

Ondernemingsrecht 2024/33

## Valt elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten onder het bereik van artikel 25 lid 1 onder g WOR? Cassatieberoep tegen de beschikking van de Ondernemingskamer van 1 september 2022.

HR 03-11-2023, ECLI:NL:HR:2023:1514, m.nt. Joost van Mierlo

Instantie	Hoge Raad
Datum	3 november 2023
Zaaknummer	22/04443
Noot	Joost van Mierlo
JCDI	JCDI:ADS956121:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V) Ondernemingsrecht / Algemeen
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2023:1514, Uitspraak, Hoge Raad, 03-11-2023 ECLI:NL:PHR:2023:666, Conclusie, Hoge Raad (Parket), 07-07-2023 Beroepschrift, Hoge Raad, 18-11-2022

### Essentie

Valt elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten onder het bereik van artikel 25 lid 1 onder g WOR? Cassatieberoep tegen de beschikking van de Ondernemingskamer van 1 september 2022.

### Partij(en)

AH eCommerce

### Uitspraak

#### 1. Feiten

AH eCommerce, een onderdeel van Albert Heijn Online B.V., exploiteert een online supermarkt. In acht locaties in Nederland worden online bestelde boodschappen overgepakt van pallets van leveranciers in kratten, die bij de klanten worden bezorgd. Van de circa 9500 mensen die werkzaam zijn bij AH eCommerce, bestaat ongeveer 90% uit uitzendkrachten. Sinds 2010 is de gebruikelijke gang van zaken dat de uitzendkrachten worden ingehuurd van uitzendbureaus die, na het doorlopen van een tenderprocedure, een raamovereenkomst voor de duur van twee jaar sluiten. Met een beroep op artikel 25 lid 1 onder g WOR,<sup>[1]</sup> dat volgens de ondernemingsraad ook van toepassing is bij het aangaan of de verlenging van raamovereenkomsten, maakt de ondernemingsraad herhaaldelijk kenbaar betrokken te willen worden bij besluitvorming over het aangaan van nieuwe raamovereenkomsten met uitzendbureaus. Nadat AH

eCommerce op 22 april 2022 te kennen geeft dat zij vier nieuwe raamovereenkomsten had gesloten, waarvan drie met bureaus waar zij al eerder een dergelijke overeenkomst mee had, stelt de ondernemingsraad ex artikel 26 lid 1 WOR beroep in tegen het betreffende besluit.

## 2. Oordeel Ondernemingskamer en Hoge Raad

Met een beroep op de wetsgeschiedenis<sup>[2]</sup> overweegt de Ondernemingskamer dat artikel 25 lid 1 onder g WOR niet alleen betrekking heeft op het inlenen of werven van werknemers op zichzelf, maar ook op het afsluiten van overeenkomsten op dit gebied, op grond waarvan later werknemers worden geworven of ingeleend, zoals de door AH eCommerce afgesloten raamovereenkomsten, en dat het woord 'groepsgewijze' zowel het werven als het inlenen van arbeidskrachten betreft. Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer dat blijkens de wetsgeschiedenis het adviesrecht van de ondernemingsraad bij het groepsgewijze *werven* van arbeidskrachten beperkt is tot gevallen waarin wordt afgeweken van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid in de onderneming. Voor het bevestigende antwoord op de vraag of eenzelfde beperking geldt bij het groepsgewijze *inlenen* van arbeidskrachten beroept de Ondernemingskamer zich op een SER-advies uit 1975,<sup>[3]</sup> dat aan de invoering van artikel 25 lid 1 onder g WOR ten grondslag lag. Bovendien sluit een bevestigende beantwoording van die vraag aan bij een beschikking van de Ondernemingskamer uit 1999.<sup>[4]</sup> Omdat de gebruikelijke gang van zaken bij AH eCommerce sinds 2008 is dat ongeveer 90% van de arbeid binnen de acht locaties wordt verricht door uitzendkrachten, op basis van tweejarige raamovereenkomsten die geen materiële wijzigingen ten opzichte van vorige overeenkomsten kenden, is geen sprake van een afwijking van het bij AH eCommerce gebruikelijke aantrekkingsbeleid. Daarom valt het bestreden besluit volgens de Ondernemingskamer niet onder het adviesrecht van artikel 25 WOR.

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van de Ondernemingskamer. Volgens de Hoge Raad biedt noch de wetstekst noch de wetsgeschiedenis noch het SER-advies waar de Ondernemingskamer zijn oordeel op baseerde, steun voor de opvatting dat het voor de toepasselijkheid van artikel 25 lid 1 onder g WOR óók bij inlening van arbeidskrachten moet gaan om een afwijking van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid. Aangenomen moet worden dat de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt met betrekking tot elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten. Omdat door de ondernemingsraad geen voorzieningen als bedoeld in artikel 26 lid 5 WOR waren verzocht, kan de Hoge Raad de zaak zelf afdoen met vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer en met verklaring voor recht dat AH eCommerce bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit tot het aangaan van de vier raamovereenkomsten.

### Noot

**Auteur:** Joost van Mierlo<sup>[5]</sup>

## 3. Commentaar

Artikel 25 lid 1 onder g WOR verplicht de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen een advies uit te brengen met betrekking tot 'het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten'. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt onder het werven of inlenen mede verstaan het afsluiten van overeenkomsten op grond waarvan later werknemers worden geworven of ingeleend.<sup>[6]</sup>

### 3.1. Eerdere jurisprudentie

In de onderhavige zaak was sprake van het sluiten van dergelijke raamovereenkomsten. De Ondernemingskamer wijst het door de ondernemingsraad ingestelde beroep niet alleen af op basis van de wetsgeschiedenis, waarover aanstonds nader, maar ook met verwijzing naar een beschikking uit 1999.<sup>[7]</sup> Die zaak betrof de tijdelijke inhuur van 20 tot 30 arbeidskrachten door het Gemeentevervoerbedrijf Amsterdam.

Volgens de ondernemingsraad was sprake van groepsgewijze inlening als bedoeld in artikel 25 lid 1 onder g WOR. In het kader van de beoordeling van een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening (artikel 26 lid 5 WOR) overwoog de Ondernemingskamer dat naar zijn voorlopig oordeel het betreffende besluit adviesplichtig was ‘, mede gelet op de binnen de onderneming gebruikelijke gang van zaken met betrekking tot dergelijke besluiten’. Bij de beantwoording van de vraag of de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld diende te worden om advies uit te brengen met betrekking tot de betreffende inlening van arbeidskrachten, kende de Ondernemingskamer derhalve groot gewicht toe aan het gebruikelijke beleid van de ondernemer op dat gebied. Eerder had de kantonrechter Rotterdam over inhuur van arbeidskrachten in relatie tot artikel 25 lid 1 onder g WOR te oordelen in een situatie waarin de Samenwerkende Havenbedrijven Rotterdam (‘SHB Rotterdam’) havenwerkers uit de Amsterdamse poule voor de duur van twee weken inhuurde voor 0,58% van de in die weken te verrichten diensten.<sup>[8]</sup> De kantonrechter overwoog dat het ontbreken van een getals- of belangrijkheids criterium niet betekent dat artikel 25 lid 1 onder g WOR ook van toepassing is in een situatie waarbij slechts een relatief onbeduidend aantal werknemers zeer korte tijd ingeleend wordt, hetgeen betekende dat de ondernemingsraad van SHB Rotterdam niet om advies gevraagd hoefde te worden met betrekking tot de onderhavige inhuur. In het licht van de hierboven genoemde uitspraak van de Hoge Raad is het onwaarschijnlijk dat de Ondernemingskamer en de kantonrechter thans nog tot het betreffende oordeel zouden komen.

### 3.2. De wetsgeschiedenis

Dat brengt mij op de wetsgeschiedenis, die zowel voor de Ondernemingskamer als voor de Hoge Raad het kader biedt voor het al dan niet bestaan van een adviesrecht van de ondernemingsraad met betrekking tot de inlening van arbeidskrachten. Wat opvalt is dat de Ondernemingskamer en de Hoge Raad met een beroep op dezelfde passage in de Memorie van Toelichting en het daaraan ten gronde liggende SER-advies tot een ander oordeel komen aangaande het adviesrecht van de ondernemingsraad bij groepsgewijze inlening van arbeidskrachten. Dat nodigt uit om zowel het SER-advies als de Memorie van Toelichting aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

Bij brief van 4 oktober 1973 verzocht de Minister van Sociale Zaken de SER onder meer advies uit te brengen met betrekking tot ‘*het zgn. inlenen van arbeidskrachten, de groepsgewijze werving van arbeidskrachten en het verlenen van opdrachten aan organisatiebureaus*’. De relevante passage in het SER-advies <sup>[9]</sup> met betrekking tot dit verzoek vangt aan met de algemene constatering dat de SER van mening is dat uitbreiding van de adviserende bevoegdheid van de ondernemingsraad voor wat betreft het inlenen en de ‘groepsgewijze’ werving van arbeidskrachten inderdaad gewenst is, omdat besluiten tot deze inlening of werving van grote invloed kunnen zijn op de werksituatie van het personeel. In de betreffende passage wordt geen onderscheid gemaakt tussen inlening en ‘groepsgewijze’ werving.

Dat onderscheid wordt wél gemaakt in hetgeen daarop volgt:

“Wat de werving betreft meent de Raad dat het hier gaat om incidentele wervingscampagnes, derhalve om een voor het bedrijf ongewone groepsgewijze aantrekking van werknemers, waarbij wordt afgeweken van de vastgestelde hoofdlijnen van het aanstellingsbeleid in de onderneming; een toelichting van deze strekking in de memorie van toelichting komt de Raad gewenst voor. (...) Wat betreft het inlenen van arbeidskrachten neemt de Raad aan dat het ook daarbij gaat om "groepsgewijze" inlening, - ook al bezigt de adviesaanvraag hier dit woord niet -, en dus bijv. niet om individuele tijdelijke vervanging door uitzendkrachten. Gelet op de bijzondere problemen die het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten voor de goede gang van zaken binnen de onderneming kan oproepen, meent de Raad dat telkens wanneer zulk een inlening wordt overwogen de ondernemingsraad moet worden gehoord.”

In de Memorie van Toelichting heeft de Minister gehoor gegeven aan enkele specifieke suggesties van de SER aangaande het in de wet op te nemen adviesrecht van de ondernemingsraad met betrekking tot werving en inlening van arbeidskrachten.<sup>[10]</sup> Dat betreft ten eerste het feit dat het woord ‘groepsgewijze’ zowel slaat op het inlenen als op het werven van arbeidskrachten. Ten tweede betreft dat de suggestie om in de Memorie op te nemen dat onder het ‘groepsgewijze werven’ van arbeidskrachten wordt verstaan een incidentele wervingscampagne, waarbij wordt afgeweken van het gebruikelijke aanstellingsbeleid in de onderneming,

derhalve een voor de onderneming ongewone groepsgewijze aantrekking van werknemers. In lijn met het SER-advies betreft deze toelichting uitsluitend het groepsgewijze werven van arbeidskrachten. Impliciet geeft de Minister hiermee te kennen dat, evenzeer in lijn met het SER-advies, de ondernemingsraad bij groepsgewijze inlening van arbeidskrachten altijd om advies gevraagd dient te worden. Anders dan de Ondernemingskamer sub 3.5 van zijn beschikking overweegt, biedt de Memorie van Toelichting dus wel degelijk uitsluitend over de vraag of de beperking dat het moet gaan om een afwijking van het gebruikelijke beleid, uitsluitend geldt voor het groepsgewijze werven of ook voor het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten. In dat licht heeft de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer terecht vernietigd.

### 3.3. Advies Advocaat-Generaal

De Hoge Raad wijkt met zijn oordeel af van de conclusie van de Advocaat-Generaal, die concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De kern van die conclusie vormt de overweging dat in artikel 25 lid 1 onder g WOR weliswaar het woord 'belangrijk' niet voorkomt, maar dat het adviesrecht van artikel 25 WOR in algemene zin betrekking heeft op belangrijke besluiten, en dat daarom een besluit tot het groepsgewijs inlenen van arbeidskrachten slechts ter advisering voorgelegd hoeft te worden indien het gaat om een belangrijke inlening. Aan deze min of meer overkoepelende eis is, zo meent de Advocaat-Generaal, bij groepsgewijze inlening van arbeidskrachten slechts voldaan indien de inlening voor de betreffende onderneming als 'ongewoon' is aan te merken.

Dat artikel 25 lid 1 WOR in algemene zin belangrijke besluiten betreft, valt niet te betwisten. Hier past echter de kanttekening dat enkele in artikel 25 lid 1 WOR genoemde besluiten pas in algemene zin belangrijk genoeg zijn om ze ter advisering aan de ondernemingsraad voor te moeten leggen, indien ze 'ongewoon' zijn. Dit laatste wordt tot uiting gebracht met het opnemen, in de betreffende besluiten, van het element 'belangrijk'. Zo is niet elke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel de verdeling van de bevoegdheden (artikel 25 lid 1 onder e WOR) in algemene zin belangrijk. Dat is pas het geval als sprake is van een *ongewone* wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel de verdeling van de bevoegdheden. Het opnemen van het element 'belangrijk' in een aantal specifieke besluiten heeft dus een wezenlijk doel, nl. te voorkomen dat besluiten die niet ongewoon, en dus niet in algemene zin belangrijk, zijn onder het bereik van het adviesrecht van de ondernemingsraad vallen. Het als het ware 'inlezen' van het woord 'belangrijk' in artikel 25 lid 1 onder g WOR, zoals de Advocaat-Generaal lijkt te doen, zou bij groepsgewijze inlening van arbeidskrachten een beperking van het adviesrecht bewerkstelligen die zich niet verdraagt met de kennelijke bedoeling van de wetgever.

### 3.4. Artikel 27 lid 1 onder e WOR

In zijn beschikking overweegt de Ondernemingskamer dat het bestreden besluit '*geen afwijking van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid*' betrof. Die overweging is interessant omdat de Ondernemingskamer daarmee het aanstellingsbeleid lijkt te betrekken bij zijn beoordeling van het adviesrecht op grond van artikel 25 lid 1 onder g WOR. Uit de feiten in de beschikking van de Ondernemingskamer spreekt dat bij AH eCommerce ongeveer 90% van de medewerkers bestaat uit uitzendkrachten, waarbij sinds 2010 de gebruikelijke gang van zaken is dat die worden ingehuurd via uitzendbureaus waarmee telkens een raamovereenkomst voor de duur van twee jaar wordt gesloten. Anders dan Nekeman in zijn noot onder de OK-beschikking in JOR 2023/49 ben ik van mening dat het feit dat sprake is van één nieuw uitzendbureau en van een prijscorrectie gebaseerd op de bestaande arbeidsvoorwaarden, geen wijziging van het aanstellingsbeleid betreft. Het in artikel 27 lid 1 onder e WOR bedoelde aanstellingsbeleid betreft het feit dat AH eCommerce voor het overgrote deel in haar behoefte aan medewerkers voorziet door middel van uitzendkrachten, te werven door bonafide uitzendbureaus die lid zijn van de ABU. Dát beleid ondergaat geen wijziging met het afsluiten van de raamovereenkomsten met vier uitzendbureaus. Bovendien, en minstens zo belangrijk, is naar mijn mening dat het al eerder genoemde SER-advies<sup>[11]</sup> aanwijzingen bevat dat het bij aanstellingsbeleid slechts gaat om het aannemen van medewerkers die op basis van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzaam zijn, nu dat beleid in het advies uitsluitend in relatie tot groepsgewijze werving ter sprake komt.

### 3.5. Artikel 31b lid 3 WOR

Dat het in artikel 27 lid 1 onder e WOR bedoelde aanstellingsbeleid slechts medewerkers betreft die op basis van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzaam zijn, betekent nog niet dat de ondernemingsraad met lege handen staat wanneer het gaat om het min of meer algemene beleid met betrekking tot inlening van arbeidskrachten. Artikel 31b lid 3 WOR verplicht de ondernemer immers om ten minste éénmaal per jaar aan de ondernemingsraad schriftelijk algemene gegevens inzake de op grond van een uitzendovereenkomst in de onderneming werkzame personen te verstrekken. Daarbij deelt de ondernemer tevens mede wat in het komende jaar de te verwachten ontwikkelingen zijn wat betreft het aantal op basis van een uitzendovereenkomst werkzame personen. Het verstrekken van deze gegevens geschiedt mede ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, die op grond van artikel 24 lid 1 WOR tenminste tweemaal per jaar plaatsvindt. Dat zijn dus geëigende momenten voor de ondernemingsraad om ter sprake te brengen of en in hoeverre hij het in algemene zin wenselijk acht dat de ondernemer op de inzet van uitzendkrachten leunt. Dit betreft echter niet meer en niet minder dan het *bespreken* van het algemene beleid. Het adviesrecht van de ondernemingsraad met betrekking tot het inlenen van arbeidskrachten is pas aan de orde indien de ondernemer, op basis van dat algemene beleid, tot concrete besluitvorming overgaat. Met de uitspraak van de Hoge Raad van 3 november 2023 staat vast dat dat adviesrecht bij elke groepsgewijze inlening gerespecteerd dient te worden.

---

#### Voetnoten

- [1] Artikel 25 lid 1 onder g WOR betreft voorgenomen besluiten tot het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten.
- [2] [Kamerstukken II 1975/76, 13 954, nr. 3](#), p. 38.
- [3] SER-advies 1974/14, 'Over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden', p. 24.
- [4] Hof Amsterdam (OK) 7 januari 1999, *ROR* 1999, 2 (*Gemeentevervoerbedrijf Amsterdam*).
- [5] Mr. J.J.M. (Joost) van Mierlo is advocaat bij De Voort Advocaten | Mediators in Tilburg.
- [6] [Kamerstukken II 1975/76, 13 954, nr. 3](#), p. 38.
- [7] Hof Amsterdam (OK) 7 januari 1999, *ROR* 1999, 2 (*Gemeentevervoerbedrijf Amsterdam*).
- [8] Rb. Rotterdam (ktr.) 24 november 1995, *JAR* 1996/8 (*Samenwerkende Havenbedrijven Rotterdam*).
- [9] SER-advies 1975/14, 'Over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden', p. 24.
- [10] [Kamerstukken II 1975/76, 13 954, nr. 3](#), p. 38.
- [11] SER-advies 1975/14, 'Over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden', p. 24.