

RECHTSPRAAK

Werkneemster is na faillissement werkgever in dienst getreden bij payrollorganisatie voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden als voor de doorstart. Doorstart van horecavestiging is geen overgang van onderneming/pre-pack. Payrollconstructie is geen schijnconstructie.*Feiten*

Werkneemster is op 20 juni 2018 in dienst getreden bij werkgever X in de functie van medewerker keuken op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst is daarna verlengd voor de duur van twaalf maanden. Op 24 april 2020 is aan werkgever surseance van betaling verleend. De surseance van betaling is op 30 april 2020 omgezet in een faillissement. De curator heeft op 1 mei 2020 de arbeidsovereenkomst van werkneemster opgezegd per 1 juni 2020. Op 14 mei 2020 is een activatransactie tot stand gekomen met V, waarbij Y negen van de elf vestigingen van werkgever heeft overgenomen. Op 29 juni 2021 is een payrollovereenkomst tot stand gekomen tussen werkneemster en payrollorganisatie Z. Van de payrollovereenkomst maakt onderdeel uit een tewerkstelling van werkneemster bij Y per 1 juni 2021. Op 20 mei heeft Z het einde van de arbeidsovereenkomst aangezegd per 30 juni 2022. Werkneemster was op dat moment volledig arbeidsongeschikt. Werkneemster verzoekt de kantonrechter onder meer voor recht te verklaren dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met veroordeling van Y tot betaling van (achterstallig) loon. Werkneemster stelt primair dat de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op de overname van X, waardoor de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege zijn overgegaan op Y. Subsidiair stelt werkneemster dat Y de opvolgend werkgever is van X. Volgens werkneemster is de payrollconstructie een schijnconstructie.

*Oordeel**Overgang van onderneming*

Werkneemster wijst erop dat de curator vanaf de aanvang van de insolventieprocedure zich heeft gericht op een activatransactie waardoor de onderneming kon worden heropend en doorgestart. Dit kan naar het oordeel van de kantonrechter echter op zichzelf (en ook niet in samenhang met de overige door werkneemster genoemde omstandigheden) niet tot de conclusie leiden dat continuïteit van de onderneming het hoofddoel van het faillissement is geweest en niet de liquidatie van het vermogen van X. De Nederlandse faillissementsprocedure heeft tot doel de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar. Een

curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en die taak verricht hij in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daaraan doet niet af dat de curator ook acht kan of moet slaan op belangen van derden en belangen van maatschappelijke aard, waaronder de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid. Ook indien ervan wordt uitgegaan dat in het moderne faillissementsrecht voortzetting van de onderneming een doel van het faillissement kan zijn is daarmee nog niet gezegd dat voortzetting een "hoofddoel" is geworden. Een andere uitleg zou de faillissementsuitzondering van artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG (art. 7:666 aanhef en sub a BW) zinledig maken. De kantonrechter overweegt verder nog dat het weliswaar vaststaat dat voor aanvang van het faillissement de bestuurder van X de huurovereenkomst heeft beëindigd en V vervolgens - waarmee uiteindelijk de activatransactie tot stand is gekomen - voor de betreffende locaties direct daaropvolgend huurovereenkomsten heeft gesloten met de betreffende verhuurders. De stelling van werkneemster dat dit getuigt van een gerichte doorstart, omdat dit enkel ten doel had het behoud van de restaurants op de betreffende locaties door V en het voorkomen dat andere spelers een huurovereenkomst kunnen sluiten voor de locatie(s) waar de bedrijfsactiviteiten van de restaurants zijn gevestigd, volgt de kantonrechter echter niet. Nu geen andere feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de faillissementsprocedure is ingeleid met als hoofddoel de voortzetting van de activiteit van de onderneming en zodoende sprake is van een voorbereide doorstart, komt de kantonrechter tot de conclusie dat dit niet kan worden vastgesteld. Dit leidt ertoe dat de faillissementsuitzondering van artikel 7:666 aanhef en onder a BW van toepassing is en de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn. Y had zodoende de vrije keuze of en zo ja, welke werknemers van de failliete onderneming zij een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt en onder welke voorwaarden. Y heeft ervoor gekozen om voor de medewerkers die de filialen zouden gaan bemannen op basis van een payrollconstructie via Z tewerk te stellen.

Is de payrollconstructie een schijnconstructie?

Werkneemster heeft haar standpunt dat sprake is van een schijnconstructie die bedoeld is om de beoogde rechtsbescherming van artikel 7:668a BW te ontduiken onderbouwd aan de hand van de vier door advocaat-generaal De Bock in haar conclusie bij het arrest *Taxi Dorenbos* gegeven gezichtspunten. De kantonrechter overweegt ten aanzien van het tweede gezichtspunt dat het vaststaat dat werkneemster op 29 juni 2022 een overeenkomst heeft ondertekend waarin in niet mis te verstane bewoordingen is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst een payrollovereenkomst is en Z de werkgever is. Daarna heeft zij per e-mail van Z een bevestiging tewerkstelling ontvangen waarin Y als opdrachtgever wordt genoemd. Vervolgens is het ook Z geweest die het loon heeft uitbetaald, de loonspecificaties heeft verstrekt en zorg heeft gedragen voor de verzuimbegeleiding. Verder staat vast dat het ook Z is geweest en niet Y die het einde van de payrollovereenkomst heeft aangezegd. Dat het gezag bij Y is gebleven, is inherent aan payrolling. Het voorgaande leidt de kantonrechter tot de conclusie dat sprake was van een reële overeenkomst van payrolling, in die zin dat de overeenkomst ook in materiële zin voldoet aan de wettelijke definitie. Dat Y enkel voor de

payrollconstructie heeft gekozen met als doel de ketenregeling te omzeilen zodat zij werkneemster geen vast contact hoefde aan te bieden kan zodoende niet worden vastgesteld. Hoewel vaststaat dat werkneemster op basis van de payrollconstructie voor Y feitelijk dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten als dat zij voor de doorstart voor X verrichtte en het initiatief voor de overeenkomst van payrolling is uitgegaan van Y (gezichtspunten i en iii), legt dit onder de gegeven omstandigheden - waarbij vanuit een faillissement een doorstart heeft plaatsgevonden en Y de vrije keuze had of en zo ja, welke werkneemsters van de failliete onderneming zij een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt en onder welke voorwaarden - onvoldoende gewicht in de schaal. Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat de payrollconstructie een schijnconstructie was, die slechts door Y geconstrueerd is om onder een contract voor onbepaalde tijd met werkneemster uit te komen. Dit leidt ertoe dat Y niet is aan te merken als opvolgend werkgever van X in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-11-2022

Zaaknummer: 9992330 UE VERZ 22-210 SGK/44740