

RECHTSPRAAK

Centric BPO Services/KPMG Accountants

Geen overgang van onderneming na aanbesteding financiële (software)diensten, wegens ontbreken overname personeel en materiële activa. Toegang tot softwaresysteem en gelijk blijven afnemers en hoofdopdrachtgever onvoldoende voor overgang van onderneming.

Feiten

Vanaf 9 oktober 2006 verricht Centric diensten in opdracht van Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V. (hierna: Shell) voor de retailers van de tankstations van Shell. De afspraken zijn vastgelegd in de mantelovereenkomst van 5 maart 2007 gesloten tussen Shell en Finance Service Center B.V. (later na een fusie en naamswijziging is deze vennootschap Centric geworden). De diensten worden in de mantelovereenkomst gedefinieerd als: financiële administratieve diensten, HR/salarisadministratie, alsmede overige diensten. Centric heeft met de retailers 'service agreements' gesloten en levert de diensten rechtstreeks aan de retailers. Shell heeft op haar beurt met de retailers franchiseovereenkomsten gesloten, waarin is bepaald dat de retailers zijn gehouden om bepaalde dienstverlening af te nemen bij de 'preferred supplier'. Tot 1 januari 2017 was Centric preferred supplier. Op 15 maart 2016 heeft Shell een aanbesteding georganiseerd in verband met de uitvoering per 1 januari 2017 van de diensten die betrekking hebben op 'central accounting, payroll services & management information' ten behoeve van de retailers van Shell-tankstations in Nederland, België, Luxemburg en Frankrijk. Centric en KPMG hebben op deze aanbesteding ingeschreven. Shell heeft de opdracht gegund aan KPMG. Bij brief van 14 juli 2016 heeft Shell aan de retailers meegedeeld dat zij de 'accounting services' heeft aanbesteed, KPMG als preferred supplier naar voren is gekomen en dat het doel is om begin 2017 over te schakelen naar KPMG. Centric stelt zich op het standpunt dat sprake is van overgang van onderneming. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen. In de gegeven situatie, waarin het personeel noch andere materiële activa van betekenis overgaan en evenmin voldoende aannemelijk is dat de dienstverlening met dezelfde middelen zal worden uitgevoerd en de invulling van de diensten exact dezelfde blijft, is geen sprake van behoud van identiteit. Dat de opdrachtgever, de klanten en de leveranciers wel naar KPMG overgaan, legt onvoldoende gewicht in de schaal om tot een ander oordeel te komen.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Geen overgang van onderneming

De kern van het debat tussen partijen betreft de vraag of de overgang van de diensten van Centric naar KPMG een overgang van onderneming is zoals bepaald in artikel 7:662 BW en meer in het bijzonder of voldaan is aan het vereiste van identiteitsbehoud zoals in het tweede lid onderdeel a van dat artikel is bepaald. Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat (volgens HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers)) bij het vaststellen van identiteitsbehoud rekening gehouden dient te worden met alle feitelijke omstandigheden, zoals: de aard van de betrokken onderneming, het al dan niet overdragen van materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overdragen van vrijwel al het personeel, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van de eventuele onderbreking. Voorts dient daarbij (volgens HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141 (Süzen)) in aanmerking genomen te worden dat het belang dat aan voornoemde omstandigheden wordt gehecht noodzakelijkerwijs verschilt naar gelang de activiteit en dat de richtlijn geen toepassing vindt in een situatie van een contractwissel van een arbeidsintensieve ondernemingsactiviteit indien daarbij geen materiële of immateriële activa van betekenis worden overgedragen van de eerste op de tweede ondernemer en de nieuwe ondernemer niet een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor de uitvoering van zijn overeenkomst had ingezet.

Gemengd karakter

Het hof oordeelt als volgt. De ondernemingsactiviteit waarvan bij de diensten sprake is, kan na contractwissel in het algemeen niet worden overgedragen zonder overdracht van materiële activa van enige betekenis. Voor het verrichten van de diensten is niet alleen menskracht nodig maar zijn tevens activa noodzakelijk zoals kantoorruimte, kantoorinrichting, computers en bijbehorende hard- en software en een (te onderhouden) ICT-infrastructuur die doorgaans investeringen vergt die minst genomen als noemenswaardig te beschouwen zijn. Dit betekent dat de aard van de overgenomen activiteit niet reeds met zich brengt dat van identiteitsbehoud geen sprake is omdat geen personeel naar KPMG is overgegaan. Het hof zal mitsdien de omstandigheden zoals in het Spijkers-arrest genoemd, afwegen ter beantwoording van de vraag of van identiteitsbehoud sprake is. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat geen materiële activa van betekenis zijn overgegaan. Hiertegen hebben Centric c.s. ingebracht, samengevat, dat de essentiële transactiesystemen en door Centric verrijkte data door Shell aan KPMG ter beschikking zullen worden gesteld. KPMG heeft aangevoerd dat het gaat om eigen systemen van de retailers en van Shell waarmee KPMG inhoudelijk niets van doen heeft (zoals Red Prairie, Pos en Atoss) en die bijvoorbeeld alle verkopen registreren, voorraden bijhouden en gewerkte uren van personeel registreren en aldus de brondata

leveren, die vervolgens door KPMG-medewerkers worden gebruikt om de diensten te verrichten. De brondata, aldus KPMG, worden aldus gegenereerd in de systemen van de retailers en Shell en komen via die transactiesystemen terecht bij KPMG. Door Centric is niet betwist dat de transactiesystemen aan de retailers en Shell in eigendom toebehoren. Het hof leidt uit een en ander af dat geen sprake is van overgang van de transactiesystemen van Centric naar KPMG maar slechts van toegang (van thans KPMG, daarvóór Centric) tot die systemen. Dat die enkele toegang als een actief is aan te merken is door Centric niet gesteld en is ook niet aannemelijk. Het hof volgt Centric c.s. niet in hun stelling dat voor de beoordeling van de vraag naar het identiteitsbehoud geabstraheerd zou moeten worden van het feit dat KPMG de betrokken werknemers niet heeft overgenomen omdat, in de visie van Centric c.s., KPMG daarbij het motief heeft gehad om de bescherming van de artikelen 7:662 e.v. BW te ontwijken. KPMG heeft naar voren gebracht dat zij de vacatures voor de diensten gedeeltelijk intern heeft kunnen opvullen, dat de nog resterende vacatures vervolgens extern zijn opengesteld en dat geen enkele Centric-medewerker hierop heeft gesolliciteerd. Ook naar aanleiding van vragen van het hof ter zitting in hoger beroep is van de zijde van Centric c.s. niets gesteld waaruit zou kunnen volgen dat KPMG werknemers van Centric zou weigeren of blokkeren bij de vervulling van de (resterende) vacatures. In het midden kan blijven hoe rechtens zou moeten worden geoordeeld indien zou moeten worden aangenomen dat KPMG inderdaad het motief had om de bescherming van de artikelen 7:662 e.v. BW te ontwijken.

Conclusie

Na afweging van de hiervoor besproken omstandigheden, óók indien daarbij verder wordt betrokken dat de opdrachtgever (Shell) dezelfde is gebleven, dat de klantenkring (de retailers) ongewijzigd is gebleven, dat de contracten tussen de retailers en de leveranciers ongewijzigd zijn gebleven en, ten slotte, dat de activiteiten zonder onderbreking zijn overgegaan van Centric naar KPMG, komt het hof tot hetzelfde voorlopige oordeel als de voorzieningenrechter, namelijk dat de identiteit van de betrokken economische eenheid niet behouden is. Voor het hof weegt daarbij zwaar dat, gezien de aard van de diensten zoals overwogen, geen personeel en geen materiële activa van betekenis zijn overgegaan naar KPMG.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:2144

Zaaknummer: 200.206.606/01

Rechters: C.M. Aarts, R.J.F. Thiessen en H.M.M. Steenberghe

Advocaten: K. van Kranenburg-Hanspians, mr. J.E.P.A. van Hooff en A. van Hees

Wetsartikelen: 7:662 BW