

RECHTSPRAAK

Werkneemster is na faillissement werkgeefster 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 onderneming 1 in de functie van medewerker keuken op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op 24 april 2020 is aan onderneming 1 surseance van betaling verleend. De surseance van betaling is op 30 april 2020 omgezet in een faillissement waarbij een curator is benoemd. Op 1 mei 2020 heeft de curator de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en onderneming 1 opgezegd per 1 juni 2020. Op 14 mei 2020 is een activatransactie tot stand gekomen tussen de curator en onderneming 2. Dit heeft ertoe geleid dat werkgeefster negen van de elf vestigingen van onderneming 1 heeft overgenomen. Op 29 juni 2021 heeft werkneemster een payrollovereenkomst ondertekend op grond waarvan tussen werkneemster en onderneming 3 een payrollovereenkomst tot stand is gekomen voor bepaalde tijd vanaf 1 juli 2021 tot 30 juni 2020. Van de payrollovereenkomst maakt onderdeel uit een tewerkstelling op grond waarvan werkneemster per 1 juli 2021 tewerk is gesteld bij werkgeefster. Op 20 mei 2022 heeft onderneming 3 per e-mail het einde van de arbeidsovereenkomst aangezegd per 30 juni 2022. Werkneemster heeft geprotesteerd tegen de opzegging en loon gevorderd. Werkneemster stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dat de opzegging zodoende niet rechtsgeldig is. Volgens werkneemster zijn de regels van overgang van onderneming van toepassing op de overname van onderneming 1, waardoor de rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en onderneming 1 van rechtswege zijn overgegaan op werkgeefster. De faillissementsuitsluiting uit artikel 7:666 aanhef en onder a BW is niet van toepassing omdat sprake is van een voorbereide doorstart. Werkneemster stelt dat werkgeefster de opvolgende werkgever is van onderneming 1 in de zin van artikel 7:668a lid 1 en 2 BW. Volgens werkneemster is de gecreëerde payrollconstructie een schijnconstructie. Volgens werkgeefster is er geen sprake van een voorbereide doorstart maar van een klassieke doorstart na faillissement op grond van artikel 7:666 aanhef en onder a BW. Van een zogenoemde pre-pack als bedoeld in het *Smallsteps*-arrest is geen sprake. Evenmin is volgens werkgeefster sprake van opvolgend werkgeverschap in de zin dat werkgeefster de opvolgend werkgever van onderneming 1 is. Na het faillissement is immers niet werkgeefster maar onderneming 3 de

werkgever geworden van werkneemster.

Oordeel

Overgang van onderneming

Waar het om gaat, is of de faillissementsprocedure is ingeleid met als hoofddoel de voortzetting van de activiteit van de onderneming. Werkneemster wijst erop dat de curator zich vanaf de aanvang van de insolventieprocedure heeft gericht op een activatransactie waardoor de onderneming kon worden heropend en doorgestart. Dit kan naar het oordeel van de kantonrechter echter op zichzelf 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 onderneming 1. 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. Dat onderneming 2 al was geïnteresseerd in een overname, kan nog niet tot de conclusie leiden dat de faillissementsprocedure is ingeleid met als hoofddoel voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door onderneming 2 en dat er zodoende sprake is van een voorbereide doorstart. De kantonrechter komt tot de conclusie dat niet kan worden vastgesteld dat de faillissementsprocedure is ingeleid met als hoofddoel de voortzetting van de activiteit van de onderneming en dat er zodoende sprake is van een voorbereide doorstart. De faillissementsuitzondering van artikel 7:666 aanhef en onder a BW is van toepassing en de regels van overgang van onderneming niet.

Opvolgend werkgeverschap

Werkneemster haalt de gezichtspunten van advocaat-generaal De Bock bij het arrest *Taxi Dorenbos* aan. Ten aanzien van de vraag of sprake is van een reële uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling in die zin dat de overeenkomst ook in materiële zin voldoet aan de wettelijke definitie stelt werkneemster dat het voor haar aanvankelijk niet duidelijk was dat niet werkgeefster maar onderneming 3 haar werkgever zou worden, omdat dit door werkgeefster niet duidelijk zou zijn gecommuniceerd. Volgens de kantonrechter is sprake van een reële overeenkomst van payrolling, in die zin dat de overeenkomst ook in materiële zin voldoet aan de wettelijke definitie. Werkneemster heeft op 29 juni 2022 een overeenkomst ondertekend waarin is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst een payrollovereenkomst is. Daarna heeft zij per e-mail van onderneming 3 een bevestiging tewerkstelling ontvangen waarin werkgeefster als opdrachtgever wordt benoemd. Dat werkgeefster enkel voor de payrollconstructie heeft gekozen met als doel de ketenregeling te omzeilen zodat zij werkneemster geen vast contract hoefde aan te bieden kan niet worden vastgesteld. Hoewel vaststaat dat werkneemster op basis van de payrollconstructie voor werkgeefster feitelijk dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten als dat zij voor de doorstart van onderneming 1 verrichtte en het initiatief voor de overeenkomst van payrolling is uitgegaan van werkgeefster, legt dit in de gegeven omstandigheden onvoldoende gewicht in de schaal. Niet is komen vast te staan dat de payrollconstructie een schijnconstructie was. Dit leidt ertoe dat werkgeefster

niet is aan te merken als opvolgende werkgever van onderneming 1 in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW. Niet kan worden vastgesteld dat tussen werkneemster en werkgeefster een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De verzoeken van werkneemster zijn daarom niet toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:4889

Zaaknummer: 9992330 UE VERZ 22-210

Rechters: D.A. van Steenbeek

Advocaten: E.M. Hetterscheidt en J.L.J.J. Nelissen

Wetsartikelen: 7:666 aanhef en onder a BW en 7:668a lid 1 en 2 BW