

RECHTSPRAAK

Overgang van onderneming bij ICT-contractswisseling: databeheer zelf is geen economische waardecreatie, wel de wijze waarop wordt gehandeld voor goed beheer.*Feiten*

X is het ICT-bedrijf dat sinds 1 april 2019 in opdracht van de Bank de datacenters heeft beheerd en onderhouden. De dienstverlening bestond uit het monitoren van de goede werking van de datacenters, het verzekeren van de voortdurende beschikbaarheid van de servers, het verhelpen van storingen, de zorg voor databeveiliging en -zekerheid (back up en security) en het beheren en onderhouden van de software (besturingssystemen en de daarvoor benodigde licenties) en van de hardware (servers, bekabeling e.d.). Daarnaast was X verantwoordelijk voor het ondersteunen van door de bank gewenste veranderingen. Behalve dit beheer en onderhoud van de datacenters heeft X voor de Bank ook werkzaamheden verricht die verband houden met de IT-servicedesk en met het toegangsmanagement (de zogenoemde identity & access management, IAM). Bij de gehele opdracht van de Bank aan X (de drie 'kavels': datacenter-, servicedesk- en IAM-dienstverlening) waren ruim 120 medewerkers van X betrokken, zowel eigen werknemers als (voor ongeveer een derde) 'externen' (zzp'ers, uitzendkrachten e.d.).

In de loop van 2022 heeft de Bank besloten de opdrachtovereenkomst met X te beëindigen. De bank had er geen vertrouwen in dat zij de in de loop der tijd ontstane knelpunten in het datacenterbeheer kon oplossen en gewenste verbeteringen zou kunnen doorvoeren. In de zomer van 2023 heeft de Bank het beheer en onderhoud van haar datacenters en de servicedeskwerkzaamheden opnieuw aanbesteed. De bank zal de IAM-werkzaamheden weer zelf gaan doen (in-sourcing). De opdracht betreffende het beheer en onderhoud van de datacenters (run en changes) is gegund aan Y. De werkzaamheden die verband houden met de servicedesk zullen worden verricht door een derde. Y zal de datacenterdienstverlening aan de Bank integreren in haar wereldwijde organisatiestructuur en door multi client teams (met ongeveer 120 medewerkers) in Polen en Spanje op afstand (remote) laten verrichten. De change-activiteiten worden duidelijker gescheiden van de run. De werkzaamheden worden ook in technisch opzicht anders ingericht. Y gaat de ruimte(n) die X huurde en waaruit haar personeel de dienstverlening heeft verricht, niet gebruiken. Y wenst geen personeel van X over te nemen. Volgens X is sprake van overgang van onderneming waardoor de aldaar werkzame werknemers mee over gaan naar Y.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt.

Vervreemder komt beroep toe op (beschermings)regels artikel 7:662 BW

Y stelt zich op het standpunt dat X als potentieel vervreemder geen beroep toekomt op artikel 7:662 BW omdat deze regels zijn bedoeld ter bescherming van werknemers en niet van werkgevers. De kantonrechter volgt Y niet in dit standpunt. Bij een contractwissel zijn niet alleen de verkrijger en de betreffende werknemers van de vervreemder, maar is ook de vervreemder zelf, in de hoedanigheid van werkgever van die werknemers, nauw betrokken. Op de vervreemder rust - als goed werkgever - onder meer de verplichting de werknemers omtrent hun rechtspositie voor te lichten en om hun inzicht te verschaffen in de te maken keuzes. Als met de nieuwe opdrachtnemer geen overeenstemming bestaat over de arbeidsrechtelijke positie van die werknemers heeft de latende opdrachtnemer er belang bij dat hierover, bijvoorbeeld in kort geding, meer duidelijkheid wordt verkregen.

Behoud van identiteit bij ICT-contractswissel

Het verschil tussen het louter verlies van een opdracht aan een concurrent enerzijds en een overgang van onderneming anderzijds is dan gelegen in de overgang van het betrokken personeel en/of van activa. Nu Y voor de door haar verworven Bankopdracht geen gebruik maakt van de werknemers die X bij het beheer en onderhoud van de datacenters van de Bank heeft ingezet, en de kantonrechter geen aanwijzingen heeft dat hierbij het motief heeft vooropgestaan om aan de gevolgen van een overgang van onderneming te ontkomen, moet worden beoordeeld of activa die de Bank voor die activiteit ter beschikking stelt, worden overgenomen, en of dit - in het geheel van wat de transactie kenmerkt - van zodanig belang is dat moet worden geconcludeerd dat Y een lopend bedrijf overneemt. X benadrukt dat zij voor de datacenterdienstverlening gebruik heeft gemaakt van zowel materiële als immateriële activa van de Bank en dat dit voor Y niet anders is. Wat die materiële activa betreft, gaat het volgens X om de hardware waaruit de datacenters zijn opgebouwd, zoals servers, en om de software die essentieel is voor de opslag en beschikbaarheid van bankgegevens. Dat deze eigendom van de bank zijn, is hier niet relevant. Bij de immateriële activa gaat het volgens X om de opgeslagen data zelf. Y heeft betwist dat bij de dienstverlening aan de Bank gebruik wordt gemaakt van deze activa. De datacenters worden alleen beheerd en onderhouden en daarvoor is toegang tot servers, data en dergelijke nodig, maar dat is geen gebruik door de opdrachtnemer, aldus Y.

De kantonrechter volgt X niet in haar standpunt. Zij miskent dat het bij de vraag naar identiteitsbehoud, en bij de beoordeling van de vraag of materiële activa worden overgedragen en wat de waarde is van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, gaat om activa die als bestanddeel of bedrijfsmiddel van de overgedragen onderneming moeten worden aangemerkt. Het zijn immers alleen deze activa die kunnen worden gerekend tot de uitrusting van de onderneming waarmee de bedrijfsactiviteiten worden verricht. Het is juist het voortgezet gebruik door de verkrijger van de activa die tot (de sfeer van) de onderneming van de vervreemder behoren, dat de juridische gevolgen van een overgang van onderneming (te

weten: dat het personeel mee overgaat) rechtvaardigt, omdat die activa de verkrijger de mogelijkheid bieden voordeel te trekken van de door de vervreemder gecreëerde bedrijfsorganisatie. Zoals het Duitse Bundesarbeitsgericht het (bij uitspraak van 21 juni 2012, 8 AZR 181/11), in een zaak waarin het ging om ICT-advisering, -service en -onderhoud, heeft geformuleerd gaat het om de vraag naar de overdracht van wirtschaftliche Wertschöpfung, economische waarde-creatie. Die zit bij de datacenterdienstverlening aan de Bank niet in de activa van de Bank, maar hangt ervan af in welke mate het personeel dat met het beheer en onderhoud van de datacenters is belast, na analyse van de problemen die zich bij het gebruik door de Bankmedewerkers van de in de servers opgeslagen bankgegevens voordoen, deze adequaat weet op te lossen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:749

Zaaknummer: 10852305 UV EXPL 23-316 LH/1040

Rechters: I.M. Vanwersch

Advocaten: S.F. Sagel, R. van Haeringen, M.W. Koole en R.M. Beltzer

Wetsartikelen: 7:662 BW