

beschikking

**GERECHTSHOF AMSTERDAM
ONDERNEMINGSKAMER**

zaaknummer: 200.337.605/01 OK

beschikking van de Ondernemingskamer van 2 mei 2024

inzake

DE ONDERNEMINGSRAAD VAN ALBERT HEIJN E-COMMERCE,

gevestigd te Zaandam,

VERZOEKER,

advocaat: **mr. L.C.J. Sprengers**, kantoorhoudende te Utrecht,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ALBERT HEIJN ONLINE B.V.,

gevestigd te Zaandam,

VERWEERSTER,

advocaten: **mrs. J.M. van Slooten** en **D.E.J. van Wijk**, beiden kantoorhoudende te Amsterdam.

In het vervolg zal verzoeker worden aangeduid als de ondernemingsraad en verweerster als AH e-Commerce.

1. Het verloop van het geding

- 1.1 De ondernemingsraad heeft bij op 14 februari 2024 ingekomen verzoekschrift (met producties) de Ondernemingskamer verzocht:
- voor recht te verklaren dat AH e-Commerce bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit zoals kenbaar gemaakt op 15 januari 2024 over het groepsgewijs inlenen van uitzendkrachten binnen het onderdeel Fulfilment van AH e-Commerce (hierna: het Fulfilment-besluit), haar op te dragen dat besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken, met uitzondering van het starten van de selectieprocedure ten aanzien van de uitzendbureaus en de concrete invulling van de contractvoorwaarden ter voorbereiding op een in fase 2 in te dienen adviesaanvraag bij de ondernemingsraad;
 - voor recht te verklaren dat AH e-Commerce bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit zoals kenbaar gemaakt op 15 januari 2024 over de inschakeling van uitzendorganisaties in HSC Zwolle (hierna: het HSC Zwolle-besluit), haar op te dragen dat besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken, met uitzondering van het maken van afspraken met de in dat besluit genoemde uitzendorganisaties met betrekking tot het inzetten van uitzendkrachten ten behoeve van Fulfilment en (het onderdeel) Delivery binnen HSC Zwolle.
- 1.2 AH e-Commerce heeft bij verzoekschrift (met producties) ingekomen op 14 maart 2024 geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek.
- 1.3 Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 4 april 2024. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde aantekeningen en wat AH e-Commerce betreft onder overlegging van tevoren toegestuurde nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2. Inleiding en feiten

- 2.1 Deze zaak gaat over twee voorgenomen besluiten van AH e-Commerce over met uitzendorganisaties te sluiten overeenkomsten voor het groepsgewijs inlenen van uitzendkrachten. De ondernemingsraad maakt zich sterk voor het vergroten van het aandeel werknemers in vaste dienst en heeft in dat kader aan haar instemmend advies voorwaarden gesteld. AH e-Commerce heeft geweigerd een deel daarvan over te nemen bij het nemen van

de besluiten. Partijen twisten erover of AH e-Commerce door aldus te handelen bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot de besluiten heeft kunnen komen; de ondernemingsraad vindt van niet.

- 2.2 AH e-Commerce exploiteert een online supermarkt. De online bestelde boodschappen worden verwerkt vanuit verschillende *home shop centers* (hierna: HSC's) verspreid over heel Nederland. De werkzaamheden in de HSC's vallen uiteen in twee onderdelen: *Fulfilment* en *Delivery*. *Fulfilment* zorgt ervoor dat online bestelde boodschappen worden overgepakt van pallets van leveranciers in kratten die bestemd zijn voor de klanten. Het onderdeel *Delivery* zorgt ervoor dat de boodschappen bij de klanten worden bezorgd. Binnen deze twee onderdelen werken momenteel in totaal circa 7.500 mensen, voornamelijk uitzendkrachten.

Het Fulfilment-besluit

- 2.3 Op 29 december 2023 heeft AH e-Commerce de ondernemingsraad gevraagd op grond van artikel 25 lid 1 sub g WOR te adviseren "(...) met betrekking tot ons voorgenomen besluit tot samenwerking met uitzendorganisaties voor alle HSC's (m.u.v. HSC Zwolle) ten behoeve van het groepsgewijs inlenen van uitzendkrachten met ingang van 17 juni 2024. Deze adviesaanvraag betreft de afdeling *Fulfilment* binnen *Albert Heijn e-Commerce*." Dit wordt hierna het voorgenomen *Fulfilment*-besluit genoemd. Het advies is gevraagd met het oog op het aflopen van de huidige contracten over het groepsgewijs inlenen van uitzendkrachten die met de uitzendorganisaties zijn gesloten. Onder 3 van de adviesaanvraag (met kopje '*Percentages vast-flex*') staat: "Zoals u weet hebben wij binnen totaal e-Commerce operations de ambitie om het percentage medewerkers op AH contract te verhogen naar 25%."
- 2.4 Op 11 januari 2024 heeft de ondernemingsraad advies gegeven op de in 2.3 genoemde adviesaanvraag. De ondernemingsraad heeft daarin kenbaar gemaakt in te stemmen met het voorgenomen *Fulfilment*-besluit, mits AH e-Commerce zich bereid toont de in zijn advies genoemde voorwaarden over te nemen in het te nemen besluit. De ondernemingsraad, zo staat onder 3.1 ("*Beweegredenen/percentage vast-flex*") van zijn advies, vindt dat de in de adviesaanvraag opgenomen intentie om toe te werken naar 25% AH medewerkers nog aan de lage kant is en verbindt aan zijn advies onder meer de volgende voorwaarde 1c:
- "Zoveel mogelijk zal door AH e-Commerce een arbeidsovereenkomst aangeboden worden aan uitzendkrachten die meer dan 1400 uur werkzaam zijn geweest bij *Fulfilment* per HSC. Mocht na een jaar blijken dat de ambitie om 25% AH medewerkers te halen, toch nog niet gehaald is in een HSC, dan zal vanaf dat moment tot einde looptijd van de raamovereenkomst iedere uitzendkracht die meer dan 1400 uur werkzaam is geweest voor *Fulfilment* het aanbod krijgen om op arbeidsovereenkomst voor AH e-Commerce

werkzaam te zijn in die HSC, in ieder geval zolang het percentage van 25% nog niet is bereikt.”

- 2.5 AH e-Commerce heeft op 15 januari 2024 aan de ondernemingsraad bericht het Fulfilment-besluit zoals dat was voorgenomen, te hebben genomen. Daarbij heeft AH e-Commerce alle door de ondernemingsraad in haar advies genoemde voorwaarden overgenomen, behalve voorwaarde 1c:

“Wij kunnen dit advies/voorwaarde helaas niet overnemen. Zoals uw raad weet, heeft Albert Heijn e-Commerce de ambitie om landelijk – en dus niet per HSC – tot 25% eigen medewerkers door te groeien (Fulfilment en Delivery samen). Wij hebben eerder in onze adviesaanvraag kenbaar gemaakt wat onze initiatieven zijn om deze ambitie waar te maken:

- a. Alle Allrounders Fulfilment op contract*
- b. Visie vast/flex bij mechanisatie*
- c. Vast-flexpercentage agenderen op OV vergaderingen*
- d. OR betrekken in meer roulatie in een rol in HSC Zwolle als pilot*

Bovendien zijn ook de volgende omstandigheden van belang:

- 1. Aangezien uitzendbureaus huisvesting regelen en Albert Heijn e-Commerce dit niet kan bieden, hebben veel uitzendkrachten een voorkeur voor een dienstverband met het uitzendbureau. Een dienstverband met Albert Heijn zou namelijk betekenen dat de uitzendkrachten hun huisvesting kwijtraken, omdat ze dan niet langer aanspraak kunnen maken op huisvesting via het uitzendbureau. Pas indien uitzendkrachten besluiten om zich meer definitief in Nederland te vestigen, zijn zij bereid zelf een woning te gaan zoeken en willen zij een vast contract bij Albert Heijn overwegen. Daar komt nog bij dat het vinden van een woning op zich ook al een probleem is. Een groot deel van de uitzendkrachten heeft overigens een contract voor onbepaalde tijd bij de uitzendbureaus.*
- 2. De vraag naar online boodschappen fluctueert enorm, waardoor Albert Heijn e-Commerce niet op voorhand een gegarandeerd aantal uur per dag kan verzekeren. Afhankelijk van soms moeilijk voorspelbare omstandigheden kan de vraag stijgen of dalen. Een arbeidsovereenkomst met een vaste omvang per dag of per week is daardoor bedrijfseconomisch niet altijd verantwoord. Dit brengt mee dat er altijd behoefte zal zijn aan een zekere flexibele schil.*
- 3. Daarnaast hebben wij u al eerder medegedeeld dat het voor ons lastig is volledige diensten aan Shoppers aan te bieden. Onze ambitie is de diensten zo volledig mogelijk aan te bieden, maar in de praktijk blijkt dit niet altijd mogelijk. Wanneer wij een Albert Heijn-contract aan de uitzendmedewerker aanbieden, hebben wij mogelijk*

niet genoeg werk voor deze medewerkers en gaat onze voorkeur uit naar flexibel inzetbare uitzendkrachten.

4. *Tevens zijn wij aan het onderzoeken of wij kort-parttimers kunnen inzetten.*
5. *We willen het aandeel vaste medewerkers wel verhogen, maar zijn tegelijkertijd ook aan het nadenken over hoe we dit op een duurzame manier vorm kunnen geven. Zoals u weet impliceert bijvoorbeeld de functie van Shopper zwaar fysiek werk. In Nederland woonachtigen willen dit werk niet doen. Om die reden worden veelal arbeidsmigranten ingezet die dit werk alleen op tijdelijke basis willen doen om vervolgens naar hun land van herkomst terug te keren. Er wordt momenteel een visie gevormd wat er verantwoord is wat betreft de duurzame inzetbaarheid bij een arbeidsovereenkomst met Albert Heijn binnen iedere functie. Wij zijn in afwachting van uw uitnodiging om een toelichting te geven op onze visie hoe naar 25% eigen medewerkers te groeien (uitkomsten KIK vast-flex)."*

Het HSC Zwolle-besluit

- 2.6 Op 29 december 2023 heeft AH e-Commerce de ondernemingsraad gevraagd op grond van artikel 25 lid 1 sub g WOR te adviseren "(...) met betrekking tot ons voorgenomen besluit tot samenwerking met de uitzendorganisaties (...) met betrekking tot het inzetten van uitzendkrachten bij Fulfilment en het inzetten van de uitzendbureaus (...) voor Delivery in het nieuwe HSC Zwolle." Dit wordt hierna het voorgenomen HSC Zwolle-besluit genoemd. Het advies is gevraagd om met uitzendkrachten te kunnen werken bij het medio 2024 te openen nieuwe HSC in Zwolle. Onder 3 van de adviesaanvraag (met kopje 'Percentages vast-flex') staat: "Albert Heijn heeft de ambitie het percentage eigen medewerkers binnen e-Commerce Operations te verhogen naar 25%."
- 2.7 Op 11 januari 2024 heeft de ondernemingsraad advies gegeven op de in 2.6 genoemde adviesaanvraag. De ondernemingsraad heeft begrepen, zo staat in het advies, dat de ambitie die AH e-Commerce in de adviesaanvraag over het voorgenomen Fulfilment-besluit (2.3) heeft neergelegd om binnen e-Commerce met 25% aan AH-medewerkers te gaan werken, ook betrekking heeft op HSC Zwolle. Vervolgens heeft de ondernemingsraad met het oog op het nastreven van deze ambitie van 25% nadat HSC Zwolle is gestart, een voorwaarde 2c gesteld die gelijk luidt aan de hierboven aangehaalde voorwaarde 1c, met dien verstande dat deze slechts op HSC Zwolle ziet en naast Fulfilment ook op Delivery.
- 2.8 AH e-Commerce heeft op 15 januari 2024 aan de ondernemingsraad bericht het HSC Zwolle-besluit zoals dat was voorgenomen, te hebben genomen. Daarbij heeft AH e-Commerce alle door de ondernemingsraad in haar advies genoemde voorwaarden overgenomen, behalve

voorwaarde 2c. De door AH e-Commerce opgegeven reden om voorwaarde 2c niet over te nemen, is vrijwel identiek aan de in 2.5 genoemde reden om voorwaarde 1c niet over te nemen.

De verdere gang van zaken

- 2.9 De ondernemingsraad heeft bij memo van 18 januari 2024 aan AH e-Commerce gevraagd om overleg naar aanleiding van beide op 15 januari 2024 genomen besluiten, nu daaruit blijkt dat zij van mening verschillen over hoe toe te werken naar de doelstelling van 25% vaste medewerkers in dienst bij AH e-Commerce, wat voor de ondernemingsraad een belangrijk punt is. Dit overleg heeft plaatsgevonden op 24 januari 2024, maar heeft niet geleid tot een oplossing. Bij memo van 26 januari 2024 heeft de ondernemingsraad hetgeen tijdens dit overleg is besproken weergegeven en zijn standpunt over het streefpercentage van 25% toegelicht, geconcludeerd dat AH e-Commerce onvoldoende bereid is een handreiking te doen en gemeld zich te beraden over vervolgstappen. Deze kwestie is ook besproken tijdens een vergadering van de ondernemingsraad en AH e-Commerce van 31 januari 2024. De ondernemingsraad heeft bij memo van 6 februari 2024 aan AH e-Commerce aangekondigd beroep aan te zullen tekenen tegen de besluiten van 15 januari 2024 en tevens gemeld te willen bezien of er afspraken kunnen worden gemaakt over hoe verder te gaan. AH e-Commerce heeft bij memo van 13 februari 2024 gereageerd op de memo's van 26 januari en 6 februari 2024 van de ondernemingsraad, die volgens AH e-Commerce een eenzijdige weergave bevatten van wat onderling is besproken over het streven naar 25% vaste medewerkers in dienst bij AH e-Commerce. Vervolgens heeft AH e-Commerce haar visie en standpunt (nogmaals) uiteengezet.

3. De gronden van de beslissing

- 3.1 De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat AH e-Commerce bij het nemen van zowel het Fulfilment-besluit als het HSC Zwolle-besluit heeft nagelaten om alle daarbij betrokken gerechtvaardigde belangen op een redelijke wijze af te wegen. Belangrijk is dat daarbij wordt uitgegaan van de door AH e-Commerce onderschreven ambitie om ten minste 25% van de uitzendkrachten een vast contract aan te bieden bij AH e-Commerce, zowel bij Fulfilment als bij Delivery. Om te bevorderen dat deze doelstelling wordt gehaald, heeft de ondernemingsraad in zijn onderscheidenlijke adviezen over beide voorgenomen besluiten de hierboven genoemde (vrijwel gelijklopende) voorwaarden 1c en 2c gesteld. In plaats van deze voorwaarden over te nemen, heeft AH e-Commerce slechts de ambitie uitgesproken te streven naar 25% werknemers in vaste dienst bij Fulfilment en Delivery gezamenlijk. Dit zal ertoe leiden dat het lage aantal vaste werknemers bij Fulfilment – slechts 7,2% per 30 oktober 2023, tegenover 37% bij Delivery op die datum – ver verwijderd zal blijven van het streefpercentage van 25%. Daarmee spant AH e-Commerce zich onvoldoende in om haar ambitie, die in een

ander medezeggenschapstraject in verband met het HSC Barendrecht ook op Fulfilment afzonderlijk zag, te halen. De argumenten die AH e-Commerce thans aan het afwijzen van de voorwaarden van de ondernemingsraad ten grondslag heeft gelegd, zijn niet juist, innerlijk tegenstrijdig of op zijn minst betwifelbaar. Ook maakt AH e-Commerce zodoende ontoelaatbaar onderscheid in de behandeling van uitzendkrachten en van medewerkers die werken op basis van een arbeidsovereenkomst. De toelichting van AH e-Commerce op haar afwijzing van de door de ondernemingsraad gestelde voorwaarden 1c en 2c, duidt erop dat zij de belangen van haar medewerkers op een onredelijke wijze heeft afgewogen, aldus de ondernemingsraad.

- 3.2 AH e-Commerce heeft verweer gevoerd, inhoudende dat zij bij het nemen van zowel het Fulfilment-besluit als het HSC Zwolle-besluit wel degelijk een redelijke afweging van alle betrokken belangen heeft gemaakt; het is juist de ondernemingsraad die zich bovenal het belang van de uitzendkrachten lijkt aan te trekken. AH e-Commerce heeft altijd het streven gehanteerd om binnen de totale *e-Commerce*-operatie, dus niet bij de onderdelen Fulfilment en Delivery afzonderlijk, het percentage werknemers met een vast arbeidscontract te verhogen naar 25%. Dit is ambitieus gelet op de huidige krappe arbeidsmarkt, maar ligt wel binnen handbereik, nu de 'vast/flex-ratio' bij e-Commerce in de afgelopen twaalf maanden is gestegen naar 24,3%. AH e-Commerce heeft valide argumenten ten grondslag gelegd aan haar afwijzing van de door de ondernemingsraad gestelde voorwaarden 1c en 2c, die ertoe zouden leiden dat automatisch een vast arbeidscontract zou moeten worden aangeboden om het percentage van 25% ook bij Fulfilment te halen. Hiermee zou de ambitie van AH e-Commerce op onverstandige wijze worden aangescherpt, terwijl andere middelen naar verwachting effectiever zullen zijn en de bedrijfsvoering van AH e-Commerce minder zullen raken. Het past binnen de beleidsvrijheid van AH e-Commerce om de belangen af te wegen zoals zij heeft gedaan en zij heeft de ondernemingsraad hierover altijd voldoende geïnformeerd, aldus AH e-Commerce.
- 3.3 De Ondernemingskamer overweegt als volgt.
- 3.4 Aan deze zaak ligt ten grondslag het debat tussen AH e-Commerce en de ondernemingsraad over welk deel van de werkzaamheden binnen de onderneming door eigen personeel in vaste dienst zou moeten worden verricht en welk deel door ingeleend personeel. De ondernemingsraad en AH e-Commerce onderschrijven allebei het belang van het verhogen van het percentage medewerkers in vaste dienst, maar zij zijn het niet eens over de manier waarop daaraan invulling moet worden gegeven en in het verlengde daarvan over de vraag in hoeverre dat belang dient mee te wegen bij het nemen van zowel het Fulfilment-besluit als het HSC Zwolle-besluit.

- 3.5 Anders dan de ondernemingsraad betoogt is AH e-Commerce steeds duidelijk geweest over haar standpunt met betrekking tot de verhouding vast-flex. In de adviesaanvraag staat daarover: *“Zoals u weet hebben wij binnen totaal e-Commerce operations de ambitie om het percentage medewerkers op AH contract te verhogen naar 25%”*. In de aan de ondernemingsraad voorgelegde concept-adviesaanvraag was het woord ‘totaal’ nog niet opgenomen. Naar aanleiding van de opmerking van de ondernemingsraad dat deze adviesaanvraag ging over een tender bij Fulfilment en de vraag wat de ambities voor Fulfilment waren, is in de definitieve adviesaanvraag toegevoegd dat binnen ‘totaal’ e-Commerce de ambitie bestond het percentage te verhogen naar 25%. Tegen die achtergrond kan de ondernemingsraad niet serieus gemeend hebben dat AH e-Commerce de ambitie had uitgesproken het percentage vaste werknemers binnen de afdeling Fulfilment en ook bij elk van de afzonderlijke HSC's te verhogen naar 25%, zoals zij aan haar betoog in deze zaak ten grondslag heeft gelegd.
- 3.6 Uitgangspunt is derhalve dat AH e-Commerce ernaar streeft om het percentage vaste werknemers te verhogen naar 25% binnen het geheel van e-Commerce. Tegen die achtergrond heeft AH e-Commerce in de besluiten voldoende duidelijk gemaakt waarom zij de door de ondernemingsraad gestelde voorwaarden 1c respectievelijk 2c niet overneemt. Kort gezegd komt het erop neer dat AH e-Commerce al de nodige initiatieven neemt om de ambitie van 25% vaste medewerkers waar te maken, dat de door de ondernemingsraad gewenste voorwaarde niet effectief zal zijn, dat het aanbieden van vaste dienstverbanden met een vaste omvang gelet op de grote fluctuaties in vraag bedrijfseconomisch niet verantwoord is en het aanbieden van volledige diensten aan de medewerkers van Fulfilment niet altijd mogelijk is, en dat AH e-Commerce ook andere mogelijkheden onderzoekt om het aandeel vaste medewerkers op een duurzame wijze te verhogen. Bij die stand van zaken is het overnemen van de voorwaarde 1c dan wel 2c, die voorziet in een verplichting om in bepaalde gevallen aan medewerkers van Fulfilment een vast contract aan te bieden, niet effectief en niet verantwoord, aldus AH e-Commerce.
- 3.7 De Ondernemingskamer is van oordeel dat AH e-Commerce daarmee voldoende inzichtelijk heeft gemaakt op welke wijze zij invulling wil geven aan haar ambitie om het percentage vaste medewerkers bij e-Commerce geheel te verhogen naar 25% en wat in dat kader binnen de afdeling Fulfilment de specifieke belemmeringen en mogelijkheden zijn. Dat AH e-Commerce op basis daarvan tot een andere afweging komt dan de ondernemingsraad en dat zij daarbij ook haar bedrijfseconomische belangen laat meewegen, maakt niet dat het besluit om de door de ondernemingsraad gestelde voorwaarde niet over te nemen in redelijkheid niet genomen kon worden. De ondernemingsraad heeft nog gesteld dat AH e-Commerce met het besluit de voorwaarden 1c en 2c niet over te nemen een ontoelaatbaar onderscheid zou maken in de

behandeling van uitzendkrachten en van medewerkers die werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Nog daargelaten dat de ondernemingsraad dit standpunt niet ook al in haar advies heeft opgenomen, geldt dat de Ondernemingskamer mede gelet op de uitdrukkelijke betwisting door AH e-Commerce niet heeft kunnen vaststellen dat daarvan sprake is.

- 3.8 De slotsom is dat niet is gebleken dat AH e-Commerce bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het Fulfilment-besluit en het HSC Zwolle-besluit heeft kunnen komen. Het verzoek zal daarom worden afgewezen.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek af.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. M.A.M. Vaessen en mr. A.C. Faber, raadsheren, en drs. M.A. Scheltema en drs. G. van Vollenhoven-Eikelenboom AG, raden, in tegenwoordigheid van mr. F.L.A. Straathof, griffier, en in het openbaar uitgesproken door mr. M.A.M. Vaessen op 2 mei 2024.



