



# beschikking

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht  
kantonrechter

locatie Utrecht

zaaknummer: 9992330 UE VERZ 22-210 SGK/44740

## Beschikking van 11 november 2022

inzake

██████████  
wonende in ██████████,  
verder ook te noemen: ██████████  
verzoekende partij,  
gemachtigde: mr. E.M. Hetterscheidt,

tegen:

de besloten vennootschap  
██████████  
gevestigd in ██████████  
verder ook te noemen: ██████████  
verwerende partij,  
gemachtigde: mr. J.L.J.J. Nelissen.

### 1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift van ██████████ met producties 1 tot en met 10, ter griffie ingekomen op 12 juli 2022;
- het verweerschrift van ██████████ met producties 1 tot en met 9;
- producties 11 tot en met 20 van ██████████
- producties 21 en 22 van ██████████;
- producties 23 tot en met 25 van ██████████

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 27 september 2022. Hierbij waren aanwezig namens ██████████ in persoon samen met haar haar zus en gemachtigde mr. E.M. Hetterscheidt en namens ██████████ (HR-manager ██████████) en gemachtigde mr. J.L.J.J. Nelissen.

Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de kantonrechter beantwoord. De gemachtigden hebben daarbij een pleitnota voorgedragen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van dat wat is besproken tijdens de mondelinge behandeling. Een proces-verbaal met de aantekeningen van de mondelinge behandeling zal naar de partijen worden gestuurd.

1.3. De kantonrechter heeft bepaald dat vandaag uitspraak wordt gedaan.

## 2. De feiten

2.1. [REDACTED] geboren op [REDACTED] is op 20 juni 2018 in dienst getreden bij [REDACTED] in de functie van Medewerker Keuken op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst is daarna verlengd voor de duur van 12 maanden. Op de arbeidsovereenkomst is de cao horeca van toepassing.

2.2. Op 24 april 2020 is aan [REDACTED] surseance van betaling verleend. De surseance van betaling is op 30 april 2020 omgezet in een faillissement waarbij tot curator is benoemd mr. [REDACTED] (hierna: de curator).

2.3. Op 1 mei 2020 heeft de curator de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] opgezegd per 1 juni 2020.

2.4. Op 14 mei 2020 is een activa transactie tot stand gekomen tussen de curator en [REDACTED]. Dit heeft ertoe geleid dat [REDACTED] negen van de elf vestigingen van [REDACTED] heeft overgenomen.

2.5. Op 29 juni 2021 heeft [REDACTED] een payrollovereenkomst ondertekend op grond waarvan tussen [REDACTED] en [REDACTED] Payroll B.V. (hierna: [REDACTED] een payrollovereenkomst tot stand is gekomen voor bepaalde tijd vanaf 1 juli 2021 tot 30 juni 2022. Van de payrollovereenkomst maakt onderdeel uit een tewerkstelling op grond waarvan [REDACTED] per 1 juli 2021 tewerk is gesteld bij [REDACTED].

2.6. Op 20 mei 2022 heeft [REDACTED] per e-mail het einde van de arbeidsovereenkomst aangezegd per 30 juni 2022. [REDACTED] was op dat moment volledig arbeidsongeschikt.

2.7. [REDACTED] heeft (bij haar gemachtigde) geprotesteerd tegen de opzegging en loon gevorderd vanaf 1 juli 2022.

## 3. Het verzoek en het verweer

3.1. [REDACTED] verzoekt bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

*primair*

- I. de opzegging te vernietigen en te verklaren voor recht dat met [REDACTED] (vanaf 1 juli 2022) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt onder dezelfde voorwaarden als die golden voor 1 juni 2020 en voor een gemiddeld loon van € 1.653,60 per maand;
- II. [REDACTED] te veroordelen tot
  - a. periodieke betaling van het salaris van [REDACTED] van € 1.653,60 per maand, alsmede 8% vakantietoeslag daarover, vanaf 1 juli 2022 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd;
  - b. betaling van de wettelijke verhoging van 50 % over II-a;
  - c. betaling van de wettelijke rente over II-a en II-b vanaf de dag van opeisbaarheid tot de dag van algehele voldoening;

*subsidiair*

- III. [REDACTED] te veroordelen tot betaling van
- de transitievergoeding van € 1.667,19 bruto dan wel een door de kantonrechter te bepalen bedrag;
  - een billijke vergoeding van € 9.921,60 bruto dan wel een door de kantonrechter te bepalen bedrag;
  - een gefixeerde schadevergoeding,
  - de wettelijke rente over III-a tot en met III-c vanaf de dag van opeisbaarheid tot de dag van algehele voldoening.

*zowel primair als subsidiair*

- IV. [REDACTED] te veroordelen tot betaling van
- achterstallig salaris ter hoogte van € 23.482,48 bruto over de periode van 1 juli 2020 tot 1 juli 2022, alsmede 8% vakantietoeslag daarover;
  - de wettelijke verhoging van 50% over IV-a;
  - de buitengerechtelijke incassokosten;
  - de wettelijke rente over IV-a tot en met IV-c vanaf het opeisbaar worden van die bedragen tot de dag van algehele voldoening;
- V. [REDACTED] te veroordelen tot verstrekking van deugdelijke bruto netto salarisspecificaties met betrekking tot de onder II-a en IV-a vermelde periode, waarin alle betalingen waartoe [REDACTED] wordt veroordeeld zijn verwerkt, binnen vijf dagen na de beschikkingsdatum, op straffe van een dwangsom;
- VI. [REDACTED] te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen.

3.2. [REDACTED] stelt ter onderbouwing hiervan dat tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de opzegging zodoende niet rechtsgeldig is. [REDACTED] stelt primair dat de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op de overname van [REDACTED] waardoor de rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] van rechtswege zijn overgegaan op [REDACTED]. De faillissementsuitzondering zoals opgenomen in artikel 7:666 aanhef en onder a van het Burgerlijk Wetboek (BW) is op de overname niet van toepassing, omdat sprake is van een voorbereide doorstart doordat de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteiten mogelijk te maken en niet is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van [REDACTED].

[REDACTED] stelt subsidiair dat [REDACTED] de opvolgend werkgever is van [REDACTED] in de zin van artikel 7:668a lid 1 en 2 BW. Volgens [REDACTED] is de gecreëerde payroll constructie een schijnconstructie en enkel bedoeld is om de met artikel 7:668a lid 1 en lid 2 BW beoogde bescherming te ontduiken. Volgens [REDACTED] is [REDACTED] de feitelijke werkgever en fungeert [REDACTED] enkel als contractueel verlengstuk van [REDACTED].

3.3. [REDACTED] heeft verweer gevoerd. Volgens [REDACTED] is geen sprake van een voorbereide doorstart, maar is sprake van een klassieke doorstart na faillissement en zijn zodoende op grond van artikel 7:666 aanhef en onder a BW de wettelijke bepalingen ten aanzien van een overgang van onderneming niet van toepassing. Van een zogenaamde pre-pack als bedoeld in het Smallsteps-arrest is geen sprake.

---

Evenmin is er volgens [REDACTED] sprake van opvolgend werkgeverschap in de zin dat [REDACTED] de opvolgend werkgever is van [REDACTED]. Na het faillissement is immers niet [REDACTED] maar [REDACTED] de werkgever geworden van [REDACTED]. Van een schijnconstructie is geen sprake.

3.4. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover van belang voor de beoordeling, worden ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1. In deze procedure ligt ter beoordeling voor of tussen [REDACTED] en [REDACTED] een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

##### *Overgang van onderneming*

4.2. De kantonrechter zal zich eerst uitlaten over de vraag of, zoals [REDACTED] primair stelt, de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op de overname van [REDACTED] en meer in het bijzonder of de uitzonderingsbepaling van artikel 7:666 aanhef en onder a BW op de overname van toepassing is.

4.3. Artikel 7:666, aanhef en onder a BW bepaalt dat de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Artikel 7:666 sub a BW is de implementatie van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 en moet daarom richtlijnconform worden uitgelegd. Dat betekent dat ingelezen moet worden 'dat de faillissementsprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is ingeleid en onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat'. Waar het om gaat is of de faillissementsprocedure is ingeleid met als *hoofddoel* de voortzetting van de activiteit van de onderneming (voorbereide doorstart). Als dat het geval is, zoals [REDACTED] stelt, geldt de faillissementsuitzondering (van artikel 7:666 aanhef en sub a BW) niet en moet worden uitgegaan van toepasselijkheid van de regels van overgang van een onderneming. De stelplicht en bij voldoende betwisting de bewijslast ter zake de stelling van [REDACTED] dat sprake is van een voorbereide doorstart ligt – in tegenstelling tot wat [REDACTED] stelt – bij [REDACTED].

4.4. [REDACTED] verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de faillissementsverslagen. [REDACTED] wijst erop dat de curator vanaf 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 [REDACTED] genoemde (hierna te bespreken) 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 [REDACTED]. 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 (in Nederland: artikel 7:666 aanhef en sub a BW) zinledig maken.

Volledigheidshalve overweegt de kantonrechter in dit verband, gelet op het verweer van [REDACTED] waarin zij verwijst naar het Smallsteps-arrest, dat [REDACTED] niet, althans niet onderbouwd heeft gesteld, dat sprake is van een zogenaamde pre-packprocedure als in het Smallsteps-arrest en het de kantonrechter ook niet is gebleken dat daarvan sprake is. Van een stille voorbereidingsfase van het faillissement met aanwijzing door de rechtbank van een beoogd rechter-commissaris en een beoogd curator is immers geen sprake althans niet gebleken.

4.5. De kantonrechter overweegt verder nog dat het weliswaar vaststaat dat voor aanvang van het faillissement door de bestuurder van [REDACTED] de huurovereenkomst zijn beëindigd en vervolgens door [REDACTED] - waarmee uiteindelijk de activa transactie tot stand is gekomen - voor de betreffende locaties direct daaropvolgend huurovereenkomsten zijn gesloten met de betreffende verhuurders. Echter, de stelling van [REDACTED] dat dit getuigt van een gerichte doorstart, omdat dit enkel ten doel had het behoud van de restaurants op de betreffende locaties door [REDACTED] 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 niet. Uit het faillissementsverslag volgt immers dat de bestuurder van [REDACTED] wegens druk op de huurbetalingen door liquiditeitskrapte met de verhuurders is overeengekomen de huurovereenkomsten te beëindigen en de verhuurder slechts wilde instemmen met beëindiging van de huurovereenkomsten onder de voorwaarde dat [REDACTED] onmiddellijk nieuwe huurovereenkomsten sloot met de verhuurders. Dat dit enkel het behoud van de restaurants van [REDACTED] ten doel had op de betreffende locaties kan hieruit naar het oordeel van de kantonrechter zodoende niet worden opgemaakt. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat [REDACTED] ook zelfstandig (onder andere) restaurants exploiteert. Dat [REDACTED] wellicht ook toen al geïnteresseerd was in een overname, kan nog niet tot de conclusie leiden dat de faillissementsprocedure is ingeleid met *als hoofddoel* voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door [REDACTED] en zodoende sprake is van een voorbereide doorstart. Ook het feit dat (al) na 14 dagen na het faillissement een akkoord is bereikt over een activa transactie door [REDACTED] kan naar het oordeel van de kantonrechter niet tot die conclusie leiden. Uit het faillissementsverslag volgt immers dat er tijdens het faillissement nog de noodzakelijke onderhandelingen plaats moesten vinden alvorens de activa transactie tot stand is gekomen tussen de curator en [REDACTED] en bij een overname door [REDACTED] aanvankelijk nog de nodige kanttekeningen werden geplaatst zodat een overname door [REDACTED] niet zonder meer voor de hand lag. Dat de onderhandelingen uiteindelijk (slechts) 14 dagen in beslag hebben genomen doet hieraan niets af.

4.6. 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 faillissementsuitsondering van artikel 7:666 aanhef en onder a BW toepassing is en de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn. [REDACTED] had zodoende de vrije keuze of en zo ja, welke werknemers van de failliete onderneming zij een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt en onder welke voorwaarden. [REDACTED] heeft ervoor gekozen om voor de medewerkers die de filialen zouden gaan bemannen op basis van een payrollconstructie via [REDACTED] tewerk te stellen.

---

*Opvolgend werkgeverschap*

4.7. De kantonrechter zal zich nu uitlaten over de vraag of, zoals [REDACTED] subsidiair stelt, [REDACTED] is aan te merken als opvolgend werkgever van [REDACTED] in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW en meer in het bijzonder of de door [REDACTED] gehanteerde payrollconstructie een schijnconstructie is die bedoeld is om de beoogde bescherming van artikel 7:668a BW te ontduiken. [REDACTED] heeft haar standpunt dat er sprake is van een schijnconstructie die bedoeld is om de beoogde rechtsbescherming van artikel 7:668a BW te ontduiken (eerst ter zitting) onderbouwd aan de hand van de vier door Advocaat-Generaal mr. De Bock in haar conclusie bij het arrest Taxi Dorenbos gegeven gezichtspunten. [REDACTED] betwist dat sprake is van de door [REDACTED] gestelde schijnconstructie.

4.8. Door Advocaat-Generaal mr. de Bock zijn de volgende vier gezichtspunten genoemd die onder andere relevant kunnen zijn bij de beoordeling of sprake is van een schijnconstructie:

- (i) Heeft de werknemer steeds dezelfde functie gehouden en is hij steeds dezelfde werkzaamheden blijven uitoefenen?
- (ii) Is sprake van een reële uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling, in die zin dat die overeenkomst ook in materiële zin voldoet aan de wettelijke definitie?
- (iii) Van wie is het initiatief uitgegaan om de arbeidsovereenkomsten te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling?
- (iv) Heeft de werkgever legitieme redenen om de overeenkomsten voor bepaalde tijd te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling?

4.9. [REDACTED] stelt in het kader van gezichtspunt ii dat het voor haar aanvankelijk niet duidelijk was dat niet [REDACTED] maar [REDACTED] haar werkgever zou worden, omdat dit door [REDACTED] niet duidelijk zou zijn gecommuniceerd en door [REDACTED] juist de indruk zou zijn gewekt dat zij de werkgever zou zijn. Volgens [REDACTED] heeft zij echter wel duidelijk gecommuniceerd dat [REDACTED] de werkgever zou worden.

De kantonrechter overweegt in dit verband dat het vaststaat dat [REDACTED] op 29 juni 2022 een overeenkomst heeft ondertekend waarin in niet mis te verstane bewoordingen is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst een payrollovereenkomst is en [REDACTED] de werkgever is. Daarna heeft zij per e-mail van [REDACTED] een bevestiging tewerkstelling ontvangen waarin [REDACTED] als opdrachtgever wordt genoemd. Vervolgens is het ook [REDACTED] geweest die het loon heeft uitbetaald, de loonspecificaties heeft verstrekt en zorg heeft gedragen voor de verzuimbegeleiding. Hoewel dit laatste door [REDACTED] wordt betwist, volgt uit de door partijen overgelegde stukken dat [REDACTED] in alle stukken in het kader van de ziekmelding wordt genoemd (als de 'organisatie') en [REDACTED] in die stukken niet wordt genoemd. De kantonrechter volgt [REDACTED] niet in haar stelling dat zij in het kader van haar re-integratie geen contact had met [REDACTED] nu vaststaat dat [REDACTED] contact heeft gehad met de heer [REDACTED]. Hoewel hij (ook) is verbonden aan [REDACTED] heeft [REDACTED] toegelicht dat de heer [REDACTED] een zelfstandige is die is ingehuurd door [REDACTED] hetgeen, gelet op het e-mailadres van de heer [REDACTED] ook aannemelijk is. Verder staat vast dat het ook [REDACTED] is geweest en niet [REDACTED] die het einde van de payrollovereenkomst heeft aangezegd. Dat het gezag bij [REDACTED] 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.

4.10. In het kader van gezichtspunt iv heeft [REDACTED] toegelicht dat zij, met alle onzekerheid die de Coronacrisis op dat moment met name voor de horeca in zich herbergde, voorzichtig wilde opereren en flexibel wilde zijn. Indachtig de faillissementssituatie waar [REDACTED] uit (voort)kwam kan de door [REDACTED] genoemde reden naar het oordeel van de kantonrechter als legitieme reden worden aangemerkt. Dat [REDACTED] enkel voor de payrollconstructie heeft gekozen met als doel de ketenregeling te omzeilen zodat zij [REDACTED] geen vast contact hoefde aan te bieden kan zodoende niet worden vastgesteld.

4.11. Hoewel vaststaat dat [REDACTED] op basis van de payrollconstructie voor [REDACTED] feitelijk dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten als dat zij voor de doorstart voor [REDACTED] verrichtte en het initiatief voor de overeenkomst van payrolling is uitgegaan van [REDACTED] (gezichtspunten i en iii), legt dit onder de gegeven omstandigheden – waarbij vanuit een faillissement een doorstart heeft plaatsgevonden en [REDACTED] de vrije keuze had of en zo ja, welke werknemers 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 [REDACTED] geconstrueerd is om onder een contract voor onbepaalde tijd met [REDACTED] uit te komen. Dit leidt ertoe dat [REDACTED] niet is aan te merken als opvolgend werkgever van [REDACTED] in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW.

#### *Conclusie*

4.12. Het voorgaande leidt ertoe dat niet kan worden vastgesteld dat tussen [REDACTED] en [REDACTED] een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De verzoeken van [REDACTED] zijn daarom niet toewijsbaar.

#### *Proceskosten*

4.13. Uitgangspunt is dat [REDACTED] als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. De door [REDACTED] genoemde omstandigheden bieden naar het oordeel van de kantonrechter geen grondslag om van dit uitgangspunt af te wijken. Dit betekent dat [REDACTED] haar eigen kosten moet dragen en dat zij de proceskosten van [REDACTED] aan haar moet betalen. De kosten van [REDACTED] worden begroot op € 747,00 aan salaris gemachtigde.

### **5. De beslissing**

De kantonrechter:

- 5.1. wijst de verzoeken van [REDACTED] af;
- 5.2. veroordeelt [REDACTED] in de proceskosten aan de zijde van [REDACTED] tot deze beschikking begroot op € 747,00;
- 5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. D.A. van Steenbeek, kantonrechter, en is in het openbaar uitgesproken op 11 november 2022.

*Uytenbeek*



VOOR GROSSE  
DE GRIFFIER VAN DE RECHTBANK  
MIDDEN-NEDERLAND

*Uytenbeek*