuldenaar tussen (i) het moment van het aanbieden van het akkoord dan wel het verzoek van een crediteur tot aanbieding van een akkoord en (ii) het moment van sluiting van de stemmen.<sup>58</sup>

Ook art. 42 Fw inzake de actio pauliana is problematisch wanneer in de pre-insolventiefase gepoogd wordt een akkoord aan te bieden. Dit is het geval wanneer een kredietverschaffer aan de schuldenaar een noodkrediet tegen zekerheden heeft verschafd. Wanneer het akkoord onverhoopt geen doorgang vindt en een faillissement volgt, zal de curator trachten de rechtshandeling tot zekerheidstelling aan de kredietverschaffer te vernietigen op grond van art. 42 Fw.<sup>59</sup> Als gevolg hiervan zijn kredietverschaffers veelal niet bereid tot het verlenen van noodkrediet. Daardoor wordt de kans op een succesvolle herstructurering door middel van een akkoord drastisch verminderd.

Met het voorgestelde art. 42a Fw in het voorontwerp WCO II wordt gepoogd deze problematiek op te lossen. Op grond van deze bepaling kunnen rechtshandelingen die strekken tot het verschaffen van zekerheid voor schulden die ontstaan tussen het moment van aanbieding van het akkoord dan wel het moment waarop de crediteur de schuldenaar heeft verzocht een akkoord aan te bieden en het moment van sluiting van de stemmen over het akkoord, niet worden vernietigd op grond van art. 42 Fw. Dat geldt ook voor rechtshandelingen die hebben plaatsgevonden in de periode tussen de sluiting van de stemming over het akkoord en het moment waarop de beslissing tot al dan niet algemeenverbindendverklaring van een akkoord onherroepelijk wordt.<sup>60</sup>

De vraag rijst of de oplossing geboden in art. 42a en 54a Fw van het voorontwerp WCO II niet ook kan worden gebruikt ten aanzien van de verrekenings- en paulianaproblematiek die ontstaat gedurende de stille voorbereidingsfase. Door aan art. 42a en 54a Fw leden toe te voegen waarin art. 42 en 54 Fw buiten toepassing worden verklaard voor de periode gelegen tussen de benoeming van een beoogd curator door de rechtbank op grond van art. 363 lid 1 Fw en het uitspreken van het faillissement, kan onzes inziens op een eenvoudige wijze worden bewerkstelligd dat kredietverschaffers gedurende de stille voorbereidingsperiode zonder vrees kunnen doorfinancieren en eventueel noodkrediet kunnen verschaffen. Hierdoor wordt de kans op een succesvolle doorstart aanzienlijk vergroot.

## 1.6 Conclusie

Een beroep op de pre-pack zal in de regel enkel worden gedaan door noodlijdende ondernemingen en zal vrijwel altijd eindigen in het faillissement van de onderneming. Voor een geslaagde pre-pack is het van groot belang dat er voldoende krediet voorhanden is. Om een doorstart van de levensvatbare onderdelen van een onderneming te kunnen bewerkstelligen, is het van belang dat de onderneming tijdens

58. Memorie van toelichting voorontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen II, p. 40-42.

59. Zie ter illustratie HR 22 december 2009, NJ 2010/273, m.nt. Van Schilfgaarde (ABN AMRO/Van Dooren q.g. III).

60. Memorie van toelichting voorontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen II, p. 34-38.

de stille voorbereidingsfase kan doorgaan met de bedrijfsvoering. Om te voorkomen dat de bedrijfsvoering wordt stilgelegd, is krediet nodig. Voor een kredietverschaffer zou toepassing van de pre-pack echter aanleiding kunnen zijn om een bestaande kredietovereenkomst op te zeggen. Het feit dat een beoogd curator is aangesteld, duidt er immers op dat schuldenaar in een zodanige toestand verkeert dat een faillissement redelijkerwijs binnen afzienbare tijd te verwachten is. Een kredietverschaffer die hiervan weet heeft, is dan niet meer te goeder trouw in de zin van art. 54 lid 1 Fw en mag daarom betalingen gedaan op de rekening van de schuldenaar, niet meer verrekenen met de debetstand op de rekening-courant. Daarbij geldt wel dat de kredietverschaffer op grond van art. 368 Fw en de bijzondere zorgvuldigheidsnorm die op banken rust, niet zonder meer het krediet kan opzeggen.

Noodlijdende ondernemingen hebben, naast doorfinanciering, soms ook behoefte aan nieuwe financiering teneinde de levensvatbare gedeelten te 'redden'. Het is echter de vraag hoe vaak dit in de praktijk voor zal komen tijdens de (korte) pre-pack periode. Een noodkrediet zal slechts worden verstrekt tegen zekerheidstelling. Wanneer een noodkrediet tegen zekerheid wordt verstrekt, zal in beginsel sprake zijn van benadeling en wetenschap hiervan in de zin van art. 42 Fw, als gevolg waarvan de curator de rechtshandeling kan vernietigen, mocht het tot een faillissement komen.

Het risico dat een kredietverschaffer van een bestaand krediet dan wel een noodkrediet loopt tijdens de stille voorbereidingsperiode zal hem ertoe brengen de bestaande kredietovereenkomst op te zeggen respectievelijk beletten een noodkrediet te verschaffen.

In de WCO I ontbreekt een oplossing voor deze problematiek. (Door)financieren tijdens de pre-pack lijkt nu dus eerder een *don't* dan een *do*. Het lijkt ons dat op vrij eenvoudige wijze kan worden bewerkstelligd dat kredietverschaffers gedurende de stille voorbereidingsperiode onbevreesd kunnen doorfinancieren en eventueel noodkrediet kunnen verschaffen door gebruik te maken van de voorgestelde bepalingen in de WCO II. Dit zou kunnen worden bereikt door aan art. 42a en 54a Fw een lid toe te voegen, waarin art. 42 en 54 Fw buiten toepassing worden verklaard voor de periode gelegen tussen de benoeming van een beoogd curator door de rechtbank op grond van art. 363 lid 1 Fw en het uitspreken van het faillissement. Hierdoor wordt (door)financieren tijdens de pre-pack een *do* en zal de kans op een succesvolle doorstart worden vergroot.