

Terug naar Heiploeg?

*De toekomst van de pre-packprocedure in het licht van het wetsvoorstel
Wovof II en de Europese Harmonisatierichtlijn*

Masterscriptie Ondernemingsrecht
Universiteit Leiden

Rosanne de Bock
3 juli 2026

Naam: Rosanne de Bock
Studieopleiding: Master Ondernemingsrecht
Datum: 3 juli 2026
Scriptiebegeleider: mr. M. van Haren
Aantal woorden: 15312 incl. voetnoten

Inhoudsopgave

Afkortingen.....	4
Hoofdstuk 1 — Inleiding.....	5
1.1 <i>Introductie</i>	5
1.2 <i>Aanleiding</i>	6
1.3 <i>Onderzoeksvraag</i>	7
1.4 <i>Onderzoeksmethodologie</i>	8
Hoofdstuk 2 — Overgang van onderneming.....	9
2.1 <i>Richtlijn overgang van onderneming</i>	9
2.2 <i>Faillissementsuitsondering</i>	11
Hoofdstuk 3 — De pre-packprocedure	13
3.1 <i>De pre-pack</i>	13
3.2 <i>Het Smallsteps-arrest</i>	13
3.3 <i>Rechtspraak na het Smallsteps-arrest</i>	15
3.3.1 <i>Nederlandse rechtspraak na het Smallsteps-arrest</i>	15
3.3.2 <i>Europese rechtspraak na het Smallsteps-arrest</i>	15
3.4 <i>Het Heiploeg-arrest</i>	16
3.5 <i>Het Wibra-arrest</i>	18
3.6 <i>Argumentatie rondom de pre-pack</i>	19
3.6.1 <i>Argumenten vóór de pre-pack</i>	19
3.6.2 <i>Argumenten tegen de pre-pack</i>	20
Hoofdstuk 4 — De Wovof en de Europese Harmonisatierichtlijn	22
4.1 <i>Het Nederlandse wetgevingsproces</i>	22
4.2 <i>Het Europese wetgevingsproces</i>	24
Hoofdstuk 5 — De Wovof gewogen.....	27
5.1 <i>Argumenten vóór de Wovof</i>	27
5.2 <i>Argumenten tegen de Wovof</i>	28
5.3 <i>De Wovof tegen de achtergrond van de Europese Harmonisatierichtlijn</i>	30
5.4 <i>De Wovof — Route De Weijs en Zwemmer</i>	31
5.5 <i>De Wovof — Alternatieve benaderingen</i>	33
Hoofdstuk 6 — De Wovof heroverwogen	37
6.1 <i>De Wovof nader bekeken: verenigbaarheid, noodzaak en mogelijke gevolgen</i>	37
6.1.1 <i>Spanning met de Harmonisatierichtlijn</i>	37
6.1.2 <i>De Wovof in historisch perspectief</i>	37
6.1.3 <i>Meer werknemersbescherming?</i>	38
6.1.4 <i>Voorkomen van misbruik?</i>	38
6.1.5 <i>Voorkomen van rechtsonzekerheid?</i>	39
6.1.6 <i>Het belang van transparantie</i>	41
6.1.7 <i>De praktische uitvoerbaarheid</i>	41
6.1.8 <i>Willekeur en rechtsongelijkheid?</i>	42

6.1.9 Mogelijk averechts effect op de werkgelegenheid?	43
6.2 Aanbevelingen	43
Conclusie	45
Bronvermelding	46
<i>Literatuurlijst</i>	<i>46</i>
<i>Jurisprudentielijst</i>	<i>53</i>
<i>Wet- en regelgeving</i>	<i>55</i>
<i>Overige bronnen</i>	<i>56</i>

Afkortingen

A-G — Advocaat-Generaal

Art. — Artikel

BW — Burgerlijk Wetboek

CBS — Centraal Bureau voor de Statistiek

ECLI — European Case Law Identifier

ETO-redenen — Economische, technische en organisatorische redenen

Fw — Faillissementswet

Harmonisatierichtlijn — Harmonisatierichtlijn Insolventierecht, richtlijn (EU) 2026/799

HR — Hoge Raad

HvJ-EU — Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Unie

INSOLAD — Vereniging voor Insolventierecht Advocaten

KVK — Kamer van Koophandel

MvT — Memorie van Toelichting

NOvA — Nederlandse Orde van Advocaten

NVB — Nederlandse Vereniging van Banken

OVO-richtlijn — Richtlijn 2001/23/EG

r.o. — Rechtsoverweging

WCAO — Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst

WCO I — Wet continuïteit ondernemingen I

WMCO — Wet melding collectief ontslag

Wovof I — Wet overgang van onderneming in faillissement I

Wovof II — Wet overgang van onderneming in faillissement II

Hoofdstuk 1 — Inleiding

1.1 Introductie

Tussen het insolventierecht en het arbeidsrecht bestaat een fundamenteel spanningsveld.¹ Terwijl het arbeidsrecht beoogt de werknemer als afhankelijke partij bescherming te bieden, worden werknemersrechten in het insolventierecht vaak beperkt.² Deze scriptie behandelt een deelaspect van dit spanningsveld.

Werknemers hebben in Nederland een sterk beschermde rechtspositie. Met name het ontslag van werknemers is aan strikte en voor de werkgever beperkende regels gebonden.³ Een deel van deze bescherming vloeit sinds 1977 voort uit (precedenten van) de Richtlijn overgang van onderneming.⁴ Deze bescherming behelst dat de rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger van een onderneming. Bovendien mag een overgang van onderneming geen reden voor ontslag vormen, hoewel de OVO-richtlijn wél enige ruimte biedt voor ontslag wegens ETO-redenen.⁵ De bescherming van werknemers geldt op het moment dat de werkgever insolvent is in veel mindere mate.⁶

Nederland heeft ervoor gekozen om in faillissementssituaties een uitzondering te creëren op de automatische overgang van werknemers bij een overgang van onderneming. Artikel 7:666 BW, de implementatie van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn, bepaalt dat het leerstuk van overgang van onderneming in faillissementssituaties buiten toepassing blijft.⁷ Als argument hiervoor werd aangevoerd dat het faillissementsrecht een bijzondere positie heeft waaraan onverkorte toepassing van de OVO-richtlijn afbreuk zou doen, omdat bij een faillissement tegenstrijdige belangen met elkaar in evenwicht worden gebracht.⁸ Bovendien streeft de curator naar een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers die vaak kan worden gerealiseerd bij verkoop *going concern*. De kansen daartoe worden verkleind als de OVO-richtlijn van toepassing zou zijn.⁹ In de praktijk zal de curator steeds proberen een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren door verkoop van activa, al dan niet in de vorm van een doorstart, waarbij de onderneming of onderdelen daarvan worden verkocht. In dergelijke gevallen

¹ Van der Pijl 2019c, p. 1-4.

² Van der Pijl 2015, p. 145.

³ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2023, par. 3.5.1.

⁴ Richtlijn 77/187/EEG.

⁵ Beltzer 2020, p. 195-196.

⁶ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2023, par. 3.5.2.5 en 3.5.5.2.

⁷ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/305.

⁸ Beltzer 2020, p. 269.

⁹ Concl. A-G G. Slynn 8 november 1984, ECLI:EU:C:1984:338 (*Abels*), p. 475.

geldt in Nederland het behoud van werknemersrechten niet, terwijl veelal wél sprake is van een (materiële) overgang van onderneming.

In de afgelopen decennia is er een tendens geweest om een doorstart voor te bereiden in de periode voorafgaand aan het faillissement en deze na faillietverklaring te effectueren. Dit om zo veel mogelijk onrust te vermijden, het waardeverlies te verminderen en werkgelegenheid voor zover mogelijk te behouden.¹⁰ Hiermee was de zogenaamde pre-pack geboren. Het eerdergenoemde spanningsveld doet zich hier sterk voor. Met een in stilte voorbereide doorstart die na faillietverklaring door de curator wordt geëffectueerd kan het belang van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend, indien een zo hoog mogelijke opbrengst wordt gerealiseerd, wellicht juist omdat de werknemers hun baan niet automatisch behouden. Daar staat tegenover dat een dergelijke pre-pack niet een verkapte, goedkope reorganisatie zou moeten zijn.¹¹ De pre-pack bevindt zich daarmee op een complex snijvlak tussen het arbeidsrecht en het insolventierecht.

1.2 Aanleiding

Voor deze scriptie bestaan drie concrete, actuele aanleidingen. Allereerst vormt vernieuwende Europese rechtspraak rondom de overgang van onderneming in faillissement een belangrijke aanleiding. Deze rechtspraak heeft in Nederland de spanning tussen artikel 7:663 BW (de automatische overgang van werknemers) en artikel 7:666 BW (de faillissementsuitsondering) op scherp gezet. In de eerste plaats concretiseerde het HvJ-EU in het *Smallsteps*-arrest de reikwijdte van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn, waarbij werd aangegeven onder welke voorwaarden de faillissementsuitsondering van toepassing kon zijn.¹² Met name het vereiste dat een faillissementsprocedure gericht moet zijn op liquidatie van het vermogen leidde tot een fundamentele discussie over de verenigbaarheid van de Nederlandse pre-packpraktijk met de OVO-richtlijn.¹³ In het *Heiploeg*-arrest bracht het HvJ-EU vervolgens nuance aan door te bepalen dat steeds van geval tot geval moet worden bekeken of het primaire doel van een pre-pack een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers is. Een pre-pack lijkt onder voorwaarden toch verenigbaar met de OVO-richtlijn.¹⁴ Beide arresten hebben aanleiding gegeven tot een omvangrijk juridisch debat.

¹⁰ Huydecoper 2013, par. 1.

¹¹ *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/305a.

¹² HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*).

¹³ Zie bijvoorbeeld: Schaink 2017 en Tollenaar 2018a.

¹⁴ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*).

De tweede aanleiding is het Nederlandse wetgevingstraject. In Nederland werd gewerkt aan het wetsvoorstel WCO I dat een wettelijk kader voor de pre-pack zou bieden.¹⁵ Na het *Smallsteps*-arrest is de WCO I echter opgeschort, terwijl tegelijkertijd wél werd gewerkt aan de Wovof I en de Novelle WCO I. Onder de Wovof I zou met gebruikmaking van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn gekozen worden voor een regime waarbij werknemers wél overgaan bij een overgang van onderneming in faillissement. Na de internetconsultatie bij de Wovof I werd een nieuw aangepast wetsvoorstel aangedragen: de Wovof II. Opnieuw werd ervoor gekozen om de regeling inzake overgang van onderneming ook in faillissementssituaties van toepassing te verklaren. De internetconsultatie bij de Wovof II heeft veel stof doen opwaaien.¹⁶

De laatste aanleiding voor deze scriptie wordt gevormd door de zeer recente totstandkoming van de langverwachte Harmonisatierichtlijn die op Europees niveau insolventierecht tracht te stroomlijnen.¹⁷ Het Europese wetgevingsproces leek aanvankelijk uit te gaan van een ruime toepassing van de faillissementsuitzondering bij pre-packprocedures; bij een doorstart via een pre-pack zouden werknemers nooit overgaan. In de definitieve Harmonisatierichtlijn is uiteindelijk bepaald dat werknemers bij overgang van onderneming in faillissement niet overgaan, mits de pre-pack gericht is op opbrengstmaximalisatie en behoud van werkgelegenheid en een wettelijke basis voor de pre-pack bestaat.¹⁸

De verhouding tussen de Europese rechtspraak, het Nederlandse wetgevingsproces en de recente Harmonisatierichtlijn vormt het onderwerp van deze scriptie.

1.3 Onderzoeksvraag

Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre staat de Wovof II op gespannen voet met de Heiploeg-jurisprudentie en de Europese Harmonisatierichtlijn?

¹⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld: FNV, CNV & VCP 2024, INSOLAD 2024, NOVA 2024, NVB 2024, Taylor Wessing 2024 en Van Doorne 2024.

¹⁷ Richtlijn (EU) 2026/799.

¹⁸ Considerans 30-33 Harmonisatierichtlijn.

Deze centrale onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

1. *Hoe heeft Nederland artikel 5 van de OVO-richtlijn geïmplementeerd?*
2. *Welke voorwaarden stelt het HvJ-EU aan toepassing van de faillissementsuitsondering van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn bij pre-packprocedures?*
3. *Welke (juridische) argumenten worden in de literatuur aangevoerd voor en tegen de inzet van de pre-packprocedure?*
4. *Hoe hebben het Nederlandse wetgevingsproces rondom de Wovof II en het Europese wetgevingsproces rondom de Harmonisatierichtlijn zich ontwikkeld?*
5. *Welke argumenten worden in de literatuur voor en tegen de Wovof II aangevoerd en hoe worden deze argumenten juridisch gewaardeerd?*
6. *Welke mogelijke oplossingen voor de spanning tussen de Wovof II, de Heiploeg-jurisprudentie en de Europese rechtsontwikkeling zijn in de literatuur aangevoerd?*

1.4 Onderzoeksmethodologie

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag wordt juridisch-dogmatisch onderzoek naar wetgeving, rechtspraak en literatuur uitgevoerd.¹⁹ Zodoende wordt inzicht verkregen in de Nederlandse ontwikkeling van de bescherming van werknemers van insolvente werkgevers bij pre-packprocedures.

In hoofdstuk 2 wordt het leerstuk van overgang van onderneming uiteengezet aan de hand van de OVO-richtlijn, het Nederlandse BW en de relevante literatuur en rechtspraak, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de faillissementsuitsondering. In hoofdstuk 3 worden de pre-packprocedure en de (Europese) rechtspraak hierover behandeld, waarbij de nadruk ligt op *Smallsteps* en *Heiploeg*. Daarbij worden de voor- en nadelen van een pre-packprocedure geanalyseerd. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 gekeken naar de nationale en Europese wetgevingsprocessen rondom de pre-pack. In hoofdstuk 5 worden de ingenomen standpunten over de Wovof II kritisch gewogen. Daarbij wordt aandacht besteed aan de argumenten voor en tegen de Wovof II, de verhouding tussen de Wovof II en de Harmonisatierichtlijn, alsmede aan de in de literatuur voorgestelde oplossingen voor de pre-packproblematiek. In hoofdstuk 6 volgt een eigen analyse van de Wovof II waarna een kritisch en afgewogen antwoord op de onderzoeksvraag wordt geformuleerd.

¹⁹ Van Dijck, Snel & Van Golen 2023, p. 88-90.

Hoofdstuk 2 — Overgang van onderneming

2.1 Richtlijn overgang van onderneming

De OVO-richtlijn heeft als doel om werknemers te beschermen bij wijziging van de identiteit van de werkgever als gevolg van een overgang van onderneming.²⁰ De OVO-richtlijn is in Nederland voornamelijk geïmplementeerd in de artikelen 7:662 tot en met 7:666a BW. De kern van de bescherming bestaat uit het behoud van werknemersrechten en het ontslagverbod bij een overgang van onderneming. Kort gezegd: werknemers volgen werk.²¹

Artikel 7:662 BW bepaalt dat onder een overgang van een onderneming moet worden verstaan:

*‘de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’.*²²

Gelet op de werknemersbeschermende strekking van de OVO-richtlijn worden de in artikel 7:662 lid 1 sub a en sub b BW gehanteerde begrippen ruim uitgelegd.²³ Deze vier kernbegrippen (overgang, overeenkomst, onderneming en identiteitsbehoud) worden hierna kort toegelicht.

Het begrip overgang ziet met name op de verkoop en overdracht van activa en passiva van een onderneming, maar eigendomsoverdracht is geen noodzakelijk vereiste.²⁴ Tevens is een rechtstreekse overeenkomst niet vereist; voldoende is dat de overgang plaatsvindt in het kader van contractuele betrekkingen.²⁵ Het begrip onderneming is bovendien niet beperkt tot bepaalde rechtspersonen of personenvennootschappen.²⁶ Het ondernemingsbegrip wordt als volgt uitgelegd: *‘alle organisaties, gericht op voortbrengen of levering van goederen of verlening van diensten, ongeacht of het winststreven daarbij een rol speelt’.*²⁷ Duurzaam georganiseerde economische activiteiten kunnen ook als onderneming worden aangemerkt, zelfs indien slechts sprake is van nevenactiviteiten of een zelfstandig functionerend onderdeel ontbreekt.²⁸

²⁰ Richtlijn 2001/23/EG en Beltzer 2000.

²¹ Art. 7:663 BW en art. 7:670 lid 8 BW.

²² Art. 7:662 lid 1 sub a BW.

²³ Van der Burg, in: *T&C BW*, art. 7:662 BW, aant. 2 en 3 (online, bijgewerkt 1 september 2025).

²⁴ *Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/294*. Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, ECLI:EU:C:2003:629 (*Sodexho*) en HvJ EG 15 december 2005, C-232/04 en C-233/04, ECLI:EU:C:2005:778 (*Securicor*).

²⁵ HvJ EG 17 december 1987, C-287/86, ECLI:EU:C:1987:573 (*Ny Mølle Kro*), r.o. 12-14 en HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy’s Dance Hall*), r.o. 7-11.

²⁶ Van der Burg, in: *T&C BW*, art. 7:662 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 september 2025).

²⁷ *Kamerstukken II 1979/80*, 15940, nr. 3, p. 4-5.

²⁸ HvJ EG 19 september 1995, C-48/94, ECLI:EU:C:1995:290 (*Rygaard*), r.o. 20-23, *Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/293* en Beltzer 2020, p. 18-24.

Ook het begrip identiteitsbehoud wordt ruim uitgelegd en is ingevuld in het *Spijkers*-arrest.²⁹ Voor identiteitsbehoud is vooral bepalend of sprake is van de vervreemding van een lopend bedrijf. Vervreemding van een lopend bedrijf blijkt met name uit het feit dat de exploitatie door een nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met soortgelijke activiteiten. Daarbij zijn diverse omstandigheden, de zogenoemde *Spijkers*-factoren, relevant, zoals de aard van de onderneming, het al dan niet overdragen van activa, de waarde van immateriële activa, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel, het al dan niet overdragen van klanten, de overeenstemming tussen de activiteiten voor en na overdracht en de duur van een eventuele onderbreking.³⁰

Vanaf 2001 wordt onderscheid gemaakt tussen de kapitaalintensieve en de arbeidsintensieve sector voor het vraagstuk van identiteitsbehoud. Een onderneming is kapitaalintensief als de materiële activa de kern van de onderneming vormen, bijvoorbeeld bij busmaatschappijen of opslagbedrijven. Bij de kapitaalintensieve sector ligt de nadruk vooral op het al dan niet overdragen van materiële activa en is het overnemen van een belangrijk deel van het personeel in mindere mate relevant.³¹ In de arbeidsintensieve sector, waarbij het personeel de kern van de onderneming vormt, bijvoorbeeld in de schoonmaaksector, is dit andersom.³²

Indien sprake is van een overgang van een onderneming, geeft artikel 3 lid 1 van de OVO-richtlijn en de implementatie hiervan de belangrijkste consequentie: de uit de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen gaan van rechtswege over op de verkrijger.³³ Dit geldt ook voor rechten en verplichtingen uit hoofde van een collectieve arbeidsovereenkomst waaraan de vervreemder gebonden is.³⁴ Als sprake is van een overgang van onderneming volgt uit artikel 4 lid 1 van de OVO-richtlijn en de implementatie van dit artikel in artikel 7:670 lid 8 BW de belangrijkste consequentie in het kader van de discussie over de pre-pack: een overgang van onderneming vormt geen reden voor ontslag, behoudens ETO-redenen.³⁵

²⁹ Robben, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:662 BW, aant. 3.3 (online, bijgewerkt 15 september 2024).

³⁰ HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (*Spijkers*), r.o. 12-13.

³¹ HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59 (*Finse Busmaatschappijen*) en Beltzer 2002, p. 35-38.

³² HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141 (*Süzen*), r.o. 13-14 & 21 en HvJ EG 24 januari 2002, C-51/00, ECLI:EU:C:2002:48 (*Temco*), r.o. 26-27 & 29.

³³ Art. 7:663 BW.

³⁴ Art. 14a WCAO.

³⁵ Beltzer & Kanen 2019, p. 78-79.

2.2 Faillissementsuitzondering

De faillissementsuitzondering vormt een belangrijke beperking van het werknemersbeschermende karakter van de OVO-richtlijn. De voorloper van de huidige OVO-richtlijn kende nog geen uitzondering voor het leerstuk van overgang van onderneming voor insolvente ondernemingen.³⁶ In het *Abels*-arrest van 1985 introduceerde het HvJ-EU op grond van de strekking van de OVO-richtlijn deze uitzondering.³⁷ Het HvJ-EU oordeelde dat de OVO-richtlijn niet van toepassing was op een overgang van onderneming die plaatsvindt in het kader van een insolventieprocedure die gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde rechterlijke instantie.³⁸ Het HvJ-EU benadrukte dat het faillissementsrecht een bijzonder karakter heeft en het faillissementsrecht per lidstaat sterk verschilt.³⁹ Het HvJ-EU bepaalde tevens dat het de lidstaten in beginsel vrijstond om de bescherming van de OVO-richtlijn op grond van hun nationale wetgeving alsnog geheel of gedeeltelijk toe te passen in faillissementssituaties.⁴⁰ De Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad sloten zich aan bij de benadering van het HvJ-EU.⁴¹

In latere rechtspraak heeft het HvJ-EU de faillissementsuitzondering verduidelijkt. In het *D'Urso*-arrest heeft het HvJ-EU aangegeven dat het doel van een insolventieprocedure bepalend is voor de vraag of de OVO-richtlijn al dan niet van toepassing is. Alleen als de insolventieprocedure gericht is op liquidatie van het vermogen blijft de OVO-richtlijn buiten toepassing.⁴² In het *Spano*-arrest oordeelde het HvJ-EU in gelijke zin en bepaalde dat de OVO-richtlijn van toepassing is bij procedures — anders dan bij faillissementsprocedures — die strekken tot voortzetting van de activiteiten van de onderneming.⁴³ In het *Dethier/Dassy*-arrest gaf het HvJ-EU aan dat de OVO-richtlijn van toepassing is als het doel van de vereffeningprocedure niet eenduidig kan worden vastgesteld én in het specifieke geval de modaliteiten van de vereffeningprocedure zozeer afwijken van het doel van een faillissementsprocedure dat feitelijk sprake is van continuïteit van exploitatie.⁴⁴ Voor de toepasselijkheid van de OVO-richtlijn is niet alleen het formele doel van de insolventieprocedure bepalend, maar spelen ook de feitelijke modaliteiten een rol.⁴⁵

³⁶ Richtlijn 77/187/EEG.

³⁷ Van Galen 2022, par. 2.

³⁸ HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, NJ 1985/900 (*Abels*), r.o. 23.

³⁹ HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, NJ 1985/900 (*Abels*), r.o. 14-17.

⁴⁰ HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, NJ 1985/900 (*Abels*), r.o. 23-24.

⁴¹ HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, NJ 1988/191 (*Happé/Scheepstra*) en CRvB 29 april 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AK7152, AB 1986/59.

⁴² HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), r.o. 23-26.

⁴³ HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), r.o. 21.

⁴⁴ HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier/Dassy*), r.o. 26-31.

⁴⁵ Beltzer 2015, p. 38.

De vraag of een Nederlandse faillissementsprocedure primair gericht is op liquidatie van een onderneming vormt al lang onderwerp van discussie. Huffman en Zaal wijzen erop dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat het liquideren van het vermogen en het verdelen van de opbrengst onder de schuldeisers het belangrijkste doel van de faillissementsprocedure is.⁴⁶ Dit betekent echter niet dat de faillissementsuitsluiting zonder meer van toepassing is bij een doorstart. Immers is niet alleen het formele doel van een procedure relevant, maar ook de vraag of de modaliteiten van de doorstart feitelijk tot liquidatie van het vermogen leiden.⁴⁷

De hiervoor besproken rechtspraak van het HvJ-EU is later gecodificeerd in artikel 5 OVO-richtlijn. Artikel 5 OVO-richtlijn bepaalt dat artikel 3 en 4 OVO-richtlijn niet van toepassing zijn op een overgang, wanneer de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Artikel 5 OVO-richtlijn bevat ook de zogenoemde lidstaatoptie: lidstaten mogen namelijk '*anders bepalen*' en ervoor kiezen de bescherming van artikel 3 en 4 OVO-richtlijn ook in faillissementssituaties toe te passen.⁴⁸ De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om de faillissementsuitsluiting van artikel 5 lid 1 van de OVO-richtlijn te implementeren in artikel 7:666 BW. De Nederlandse wetgever heeft dus niet anders bepaald.⁴⁹

Om tegemoet te komen aan het alles-of-niets karakter van de regeling, kunnen lidstaten ex artikel 5 lid 2 OVO-richtlijn onder voorwaarden bepalen dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor schulden uit arbeidsovereenkomsten, als die schulden vóór de overgang zijn ontstaan. Daarnaast kunnen lidstaten onder voorwaarden toestaan dat arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd, mits deze wijzigingen bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen. Nederland heeft van deze versoepelingsmogelijkheid vooralsnog geen gebruik gemaakt en artikel 5 lid 2 OVO-richtlijn niet geïmplementeerd. Met de voorgestelde Wovof II wil de Nederlandse wetgever gebruik maken van deze mogelijkheid en tevens van de mogelijkheid om anders te bepalen.⁵⁰

⁴⁶ Huffman & Zaal 2014, par. 3.2, p. 169-170.

⁴⁷ Huffman & Zaal 2014, par. 3.3, p. 170.

⁴⁸ Art. 5 lid 1 OVO-richtlijn.

⁴⁹ De Weijs & Zwemmer 2026, par. 2.1.

⁵⁰ Art. 5 lid 2 OVO-richtlijn en Van der Pijl 2024a.

Hoofdstuk 3 — De pre-packprocedure

3.1 De pre-pack

De pre-pack is een herstructureringsinstrument afkomstig uit het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem en houdt in dat een doorstart voorafgaand aan faillissement in stilte wordt voorbereid (*'prepackaged'*) door een beoogd curator en met betrokkenheid van een beoogd rechter-commissaris, waarna de doorstart van de onderneming kort of direct na faillietverklaring plaatsvindt. Het feit dat van meet af wordt gestreefd naar continuering (van onderdelen) van de onderneming maakt een pre-pack fundamenteel anders dan een klassieke doorstart na faillissement, waarbij het primair gaat om vereffening van de boedel.⁵¹ De gedachte achter de pre-pack is dat een in stilte voorbereide doorstart ertoe leidt dat een doorstart vaker mogelijk is, waarbij waardeverlies — onder meer door reputatieschade — beperkt blijft en werkgelegenheid zo veel mogelijk behouden blijft.⁵²

De oproep van Tollenaar voor de pre-pack is een belangrijke katalysator voor deze rechtsfiguur gebleken, zichtbaar in de snelle toename van de toepassing van pre-packprocedures vanaf 2011.⁵³ Hoewel een wettelijke basis voor de pre-packprocedure in Nederland ontbreekt, werkte het overgrote deel van de Nederlandse rechtbanken lange tijd mee aan pre-packprocedures en werden door INSOLAD al praktijkregels ontwikkeld.⁵⁴ Op dit moment wordt de pre-pack, gegeven de hierna te bespreken rechtspraak, in Nederland echter nauwelijks meer gebruikt.⁵⁵

Het ontbreken van een wettelijke basis en de onduidelijkheid over de vraag of de pre-pack onder de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn valt, hebben geleid tot onzekerheid, verdeeldheid en een uitvoerige discussie.⁵⁶

3.2 Het Smallsteps-arrest

Met het *Smallsteps*-arrest leek een einde te komen aan de Nederlandse pre-packpraktijk, door Van Galen enigszins spottend *'het einde van het insolventiewalhallal'* genoemd.⁵⁷

⁵¹ Tollenaar 2011, par. 1, Van Zanten 2013, p. 7 en Vriesendorp 2024, par. 58.

⁵² Van Zanten 2013, p. 11.

⁵³ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 1, Tollenaar 2011 en Van Vugt 2014, p. 26.

⁵⁴ Frima 2015, Hurenkamp 2015, par. 2 en INSOLAD, Praktijkregels beoogd curator.

⁵⁵ KVK, Pre-pack bij faillissement en MvT Novelle WCO I, p. 2.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld: Van der Pijl 2019a.

⁵⁷ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*), r.o. 48, Hurenkamp 2017, Van Galen 2026.

Het ging om de verkoop van een belangrijk deel van het kinderopvangbedrijf Estro aan de doorstarter Smallsteps. Deze doorstart vond via een pre-pack plaats waarbij circa twee derde van het personeel een nieuwe arbeidsovereenkomst tegen minder gunstige voorwaarden aangeboden kreeg.⁵⁸ Naar aanleiding van prejudiciële vragen toetste het HvJ-EU of voldaan was aan de drie cumulatieve voorwaarden van de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 van de OVO-richtlijn. Die voorwaarden zijn:

- (a) dat sprake moet zijn van een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure,
- (b) die gericht is op liquidatie van het vermogen en
- (c) die plaatsvindt onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.⁵⁹

Het HvJ-EU oordeelde dat een pre-packprocedure die voorafgaand aan een faillissement wordt voorbereid als faillissementsprocedure kwalificeert, nu de pre-packprocedure en het faillissement als één procedure worden beschouwd.⁶⁰ Het HvJ-EU oordeelde dat een procedure die voortzetting van de activiteiten van de vervreemder beoogt ‘*vanzelfsprekend*’ niet aan de tweede voorwaarde voldoet.⁶¹ Het HvJ-EU oordeelde voorts dat, hoewel enige overlap tussen een procedure gericht op liquidatie en een procedure gericht op voortzetting niet is uitgesloten, de laatstgenoemde procedure het behoud van de onderneming nastreeft.⁶²

Daarnaast overwoog het HvJ-EU dat bij gebreke van een wettelijke grondslag voor de pre-pack niet wordt voldaan aan het vereiste van toezicht door een bevoegde overheidsinstantie, nu de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris tot het moment van faillissement geen formele bevoegdheden kennen.⁶³ Het *Smallsteps*-arrest deed de pre-packpraktijk in Nederland tijdelijk de spreekwoordelijke das om.⁶⁴

⁵⁸ Van Erpers Roijaards 2020, p. 265-266.

⁵⁹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*), r.o. 8 en 45.

⁶⁰ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*), r.o. 45-46 en Verstijlen 2017, par. 4-5.

⁶¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*), r.o. 47 en Van der Pijl 2019a, par. 2.

⁶² HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*), r.o. 48.

⁶³ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*), r.o. 53-54 en Concl. A-G P. Mengozzi 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (*FNV c.s./Smallsteps*), par. 82.

⁶⁴ Beltzer 2020, p. 283-284.

3.3 Rechtspraak na het Smallsteps-arrest

3.3.1 Nederlandse rechtspraak na het Smallsteps-arrest

Na het *Smallsteps*-arrest kwam in een aantal Nederlandse zaken de reikwijdte van *Smallsteps* aan de orde.⁶⁵ Allereerst de *Bogra*-zaak waarin door de rechtbank een beoogd curator werd aangesteld en al tijdens de stille voorbereidingsfase overleg met een potentiële koper had plaatsgevonden.⁶⁶ Toch oordeelde de kantonrechter dat het *Smallsteps*-arrest hier niet van toepassing was, omdat geen sprake was van ‘een pre-pack die tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogde voor te bereiden’ en ook geen sprake was ‘van een onmiddellijk na faillietverklaring uitgevoerde pre-pack’.⁶⁷ Het Gerechtshof Amsterdam bekrachtigde het vonnis en oordeelde dat het hoofddoel niet de continuïteit van de onderneming was en dat het *Smallsteps*-arrest niet van toepassing was.⁶⁸ Voorts oordeelde de kantonrechter in de *Tuunte*-zaak dat een doorstart op basis van een *bidbook* na faillissement, zonder dat sprake was van een pre-pack, onder de faillissementsuitzondering valt. In dergelijke gevallen genieten werknemers geen bescherming op grond van de OVO-richtlijn.⁶⁹ Rechters in Nederland beperkten de reikwijdte van *Smallsteps* enkel tot zuivere pre-packprocedures.⁷⁰

3.3.2 Europese rechtspraak na het Smallsteps-arrest

In latere Europese rechtspraak bevestigde het HvJ-EU de *Smallsteps*-lijn. In het *Plessers*-arrest oordeelde het HvJ-EU dat de Belgische reorganisatieprocedure aan geen van de drie voorwaarden voor toepassing van de faillissementsuitzondering voldeed.⁷¹ Het HvJ-EU verduidelijkte dat de in *Smallsteps* geformuleerde criteria niet uitsluitend gelden voor een pre-packdoorstart, maar dat die criteria juist moeten worden gehanteerd bij alle ‘aan een doorstart gerelateerde vragen over de toepasselijkheid’ van de faillissementsuitzondering.⁷²

Het HvJ-EU leek uit te gaan van een ruimer toepassingsbereik van het *Smallsteps*-arrest dan de Nederlandse rechter.⁷³ Wat betreft de tweede voorwaarde benadrukte het HvJ-EU bovendien dat de nationale kwalificatie van een faillissementsprocedure niet doorslaggevend is; steeds moet worden

⁶⁵ Van der Pijl 2019a, par. 3.1-3.4.

⁶⁶ Pool 2018, par. 2.2.

⁶⁷ Rb. Noord-Holland (ktr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), r.o. 5.11 en 5.12.

⁶⁸ Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, JAR 2018/216 (*Bogra*) en Rb. Noord-Holland (ktr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*).

⁶⁹ Rb. Gelderland (ktr.) 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*), r.o. 4.8. Zie voor verdere bespreking van de zaak: Pool 2018.

⁷⁰ Zie voor discussie over de reikwijdte van *Smallsteps* bijvoorbeeld: Grapperhaus 2017, Schaink 2017, Schreurs 2017, Tollenaar 2018a, Van der Neut 2017, Van der Pijl 2018 en Zaal 2018.

⁷¹ Spinath 2019, par. 4.

⁷² Spinath 2019, par. 7 en Van der Pijl 2019b, p. 1792.

⁷³ Van der Pijl 2019b, p. 1792.

bekeken of een faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op liquidatie.⁷⁴ Spinath wijst er in dit verband op dat een belangrijk verschil bestaat tussen een voorbereide faillissementsdoorstart en een procedure ‘die ondubbelzinnig en zelfs uitsluitend wordt ingeleid met het oog op behoud van de onderneming’, zoals de Belgische reorganisatieprocedure in casu.⁷⁵ Ook het *Plessers*-arrest bood voor de Nederlandse pre-packpraktijk geen soelaas.

3.4 Het Heiploeg-arrest

Waar het *Smallsteps*-arrest de Nederlandse pre-packpraktijk vrijwel stillegde, leek de *Heiploeg*-jurisprudentie het tij weer te keren ten gunste van de pre-pack.⁷⁶ Hier waren twee beoogd curatoren benoemd om de vis- en garnalengroothandel Heiploeg *going concern* over te dragen. Vervolgens werd na vijf dagen het faillissement van Heiploeg uitgesproken en volgde de geplande doorstart. Daarbij werden ongeveer 210 van de circa 300 werknemers overgenomen, al dan niet tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.⁷⁷

Naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad was de OVO-richtlijn niet van toepassing, omdat de pre-pack in *Heiploeg* volgens de Hoge Raad onder de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn viel.⁷⁸ De Hoge Raad meende dat, gelet op de onafwendbaarheid van het faillissement van Heiploeg-oud, de pre-pack gericht was op liquidatie van het vermogen. De Hoge Raad achtte eveneens van belang dat de doorstarter niet was gelieerd aan Heiploeg-oud.⁷⁹ De Hoge Raad gaf ook aan dat over de toepasselijkheid van de faillissementsuitzondering twijfel kon bestaan.⁸⁰

De Hoge Raad stelde daarom twee prejudiciële vragen aan het HvJ-EU ter verduidelijking van de tweede en derde voorwaarde voor de toepassing van de faillissementsuitzondering. Geparafraseerd luidde de eerste prejudiciële vraag of een pre-pack voldoet aan de voorwaarde dat een procedure is ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen indien het faillissement onafwendbaar is en de voorbereidingshandelingen tijdens de pre-pack beogen een deel van het vermogen als *going concern* te verkopen met als doel om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren en zo veel mogelijk werkgelegenheid te behouden. In essentie was de vraag of dan sprake was van het vereiste

⁷⁴ HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, JOR 2019/210 (*Plessers*) r.o. 44 en r.o. 59-61, Beltzer 2020, p. 285 en Van der Pijl 2019a, par. 4.

⁷⁵ Spinath 2019, par. 7.

⁷⁶ Concl. A-G B.J. Drijber 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (*Heiploeg*), par. 3.1.

⁷⁷ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/125 (*Heiploeg*), r.o. 2.2 en Van Galen 2022, par. 4.

⁷⁸ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/125 (*Heiploeg*), r.o. 3.9.1-3.9.2.

⁷⁹ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/125 (*Heiploeg*), r.o. 3.7 en 3.9.1-3.9.2 en Van Erpers Roijaards 2020, p. 269.

⁸⁰ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/125 (*Heiploeg*), r.o. 3.9.2 en 3.10.2-3.11.4.

liquidatieoogmerk.⁸¹ Geparafraseerd luidde de tweede prejudiciële vraag of bij een pre-pack is voldaan aan het vereiste van overheidstoezicht, nu de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris weliswaar niet over formele wettelijke bevoegdheden beschikken, maar wél feitelijk dezelfde of vergelijkbare taken verrichten als functionarissen in een formele faillissementsprocedure.⁸²

Met beantwoording van de prejudiciële vragen verduidelijkte het HvJ-EU of en onder welke voorwaarden een pre-pack onder de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn kan vallen. Aanvankelijk werd op grond van de conclusie van A-G Pitruzzella verwacht dat het *Heiploeg*-arrest een herhaling van de *Smallsteps*-lijn zou vormen.⁸³ Het HvJ-EU bevestigde in het *Heiploeg*-arrest opnieuw dat voor de faillissementsuitzondering sprake moet zijn van een procedure die is ingeleid met het oog op liquidatie. Uit rechtsoverweging 47 volgt dat de overgang in *Heiploeg* plaatsvond ‘in het kader van een faillissementsprocedure waarmee de liquidatie werd beoogd van het gehele vermogen’.⁸⁴ Blijkens rechtsoverweging 51 werd dat niet anders doordat de doorstart was voorbereid voor het uitspreken van het faillissement. Volgens het HvJ-EU heeft de faillissementsuitzondering van de OVO-richtlijn ‘geen betrekking op de periode voorafgaand aan de inleiding van de betrokken faillissements- of insolventieprocedures’.⁸⁵ Zowel de klassieke doorstart na faillissement als de pre-pack lijken daarmee in beginsel te voldoen aan de tweede voorwaarde voor toepassing van de faillissementsuitzondering. Dit geldt echter alleen als het primaire doel ‘erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling’ te realiseren.⁸⁶ Steeds moet volgens het HvJ-EU worden bepaald of de pre-pack gericht is op dit doel en niet alleen of vooral op reorganisatie van de onderneming. Daarnaast moet volgens het HvJ-EU worden vastgesteld dat de overgang van (een deel van) de onderneming als *going concern* het daadwerkelijk mogelijk maakt om dit primaire doel te bereiken.⁸⁷ De *Heiploeg*-jurisprudentie nuanceerde zodoende het beeld dat na het *Smallsteps*-arrest was ontstaan.⁸⁸

Het HvJ-EU oordeelde verder dat het functioneren van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris kan worden beschouwd als toezicht van een bevoegde overheidsinstantie, maar alleen ‘mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke

⁸¹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*), r.o. 5 onder 1.

⁸² HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*), r.o. 5 onder 2.

⁸³ Concl. A-G G. Pitruzzella 9 december 2021, C-237/20, ECLI:EU:C:2021:997 (*Heiploeg*), par. 96 en Bouwens 2022, par. 3.2.

⁸⁴ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 47.

⁸⁵ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 51.

⁸⁶ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 52, Van Galen 2022, par. 3-4 en Verburg 2022, par. 12.

⁸⁷ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 53.

⁸⁸ Het HvJ-EU komt dus niet terug op zijn eerdere *Smallsteps*-arrest, zie: Van Galen 2022, par. 5.

bepalingen'.⁸⁹ In Nederland ontbreekt een wettelijke basis. De door het HvJ-EU geformuleerde beperkingen voor toepassing van de faillissementsuitzondering komen bovendien niet expliciet voor in de huidige Nederlandse implementatiewetgeving. Daarmee lijkt artikel 7:666 BW niet richtlijnconform, maar ruimer geformuleerd.

Als de pre-pack wél wettelijk wordt geregeld en het primaire doel bestaat uit liquidatie van de failliete onderneming ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, is het verdedigbaar dat de pre-pack in Nederland weer onder het toepassingsbereik van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn kan vallen.⁹⁰ Dat naast liquidatie ook deels voortzetting van de onderneming wordt nagestreefd staat niet zonder meer aan toepassing van de faillissementsuitzondering in de weg. Enige overlap van doelen is dus denkbaar.⁹¹

Verder relevant is dat vlak na het *Heiploeg*-arrest van het HvJ-EU de Hoge Raad in *FNV/Vleems*, voortbouwend op de conclusie van A-G Drijber, oordeelde dat het *Smallsteps*-arrest geen gevolgen heeft voor een doorstart die geen pre-pack is en pas na faillissement wordt voorbereid.⁹²

3.5 Het Wibra-arrest

In het recente *Wibra*-arrest stond opnieuw de Belgische reorganisatieprocedure centraal. Deze reorganisatie mislukte aanvankelijk, maar uiteindelijk werd het reorganisatieplan na faillissement alsnog door middel van een doorstart uitgevoerd. Het HvJ-EU herhaalde in het *Wibra*-arrest grotendeels zijn eerdere lijn uit de arresten *Smallsteps*, *Plessers* en *Heiploeg*, maar bracht ook verdere nuance aan, in het bijzonder ten aanzien van de voorwaarde van het liquidatieoogmerk.⁹³

Uit het *Wibra*-arrest blijkt dat een niet op het faillissement gerichte procedure samen met een daaropvolgende faillissementsprocedure als één procedure kan worden beschouwd.⁹⁴ Het begrip faillissementsprocedure wordt ruim uitgelegd.⁹⁵ Als het gezamenlijke hoofddoel primair op liquidatie is gericht, is de faillissementsuitzondering alsnog van toepassing. Uit het *Wibra*-arrest blijkt zodoende

⁸⁹ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 66.

⁹⁰ Enkele auteurs menen dat met de *Heiploeg*-jurisprudentie de pre-pack weer mogelijk werd, zie bijvoorbeeld: Bouwens 2022, Hoogendoorn 2022, Hiebendaal & Rikkert 2022 en Van Galen 2022. Zie ook: Concl. A-G B.J. Drijber 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (*Heiploeg*), par. 3.1.

⁹¹ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 43-46.

⁹² HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446 (*FNV/Vleems*) en Concl. A-G B.J. Drijber 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:788 (*FNV/Vleems*), par. 4.1.

⁹³ HvJ EU 3 april 2025, C-431/23, ECLI:EU:C:2025:232, JOR 2025/148 (*AE, CO, DU e.a./Wibra België BV*) en Van der Bom 2025, p. 29-31.

⁹⁴ HvJ EU 3 april 2025, C-431/23, ECLI:EU:C:2025:232, JOR 2025/148 (*AE, CO, DU e.a./Wibra België BV*), r.o. 43-44 en Bakker 2025, par. 8.

⁹⁵ Sagel & Timp 2025, par. 3.

dat de nadruk voor het liquidatieoogmerk ligt bij het primaire materiële doel en niet zozeer bij de formele vorm van een procedure.⁹⁶ Het HvJ-EU benadrukt dat lidstaten misbruik van het faillissementsrecht moeten voorkomen.⁹⁷ Nationale rechters dienen daarbij rekening te houden met de omstandigheid dat bij een doorstart geen andere potentiële kopers zijn onderzocht of de omstandigheid dat de doorstart plaatsvond met een gelieerde partij.⁹⁸

3.6 Argumentatie rondom de pre-pack

3.6.1 Argumenten vóór de pre-pack

Tollenaar wees in 2011 al op belangrijke voordelen van de pre-pack, zoals het maximale behoud van waarde en werkgelegenheid, de mogelijkheid tot een geplande herstructurering, de sterkere onderhandelingspositie van de curator en de verbeterde informatievoorziening aan potentiële doorstarters.⁹⁹ Daarnaast kunnen de mogelijkheden van een doorstart in beslotenheid worden onderzocht. Dit kan de desintegratieschade als gevolg van het faillissement beperken, bijvoorbeeld reputatieschade of het verlies van klanten.¹⁰⁰ Verkoop van de onderneming als *going concern* kan dan leiden tot een hogere verkoopwaarde.¹⁰¹ Lozeman en Pool benadrukken eveneens dat een in (relatieve) stilte voorbereide doorstart onrust bij schuldeisers, maar ook bij werknemers kan voorkomen. De kans op (additioneel) waardeverlies wordt zodoende verkleind.¹⁰² Ook Loesberg onderschrijft dit en acht dit de belangrijkste reden om de pre-pack te omarmen.¹⁰³ Empirisch onderzoek van Van den Bosch ondersteunt deze gedachte. Een pre-pack kan ertoe leiden dat het vertrouwen van derden in de onderneming tijdens de stille voorbereidingsfase behouden blijft.¹⁰⁴

Volgens Lozeman en Pool kunnen ook maatschappelijke belangen met de pre-pack worden gediend; het toepassen van een pre-packprocedure bij failliete ziekenhuizen kan bijvoorbeeld leiden tot meer continuïteit van zorgverlening.¹⁰⁵ Mijns inziens lijkt een vergelijkbaar maatschappelijk belang aanwezig bij het faillissement van grootschalige kinderopvang, zoals in het *Smallsteps*-arrest.

⁹⁶ Van der Bom 2025, p. 30.

⁹⁷ HvJ EU 3 april 2025, C-431/23, ECLI:EU:C:2025:232, *JOR* 2025/148 (*AE, CO, DU e.a./Wibra België BV*), r.o. 62 en art. 5 lid 4 OVO-richtlijn.

⁹⁸ Sagel & Timp 2025, par. 3 en Van der Bom 2025, p. 29.

⁹⁹ Tollenaar 2011, par. 6.1.

¹⁰⁰ Tollenaar 2011, par. 6.1.

¹⁰¹ Lozeman & Pool 2026, par. 23.2.

¹⁰² Lozeman & Pool 2026, par. 23.8.

¹⁰³ Loesberg 2013, p. 31.

¹⁰⁴ Van den Bosch 2018, p. 93.

¹⁰⁵ Lozeman & Pool 2026, par. 23.8.

In de praktijk werd toepassing van de faillissementsuitsondering bij de pre-pack wellicht gezien als het belangrijkste voordeel van de pre-pack. De werknemers gaan niet van rechtswege over, maar via een doorstart kan de werkgelegenheid — zij het op vrijwillige basis — zo veel mogelijk behouden worden.¹⁰⁶ Verschillende onderzoeken bevatten concrete aanwijzingen dat gebruikmaking van de pre-pack daadwerkelijk leidt tot substantieel behoud van werkgelegenheid, ook al zou op grond van de niet-toepasselijkheid van de OVO-richtlijn anders kunnen worden verondersteld.¹⁰⁷ Van den Bosch wijst er bovendien op dat de pre-pack ook een positieve invloed kan hebben op het langdurige succes van een doorstart.¹⁰⁸

Daarnaast is in de literatuur gewezen op de meerwaarde van toezicht bij een pre-pack. Van Zanten merkt op dat bij onderhandelingen voorafgaand aan het faillissement, die niet in het kader van een pre-packprocedure plaatsvinden, het toezicht van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris ontbreekt.¹⁰⁹ Lozeman en Pool sluiten zich daarbij aan en benadrukken dat juist dit toezicht kan bijdragen aan het realiseren van de hoogst mogelijke marktwaarde.¹¹⁰

3.6.2 Argumenten tegen de pre-pack

Tollenaar gaf in 2013 echter ook aan dat ondanks de eerste succesvolle pre-packprocedures, een pre-pack *'bepaald geen wondermiddel'* is en alleen in specifieke situaties geschikt is.¹¹¹ Zo werd aangevoerd dat de pre-pack te ruim werd toegepast. Hurenkamp en Konings laten echter zien dat er door de jaren heen een steeds strengere toets plaatsvond.¹¹²

Verder is al voor het *Smallsteps*-arrest tegen de pre-pack aangevoerd dat een wettelijke basis ontbreekt en het toezicht gebrekkig is.¹¹³ Ook INSOLAD erkende in 2014 al dat er dringend behoefte was aan een wettelijke basis en ontwikkelde mede in dit kader de eerdergenoemde praktijkregels voor een beoogd curator.¹¹⁴ Verkerk, Windt en Rozendal vroegen eveneens om meer transparantie, maar zagen juist een rol weggelegd voor de rechtbanken om specifieke richtlijnen voor de beoogd curator op te stellen.¹¹⁵ In het *Heiploeg*-arrest heeft het HvJ-EU echter aangegeven dat de functies van een

¹⁰⁶ Tollenaar 2011, par. 6.7, Van den Bosch 2018, p. 92 en Van Zanten 2013, p. 11.

¹⁰⁷ Hurenkamp 2014, p. 55, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht 2016, p. 40, Van den Bosch 2018, p. 92-94, en Van Zanten 2018, p. 47-52 en Van Zanten 2015, par. 2.

¹⁰⁸ Van den Bosch 2018, p. 95.

¹⁰⁹ Van Zanten 2013, p. 11.

¹¹⁰ Lozeman & Pool 2026, par. 23.2.

¹¹¹ Tollenaar 2013, p. 203.

¹¹² Hurenkamp & Konings 2024, par. 14.4.

¹¹³ Tideman 2013, p. 192 en Van Andel 2014, par. 1-3.

¹¹⁴ Mulder 2015, par. 1.

¹¹⁵ Verkerk, Windt & Rozendal 2014, par. 5.

beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris niet wezenlijk verschillen van hun functies in een faillissementsprocedure.¹¹⁶ De meeste van deze kritiepunten zijn inmiddels grotendeels achterhaald, omdat na implementatie van de Harmonisatierichtlijn en/of de WCO I een wettelijke basis aanwezig zal zijn, het vereiste toezicht adequaat geregeld is en de toepassing tot wettelijke gevallen beperkt blijft.

Niet alle kritiepunten op de pre-pack zijn door de tijd ingehaald. Het gebrek aan transparantie als gevolg van het stille karakter van een pre-pack blijft zorgelijk.¹¹⁷ Bij gebreke van een openbaar biedingsproces bestaat het risico dat niet de hoogst mogelijke prijs wordt gerealiseerd.¹¹⁸ Bovendien worden misschien niet alle potentiële bidders bereikt.¹¹⁹ Ook wijzen Lozeman en Pool op het risico van belangenverstrengeling en bevoordeling van bepaalde schuldeisers, nu de markt niet op de hoogte is van het naderende faillissement. Zij achten dit risico groter bij een pre-packdoorstart dan bij een reguliere doorstart.¹²⁰ Deze risico's kunnen zich in versterkte mate voordoen bij een transactie met een gelieerde partij, omdat deze gelieerde partij een informatievoorsprong heeft en de kansen en risico's bij een doorstart doorgaans beter kan inschatten dan een willekeurige derde.¹²¹ Het gebrek aan transparantie wringt bovendien met de medezeggenschap van werknemers.¹²²

Een ander nadeel is het risico op misbruik door de pre-packprocedure als goedkoop reorganisatie-instrument te gebruiken.¹²³ Al voor het *Smallsteps*-arrest wees Van der Pijl erop dat als onderdelen van de onderneming nog levensvatbaar zijn en door een derde worden overgenomen het maar de vraag is of de pre-pack niet strijdig is met de OVO-richtlijn. Het is immers denkbaar dat het faillissement dan niet gericht is op liquidatie van het vermogen. Bij vrijwillige overname van werknemers bestaat bovendien het risico dat de verkrijger een onwenselijke selectie van werknemers maakt. De reguliere arbeidsrechtelijke criteria voor een reorganisatie gelden immers niet bij een pre-packprocedure, waardoor *cherry-picking* van werknemers op de loer ligt.¹²⁴

¹¹⁶ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, *NJ 2022/272 (Heiploeg)*, r.o. 60-62, Hurenkamp & Konings 2024, par. 14.5 en Van Andel 2014, par. 2.

¹¹⁷ Verkerk, Windt & Rozendal 2014, par. 2 en Van Zanten 2013, p. 8.

¹¹⁸ Van den Bosch 2018, p. 90.

¹¹⁹ Loesberg 2013, p. 31 en Van Andel 2014, par. 5.

¹²⁰ Lozeman & Pool 2026, par. 23.8.

¹²¹ Van den Bosch 2018, p. 92 en Van Vugt 2014, p. 27.

¹²² Zaal 2013, par. 6.

¹²³ Tideman 2013, p. 190 en p. 192.

¹²⁴ Huffman 2024, p. 18-19 en Van der Pijl 2013, par. 7.

Hoofdstuk 4 — De Wovof en de Europese Harmonisatierichtlijn

4.1 Het Nederlandse wetgevingsproces

Het ontbreken van een wettelijke basis voor de pre-pack leidde in 2013 voor het eerst tot een wetsvoorstel, de WCO I.¹²⁵ Met het voorgestelde artikel 363 Fw werd getracht een wettelijke basis voor de pre-pack te realiseren.¹²⁶ Het wetsvoorstel bevatte met name regelingen over de rol, taken en bevoegdheden van de beoogd curator, waaronder een informatieplicht aan schuldeisers en werknemers.¹²⁷ Naar aanleiding van het *Smallsteps*-arrest werd verdere behandeling van het wetsvoorstel opgeschort.¹²⁸ Tollenaar benadrukte echter dat het *Smallsteps*-arrest juist de noodzaak voor de WCO I had vergroot.¹²⁹

Als gevolg van de ontstane onzekerheid werden twee nieuwe wetsvoorstellen voorbereid.¹³⁰ In 2019 werd de Wovof I ter consultatie aangeboden.¹³¹ Dit wetsvoorstel schrapte de faillissementsuitzondering de facto, zodat de werknemersbescherming van de OVO-richtlijn ook in alle faillissementssituaties en niet enkel bij een pre-pack van toepassing zou worden.¹³² Daarbij werd wel gekozen voor een verlicht regime van werknemersbescherming door implementatie van de versoepelingsmogelijkheid van artikel 5 lid 2 OVO-richtlijn.¹³³ De behandeling van de Wovof I kwam stil te liggen in afwachting van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad inzake *Heiploeg*.¹³⁴ Intussen werkte de Nederlandse wetgever aan de Novelle WCO I, waarmee alvast een wettelijke basis voor de pre-pack zou worden gecreëerd voor ondernemingen met een maatschappelijk belang, zoals ziekenhuizen. Andere ondernemingen zouden later, afhankelijk van *Heiploeg*, alsnog onder Wovof I kunnen worden gebracht.¹³⁵ A-G Drijber wees erop dat deze wetsvoorstellen moeilijk met elkaar verenigbaar leken.¹³⁶

De *Heiploeg*-jurisprudentie en de voorgestelde Harmonisatierichtlijn leken beide ruimte te bieden voor een pre-pack zonder overgang van werknemers. Op grond van de voorgestelde Harmonisatierichtlijn

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p. 9-10.

¹²⁷ Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 160-162.

¹²⁸ *Kamerstukken II* 2023/24, 33695, nr. 22, p. 6-7.

¹²⁹ Tollenaar 2018b, par. 7.

¹³⁰ Lozeman & Pool 2026, par. 23.5.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 33695, nr. 18, p. 1-2.

¹³² Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 161-162.

¹³³ Schaink 2019, p. 27.

¹³⁴ MvT Novelle WCO I, p. 1-2.

¹³⁵ Lozeman & Pool 2026, par. 23.5 en Voorontwerp Novelle WCO I.

¹³⁶ Concl. A-G B.J. Drijber 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (*Heiploeg*), par. 3.26-3.27.

werden lidstaten zelfs verplicht een pre-pack mogelijk te maken.¹³⁷ In 2024 werd een gewijzigd wetsvoorstel Wovof II ter consultatie aangeboden.¹³⁸ De kern van Wovof II bestaat uit het voorgestelde artikel 7:666b BW dat opnieuw voorschrijft dat bij een doorstart alle werknemers automatisch overgaan.¹³⁹ Hiermee koos de wetgever er bewust voor toch gebruik te maken van de lidstaattoptie om anders te bepalen en de regeling van overgang van onderneming ook in faillissementssituaties van toepassing te verklaren.¹⁴⁰

In beginsel maakt de Wovof II daarmee een einde aan de faillissementsuitzondering. Voor kleine ondernemingen met minder dan twintig werknemers geldt dat toepassing van het nieuwe regime van de Wovof II (nog) facultatief is. Als de overgang van een dergelijke kleine onderneming plaatsvindt in het kader van een faillissementsprocedure die gericht is op liquidatie van het vermogen, kan de faillissementsuitzondering nog worden toegepast. Kleine ondernemingen mogen echter ook de regeling van Wovof II vrijwillig toepassen.¹⁴¹ Deze mogelijkheid raakt veel werkgevers, omdat uit cijfers van het CBS blijkt dat de meeste ondernemingen in Nederland minder dan twintig werknemers in dienst hebben.¹⁴² Op de automatische overgang van artikel 7:666b BW kan een uitzondering worden gemaakt als sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die noodzakelijkerwijs leiden tot het vervallen van arbeidsplaatsen binnen 26 weken.¹⁴³ Als sprake is van dergelijke omstandigheden kan de verkrijgende werkgever in beginsel op grond van een objectieve selectiemethode (de inspiegelingsmethode) een selectie van werknemers maken.¹⁴⁴ Van een vrije selectie of *cherry-picking* is onder de Wovof II dus geen sprake.¹⁴⁵ Daarmee streeft de Wovof II bewust vergaande werknemersbescherming na.

Opvallend is dat de Wovof II niet expliciet ziet op de pre-packprocedure. De wettelijke basis daarvoor, zoals *Heiploeg* vereist, komt in de WCO I.

¹³⁷ De Kloe 2023, par. 7.5.1.

¹³⁸ Internetconsultatie Wovof II.

¹³⁹ Schaink 2025, p. 15. Voorontwerp Wovof II, art. I onderdeel C en D.

¹⁴⁰ MvT Wovof II, p. 4.

¹⁴¹ MvT Wovof II, p. 6 en Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 164.

¹⁴² Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 166 en CBS, *Bedrijfsbeëindigingen; werknemers, bedrijfstak (SBI 2008)*.

¹⁴³ Voorontwerp Wovof II, art. I onderdeel D, MvT Wovof II, p. 9 en p. 20, Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 164 en Schaink 2025, p. 15.

¹⁴⁴ Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 165.

¹⁴⁵ Avci 2023, par. 6.1, Boot & Ipenburg 2020, p. 13-14, Huffman 2024, p. 18-20 en Schaink 2025, p. 15.

De Wovof II leidde tot een breed scala aan reacties.¹⁴⁶ Dit is begrijpelijk, nu de Wovof II een breuk vormt met het verleden en de faillissementsuitzondering grotendeels schrapt. Sinds 2002 gingen werknemers bij een doorstart na een (klassiek) faillissement niet over naar de verkrijger.¹⁴⁷ Bovendien werkten de meeste rechtbanken in de praktijk, tot het *Smallsteps*-arrest, mee aan pre-packprocedures waarbij werknemers ook niet overgingen.¹⁴⁸ Na de *Heiploeg*-jurisprudentie leek dit opnieuw mogelijk, mits de pre-pack een wettelijke basis kreeg.¹⁴⁹ Ook de voorgestelde Harmonisatierichtlijn ging ervan uit dat werknemers bij een pre-pack niet (zonder meer) overgaan. Gelet op de bestaande praktijk en de rechtsontwikkeling lag het dus in de lijn der verwachtingen dat de Wovof II zou aansluiten bij de faillissementsuitzondering. De Wovof II deed dit echter niet.

De Wovof II kon begrijpelijkerwijs op een warm onthaal van de vakbonden rekenen.¹⁵⁰ Met de Wovof II zou een einde komen aan *cherry-picking* van werknemers en aan misbruik van het faillissement als reorganisatiemiddel. Bovendien zou meer werkgelegenheid behouden blijven.¹⁵¹ Werkgeversorganisaties en curatoren wezen er daarentegen op dat een doorstart duurder zou worden en dat het bovendien moeilijker zou worden om een doorstart te realiseren. Het risico bestaat dat kopers, die niet al het personeel willen overnemen, geheel van een overname zullen afzien; dit leidt juist tot additioneel banenverlies en meer maatschappelijke kosten.¹⁵² Ook het beweerdelijke risico van misbruik van faillissementsrecht wordt in de praktijk niet of nauwelijks onderkend.¹⁵³ De Nederlandse Vereniging van Banken benadrukte zelfs dat er geen noodzaak bestaat voor de Wovof II in het licht van *Heiploeg* en de voorgestelde Harmonisatierichtlijn.¹⁵⁴

4.2 Het Europese wetgevingsproces

In 2022 presenteerde de Europese Commissie een voorstel voor een Harmonisatierichtlijn op het terrein van het insolventierecht waarin ook de pre-pack uitgebreid werd behandeld.¹⁵⁵ Aan de Harmonisatierichtlijn ligt de gedachte ten grondslag dat de verschillen tussen nationale insolventiestelsels een belemmering vormden voor de interne markt.¹⁵⁶

¹⁴⁶ Schaink 2025, p. 14 en Internetconsultatie Wovof II.

¹⁴⁷ Beltzer 2020, p. 281.

¹⁴⁸ Hurenkamp 2015, par. 2. Zie ook: paragraaf 3.1.

¹⁴⁹ Zie: paragraaf 3.4.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld: FNV, CNV & VCP 2024.

¹⁵¹ Van Galen 2022, par. 8.

¹⁵² Van Galen 2026 en Schaink 2025, p. 17.

¹⁵³ Van Galen 2026 en INSOLAD 2024, par. 2.1.

¹⁵⁴ NVB 2024, par. 2.6.

¹⁵⁵ Voorstel Harmonisatierichtlijn COM (2022) 702, toelichting, p. 17-20.

¹⁵⁶ Voorstel Harmonisatierichtlijn COM (2022) 702, toelichting, p. 1. Zie ook: Pool, Boon & Vriesendorp 2023, par. 4.4.

Het voorstel bepaalde dat lidstaten verplicht waren om te voorzien in een pre-packprocedure die bestaat uit een voorbereidingsfase en een vereffeningsfase.¹⁵⁷ Deze verplichting is ook in de definitieve Harmonisatierichtlijn opgenomen.¹⁵⁸ Dit mede omdat van een verkoop als *going concern* een hogere verkoopwaarde wordt verwacht.¹⁵⁹ Van bijzonder belang voor de verhouding tussen de pre-pack en de OVO-richtlijn was het voorgestelde artikel 20 lid 2. Dit artikel bepaalde dat de vereffeningsfase, die gericht is op goedkeuring en uitvoering van de verkoop, voor toepassing van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn als faillissementsprocedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie wordt aangemerkt.¹⁶⁰ Het voorstel creëerde daarmee expliciet ruimte voor toepassing van de faillissementsuitzondering bij pre-packprocedures. Van belang is bovendien dat artikel 32 van het voorstel duidelijk maakte dat ook een doorstart door een gelieerde partij mogelijk is, mits aan aanvullende voorwaarden is voldaan.¹⁶¹ In de definitieve Harmonisatierichtlijn biedt het aangepaste en aangevulde artikel 35 ook die mogelijkheid.¹⁶²

De Raad van de Europese Unie onderschreef eveneens de toepasselijkheid van de faillissementsuitzondering bij pre-packprocedures.¹⁶³ De Raad achtte ook de doorstart door een gelieerde partij onder voorwaarden mogelijk. Daarbij ziet de Raad wél ruimte voor lidstaten om in die gevallen additionele bescherming in nationale wetgeving op te nemen.¹⁶⁴ Opvallend is echter dat de Raad tegelijkertijd benadrukte dat de voorgestelde Harmonisatierichtlijn geen afbreuk doet aan de OVO-richtlijn en de nationale implementatie daarvan.¹⁶⁵ Deze toevoeging van de Raad wekt weer de indruk dat de OVO-richtlijn onverkort geldt en de voorgestelde pre-packregeling dus geen afbreuk doet aan de bestaande werknemersbescherming.¹⁶⁶ De positie van de Raad is verwarrend. In de uiteindelijke Harmonisatierichtlijn zijn de overwegingen van de Raad in de preambule opgenomen. In considerans 32 en 33 van de preambule is bepaald dat de Harmonisatierichtlijn de werking van de OVO-richtlijn onverlet laat en bovendien '*geen afbreuk doet aan rechten van werknemers uit hoofde*

¹⁵⁷ Voorstel Harmonisatierichtlijn COM (2022) 702, considerans 22, art. 2 sub p en art. 19. Deze verplichting gaat het zogenoemde *forum shoppen* tegen, zie ook: Van Zanten 2023, par. 1.

¹⁵⁸ Considerans 29-30 Harmonisatierichtlijn.

¹⁵⁹ Considerans 38-39 Harmonisatierichtlijn.

¹⁶⁰ Voorstel Harmonisatierichtlijn COM (2022) 702, art. 20 lid 2.

¹⁶¹ De Kloe 2023, par. 7.5.2.

¹⁶² Art. 35 Harmonisatierichtlijn.

¹⁶³ Raad van de Europese Unie, document 9257/25, 23 mei 2025, p. 26 en p. 84.

¹⁶⁴ Raad van de Europese Unie, document 16459/25, 5 december 2025, p. 29.

¹⁶⁵ Raad van de Europese Unie, document 9257/25, 23 mei 2025, p. 26 en p. 84.

¹⁶⁶ De Weijs & Zwemmer 2026, par. 4.

van het Unierecht en het nationale recht'.¹⁶⁷ Dat de Harmonisatierichtlijn geen afbreuk doet aan de OVO-richtlijn staat ook in het definitieve artikel 22.¹⁶⁸

De spanning tussen werknemersbescherming en het belang van een efficiënte doorstart kwam ook bij het Europese Parlement nadrukkelijk naar voren. Het Parlement achtte een vrijwel onbeperkte vrijheid ten aanzien van werknemersbescherming bij pre-packprocedures onwenselijk en diende een amendement op artikel 20 lid 2 van het Commissievoorstel in.¹⁶⁹ Het Parlement voegde aan artikel 20 lid 2 toe dat een pre-pack als faillissementsprocedure wordt beschouwd, als *'bij de vereffening van de onderneming van de schuldenaar als going concern de vorderingen van de schuldeisers zoveel mogelijk worden voldaan'*.¹⁷⁰ Dit lijkt sterk op het oordeel van HvJ-EU in *Heiploeg*. In het *Heiploeg*-arrest werd echter ook nog gesteld dat de werkgelegenheid zo veel mogelijk behouden moest worden.¹⁷¹ Het amendement is na onderhandelingen tussen het Parlement en de Raad in de dialoog uiteindelijk naar de preambule van de definitieve Harmonisatierichtlijn verplaatst. In considerans 33 van de preambule is bovendien verder gevolg gegeven aan het *Heiploeg*-arrest en een bepaling toegevoegd over het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid. Volgens de considerans valt de vereffeningsfase dus onder de faillissementsuitzondering als *'de pre-packprocedure als primair doel heeft de vorderingen van de schuldeisers zo veel mogelijk te voldoen en tegelijkertijd de werkgelegenheid zo veel mogelijk te behouden'*.¹⁷²

De definitieve Harmonisatierichtlijn neemt daarmee afstand van het Commissievoorstel, waarin (bijna) iedere pre-pack onder de faillissementsuitzondering leek te vallen. In plaats daarvan sluit de uiteindelijke Harmonisatierichtlijn meer aan bij de genuanceerde overwegingen uit het *Heiploeg*-arrest. Betoogd kan worden dat — mits er een wettelijke basis voor de pre-packprocedure wordt ontwikkeld — werknemers op grond van de Harmonisatierichtlijn niet overgaan op de verkrijger, indien de pre-pack gericht is op liquidatie, waardemaximalisatie ten behoeve van schuldeisers én zo veel mogelijk behoud van werkgelegenheid. De Europese rechtsontwikkeling biedt zodoende ruimte voor toepassing van de faillissementsuitzondering bij pre-packprocedures; deze ruimte vindt nauwelijks weerklank in de Wovof II.

¹⁶⁷ Considerans 32-33 Harmonisatierichtlijn.

¹⁶⁸ Art. 22 Harmonisatierichtlijn.

¹⁶⁹ De Weijs & Zwemmer 2026, par. 4.

¹⁷⁰ A10-0126/2025, amendement 147.

¹⁷¹ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 55.

¹⁷² Considerans 33 Harmonisatierichtlijn.

Hoofdstuk 5 — De Wovof gewogen

5.1 Argumenten vóór de Wovof

De Wovof II beoogt te voorzien in een betere bescherming van werknemers bij overgang van onderneming in faillissement.¹⁷³ Het wetsvoorstel tracht het verschil in bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement te mitigeren door gebruik te maken van de lidstaattoptie om de OVO-richtlijn ook toe te passen in faillissementssituaties. Begrijpelijkerwijs reageerden de vakbonden overwegend positief op de verdergaande werknemersbescherming van de Wovof II, hoewel de vakbonden tegelijkertijd waarschuwden dat curatoren, banken, investeerders en ondernemingen ‘*zich zelfs tegen de resterende werknemersbescherming zullen verzetten*’.¹⁷⁴

Naast verdergaande werknemersbescherming kent de Wovof II andere aanzienlijke voordelen. Nu de wetgever van plan is om de Wovof II en de WCO I tegelijkertijd in te voeren, wordt gehoor gegeven aan de herhaaldelijke oproep voor een duidelijker wettelijk kader.¹⁷⁵ Onder de Wovof II hoeft niet langer van geval tot geval te worden nagegaan of een doorstart primair ziet op de continuïteit van de onderneming of gericht is op liquidatie, zoals wél uit *Heiploeg* voortvloeit, omdat de faillissementsuitsondering niet geldt (behalve voor kleine ondernemingen die ervoor kiezen de Wovof II niet toe te passen).¹⁷⁶ Hierdoor bestaat meer zekerheid over de kosten van een overname. De Wovof II zou het gebruik van de pre-packprocedure daardoor kunnen stimuleren.¹⁷⁷ Van der Pijl wijst er ook op dat een regeling waarbij werknemers in beginsel overgaan bij een faillissementsdoorstart leidt tot meer duidelijkheid en rechtszekerheid.¹⁷⁸ Daarnaast blijkt uit rechtsvergelijkend onderzoek van Huffman dat in Duitsland, waar geen gebruik is gemaakt van de faillissementsuitsondering ex artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn, maar wel van de versoepelingsmogelijkheden ex artikel 5 lid 2 OVO-richtlijn, geen (substantiële) problemen zijn ontstaan.¹⁷⁹ De vraag is of deze vergelijking met andere Europese landen altijd opgaat, nu het Nederlandse ontslagstelsel van oudsher relatief strikt is.¹⁸⁰

Verder beoogt de Wovof II een extra drempel op te werpen tegen misbruik van de faillissementsprocedure als reorganisatiemiddel.¹⁸¹ Voor grote ondernemingen komt onder de

¹⁷³ MvT Wovof II, p. 3-4.

¹⁷⁴ FNV, CNV & VCP 2024, p. 1.

¹⁷⁵ Van der Pijl 2024a.

¹⁷⁶ Schaink 2025, p. 19 en Van der Pijl 2024a.

¹⁷⁷ Van der Pijl 2024a.

¹⁷⁸ Van der Pijl 2018, p. 26.

¹⁷⁹ Huffman 2015, p. 258-261.

¹⁸⁰ CMS 2024, par. 2.5, p. 4.

¹⁸¹ MvT Wovof II, p. 3.

Wovof II immers een einde aan de mogelijkheid tot *cherry-picking* van werknemers.¹⁸² Dit geldt temeer nu de Wovof II bij verlies van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden een objectieve selectiemethode voorschrijft.¹⁸³ Een hiermee verband houdend voordeel van de Wovof II is dat (oneerlijke) concurrentievoordelen worden verkleind.¹⁸⁴ Bij toepassing van de faillissementsuitsondering kan de verkrijger de onderneming immers schuldenvrij en met minder personeel voortzetten, hetgeen aanzienlijke concurrentievoordelen kan opleveren.

Tot slot versterkt de Wovof II de positie van de ondernemingsraad, door het opnemen van adviesrecht, en biedt de Wovof II een evenwichtige regeling van het concurrentiebeding.¹⁸⁵ Onder de Wovof II vervalt een concurrentiebeding in beginsel als de werknemer na een doorstart niet mag blijven, terwijl het beding juist in stand blijft als een werknemer wel mag blijven.¹⁸⁶

5.2 Argumenten tegen de Wovof

De Wovof II roept echter ook meer kritische reacties op. De Wovof II laat het arbeidsrechtelijke perspectief van werknemersbescherming zwaarder wegen dan het insolventierechtelijke belang van een efficiënte doorstart. In de Memorie van Toelichting wordt deze belangenafweging echter niet toegelicht.¹⁸⁷ De Wovof II maakt volgens critici een gebrekkige belangenafweging door onvoldoende gewicht toe te kennen aan de belangen van schuldeisers en toekomstige kopers. Daarbij is onder meer gewezen op het ontbreken van een onderscheid tussen een doorstart door een gelieerde partij of een niet-gelieerde partij, terwijl juist dat onderscheid relevant kan zijn bij de vraag in hoeverre verdergaande werknemersbescherming gerechtvaardigd is.¹⁸⁸ Ook geldt de Wovof II niet alleen voor een pre-packdoorstart, maar voor alle doorstarts, ongeacht de mate waarin deze vooraf zijn voorbereid.¹⁸⁹

Daarnaast zou de Wovof II een juridisch complexe en moeilijk uitvoerbare regeling zijn. De toepassing van de bedrijfseconomische omstandigheden en de objectieve selectiemethode, via inspiegeling, zijn meer dan ingewikkeld.¹⁹⁰ De praktische uitvoerbaarheid van de Wovof II lijkt verder te worden bemoeilijkt door het adviesrecht van de ondernemingsraad over voortzetting. Dit adviesrecht lijkt te

¹⁸² Bouwens 2022, par. 5.

¹⁸³ MvT Wovof II, p. 10-18.

¹⁸⁴ MvT Wovof II, p. 5.

¹⁸⁵ Dogan & De Kloe 2025, p. 871.

¹⁸⁶ Schneider & Van der Pijl 2026, par. 4.2.

¹⁸⁷ INSOLAD 2024, par. 4.1.1-4.1.4.

¹⁸⁸ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 5.2.3.

¹⁸⁹ Van der Pijl 2024b, p. 98.

¹⁹⁰ Schaink 2025, p. 15 en Van Galen 2026.

wringen met de taak van de curator.¹⁹¹ De adviestertermijn kan het snel handelen van een curator belemmeren, terwijl dat juist in faillissementssituaties van groot belang is.¹⁹²

Ook is veelvuldig aangekaart dat de Wovof II een doorstart financieel en organisatorisch minder aantrekkelijk maakt, met juist verlies van werkgelegenheid als gevolg.¹⁹³ De toepassing van de Wovof II vereist meer onderzoek, nu een belangrijk discussiepunt telkens zal zijn of überhaupt sprake is van een overgang van onderneming. Dit leidt tot additionele kosten en verlies van tijd.¹⁹⁴ Als verkrijgers alle werknemers in beginsel moeten overnemen, zullen er bovendien minder gegadigden zijn en zal een lagere verkoopprijs worden gerealiseerd; ook dit belemmert een doorstart. Zelfs voor verkrijgers van kleine ondernemingen, die kunnen besluiten om de automatische overgang van werknemers onder de Wovof II buiten toepassing te laten, kan de Wovof II een overname minder aantrekkelijk maken. De Raad van State wijst in dit verband expliciet op de grote regeldruk, die in het kader van transparantie, rust op verkrijgers van dergelijke kleine ondernemingen.¹⁹⁵ De Wovof II druist, mijns inziens, hiermee in tegen haar doel. Als de Wovof II leidt tot minder doorstarts zal er ook minder behoud van werkgelegenheid zijn. Deze bezwaren zijn niet nieuw. A-G Spier wees er in 2014 al op dat bij het toepassen van de regeling overgang van onderneming bij een doorstart: *'het paard achter de wagen zou worden gespannen'*.¹⁹⁶

Daarnaast biedt de Wovof II, mede vanwege de noodzaak om al voorafgaand aan een doorstart een uitgebreid plan op te stellen, een (oneerlijk) concurrentievoordeel voor partijen die al vóór faillissement bij de onderneming betrokken waren of interesse hadden getoond in de koop.¹⁹⁷

Verder is van diverse zijden gewezen op de afwezigheid van faillissementsmisbruik.¹⁹⁸ Onder meer uit empirisch onderzoek blijkt dat misbruik van de thans bestaande regeling nauwelijks voorkomt.¹⁹⁹ Van Galen wijst er bijvoorbeeld op dat het controleverlies met een onafhankelijk curator er niet snel toe

¹⁹¹ NOvA 2024, p. 5-6.

¹⁹² INSOLAD 2024, par. 6.2-6.3.

¹⁹³ Zie bijvoorbeeld: INSOLAD 2024, par. 2.6, NOvA 2024, p. 14, NVB 2024, par. 4, Taylor Wessing 2024, par. 10 en Van Doorne 2024, par. 3.16. Zie verder: Schaink 2025 en Van Galen 2026.

¹⁹⁴ MvT Wovof II, p. 17 en Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 167.

¹⁹⁵ Advies Afdeling advisering Raad van State, nr. W16.25.00189/II, p. 3-4.

¹⁹⁶ Concl. A-G J. Spier 6 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:582, par. 2.19.2. Zie ook: Verburg 2014.

¹⁹⁷ Van Galen 2026.

¹⁹⁸ Zie bijvoorbeeld: Schreurs 2025, par. 17.4.

¹⁹⁹ Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 60-67 en Onderzoekscentrum Onderneming & Recht 2016, p. 19, p. 44 en p. 68-71.

leidt dat een onderneming kiest voor een faillissement als verkapte reorganisatiemethode.²⁰⁰ Welke gevallen van faillissementsmisbruik de Wovof II precies voorkomt is niet verder verduidelijkt.

Ook lost de Wovof II, volgens Van Galen, de onzekerheid die na het *Heiploeg*-arrest zou bestaan over het liquidatieoogmerk niet op. De vraag of een doorstart al dan niet ziet op liquidatie blijft voor kleine ondernemingen die kiezen voor het 'oude' regime onbeantwoord. Het is daarmee niet zeker of werknemers in die gevallen overgaan.²⁰¹ Nu het leeuwendeel van de ondernemingen 'klein' is, is deze onzekerheid des te bezwaarlijker.

Tot slot is door diverse auteurs betoogd dat de Wovof II niet verenigbaar is met de OVO-richtlijn. De Wovof II gaat immers uit van een regeling, waarbij werknemers bij een overgang van onderneming in beginsel een aanbod tot indiensttreding krijgen, tenzij sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden of deze redenen binnen 26 weken na de doorstart worden verwacht. In die gevallen wordt aan de hand van de inspiegelingsmethode als objectieve selectiemethode bepaald wie al dan niet een aanbod krijgt. De OVO-richtlijn bepaalt echter simpelweg dat bij een overgang van onderneming de werknemers van rechtswege overgaan, tenzij sprake is van de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn. Het feit dat onder de Wovof II een aanbod wordt gedaan lijkt niet richtlijnconform.²⁰²

5.3 De Wovof tegen de achtergrond van de Europese Harmonisatierichtlijn

Uit de Harmonisatierichtlijn volgt dat de faillissementsuitzondering toepassing kan vinden bij een pre-packprocedure, mits deze primair gericht is op opbrengstmaximalisatie ten behoeve van schuldeisers en het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid.²⁰³ Ondanks de complexe totstandkomingsgeschiedenis van de Harmonisatierichtlijn bestaat ruimte voor een pre-packprocedure zonder automatische overgang van werknemers, indien een wettelijke basis bestaat.²⁰⁴ De Wovof II laat die ruimte onbenut.

De keuze van de Nederlandse wetgever om deze ruimte onbenut te laten is opvallend. De Nederlandse wetgever hecht veel belang aan werknemersbescherming. Juist vanuit het belang van behoud van werkgelegenheid kan een pre-packprocedure zonder automatische overgang een logische stap zijn. Uit empirisch onderzoek is immers gebleken dat er indicaties zijn dat de pre-pack een substantieel

²⁰⁰ Van Galen 2026.

²⁰¹ Van Galen 2026.

²⁰² De Weijs & Zwemmer 2024, par. 7. Zie ook: De Leo 2019 en Van der Pijl 2019b.

²⁰³ Considerans 33 Harmonisatierichtlijn.

²⁰⁴ Zie: paragraaf 4.2 en De Weijs & Zwemmer 2026, par. 4.

positief effect heeft op het behoud van werkgelegenheid.²⁰⁵ Uit een analyse van 97 pre-packprocedures over de periode 2014-2023 blijkt bijvoorbeeld dat gemiddeld 70% van de werknemers werd overgenomen; dit is een aanzienlijk percentage, te meer daar bij een reguliere doorstart gemiddeld 41% van de werknemers wordt overgenomen.²⁰⁶

Bovendien brengt de Wovof II het risico op additionele kosten mee en kan het vereisen van een uitgebreid doorstartplan leiden tot een oneerlijk concurrentievoordeel voor partijen die al vóór faillissement bij de onderneming betrokken waren. Deze kosten en risico's zullen naar verwachting in de koopprijs worden verdisconteerd en kunnen een doorstart minder aantrekkelijk maken.²⁰⁷ De Harmonisatierichtlijn biedt juist uitgebreide waarborgen voor transparantie tijdens de voorbereidingsfase van een pre-pack. Mede daardoor kan een billijke verkoopprijs en -procedure worden gerealiseerd, waarbij de hoogste bieder — en dus niet een partij met een informatievoorsprong — aan het langste eind trekt.²⁰⁸ Ook in dit opzicht lijkt de Wovof II minder passend bij de richting die de Europese wetgever sinds het *Heiploeg*-arrest is ingeslagen.

5.4 De Wovof — Route De Weijs en Zwemmer

De Weijs en Zwemmer hebben naast hun kritiek op de Wovof II tevens een alternatieve benadering voor de Wovof II voorgesteld. Deze 'tussenroute' van De Weijs en Zwemmer tracht een middenweg te bieden tussen de werknemersbescherming en de mogelijkheid van een pre-packdoorstart.²⁰⁹

De Weijs en Zwemmer zijn in 2024 uitvoerig ingegaan op de vraag wanneer een pre-packprocedure op liquidatie is gericht. In hun visie houdt het liquidatieoogmerk in dat de eenheid van kapitaal en arbeid wordt verbroken. Daarbij lezen zij de wettekst '*liquidatie van het vermogen van de vervreemder*' als het '*verbreken van de banden tussen de activiteiten en de oude aandeelhouder*'.²¹⁰ Dat sluit in hun ogen beter aan bij het *Heiploeg*-arrest waar gesproken wordt van liquidatie van de onderneming en niet van liquidatie van het vermogen.²¹¹ Ook sluit deze benadering in hun visie beter aan bij het *D'Urso*-arrest, waarin het HvJ-EU spreekt van behoud van werknemersrechten bij een overgang van een onderneming

²⁰⁵ Van den Bosch 2018, p. 213.

²⁰⁶ Hurenkamp & Konings 2024, par. 14.5.

²⁰⁷ INSOLAD 2024, par. 2.6.

²⁰⁸ Art. 24 Harmonisatierichtlijn.

²⁰⁹ De Weijs & Zwemmer 2024 en De Weijs & Zwemmer 2026.

²¹⁰ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 5.1. Zie ook: art. 3 en art. 5 OVO-richtlijn.

²¹¹ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, *NJ* 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 53.

op ‘een ander ondernemingshoofd’.²¹² De opvatting dat het liquidatieoogmerk ziet op het opbreken van het vermogen als het samenstel van activa achten zij moeilijk (juridisch) verdedigbaar.²¹³

Als liquidatie inderdaad het verbreken van de eenheid van kapitaal en arbeid betekent, dient volgens De Weijs en Zwemmer een onderscheid gemaakt te worden tussen de verkoop aan bestaande aandeelhouders of aan derden. Bij verkoop aan bestaande aandeelhouders wordt de band tussen arbeid en kapitaal immers niet verbroken en is de pre-pack niet gericht op liquidatie. In die gevallen zou volgens De Weijs en Zwemmer de regeling van overgang van onderneming onverkort gelden.²¹⁴ De gedachte hierachter is dat bij een doorstart met een zittende aandeelhouder eerder sprake is van een reorganisatie dan van liquidatie.²¹⁵ Andersom geldt dat bij een doorstart door een derde de banden tussen arbeid en kapitaal juist wél worden verbroken, zodat volgens De Weijs en Zwemmer eerder sprake is van gerichtheid op liquidatie.

De Weijs en Zwemmer achten dit onderscheid wenselijk, mede omdat een doorstart met gerelateerde partijen meer ruimte zou bieden voor opportunistisch gebruik en misbruik.²¹⁶ Bij een doorstart met een gelieerde partij dient daarom door de wetgever een andere belangenafweging te worden gemaakt dan bij een doorstart met een andere partij.²¹⁷ Deze benadering vormt een interessante tussenweg, waarbij de faillissementsuitzondering mogelijk wel geldt bij een doorstart door een externe partij, maar niet geldt bij een doorstart door een gelieerde partij.

Deze benadering roept ook vragen op. Bij de uitleg van het liquidatieoogmerk van De Weijs en Zwemmer lijkt sprake te zijn van wensdenken. De Weijs en Zwemmer willen graag een onderscheid maken tussen gelieerde en niet-gelieerde partijen en lezen dit onderscheid toevalligerwijs terug in de wettekst en (gedateerde) Europese jurisprudentie. Verdere onderbouwing is, mijns inziens, dun. Slechts twee rechtsoverwegingen na de passage in het *Heiploeg*-arrest waar De Weijs en Zwemmer zich op baseren, spreekt het HvJ-EU juist van liquidatie van het vermogen.²¹⁸ Van Zanten geeft daarbij bovendien aan dat artikel 20 Fw bepaalt dat een faillissement betrekking heeft op het gehele vermogen van de schuldenaar. Volgens Van Zanten geldt dat de faillissementsprocedure daarmee per

²¹² HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D’Urso*), r.o. 9.

²¹³ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 5.1.

²¹⁴ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 5.1.

²¹⁵ In gelijke zin: Van der Pijl 2019c, p. 329-330.

²¹⁶ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 5.2.1. Zie ook: Schreurs 2025, par. 17.4.

²¹⁷ De Weijs & Zwemmer 2024, par. 5.2.3. Hierbij baseren De Weijs & Zwemmer zich op de belangenafweging uit het *Abels*-arrest.

²¹⁸ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, *NJ* 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 55.

definitie een liquidatieprocedure is.²¹⁹ Ook Schaink komt tot het oordeel dat het criterium van De Weijs en Zwemmer weliswaar ‘helder onderscheidend’ is, maar niet voldoende overeenkomt met het criterium van het HvJ-EU, namelijk of sprake is van een procedure gericht op continuïteit dan wel liquidatie.²²⁰

De Weijs en Zwemmer geven in 2026 aan dat de Nederlandse wetgever zichzelf in een lastig parket heeft gebracht door mee te werken aan twee contrasterende wetgevingsvoorstellen: de Wovof II met de overname van werknemers als uitgangspunt en het Europese voorstel met aanvankelijk precies het tegenovergestelde als uitgangspunt. Desalniettemin hebben De Weijs en Zwemmer kans gezien om met de implementatie van de Harmonisatierichtlijn het door hun gewenste onderscheid tussen gelieerde en niet-gelieerde partijen te maken.²²¹ Zij herhalen onder verwijzing naar hun eerdere artikel dat de jurisprudentie van het HvJ-EU zo gelezen moet worden dat werknemers overgaan bij een pre-pack met gerelateerde partijen.²²² Nu de Harmonisatierichtlijn, volgens De Weijs en Zwemmer, moet worden uitgelegd in lijn met de preambule en daarmee in overeenstemming met de jurisprudentie, lezen zij het onderscheid tussen gelieerde en niet-gelieerde partijen ook terug in de Harmonisatierichtlijn. Omdat het lang kan duren voordat in de rechtspraak de Harmonisatierichtlijn door het HvJ-EU wordt uitgelegd, wijzen De Weijs en Zwemmer op de mogelijkheid om aanvullende nationale regels op te nemen.²²³

Opnieuw lijkt de benadering van De Weijs en Zwemmer vooral te zijn gemotiveerd vanuit hetgeen zij wenselijk vinden. Nadere juridische onderbouwing ontbreekt om aan te kunnen nemen dat impliciet uit de jurisprudentie blijkt dat een liquidatieoogmerk ontbreekt bij een gelieerde doorstart. De oplossing van De Weijs en Zwemmer is op zichzelf niet gek bedacht, maar zelfs een *loophole* dient voldoende juridische basis te hebben.

5.5 De Wovof — Alternatieve benaderingen

De hiervoor besproken route van De Weijs en Zwemmer staat niet op zichzelf. In de literatuur zijn diverse andere mogelijke oplossingen voor de pre-packproblematiek aangedragen. Al deze oplossingen veronderstellen dat een wettelijke basis voor de pre-pack wordt ingevoerd en beogen het vereiste liquidatieoogmerk te verduidelijken.

²¹⁹ Van Zanten 2020, par. 3.3.

²²⁰ Schaink 2025, p. 19.

²²¹ De Weijs & Zwemmer 2026, par. 5.

²²² De Weijs & Zwemmer 2026, par. 2.2-2.3.

²²³ De Weijs & Zwemmer 2026, par. 4-5.

In de eerste plaats heeft Van Galen geopperd dat de rechter bij de opening van het faillissement dient vast te stellen of de faillissementsprocedure primair gericht is op liquidatie van het vermogen of juist op de continuïteit van de onderneming. Van Galen wijst erop dat op grond van *Heiploeg* enkel het doel waarmee het faillissement is aangevraagd relevant is; kennis over het verdere verloop van de faillissementsprocedure is dus niet noodzakelijk. Een dergelijke openingsbeslissing van de faillissementsrechter staat open voor hoger beroep en cassatie. Volgens Van Galen worden werknemers daarmee voldoende beschermd tegen een onjuiste beslissing, terwijl bovendien zekerheid ontstaat voor de verkrijger als geen gebruik wordt gemaakt van de rechtsmiddelen tegen een dergelijke openingsbeslissing.²²⁴ Misschien niet geheel verrassend voor een bekende curator, spreekt Van Galen bovendien de verwachting uit dat vrijwel altijd het primaire doel de liquidatie van het vermogen zal zijn.²²⁵

Ook A-G Drijber staat niet afwijzend tegen het meenemen van het doel in de openingsbeslissing door de faillissementsrechter. De A-G wijst erop dat zowel voor de pre-pack als het faillissement moet worden vastgesteld of sprake is van liquidatie als hoofddoel. Het komt vooral op de openingsbeslissing aan of primair liquidatie wordt beoogd. De A-G stelt:

*‘Als dat het geval is, dan is moeilijk voorstelbaar dat de voorafgaande pre-pack niet primair liquidatie beoogde. Voorts ligt het voor de hand dat wanneer in de pre-pack een doorstart is voorbereid waarop de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris hebben afgetekend, in de regel het vereiste liquidatieoogmerk aanwezig is op het moment dat het faillissement wordt aangevraagd’.*²²⁶

De A-G verwijst naar Schaink, die erop heeft gewezen dat de aanduiding liquidatieoogmerk geen ‘*window dressing*’ mag vormen en dat het voortzettingsoogmerk moet blijken uit: ‘*in het oog springende daden*’. De A-G lijkt zodoende met Schaink van mening dat er behoorlijke ruimte is om bij de openingsbeslissing te bepalen of al dan niet primair liquidatie wordt beoogd, waarbij Schaink veel waarde hecht aan de mate waarin de rechtbank is geïnformeerd.²²⁷

Als rechtsmiddelen worden ingezet tegen de openingsbeslissing kan de faillissementsprocedure wél substantieel worden vertraagd. Ook Verstijlen heeft twijfels aan de route van Van Galen, omdat de arbeidsrechter in een procedure tussen werknemers en doorstarters niet is gebonden aan het oordeel

²²⁴ Van Galen 2022, par. 7.

²²⁵ Van Galen 2022, par. 9. Van Zanten deelt deze verwachting, zie: Van Zanten 2020, par. 3.3.

²²⁶ Concl. A-G B.J. Drijber 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (*Heiploeg*), par. 3.23.

²²⁷ Concl. A-G B.J. Drijber 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (*Heiploeg*), par. 3.22-3.23 en Schaink 2022, p. 88-89.

van de faillissementsrechter.²²⁸ Dit argument is naar mijn mening niet sterk. Nu tegen de openingsbeslissing van de faillissementsrechter ook voor werknemers als belanghebbenden hoger beroep en cassatie openstaat, ligt het weinig voor de hand dat werknemers niet zouden ageren tegen een dergelijke beslissing, maar later wel zouden procederen tegen de doorstarter.²²⁹

Een soortgelijke oplossing wordt door Avci bepleit en houdt in dat artikel 7:666 sub a BW wordt aangevuld met een bepaling dat het faillissement moet zijn aangevraagd met het primaire doel van liquidatie van het vermogen; zodoende wordt het *Heiploeg*-arrest gecodificeerd. In het uiteindelijke faillissementsvonnis ex artikel 14 Fw moet volgens Avci dit doel worden opgeschreven. Latere geschillen over het doel van de faillissementsprocedure kunnen zo worden voorkomen.²³⁰ Deze toevoeging aan de huidige wetstekst lost, mijns inziens, de daadwerkelijke discussie over de liquidatie van het vermogen niet op. Immers is niet geheel duidelijk wanneer sprake is van liquidatie van het vermogen; er is slechts wettelijk bepaald dat hier sprake van moet zijn. Avci geeft bovendien zelf aan dat het liquidatieoogmerk voor toepassing van de Wovof minder relevant is, nu de faillissementsuitzondering onder de Wovof in beginsel geen toepassing vindt. De Wovof treedt volgens Avci in de voetsporen van het *Smallsteps*-arrest, dat inmiddels door het *Heiploeg*-arrest is ingehaald.²³¹

Verstijlen kijkt met een ander perspectief naar het liquidatieoogmerk. Uit het *Heiploeg*-arrest van het HvJ-EU blijkt dat in iedere situatie moet worden nagegaan of (a) de procedure gericht is op liquidatie, en of (b) de wijze van liquidatie een zo hoog mogelijke opbrengst kan realiseren.²³² Volgens Verstijlen moet het ‘*raar lopen*’ als aan die tweede voorwaarde niet wordt voldaan, omdat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris dan niet aan de faillissementsprocedure zullen meewerken.²³³ Daarom vindt Verstijlen dat met name gekeken moet worden naar de taakopdracht van de curator. Als deze taakopdracht het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers inhoudt, is volgens Verstijlen aannemelijk dat de procedure gericht is op liquidatie. Het doel van de schuldenaar vindt Verstijlen minder belangrijk. Immers, welke betekenis komt nog toe aan het oogmerk van de schuldenaar als de procedure daadwerkelijk gericht is op het realiseren van een zo hoog mogelijke winst? Verstijlen vindt steun voor zijn visie in de prejudiciële verwijzingsuitspraak van de Hoge Raad inzake *Heiploeg*.²³⁴ De Hoge Raad geeft daar aan dat de

²²⁸ Verstijlen 2022, par. 7.

²²⁹ *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/137, 141 en 150.

²³⁰ Avci 2023, par. 7.

²³¹ Avci 2023, par. 7.

²³² HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, *NJ* 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 53 en Verstijlen 2022, par. 6.

²³³ Verstijlen 2022, par. 7.

²³⁴ Verstijlen 2022, par. 8.

faillissementsprocedure in Nederland gericht is op een zo volledig mogelijke voldoening van schuldeisers en dat een mogelijke manier om dit te bereiken de verkoop van de onderneming van de schuldenaar als *going concern* kan zijn.²³⁵ Hiermee lijkt de Hoge Raad te zeggen dat ook bij verkoop als *going concern* voldaan is, of op z'n minst voldaan kan zijn, aan het vereiste van gerichtheid op liquidatie van het vermogen. Verstijlen erkent echter dat ook een andere benadering, waarbij wél wordt gekeken naar het oogmerk van de schuldenaar verdedigbaar blijft.²³⁶

De uiteenlopende ideeën over wat met de liquidatie van het vermogen wordt bedoeld laten zien dat over de betekenis van *Heiploeg* nog onzekerheid bestaat. Duidelijk lijkt wel dat de uitleg van het liquidatieoogmerk van Van Galen, Avci en Verstijlen sterk overeenkomt en beter aansluit bij de lijn van de rechtspraak dan de suggesties van De Weijs en Zwemmer. Van Galens oplossing biedt voor partijen, naar mijn mening, de meeste rechtszekerheid; immers krijgen partijen dankzij het vonnis zwart-op-wit of er is voldaan aan het vereiste van gerichtheid op liquidatie. Om échte zekerheid te verkrijgen is geduld nodig. Het uiteindelijk woord is aan het HvJ-EU.

Ook nemen de oplossingen van Van Galen, Avci en Verstijlen de twijfels en bezwaren over de Wovof II niet weg. Onder de Wovof II zullen werknemers ongeacht gerichtheid op liquidatie in beginsel overgaan.²³⁷ Bovendien is bij deze eventuele oplossingen nog weinig aandacht besteed aan de inmiddels aangenomen Harmonisatierichtlijn.

²³⁵ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/125 (*Heiploeg*), r.o. 3.5.2.

²³⁶ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 (*Heiploeg*), r.o. 53 en Verstijlen 2022, par. 8.

²³⁷ Ook Van Galen wijst hierop: Van Galen 2022, par. 8.

Hoofdstuk 6 — De Wovof heroverwogen

6.1 De Wovof nader bekeken: verenigbaarheid, noodzaak en mogelijke gevolgen

6.1.1 *Spanning met de Harmonisatierichtlijn*

De Harmonisatierichtlijn bepaalt dat lidstaten een pre-packprocedure mogelijk moeten maken. De preambule bepaalt ook dat de pre-packprocedure geen afbreuk doet aan de OVO-richtlijn en dat de pre-packprocedure slechts onder de faillissementsuitzondering kan vallen als de procedure primair gericht is op het zo veel mogelijk voldoen van de vorderingen van schuldeisers en tegelijkertijd het zo veel mogelijk behouden van werkgelegenheid. Ook is het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie vereist.²³⁸ Ondanks de onzekerheid die nog bestaat over de precieze duiding van de Harmonisatierichtlijn in de praktijk en rechtspraak, is duidelijk dat er is getracht om een pre-packprocedure (gemakkelijker) mogelijk te maken. Dit blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Harmonisatierichtlijn.²³⁹

In dat licht is de keuze voor de Wovof II zeker mogelijk maar geenszins noodzakelijk. De Wovof II vormt geen logisch antwoord op de Harmonisatierichtlijn die aansluit bij de overwegingen uit het *Heiploeg*-arrest.²⁴⁰ Terwijl de Harmonisatierichtlijn juist lijkt te benadrukken dat de pre-packprocedure in bepaalde gevallen onder de faillissementsuitzondering kan vallen, lijkt de Wovof II, door een pre-packprocedure in de praktijk lastiger te maken, wellicht meer op een inmiddels achterhaalde reactie op het *Smallsteps*-arrest of op een politieke keuze om werknemers beter te beschermen.²⁴¹

6.1.2 *De Wovof in historisch perspectief*

Zoals blijkt uit paragraaf 6.1.1 lijkt de Wovof II niet goed aan te sluiten bij de waarschijnlijke bedoeling van de ‘nieuwe’ Harmonisatierichtlijn. De Wovof II vormt daarnaast juist ook een breuk met het verleden. Al in de jaren tachtig, vóór het *Abels*-arrest en vóór de faillissementsuitzondering, werd veelvuldig gewezen op de nadelen van de toepassing van de regeling overgang van onderneming in faillissementssituaties.²⁴² Toen met het *Abels*-arrest duidelijk werd dat de OVO-richtlijn zelf niet van toepassing is op de overgang van onderneming in faillissement, onverminderd de bevoegdheid van lidstaten om anders te bepalen, heeft Nederland in 1997 de kans gegrepen om de hoofdregel van het *Abels*-arrest te codificeren.²⁴³ Het HvJ-EU en de Nederlandse wetgever erkenden daarmee de

²³⁸ Considerans 29-30, 32-33, 38-39 en art. 22 Harmonisatierichtlijn.

²³⁹ Zie bijvoorbeeld: De Weijs & Zwemmer 2026, par. 5. Zie ook: paragraaf 4.2.

²⁴⁰ De Weijs & Zwemmer 2026, par. 4 en Pool & Boon 2025, p. 60-61.

²⁴¹ Zie ook: paragraaf 3.2 en 4.2.

²⁴² Beltzer 2020, p. 267-270.

²⁴³ HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900 (*Abels*), r.o. 23-24. Zie ook: paragraaf 2.2.

bijzondere positie van het faillissementsrecht en het risico dat de toepasselijkheid van de OVO-richtlijn in faillissement juist ten detrimente van werknemers zou kunnen werken.²⁴⁴ Deze argumenten gelden nog steeds en Nederland kan thans terugkijken op bijna drie decennia aan ervaring met de faillissementsuitzondering die niet tot grote problemen heeft geleid.

6.1.3 Meer werknemersbescherming?

In de kern biedt de Wovof II verdergaande werknemersbescherming.²⁴⁵ Een kanttekening kan in dit kader worden gemaakt. De Wovof II zal mogelijk een geringere impact hebben dan aanvankelijk het geval lijkt vanwege de uitzondering voor kleine ondernemingen met minder dan twintig werknemers.²⁴⁶ Deze uitzondering houdt in dat de verkrijger van een dergelijke kleine onderneming ervoor kan kiezen om de Wovof II niet toe te passen.²⁴⁷ Het merendeel van de ondernemingen in Nederland is 'klein'.²⁴⁸ Naar mijn overtuiging zal massaal gebruik worden gemaakt van deze vrijheid. De Raad van State heeft er zelfs op gewezen dat de kans aanwezig is dat de uitzondering voor kleine ondernemingen in de praktijk de hoofdregel wordt, nu maar liefst 70 tot 72% van de ondernemingen die in 2025 failliet zijn gegaan minder dan tien werknemers in dienst hadden.²⁴⁹ Enige relativisering van de vergaande werknemersbescherming van de Wovof II is dus op zijn plaats.

6.1.4 Voorkomen van misbruik?

Een belangrijke reden voor de Wovof II bestaat uit het voorkomen van misbruik van het faillissementsrecht, nu de Wovof II voorkomt dat het faillissement als verkapte reorganisatiemethode wordt gebruikt en bovendien een einde maakt aan *cherry-picking* van werknemers.²⁵⁰

Het faillissement geldt als ultimum remedium, mede gegeven het verlies aan controle, de financiële en publicitaire schade en de onrust bij werknemers, leveranciers en schuldeisers. Het is daarom niet aannemelijk dat snel misbruik wordt gemaakt van een faillissement als goedkope reorganisatiemethode. Het weinige onderzoek naar eventueel faillissementsmisbruik wijst er juist op dat van misbruik nauwelijks sprake is.²⁵¹

²⁴⁴ Beltzer 2020, p. 273.

²⁴⁵ Zie ook: paragraaf 5.1.

²⁴⁶ Voorontwerp Wovof II, art. I onderdeel C en D.

²⁴⁷ MvT Wovof II, p. 6. Zie ook: paragraaf 4.1.

²⁴⁸ CBS, *Bedrijfsbeëindigingen; werknemers, bedrijfstak (SBI 2008)*. Ter illustratie: blijkens de meest recente cijfers van het CBS zijn er 2.417.600 bedrijven in Nederland waarvan 2.380.505 bedrijven (afgerond 98%) minder dan twintig werknemers hebben.

²⁴⁹ Advies Afdeling advisering Raad van State, nr. W16.25.00189/II, p. 3.

²⁵⁰ Zie ook: paragraaf 5.1.

²⁵¹ Jol, Messelink & Verhoeven 2025, p. 140-146 en Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 60-67. Zie ook: paragraaf 5.2.

Bovendien volgt uit vaste jurisprudentie dat het aanvragen van een faillissement om ‘goedkoop’ werknemers te kunnen ontslaan, kan leiden tot misbruik van bevoegdheid ex artikel 3:13 BW.²⁵² Werknemers kunnen om vernietiging van de faillietverklaring vragen. Bij vernietiging worden werknemers beschermd doordat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door het arbeidsrecht buiten faillissement ex artikel 13a Fw.²⁵³

Het risico op misbruik van het faillissementsrecht bij een pre-pack wordt verder verkleind door de rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris. De Harmonisatierichtlijn biedt bovendien uitgebreide waarborgen om ervoor te zorgen dat het toezicht door de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris onafhankelijk is en het verkoopproces transparant en eerlijk verloopt.²⁵⁴ In het bijzonder worden waarborgen geboden ter voorkoming van misbruik bij een gelieerde doorstart, waar het HvJ-EU ook in het *Wibra*-arrest al aandacht aan besteedde.²⁵⁵ Gelet op het bovenstaande, is het voorkomen van faillissementsmisbruik naar mijn overtuiging slechts een beperkte rechtvaardiging voor de Wovof II.

6.1.5 Voorkomen van rechtsonzekerheid?

De Wovof II vormt vooral een reactie op de rechtsonzekerheid die uit het *Smallsteps*-arrest voortvloeide.²⁵⁶ De *Heiploeg*-jurisprudentie heeft deze rechtsonzekerheid echter grotendeels wegnomen. De resterende rechtsonzekerheid is door de inwerkingtreding van de Harmonisatierichtlijn kleiner geworden.

Heiploeg bepaalt niet dat op een pre-pack de faillissementsuitsondering niet van toepassing kan zijn. *Heiploeg* bepaalt uiteindelijk niet meer dan dat een pre-pack een wettelijke basis moet hebben en dat voor toepassing van de faillissementsuitsondering aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn moet zijn voldaan. Waar het *Smallsteps*-arrest nog leek te indiceren dat een pre-pack niet mogelijk was, leidt de *Heiploeg*-jurisprudentie er juist toe dat met relatief beperkte ingrepen, zoals het creëren van een wettelijke basis, de vroegere pre-packpraktijk kan worden gecontinueerd.²⁵⁷ De

²⁵² Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AC1243, *NJ* 1996/16 (*Ammerlaan*), r.o. 6-7. Zie ook: HR 7 oktober 1983, *NJ* 1984/74, 6524, r.o. 3.2 en HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388 (*Multi Terminals Waalhaven*), r.o. 3.5. Zie verder: Van der Pijl 2019c, p. 231-233.

²⁵³ Verburg & Said 2016, p. 11-12. Zie ter illustratie dit recente voorbeeld van misbruik van faillissementsrecht: Hof 's-Hertogenbosch 15 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2852.

²⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: art. 23 lid 2 en lid 3, art. 24 lid 1, lid 2 en lid 3 en art. 29 lid 1 Harmonisatierichtlijn.

²⁵⁵ Zie: paragraaf 3.5.

²⁵⁶ Avci 2023, par. 6.

²⁵⁷ Zie: paragraaf 3.3-3.4 en 3.6.

onzekerheid of onder *Heiploeg* nog sprake kan zijn van een pre-packprocedure is dus betrekkelijk, temeer nu de Harmonisatierichtlijn een duidelijke Europese ontwikkeling ten behoeve van de pre-pack laat zien. Sterker nog, Nederland dient op grond van de Harmonisatierichtlijn juist een wettelijke basis voor de pre-pack te ontwikkelen.²⁵⁸ De Nederlandse wetgever heeft destijds, mede omwille van de bestaande onzekerheid, een hoge drempel voor de pre-pack opgeworpen. Tegenwoordig lijkt het bestaansrecht van de pre-pack juist in belangrijke mate te zijn bevestigd en lijkt de Wovof II eerder een overcorrectie te zijn.

De Wovof II maakt bovendien geen einde aan de rechtsonzekerheid rondom de drie criteria van de faillissementsprocedure. Voor kleine ondernemingen met minder dan twintig werknemers die gebruik maken van de uitzondering en dus buiten het nieuwe regime blijven vallen, blijft de eerdere onzekerheid over de gerichtheid op liquidatie onverkort bestaan en biedt de Wovof II geen handvatten. Bepalingen uit de Harmonisatierichtlijn over een concurrent, transparant, eerlijk en marktconforme voorbereidingsfase bieden wel al een kapstok. In de Nederlandse implementatiewetgeving van de Harmonisatierichtlijn kunnen waarborgen worden gecreëerd om de onzekerheid grotendeels weg te nemen. Gelet op de oplossingen van Van Galen en Avci kan in de implementatiewetgeving worden bepaald dat het liquidatieoogmerk een voorwaarde is voor de toepassing van de faillissementsuitsondering en dat aan die voorwaarde is voldaan als de rechter in zijn openingsbeslissing vaststelt dat het faillissement gericht is op liquidatie.²⁵⁹ In de taakopdracht van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris kan worden opgenomen dat zij ervoor dienen te waken dat de pre-pack gericht is op liquidatie van het vermogen met een zo hoog mogelijke opbrengst en zo veel mogelijk behoud van werkgelegenheid. Door het liquidatieoogmerk en de andere twee vereisten wettelijk te verankeren vervalt bovendien het argument dat het huidige artikel 7:666 BW te ruim is, omdat de drie criteria voor toepassing van de faillissementsuitsondering dan in de wet zijn opgenomen; hierdoor kan het artikel niet langer ruimer worden gelezen dan met de OVO-richtlijn wordt bedoeld.²⁶⁰

Bovendien wijs ik erop dat het Nederlandse (ondernemings)recht bol staat van open normen, bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid of ernstige verwijtbaarheid.²⁶¹ De betrekkelijke rechtsonzekerheid die bestaat over het liquidatieoogmerk kan in het wetgevingsproces worden

²⁵⁸ Considerans 29-30 Harmonisatierichtlijn. Zie ook: paragraaf 4.2.

²⁵⁹ Avci 2023, par. 7 en Van Galen 2022, par. 7. Zie ook: paragraaf 5.5.

²⁶⁰ Zie: paragraaf 3.4.

²⁶¹ Art. 2:8 en 2:9 BW.

opgelost en zal aan de hand van rechtspraak verder worden ontwikkeld. Dit rechtvaardigt niet de complete wijziging die met de Wovof II wordt beoogd.

6.1.6 Het belang van transparantie

Tegen de pre-pack is ook aangevoerd dat de procedure en in het bijzonder de voorbereidingsfase onvoldoende transparant zou zijn.²⁶² Het gebrek aan transparantie kan tot concurrentieverstoring leiden en de Wovof II lijkt mede hierom in het leven te zijn geroepen.²⁶³ Gelet op de eerdere positieve ervaringen met de pre-pack moet wat mij betreft niet te veel gewicht worden toegekend aan deze eventuele concurrentieverstoring. Ook Van Zanten geeft aan dat het onmogelijk is om alle belangen naast elkaar optimaal te realiseren.²⁶⁴ Bovendien is het mogelijk om het gebrek aan transparantie verder terug te dringen in de implementatiewetgeving van de Harmonisatierichtlijn; deze biedt immers uitgebreide handvatten.²⁶⁵

6.1.7 De praktische uitvoerbaarheid

De praktische uitvoerbaarheid van de Wovof II is niet eenvoudig. De Wovof II is tamelijk complex.²⁶⁶ Om te beginnen vereist de Wovof II dat er, tijdens de hectiek van een faillissement, wordt nagegaan of sprake is van een overgang van onderneming en wordt nagegaan welke personen als werknemer kwalificeren.²⁶⁷ Dat hoeft niet als sprake is van de faillissementsuitzondering. Over de vraag wanneer sprake is van een overgang van onderneming bestaat veel Europese en Nederlandse jurisprudentie en is in ruime mate literatuur geschreven, waaruit juist onzekerheid kan volgen.²⁶⁸

Naast deze drempel is de Wovof II zelf ook complex. Het is moeilijk om vast te stellen of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden, die zouden rechtvaardigen dat niet alle werknemers worden overgenomen. Onduidelijk is of de begrippen bedrijfseconomische omstandigheden en ETO-redenen inwisselbaar zijn of juist een andere betekenis kennen.²⁶⁹ Daarnaast lijkt het selecteren met de inspiegelingsmethode complex. De inspiegelingsmethode vormt het spiegelbeeld van de toch al gecompliceerde afspiegelingsmethode bij collectief ontslag buiten faillissement.²⁷⁰ Bovendien blijft er

²⁶² Zie bijvoorbeeld: Loesberg 2013, p. 31, Van Andel 2014, par. 5 en Van Zanten 2013, p. 7-8. Zie ook: paragraaf 3.6.2.

²⁶³ Zie bijvoorbeeld: Van Velsen 2025.

²⁶⁴ Van Zanten 2018, p. 72-73.

²⁶⁵ Zie bijvoorbeeld: art. 23 lid 2 en lid 3, art. 24 lid 1, lid 2 en lid 3 en art. 29 lid 1 Harmonisatierichtlijn.

²⁶⁶ Zie: paragraaf 5.2.

²⁶⁷ Zie bijvoorbeeld: Beltzer 2005.

²⁶⁸ Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (*Spijkers*) en Beltzer 2020.

²⁶⁹ Bouwens 2026, par. 9.3-9.4.

²⁷⁰ Schaink 2025, p. 15.

na de overgang en de eventuele vermindering van het aantal werknemers een lange periode van onzekerheid, omdat werknemers uiteraard kunnen ageren tegen het feit dat zij ontslagen worden.

6.1.8 Willekeur en rechtsongelijkheid?

De Memorie van Toelichting van de Wovof II overweegt dat het huidige verschil in bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement onwenselijk is.²⁷¹ In dat kader is het moeilijk te begrijpen dat dit verschil voor kleine ondernemingen met minder dan twintig werknemers, waarbij de Wovof II nog slechts vrijwillig geldt, kennelijk niet onwenselijk genoeg is, maar voor grote ondernemingen met meer dan twintig werknemers kennelijk wel.

De Memorie van Toelichting noemt als rechtvaardiging onder meer dat bij kleine ondernemingen minder vaak voorbereidingen kunnen worden getroffen, omdat de kosten zwaarder wegen, minder kennis en expertise aanwezig is en het risico op afhaken van bidders groter zou zijn.²⁷² Het getal van maximaal twintig werknemers, gebaseerd op artikel 3 lid 1 WMCO, is echter betrekkelijk arbitrair gekozen, zowel ten aanzien van de betrokken werknemers als voor de verkrijgers. Bovendien heeft de Raad van State er al op gewezen dat de uitzondering gekoppeld is aan de omvang van de failliet en niet aan de omvang van de verkrijger, waardoor een grote verkrijger zonder voldoende redenen toch gebruik zou kunnen maken van de uitzondering.²⁷³ Een kanttekening is wel dat een grondslag is opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur de uitzondering in de toekomst ruimer uit te kunnen leggen.²⁷⁴

In het kader van de uitzondering is bovendien voorstelbaar dat werkgevers er in de toekomst voor zullen kiezen om hun activiteiten en werknemersbestand te splitsen in separate ondernemingen van elk maximaal twintig werknemers. De Memorie van Toelichting bepaalt weliswaar dat bij ontduiking van de Wovof II verschillende losse transacties moeten worden gezien als overgang van één onderneming, maar de invulling van de anti-ontduikingsregelgeving is nog ongewis.²⁷⁵ Kortom, doorstarten wordt er niet eenvoudiger op.

²⁷¹ MvT Wovof II, p. 4.

²⁷² MvT Wovof II, p. 6.

²⁷³ Advies Afdeling advisering Raad van State, nr. W16.25.00189/II, p. 3.

²⁷⁴ MvT Wovof II, p. 25.

²⁷⁵ MvT Wovof II, p. 29-30.

6.1.9 Mogelijk averechts effect op de werkgelegenheid?

Tot slot heeft de wetgever, met de invoering van de Wovof II, weinig acht geslagen op de aanzienlijke voordelen die de pre-pack met zich mee kan brengen.²⁷⁶ Dit is des te opvallender nu de bedenkingen tegen de pre-packprocedure vaak eerder lijken te zien op de niet-toepasselijkheid van het leerstuk van overgang van onderneming in faillissement of het ontbreken van een wettelijke basis, dan op de pre-pack als zodanig.²⁷⁷

Onder de Wovof II wordt de pre-pack financieel minder aantrekkelijk, omdat alle werknemers in beginsel moeten worden overgenomen. Hierdoor lijkt het aannemelijk dat niet alleen een lagere verkoopprijs wordt gerealiseerd, maar ook dat doorstarts minder vaak succesvol zijn of minder vaak voorkomen, waardoor extra werkgelegenheid verloren zou kunnen gaan.²⁷⁸ Er zijn wel concrete aanwijzingen voor behoud van werkgelegenheid bij de pre-pack.²⁷⁹ De Memorie van Toelichting gaat uit van een substantiële stijging van het aantal werknemers dat hun werk behoudt onder de Wovof II.²⁸⁰ Hiervoor ontbreekt echter onderbouwing. Immers wordt nu geen rekening gehouden met het geringere aantal doorstarts dat door curatoren en de NVB wordt verwacht en ook niet met de handhaving van het ‘oude’ regime voor kleine ondernemingen.²⁸¹ De Wovof II lijkt paradoxaal; het doel is het behoud van meer werkgelegenheid, maar de uitvoering zou kunnen leiden tot het tegenovergestelde.

6.2 Aanbevelingen

Gelet op al het voorgaande, meen ik dat hoewel de Wovof II een te rechtvaardigen politieke keuze van de Nederlandse wetgever is, de Wovof II niet de meest logische of wenselijke keuze is. Om enerzijds recht te doen aan de juridische en maatschappelijke discussie die tot de Wovof II heeft geleid, en anderzijds de pre-packpraktijk te bestendigen, worden de Nederlandse wetgever enkele concrete verbeterpunten aangedragen.

Ten eerste verdient het aanbeveling om de aangehouden WCO I nieuw leven in te blazen. De WCO I voorziet in de noodzakelijke wettelijke basis voor de pre-pack.

²⁷⁶ Zie: paragraaf 3.6.1.

²⁷⁷ Van Zanten 2013, p. 9.

²⁷⁸ Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024, p. 168. Zie ook: paragraaf 5.2.

²⁷⁹ Jol, Messelink & Verhoeven 2025, p. 158-159. Zie ook: paragraaf 3.6.1.

²⁸⁰ MvT Wovof II, p. 22-23.

²⁸¹ Jol, Messelink & Verhoeven 2025, p. 159.

Ten tweede is het raadzaam om de voorwaarden van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn expliciet in nationale wetgeving te codificeren om conformiteit met de OVO-richtlijn te waarborgen. In dit kader kan de door Van Galen voorgestelde oplossing — om het liquidatieoogmerk door de faillissementsrechter bij de openingsbeslissing vast te leggen — een einde maken aan de huidige rechtsonzekerheid. Hierbij kan worden bepaald dat de rechter een dergelijke beslissing voldoende dient te motiveren. Dat deze rechterlijke openingsbeslissing in de komende jaren in de rechtspraak verdere concrete invulling krijgt staat aan de wenselijkheid niet in de weg.

Tot slot kunnen in het kader van werknemersbescherming en het mitigeren van eventuele risico's die kleven aan een stille voorbereidingsfase, verschillende waarborgen in de wet- of regelgeving worden opgenomen. In de Engelse pre-packpraktijk is een vergelijkbare oplossing voorgesteld. De Britse onderzoeker Graham formuleerde — ter vermindering van de nadelen van een pre-pack — een '*Statement of Insolvency Practice 16*' met richtlijnen voor het handelen van de beoogd curator. Van een curator werd bijvoorbeeld meer verwacht bij verkoop aan een gelieerde partij, zoals het opstellen van een uitgebreider verantwoordingsverslag. Aan de hand van dergelijke richtlijnen kunnen schuldeisers bovendien controleren of de curator hun belangen daadwerkelijk het beste heeft gediend.²⁸² Nu de Engelse pre-packpraktijk veel overeenkomsten vertoont met de Nederlandse pre-packpraktijk, kan de Nederlandse wetgever mogelijk inspiratie ontleen aan deze oplossing.²⁸³ De taakopdracht van de curator kan bijvoorbeeld expliciet bepalen dat een curator in het bijzonder gericht moet zijn op een zo hoog mogelijke opbrengst en zo veel mogelijk werkgelegenheid. Ook voor de pre-packprocedure aan sich kunnen waarborgen worden opgenomen voor een eerlijk en transparant proces, zoals extra waarborgen bij een doorstart door een gelieerde partij. De Europese Harmonisatierichtlijn biedt hiervoor al richtsnoeren.

²⁸² Graham 2014, p. 8-9, 20 en 63-64.

²⁸³ Lozeman & Pool 2026, par. 23.8.

Conclusie

In dit onderzoek is centraal gesteld in hoeverre de Wovof II als wetsvoorstel op gespannen voet staat met de *Heiploeg*-jurisprudentie en de Europese Harmonisatierichtlijn. De conclusie luidt dat deze spanning niet alleen nadrukkelijk aanwezig is, maar tevens van fundamentele aard. Hoewel de keuze van de Nederlandse wetgever om werknemers in hoge mate te beschermen respectabel is, vormt de uitwerking van deze keuze een breuk met de Europese rechtsontwikkeling.

Zowel de *Heiploeg*-jurisprudentie als de Harmonisatierichtlijn lijken de pre-pack te omarmen en ruimte te bieden voor een pre-packprocedure waarbij de faillissementsuitzondering van toepassing blijft. De Wovof II laat deze ruimte grotendeels onbenut en kiest, met de automatische overgang van werknemers, voor een andere koers. De Wovof II zou averechts kunnen uitpakken indien doorstarts als financieel en organisatorisch te lastig worden ervaren en er daardoor minder pre-packs zullen plaatsvinden. In die gevallen zal bij gebreke van een succesvolle doorstart het volledige faillissement van een onderneming volgen. De Wovof II zou zodoende paradoxaal genoeg kunnen resulteren in minder behoud van werkgelegenheid. Waar de Wovof II werknemersbescherming als uitgangspunt neemt, blijkt uit de *Heiploeg*-jurisprudentie en de Harmonisatierichtlijn dat werknemersbescherming en doorstartmogelijkheden niet per definitie tegenovergestelde belangen zijn, zodat mijns inziens de Wovof II meer ruimte zou moeten bieden aan een doorstartmogelijkheid in de vorm van een pre-pack.

Teneinde een bestendige, werkbare en richtlijnconforme pre-packpraktijk tot stand te brengen, verdient de gekozen koers heroverweging. In plaats van vast te houden aan de Wovof II, die als codificatie van *SmallSteps* inmiddels grotendeels achterhaald is, dient de wetgever een wettelijke basis voor de pre-pack te ontwikkelen. Met enige aanpassing van de WCO I kan hierin eenvoudig worden voorzien. In de implementatiewetgeving van de Harmonisatierichtlijn kunnen de voorwaarden van de faillissementsuitzondering expliciet worden opgenomen evenals specifieke bepalingen over wanneer aan het liquidatieoogmerk is voldaan. Daarmee zou de Nederlandse wetgever niet alleen beter recht doen aan de ontwikkelingen op Europees niveau, maar zou bovendien de kans dat een succesvolle pre-pack wordt gerealiseerd aanmerkelijk worden vergroot ten opzichte van toepassing van de Wovof II. De Nederlandse wetgever is nu aan zet.

Bronvermelding

Literatuurlijst

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser Procesrecht/Verstijlen 11 2025

F.M.J. Verstijlen, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 11. Faillissement*, Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Avci 2023

A. Avci, 'Doorstarters: opgelet!', *ArbeidsRecht* 2023/6.

Bakker 2025

A.C.A.D. Bakker, annotatie bij HvJ EU 3 april 2025, C-431/23, ECLI:EU:C:2025:232 (*AE, CO, DU e.a./Wibra België BV*), *JOR* 2025/148.

Beltzer 2020

R.M. Beltzer, *Overgang van Onderneming*, Amsterdam: Corel Corporate Employment Law.

Beltzer & Kanen 2019

R.M. Beltzer & B.C.L. Kanen, 'Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: no hay mayor dificultad que la poca voluntad', *ArA* 2019/3, p. 65-92.

Beltzer 2015

R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist', *O&F* 2015/1, p. 32-43.

Beltzer 2005

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?', *ArbeidsRecht* 2005/27.

Beltzer 2002

R.M. Beltzer, 'Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited', *ArA* 2002/1, p. 32-46.

Beltzer 2000

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), 2000.

Beunk, Van den Heuvel & Van Well 2024

D. Beunk, J.L. van den Heuvel & S. van Well, 'De gevolgen van de wetgevingsplannen rondom werknemersbescherming bij een doorstart in faillissement', *MvO* 2024/7, p. 160-171.

Boot & Ipenburg 2020

J. Boot & J. Ipenburg, 'Wet overgang van onderneming in faillissement: wat heeft de werknemer eraan?', *TvO* 2020/1.

Bouwens 2026

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Overgang van onderneming en ontslag', in: M.Y.H.G. Erkens & S.F. Sagel (red.), *Bescherming in ontwikkeling, Opstellen aangeboden aan Guus Heerma van Voss bij zijn afscheid van de Universiteit Leiden*, Deventer: Wolters Kluwer 2026, par. 9.1-9.4.

Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2023

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht 2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Bouwens 2022

W.H.A.C.M. Bouwens, 'De comeback van de pre-pack', *TRA* 2022/48.

De Kloe 2023

H.J. de Kloe, *Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 129)* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

De Leo 2019

F. de Leo, 'Nederlandse voorstellen 'Wet overgang van onderneming in faillissement' — Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?', *Corporate Finance Lab*, 3 juni 2019.

De Weijs & Zwemmer 2026

R.J. de Weijs & J.P.H. Zwemmer, 'Pre-pack en werknemersbescherming: de Wovof in het licht van de Europese pre-pack in de Harmonisatierichtlijn Insolventierecht', *ArbeidsRecht* 2026/1.

De Weijs & Zwemmer 2024

R.J. de Weijs & J.P.H. Zwemmer, 'Wovof II als pleister naast de zere plek. Het fundamentele onderscheid tussen pre-packs met zittende aandeelhouders en met externe partijen', *Tvl* 2024/20.

Dogan & De Kloe 2025

E. Dogan & E. de Kloe, 'De positie van werknemers in de Whoa, de pre-pack en het faillissement', *AA* 2025/0866, p. 866-874.

Frima 2015

J.C.A.T. Frima, 'INSOLAD Praktijkregels voor de beoogd curator', *Ondernemingsrecht* 2015/48.

Graham 2014

T. Graham, 'Graham Review into Pre-pack Administration. Report to The Rt Hon Vince Cable MP', juni 2014, via www.gov.uk.

Grapperhaus 2017

F.B.J. Grapperhaus, 'De prepack-vlinder die een rups bleef', *Ondernemingsrecht* 2017/124.

Hiebendaal & Rikkert 2022

A. Hiebendaal & B. Rikkert, 'Heiploeg-arrest: nieuw leven voor de pre-pack?', *Bb* 2022/60.

Hoogendoorn 2022

M. Hoogendoorn, 'De doorstart na het Heiploeg-arrest: kan herstructurerend Nederland verder met de pre-pack', *FIP* 2022/193, nr. 6.

Hufman 2024

P. Huffman, 'Pre-pack en werknemers: suggesties voor de toekomst', *FIP* 2024/2, p. 15-21.

Hufman 2015

P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 2015.

Huffman & Zaal 2014

P. Huffman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98, p. 167-173.

Hugo Sinzheimer Instituut 2005

Hugo Sinzheimer Instituut door R. Knecht e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, WODC-rapport 1199, Universiteit van Amsterdam, 16 november 2005.

Hurenkamp & Konings 2024

J.R. Hurenkamp & G. Konings, 'Het tienjarige jubileum is een feit! Een analyse van 97 pre-packs in de praktijk', in: E.L. Zetteler e.a. (red.), *In debat met Van Andel*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, par. 14.1-14.8.

Hurenkamp 2017

J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door pre-pack?', *Tvl* 2017/21.

Hurenkamp 2015

J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20.

Hurenkamp 2014

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.

Huydecoper 2013

J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tvl* 2013/5.

Jol, Messelink & Verhoeven 2025

J.T. Jol, K.A. Messelink & R.H.W.A. Verhoeven, 'De positie van werknemers bij doorstarts vanuit faillissement', in B. Rumora-Scheltema e.a. (red.), *Het belang van Van Galen*, Den Haag: Boom juridisch 2025, p. 137-167.

Loesberg 2013

E. Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht: Heiligt het doel de middelen?', *TOP* 2013/1, p. 29-31.

Lozeman & Pool 2026

J.N. Lozeman & J.M.W. Pool, 'De pre-pack als herstructureringsdocument', in: H. Koster e.a. (red.), *Corporate structuring*, Deventer: Wolters Kluwer 2026, par. 23.

Mulder 2015

R. Mulder, 'De Pre-pack: Verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad', *Tvl* 2015/5.

Onderzoekscentrum Onderneming & Recht 2016

Onderzoekscentrum Onderneming & Recht door L.G. Verburg e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, WODC-rapport 2599, Radboud Universiteit, 5 april 2016.

Pool & Boon 2025

J.M.W. Pool & J.M.G.J. Boon, 'Medezeggenschap in herstructurerings- en insolventieprocedures: de pre-pack (deel 2)', *O&F* 2025/1, p. 53-64.

Pool, Boon & Vriesendorp 2023

J.M.W. Pool, J.M.G.J. Boon & R.D. Vriesendorp, 'Harmonisation of European Insolvency Law: Operation Patchwork has Commenced, but Where Will it Take Us?', *Tvl* 2023/11.

Pool 2018

J.M.W. Pool, 'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland', *Tvl* 2018/39.

Robben, in: *Arbeidsovereenkomst*

C.P. Robben, 'Identiteitsbehoud', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, (art. 7:662 BW, aant. 3), Deventer: Wolters Kluwer (online).

Sagel & Timp 2025

S. Sagel & I. Timp, 'Kroniek van het arbeidsrecht', *NJB* 2025/2683, afl. 37.

Schaink 2025

P.R.W. Schaink, 'Who is afraid of de Wovof', *FIP* 2025/57, p. 14-21.

Schaink 2022

P.R.W. Schaink, 'Heiploeg en Smallsteps', *TvO* 2022/3, p. 82-89.

Schaink 2019

P.R.W. Schaink, 'Voorontwerp van Wet overgang van onderneming in faillissement, een ingrijpend wetsvoorstel', *FIP* 2019/209, afl. 5, p. 26-31.

Schaink 2017

P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34.

Schneider & Van der Pijl 2026

R.S. Schneider & J. van der Pijl, 'Het concurrentiebeding binnen en buiten faillissement – veranderingen op til', *Tvl* 2026/4.

Schreurs 2025

Ph. W. Schreurs, 'Terugblikken op en vooruitkijken naar de gelieerde doorstart', in: J.M.W. Pool (red.), *Insolventie in context. Een eerbetoon aan prof. Reinout Vriesendorp*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, par. 17.

Schreurs 2017

Ph. W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA* 2017/3.

Spinath 2019

I. Spinath, annotatie bij HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*), *JOR* 2019/210.

Tideman 2013

B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *FIP* 2013/6, p. 190-193.

Tollenaar 2018a

N.W.A. Tollenaar, 'De eerste stappen voorbij Estro', *Tvl* 2018/7.

Tollenaar 2018b

N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I', *Tvl* 2018/6.

Tollenaar 2013

N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013/6, p. 202-211.

Tollenaar 2011

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23.

Van Andel 2014

W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *Tvl* 2014/37.

Van den Bosch 2018

S.F.W. van den Bosch, 'De pre-pack in de Nederlandse praktijk: een empirisch onderzoek vanuit economisch perspectief', *TvOB* 2018/4, p. 86-96.

Van der Bom 2025

P.J.T.M. van der Bom, 'Het Wibra-arrest: de Europese faillissementsuitzondering aangescherpt; de voorbereide doorstart verder onder druk?', *FIP* 2025/238, p. 26-31.

Van der Burg, in: T&C BW

I.A. van der Burg, 'Commentaar op afd. 8 boek 7 BW', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Van der Neut 2017

N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88.

Van der Pijl 2024a

J.N. van der Pijl, 'De Wovof – oplossing of probleem?', *Tvl* 2024/19.

Van der Pijl 2024b

J.N. van der Pijl, 'Gaaf de Wovof er nu toch komen?', *TAC* 2024/3, p. 97-99.

Van der Pijl 2019a

J.N. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122.

Van der Pijl 2019b

J.N. van der Pijl, annotatie bij HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*), *JAR* 2019/170, p. 1785-1793.

Van der Pijl 2019c

J.N. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever (Monografieën Sociaal Recht nr. 75)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van der Pijl 2018

J.N. van der Pijl, 'Doorstart van de doorstart?', *TAP* 2018/267, p. 20-26.

Van der Pijl 2015

J.N. van der Pijl, 'De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventiepraktijk', *TvI* 2015/22, p. 144-149.

Van der Pijl 2013

J.N. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart — een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38.

Van Dijck, Snel & Van Golen 2023

G. van Dijck, M. Snel & T. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2023.

Van Erpers Roijaards 2020

V.M. van Erpers Roijaards, 'Smallsteps versus heiploeg: wat is de stand van zaken?', *MvO* 2020/8, p. 262-270.

Van Galen 2026

R.J. van Galen, 'Weg met de WOVOF', *Ondernemingsrecht* 2026/12.

Van Galen 2022

R.J. van Galen, 'Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55.

Van Velsen 2025

G. van Velsen, 'De Wovof als correctie op het concurrentieverstorende effect van de doorstart', *TvCU* 2025/5/6, p. 21-28.

Van Vugt 2014

M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please!', *FIP* 2014/47, p. 26-29.

Van Zanten 2023

M.R. van Zanten, 'Proposal for European rules on pre-pack proceedings should be supported', *TvI* 2023/14.

Van Zanten 2020

M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemers bij overgang van een onderneming: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *TvI* 2020/6.

Van Zanten 2018

M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse', in: E.J.R. Verweij, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 15-79.

Van Zanten 2015

M.R. van Zanten, 'De pre-pack (aan)winst voor de insolventiepraktijk deel 1', *FIP* 2015/269, afl. 5.

Van Zanten 2013

M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, afl. 10, p. 7-11.

Verburg & Said 2016

F.M. Verburg & S. Said, 'Misbruik van faillissementsrecht: de rechten van de gedupeerde werknemer centraal gesteld', *TRA* 2016/33, afl. 4, p. 10-13.

Verburg 2022

L.G. Verburg, annotatie bij HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*), *TvI* 2022/23.

Verburg 2014

L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/361, afl. 8.

Verkerk, Windt & Rozendal 2014

R.R. Verkerk, M. Windt & T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf', *TvI* 2014/40.

Verstijlen 2022

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*), *NJ* 2022/272.

Verstijlen 2017

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV c.s./Smallsteps*), *NJ* 2017/369.

Vriesendorp 2024

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 8) (derde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Zaal 2018

I. Zaal, 'De (on)mogelijkheid van ontslag en wijziging bij een pre-pack overgang', *TRA* 2018/14.

Zaal 2013

I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de EG

Concl. A-G G. Slynn 8 november 1984, ECLI:EU:C:1984:338 (*Abels*).

HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900 (*Abels*).

HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (*Spijkers*).

HvJ EG 17 december 1987, C-287/86, ECLI:EU:C:1987:573 (*Ny Mølle Kro*).

HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy's Dance Hall*).

HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*).

HvJ EG 19 september 1995, C-48/94, ECLI:EU:C:1995:290 (*Rygaard*).

HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*).

HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141 (*Süzen*).

HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier/Dassy*).

HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59 (*Finse Busmaatschappijen*).

HvJ EG 24 januari 2002, C-51/00, ECLI:EU:C:2002:48 (*Temco*).

HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, ECLI:EU:C:2003:629 (*Sodexho*).

HvJ EG 15 december 2005, C-232/04 en C-233/04, ECLI:EU:C:2005:778 (*Securicor*).

Hof van Justitie van de EU

Concl. A-G P. Mengozzi 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (*FNV c.s./Smallsteps*).

HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369 (*FNV c.s./Smallsteps*).

HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, *JOR* 2019/210 (*Plessers*).

Concl. A-G G. Pitruzzella 9 december 2021, C-237/20, ECLI:EU:C:2021:997 (*Heiploeg*).

HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, *NJ* 2022/272 (*Heiploeg*).

HvJ EU 3 april 2025, C-431/23, ECLI:EU:C:2025:232, *JOR* 2025/148 (*AE, CO, DU e.a./Wibra België BV*).

Hoge Raad

HR 7 oktober 1983, *NJ* 1984/74, 6524.

HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, *NJ* 1988/191 (*Happé/Scheepstra*).

HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388 (*Multi Terminals Waalhaven*).

Concl. A-G J. Spier 6 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:582.

HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *JAR* 2020/125 (*Heiploeg*).

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*).

Concl. A-G B.J. Drijber 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:788 (*FNV/Vleems*).

HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446 (*FNV/Vleems*).

Concl. A-G B.J. Drijber 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (*Heiploeg*).

Centrale Raad van Beroep

CRvB 29 april 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AK7152, *AB* 1986/59.

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AC1243, *NJ* 1996/16 (*Ammerlaan*).

Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, *JAR* 2018/216 (*Bogra*).

Hof 's-Hertogenbosch 15 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2852.

Rechtbanken

Rb. Noord-Holland (ktr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*).

Rb. Gelderland (ktr.) 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*).

Wet- en regelgeving

Europese wet- en regelgeving:

Richtlijn (EU) 2026/799 van het Europees Parlement en de Raad van 30 maart 2026 tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht (Voor de EER relevante tekst).

Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan.

Overige Europese wetgevingsdocumenten:

Europese Commissie, Voorstel voor een RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, COM (2022) 702 definitief.

Europees Parlement A-Serie, Commissie-verslag, tiende parlementaire termijn, nr. 126 van 2025 (A10-0126/2025).

Raad van de Europese Unie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law — Letter sent to the European Parliament*, document 16459/25, Interinstitutional File 2022/0408 (COD), 5 december 2025.

Raad van de Europese Unie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law — General approach*, document 9257/25, Interinstitutional File 2022/0408 (COD), 23 mei 2025.

Kamerstukken:

Kamerstukken II 2023/24, 33695, nr. 22.

Kamerstukken II 2018/19, 33695, nr. 18.

Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3.

Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 2.

Kamerstukken II 1979/80, 15940, nr. 3.

Overige Nederlandse wetgevingsdocumenten:

Advies Afdeling advisering Raad van State inzake de Wet overgang van onderneming in faillissement, nr. W16.25.00189/II, 10 december 2025.

MvT Novelle WCO I.

MvT Wovof II.

Voorontwerp Novelle WCO I.

Voorontwerp Wovof II.

Overige bronnen

CBS, *Bedrijfsbeëindigingen; werknemers, bedrijfstak (SBI 2008)*

Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Bedrijfsbeëindigingen; werknemers, bedrijfstak (SBI 2008)*, StatLine (dataset 81588NED), te raadplegen via <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/81588NED>.

CMS 2024

CMS, 'Consultatiereactie CMS — Wet overgang van onderneming in faillissement' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 30 augustus 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/8cf39ee6-4610-47b7-8281-da55112a4037.

FNV, CNV & VCP 2024

FNV, CNV & VCP, 'Reactie op consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 27 juni 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/b37eda72-e818-4d15-8ea9-fff0cf3d2640.

INSOLAD 2024

INSOLAD, 'Consultatiereactie op het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement (Wovof)' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 28 augustus 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/6756ec82-c709-45f7-a80a-b01ab53266bc.

INSOLAD, Praktijkregels beoogd curator

Vereniging INSOLAD, 'Praktijkregels beoogd curator, september 2015', te raadplegen via <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>.

Internetconsultatie Wovof II

Internetconsultatie Wovof II, 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement.

KVK, Pre-pack bij faillissement

KVK, 'Pre-pack bij faillissement', Ondernemersplein, te raadplegen via <https://ondernemersplein.overheid.nl/bedrijf-stoppen-of-overdragen/faillissement/pre-pack-bij-faillissement/>.

NOvA 2024

Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), 'Wet overgang van onderneming in faillissement' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 30 augustus 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/2265095f-233f-4d78-96be-fa9694bcc2eb.

NVB 2024

Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), 'Consultatiereactie NVB op wetsontwerp "Wet overgang van onderneming in faillissement"' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 29 augustus 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/12a9c814-dc9f-438f-9e2e-13df1e3a389c.

Taylor Wessing 2024

Taylor Wessing, 'Consultatiereactie Wet overgang van onderneming in faillissement (WOVOF)' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 29 augustus 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/5983006c-f53e-41f4-a29e-1f73feb6712a.

Van Doorne 2024

Van Doorne N.V., 'Reactie internetconsultatie op het Voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement' (reactie op internetconsultatie Wovof II), 1 september 2024, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/reactie/32dcb67c-2cba-42a3-a7aa-0f9972057f6d.