

**Gerechtshof:** Amsterdam  
**Zaaknummer:** 200.346.817/01  
**Rolzitting:** 25 februari 2025

## **MEMORIE VAN GRIEVEN TEvens AKTE WIJZIGING EIS**

In de zaak van:

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING (FNV)**, gevestigd te Utrecht,
2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **CNV**, gevestigd te Utrecht,

Eisers in eerste aanleg,  
Appellanten  
Advocaten: mr. drs. M.H.D. Vergouwen en mr. D.P. op den Velde

Tegen:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **TEMPER B.V.**, statutair gevestigd te Amsterdam,

Gedaagde in eerste aanleg,  
Geïntimeerde  
Advocaat: mr. J.M. van Slooten en mr. M. Jovovic

2. De heer **ENZO JUANITO SALATIELLO**, wonende te Amsterdam, en
3. Mevrouw **IRENE LOUISIANA MATHILDA RUHE**, wonende te Amstelveen, en
4. Mevrouw **ROZEMARIJN ELISE SPARREBOOM**, wonende te Den Haag,

Gevoegde partijen in eerste aanleg,  
Geïntimeerden  
Advocaat: mr. D.F. Berkhout

## INLEIDING

1. Appellanten, FNV en CNV, zijn tijdig in beroep gekomen tegen het tussenvonnissen d.d. 21 december 2022, het tussenvonnissen d.d. 13 juli 2022, het tussenvonnissen d.d. 11 oktober 2023 en eindvonnis d.d. 10 juli 2024 van de Rechtbank Amsterdam gewezen onder zaaknummer C/13/692040/HA ZA 20-1079 tussen appellanten als eisers, verder te noemen “FNV en CNV” en geïntimeerden als gedaagden, verder te noemen “Temper c.s.”.
2. FNV en CNV zullen de processtukken uit de eerste aanleg zoals hieronder gespecificeerd in het geding brengen.
  - Dagvaarding en producties 22 oktober 2020.
  - Akte 2 december 2020 t.b.v. zitting 8 december 2020.
  - Akte uitlaten producties aan de zijde van Temper 10 februari 2021.
  - Incidentele conclusie en producties aan de zijde van Temper 10 maart 2021.
  - Conclusie in het incident aan de zijde van FNV en CNV 6 oktober 2021.
  - Tussenvonnissen 12 januari 2022.
  - Incidentele conclusie tot voeging en producties van stichting Freeflex 7 april 2022.
  - Akte overlegging aanvullende producties Temper 2 mei 2022.
  - Akte van referte aan de zijde van Temper 4 mei 2022.
  - Vonnis in incident tot voeging 4 mei 2022.
  - Pleitnota aan de zijde van FNV en CNV 12 mei 2022.
  - Proces-verbaal 12 mei 2022.
  - Spreekaantekeningen Stichting Freeflex 12 mei 2022.
  - Spreekaantekeningen Salatiello c.s. 12 mei 2022.
  - Spreekaantekeningen Temper 13 mei 2022.
  - Vonnis in incident tot voeging 13 juli 2022.
  - Vonnis inzake ontvankelijkheidsincident 13 juli 2022.
  - Akte na tussenvonnissen aan de zijde van FNV en CNV 10 augustus 2022.
  - Akte over opt-out en schikkingsperiode 21 september 2022.
  - Antwoordakte Salatiello c.s. 21 september 2022.
  - Pro forma dagvaarding in hoger beroep namens Stichting Freeflex 10 oktober 2022.
  - Tussenvonnissen 21 december 2022.
  - Rolbeslissing 31 mei 2023.
  - Akte Salatiello c.s. 11 juli 2023.
  - Akte en producties zijdens Temper 12 juli 2023.
  - Akte en producties zijdens FNV en CNV 12 juli 2023.
  - Tussenvonnissen 11 oktober 2023.
  - Conclusie van antwoord en producties zijdens Temper 3 januari 2024.
  - Conclusie van antwoord en producties zijdens Salatiello c.s. 3 januari 2024.
  - Akte overleggen producties zijdens FNV en CNV 1 maart 2024.
  - Pleitnota zijdens Temper 15 maart 2024.
  - Pleitnota zijdens FNV en CNV 15 maart 2024.
  - Proces-verbaal van mondelinge behandeling, gehouden op 15 maart 2024.
  - Vonnis 10 juli 2024.

3. FNV en CNV verzoeken u die stukken hier als herhaald en ingelast te beschouwen onder handhaving van al hun stellingen en het in eerste aanleg gedane bewijsaanbod. FNV en CNV kunnen zich met de gewezen tussenvonnissen d.d. 21 december 2022, 13 juli 2022, d.d. 11 oktober 2023 alsook het eindvonnis d.d. 10 juli 2024 niet verenigen. Daarom werpen zij hier grieven op die tot de conclusie moeten leiden dat de bestreden (tussen)vonnissen dienen te worden vernietigd en de oorspronkelijk ingestelde eisen alsmede de in de hoger beroep ingestelde nieuwe eisen (alsnog) toegewezen dienen te worden met veroordeling van Temper c.s. in de proceskosten in beide instanties.

### **Grief 1 - Feiten onjuist c.g. onvoldoende vastgesteld**

4. FNV en CNV richten hun eerste grief tegen de onjuiste, althans onvolledige, vaststelling van de feiten door de rechtbank in haar tussenvonnis d.d. 11 oktober 2023 en r.o. 3.4 tot en met 3.35 van het eindvonnis d.d. 10 juli 2024 en de (onjuiste) aanname van de rechtbank in r.o. 5.6 van het eindvonnis dat de werkwijze van het platform niet in geschil zou zijn. In hoofdstuk 3 van de dagvaarding hebben FNV en CNV de werkwijze van Temper uitgebreid uiteengezet, onder verwijzing naar de vermelding op de eigen website van Temper. In de feitenweergave zoals door de rechtbank gegeven in haar tussenvonnis d.d. 11 oktober 2023 en eindvonnis van 10 juli 2024 wordt voorbij gegaan aan een aantal belangrijke (feitelijke) elementen van die werkwijze. Deze elementen zijn van belang bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie zodat FNV en CNV waarde hechten aan een juiste opname van deze relevante feiten. FNV en CNV zetten in het hiernavolgende uiteen op welke onderdelen de feiten door de rechtbank onjuist of onvolledig zijn weergegeven in het (tussen)vonnis. Op onderdelen heeft Temper de hieronder opgenoemde elementen al dan niet summierlijk aangepast in de loop der tijd. De rechtbank heeft ervoor gekozen om alleen van de meest recente werkwijze uit te gaan. Hiertegen richten de bonden een aparte grief (zie grief 5). Ook losstaand hiervan is een aantal feiten die ongewijzigd zijn gebleven simpelweg niet meegenomen in de weergave.
- Onder r.o. 3.9 van het eindvonnis d.d. 10 juli 2024 neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat een Temper-werker zijn profiel kan bewerken en daarop werkervaring en vaardigheden kan toevoegen. De rechtbank gaat er hier aan voorbij dat Temper (1) in de gebruikersovereenkomst heeft afgedwongen dat zij gerechtigd is het profiel aan te passen<sup>1</sup>, (2) dat Temper de referenties/werkervaring die de Temper-werkers opgeven steekproefsgewijs verifieert en (3) pas indien Temper akkoord gaat met de opgegeven werkervaring deze wordt toegevoegd aan het profiel van de Temper-werker.<sup>2</sup> Bovendien geldt dat (4) een Temper-werker pas kan reageren op een bepaalde categorie klussen wanneer de voor die klus benodigde werkervaring is goedgekeurd door Temper.<sup>3</sup> Daarbij werd door Temper de extra 'beperking' opgelegd dat alleen werkervaring die binnen Temper verkregen was op het profiel vermeld kon worden. Relevante werkervaring of opleidingen/cursussen opgedaan buiten het platform konden dus niet aan het profiel van de Temper-werkers worden toegevoegd.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Zie randnummer 3.4 van de dagvaarding.

<sup>2</sup> Zie randnummer 3.5 van de dagvaarding.

<sup>3</sup> Zie randnummer 3.6 van de dagvaarding.

<sup>4</sup> Zie randnummer 3.12 van de dagvaarding.

- Onder r.o. 3.14 van het eindvonnis d.d. 10 juli 2024 neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat Temper-werkers zich voor een klus kunnen aanmelden als zij de daarvoor vereiste vaardigheden hebben aangevinkt. De rechtbank gaat daarbij voorbij aan de hiervoor reeds genoemde voorwaarde dat het Temper, en dus niet enkel de Temper-werker, is die deze werkervaring dient goed te keuren voordat deze op het profiel van de Temper-werker verschijnt. Een Temper-werker kan simpelweg niet reageren op een klus waarvoor hij niet de door Temper goedgekeurde werkervaring heeft. Bovendien geldt dat een opdrachtgever de Temper-werkers kosteloos naar huis mag sturen als de werker volgens haar niet voldoet aan de vereiste vaardigheden, in welk geval de opdrachtgever de Temper-werker óók een no-show kan geven en óók een boete van € 100,- kan opleggen. Dit geldt ook indien de Temper-werker niet voldoet aan de door de opdrachtgever gestelde kledingvereisten.<sup>5</sup>
- In r.o. 3.17 van het eindvonnis d.d. 10 juli 2024 neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat de opdrachtgever en de Temper-werker gebruik kunnen maken van de modelopdrachtovereenkomst die door Temper ter beschikking wordt gesteld, maar er ook voor kunnen kiezen op andere wijze een overeenkomst te sluiten. De rechtbank gaat er hierbij aan voorbij dat zonder uitzondering onbetwist vaststaat dat *alle* Temper-werkers en opdrachtgevers gebruik maken van de modelopdrachtovereenkomst. Dat ligt ook voor de hand omdat deze modelopdrachtovereenkomst conform artikel 6 van de gebruikersovereenkomst automatisch door de Temper-werker wordt geaccepteerd op het moment dat de opdrachtgever de Temper-werker accepteert.<sup>6</sup>
- Met betrekking tot de betalingen en check out is de rechtbank eraan voorbijgegaan dat opdrachtgevers volgens Temper gehouden zijn minimaal 50% van de shift uit te betalen.<sup>7</sup> Hieruit blijkt (wederom) de (vergaande) bemoeienis van Temper bij het (uitzend)proces.
- Ook gaat de rechtbank ten aanzien van de betalingen en de check out eraan voorbij dat naast het feit dat de facturering automatisch verloopt via factoringmaatschappij Fingle (zie r.o. 3.18 van het eindvonnis d.d. 10 juli 2024) ook te gelden heeft dat de opdrachtgever conform artikel 4.4.4 van de opdrachtovereenkomst slechts bevrijdend kan betalen aan Fingle.<sup>8</sup> Voor de Temper-werkers bestaat dus niet eens de mogelijkheid om zelf facturen te sturen, laat staan dat het de opdrachtgever vrij staat de Temper-werker buiten het platform rechtstreeks te betalen.
- Ten aanzien van de mogelijkheid een boete op te leggen indien de Temper-werker niet komt opdagen bij een geaccepteerde klus, heeft de rechtbank in r.o. 3.25 aangenomen dat de opdrachtgever bij het opleggen van een boete van € 100,- de mogelijkheid heeft de Temper-werker voor *eigen klussen* te blokkeren. Indien de Temper-werker echter een boete opgelegd

<sup>5</sup> Zie hierover randnummer 3.12 in de dagvaarding.

<sup>6</sup> Zie randnummer 3.13 van de dagvaarding.

<sup>7</sup> Zie randnummer 3.45 van de dagvaarding.

<sup>8</sup> Zie ook randnummer 3.52 in de dagvaarding.

krijgt wegens een no-show, wordt deze werker volledig geblokkeerd van het platform. De Temper-werker kan in dat geval dus op geen enkele klus meer reageren totdat de boete voldaan is.<sup>9</sup> Blijkens de bijgaand als **productie 1** overgelegde printscreens van de website van Temper, geldt deze werkwijze tot op heden. Dit verzuimt de rechtbank te vermelden.

- In r.o. 2.13 van het tussenvonnis d.d. 11 oktober 2023 neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat sinds de start van Temper tot 21 december 2022 61.292 personen via Temper hebben gewerkt. Zoals later zal worden toegelicht in randnummer 23 wordt dit aantal door FNV en CNV uitdrukkelijk betwist.
- In r.o. 5.28 van het eindvonnis d.d. 10 juli 2024 concludeert de rechtbank dat het mogelijk is om de vervangingsmogelijkheid commercieel te gebruiken. De rechtbank baseert deze conclusie op een niet nader onderbouwde stelling die (pas) op de mondelinge behandeling van 15 maart 2024 namens Temper is ingenomen dat er 1000 mensen zouden zijn die zich voor 90% van hun klussen zouden laten vervangen. Het feit dat deze blote stelling pas na 5 jaar wordt geponeerd zonder enige onderbouwing maakt het onbegrijpelijk dat de rechtbank spreekt over een (reële) 'commerciële' vervangingsmogelijkheid.

## **Grief 2 – Opt out mogelijkheid niet van toepassing**

5. De rechtbank heeft ten onrechte toepassing gegeven aan de voorschriften uit artikel 1018f Rv door een opt-out mogelijkheid open te stellen voor individuele Temper-werkers die zijn aangemerkt als behorend tot de nauw omschreven groep. In r.o. 2.7 van het tussenvonnis in het ontvankelijkheidsincident d.d. 13 juli 2022 heeft de rechtbank overwogen dat de Temper-werkers een concreet en reëel belang zouden hebben bij een opt-out omdat zij een potentieel nadeel zouden lijden bij toewijzing van de vorderingen van FNV en CNV. Bij een veroordelend vonnis zouden de Temper-werkers mogelijke fiscale naheffingen en correcties kunnen ondervinden in verband met de door hen in het verleden via Temper verrichte werkzaamheden, aldus de rechtbank. Om deze reden is de rechtbank tot de conclusie gekomen dat de opt-out mogelijkheid voor de Temper-werkers moet worden opengesteld.

### ***Dwingend recht***

6. Van belang is dat de centrale rechtsvraag in deze procedure is of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit is een *dwingendrechtelijke (kwalificatie)vraag* die niet afhankelijk is van de mening van partijen noch beantwoord wordt op basis van de wel of niet uit die kwalificatie voortvloeiende gevolgen. Dat is, anders gezegd, niet een vraag die ter vrije keuze is (noch kan zijn) van individuele werknemers. Dit betekent ook dat het niet mogelijk is c.q. kan zijn om je als individuele werknemer van een dergelijk rechtsoordeel te 'opt-ouden'. Als de rechter oordeelt dat Temper een (uitzend)werkgever is, zal Temper hieraan gevolg moeten geven bij al haar (alsdan) (voormalige) werknemers, ook bij diegenen die (wel) gebruik hebben gemaakt van de opt-out optie. Dat vloeit ook voort uit het dwingendrechtelijke collectieve karakter van deze vraag. Ook de fiscus zal gevolgen (moeten) verbinden aan de constatering dat gewerkt wordt op basis van een privaatrechtelijke dienstbetrekking ongeacht de vraag

---

<sup>9</sup> Zie randnummer 3.39 van de dagvaarding.

of bepaalde (oud-)Temper-werkers gebruik hebben gemaakt van hun opt-out. Dit betekent dat zelfs in het geval de collectieve procedure enkel zou zijn ingestoken als een groepsactie ten aanzien van de gevorderde verklaringen voor recht, de mogelijkheid voor de individuele werkers om gebruik te maken van de opt-out door de rechtbank reeds niet opengesteld had mogen worden. Het is immers niet mogelijk je te onttrekken aan dwingend recht. De redenering van de rechtbank in r.o. 2.7 van het tussenvonnissen in het ontvankelijkheidsincident d.d. 13 juli 2022 is dus gebaseerd op de onjuiste aanname dat opt-outers verschoond zouden kunnen blijven van de gevolgen van een toewijzend vonnis. Artikel 7:610 BW, algemeen verbindend verklaarde cao's en fiscaal recht (ZW/WW-premie) is van dwingend recht.

### ***Algemeen belang actie rechtvaardigt buiten werk stellen opt-out***

7. In casu is er nog minder reden een opt-out mogelijkheid te bieden nu naast de groepsactie óók sprake is van een algemeen belang actie om deze dwingendrechtelijke vraag te beantwoorden. De vorderingen van FNV en CNV strekken naast de bescherming van de individuele Temper-werkers ook tot bescherming van het meer overstijgende, ideële belang van een rechtvaardige arbeidsmarkt, waarop rechten van werkenden in het algemeen worden beschermd, en waarop geen sprake is van oneerlijke concurrentie. De rechtbank heeft in r.o. 2.8 van haar tussenvonnissen d.d. 21 december 2022 - terecht - geoordeeld dat het openstellen van de opt-out mogelijkheid voor de groep van 'werkenden in het algemeen' niet aangewezen of zinvol is. Dat een opt-out mogelijkheid niet wordt opengesteld bij acties met een algemeen belang is een logische uitkomst en volgt ook uit eerdere rechtspraak.<sup>10</sup> Uit deze rechtspraak volgt dat de opt-out door rechters regelmatig buiten werking wordt gesteld, omdat de WAMCA niet is toegesneden op ideële acties. Het is immers niet mogelijk dat individuen zich onttrekken aan een uitspraak over ideële vorderingen die een algemeen belang dienen. Dit is bij uitstek het geval indien de fundamentele vraag beantwoord moet worden of sprake is van een uitzendovereenkomst tussen Temper en alle werkers die via Temper hebben gewerkt of van een arbeidsovereenkomst tussen de opdrachtgevers van Temper en alle werkers die via Temper hebben gewerkt. Bij een dergelijke dwingendrechtelijke vraag kan bij uitstek geen sprake zijn dat sommige mensen wel en anderen niet gebonden zijn aan de uitspraak.<sup>11</sup> Als de verklaring voor recht wordt toegewezen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst is dat bindend voor alle werkenden in Nederland. De gevorderde verklaringen voor recht dat Temper-werkers een arbeidsovereenkomst hebben met Temper (primaire vordering sub I) of met de opdrachtgevers (primaire vordering sub II) gelden voor alle werkenden in Nederland, dus ook voor de individuele Temper-werkers. Ongeacht of die Temper-werkers gebruik hebben gemaakt van de opt-out mogelijkheid. Dat de rechtbank in gevallen als deze (meer) gebruik moet maken van deze mogelijkheid om af te wijken van de opt-out blijkt ook uit een recent onderzoek van de VU.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Zie bijv. rechtbank Den Haag 8 maart, ECLI:NL:RBDHA:2023:2657; rechtbank Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3499; rechtbank Den Haag 6 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14320; rechtbank Den Haag 15 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17145; rechtbank Oost-Brabant 3 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:5; rechtbank Den Haag 17 januari 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:355; rechtbank Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4255; rechtbank Midden-Nederland 17 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4106. Zie ook: Kamerstukken II 2023/24, 36 169, nr. 40, p. 9.

<sup>11</sup> Zie voetnoot 10.

<sup>12</sup> S. Özkul en D.M.A. Bij de Vaate, 'De praktijk van de collectieve handhaving', Vrije Universiteit Amsterdam januari 2025, blz. 43.

**Artikel 3 Wet AVV**

8. Naast het gegeven dat in deze zaak sprake is van een algemeen belang actie naast de groepsactie die is ingesteld, gaat de rechtbank er ook ten onrechte aan voorbij dat FNV en CNV op grond van artikel 3 lid 2 Wet AVV een zelfstandig recht hebben om nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao van een werkgever te vorderen. Het is daarbij geen vereiste dat werknemers het eens zijn met de vorderingen. Sterker nog: als werknemer is het niet mogelijk je aan deze nabetaling te onttrekken. Werknemersorganisaties hebben immers een eigen belang bij naleving van de cao door de werkgever. Gelet op artikel 3 lid 2 Wet AVV is het voor individuele werknemers sowieso niet mogelijk om zich te onttrekken en/of te opt-outen van nabetaling van salaris voortvloeiend uit algemeen verbindend verklaarde cao's.<sup>13</sup> In casu hebben wij het vooral over de algemeen verbindend verklaarde Cao voor Uitzendkrachten. Zie in dit kader ook grief 4 waar FNV en CNV betogen dat het gelet op artikel 3 lid 2 Wet AVV sowieso onbegrijpelijk is dat de rechtbank de bonden in een deel van hun vorderingen niet-ontvankelijk hebben verklaard. De Hoge Raad bevestigt in zijn arrest van 21 februari 2025 dat de vakbonden op grond van artikel 3 Wet AVV (ook) nakoming kunnen vorderen van een AVV Cao.<sup>14</sup>

**Misbruik opt-out regeling**

9. Door het toch openstellen van de opt-out door de rechtbank is Temper de mogelijkheid geboden deze regeling te ge- en misbruiken om de procedure op grond van artikel 1018f lid 1 Rv (deels) stop te zetten. Het gevolg hiervan is dat alle Temper-werkers, ook de velen die geen gebruik gemaakt hebben van de opt-out, hiervan de dupe zijn en gedwongen worden nabetaling af te dwingen in tienduizenden individuele procedure. Aan het ten onrechte laten eindigen van een deel van de procedure zal in grief 3 aandacht worden besteed.
10. Daarbij komt dat de rechtbank met het toch openstellen van de opt-out optie bij een dwingendrechtelijke vraag (1) die tevens gebaseerd is op een algemeen belang actie (2) en het eigen vorderingsrecht van de bonden op basis van artikel 15 e.v. Wet Cao en artikel 3 Wet AVV (3) de deur heeft opengezet om Temper, als werkgever, op oneigenlijke wijze druk te laten uitvoeren op haar werknemers om hen te bewegen gebruik te maken van de opt-out mogelijkheid en zodoende afstand te doen van hun recht op nabetaling van achterstallig salaris. Dit druist in tegen de ongelijkheidscompensatie die het arbeidsrecht kenmerkt en de belangrijkste doelstelling van het arbeidsrecht is. Onder druk van Temper en/of uit angst om de relatie met Temper te schaden en zo de mogelijkheden om werkzaamheden uit te (mogen) blijven voeren via Temper, zijn werknemers ertoe aangemoedigd afstand te doen van een nabetaling van achterstallig salaris. Het is juist die afhankelijke positie waarin de (Temper-)werkers zich bevinden, die maakt dat de opt-out mogelijkheid door de rechtbank niet opengesteld had mogen worden. FNV en CNV verwijzen in dit kader ten overvloede naar de brief die zij hierover schreven aan de Minister van Rechtsbescherming op 28 februari 2024 (**productie 2**).

*“Een ander probleem waar FNV en CNV sinds de WAMCA tegenaan lopen, betreft de opt-out. Zo'n 'opt-out' houdt in dat individuele personen wier belangen een collectieve*

<sup>13</sup> Hoge Raad 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532, NJ 1998/403 (CNV/Penwalt); Hoge Raad 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, NJ 2019/148 (FNV/Inretail); Hoge Raad 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, NJ 2022/115 (Nepluvi).

<sup>14</sup> Hoge Raad 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319 (Uber).

*actie beoogt te behartigen, de mogelijkheid krijgen om zich te onttrekken aan de binding van het vonnis. In het oude recht was er een mogelijkheid tot opt-out ná de uitspraak. De opt-out was toen bovendien nog voorzien van een "uitzonderingsclausule". Men kon kiezen voor opt-out, "tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten". De huidige regeling kent niet langer zo'n uitzondering voor de aard van de vordering. De toenmalige opt-out regeling leverde voor vakbonden geen problemen op. Werknemers maakten daar praktisch geen gebruik van, want zij hebben er juist belang bij dat er voor hun rechten wordt opgekomen. De in 2020 ingevoerde opt-out in het begin van een procedure lokt misbruik van procesrecht uit en raakt aan fundamentele vakbondsrechten (artikel 11 EVRM en artikel 3 van ILO-verdrag nr. 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht). Het maakt het mogelijk dat werknemers door hun werkgever onder valse voorwendselen via een "lastercampagne" worden benaderd en zo onder druk gezet worden om te kiezen voor opt-out nog voordat er überhaupt een rechterlijke uitspraak ligt, waaraan men rechten zou kunnen onttrekken. Het arbeidsrecht is er onder meer ter bescherming van werknemers (de zo geheten ongelijkheidscompensatie). De verhouding van de opt-out tot het arbeidsrecht is zeer problematisch. Dit klemmt temeer als er sprake is van dwingend recht. Zo betreft de kwalificatievraag of er wel of niet sprake is van een arbeidsovereenkomst dwingend recht. Het staat niet ter keuze van individuen of organisaties of er wel of niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. Als dat anders zou zijn, heeft dat niet alleen arbeidsrechtelijke consequenties maar ook grote consequenties voor de houdbaarheid van het sociale stelsel. In het schriftelijk verslag wordt door uw ministerie gesteld dat het collectief actierecht een instrument is om te komen tot handhaving van in wetten en verdragen aan personen toegekende materiële rechten, maar dat het instrument zelf geen materieelrechtelijke aanspraken schept. FNV en CNV constateren echter dat de huidige opt-out regeling materiële rechten aantast, omdat zij in strijd komt met dwingendrechtelijk arbeidsrecht. Voorts lopen vakbonden sinds 2020 het risico dat er door werkgevers wordt ingezet op veel opt-outs en de regeling wordt misbruikt voor het stopzetten van de procedure ex 1018f lid 1 Rv (dat kan ook nog in hoger beroep). Op die manier kan de hele procedure voor alle werknemers komen te vervallen."*

### **Grief 3 - De opt out-regeling en artikel 1018f lid 1 Rv**

11. Enkel voor zover uw hof grief 2 niet laat slagen, en derhalve tot het oordeel komt dat artikel 1018f Rv ook in onderhavige procedure van toepassing is, brengen FNV en CNV als derde grief het volgende naar voren. Ten onrechte heeft de rechtbank in haar (tussen)vonnis van 11 oktober 2023 gebruik gemaakt van de bevoegdheid uit hoofde van artikel 1018f lid 1 Rv de procedure (deels) niet voort te zetten, namelijk ten aanzien van de vorderingen die strekken ter bescherming van de belangen van de Temperwerkers. Dit betreffen de primair ingestelde vorderingen sub II, III en VI, de subsidiair ingestelde vorderingen II en III en de uiterst subsidiaire vorderingen sub I en II. Die laatste (uiterst subsidiaire) vorderingen zullen komen te vervallen waarvoor wordt verwezen naar randnummer 126. Reden voor de beslissing van de rechtbank is dat een te groot aantal mensen gebruik zou hebben gemaakt heeft van de opt-out mogelijkheid.
12. Artikel 1018f lid 1 Rv bepaalt dat de rechter kan beslissen dat een procedure niet wordt voortgezet indien het aantal personen dat gebruik heeft gemaakt van de opt-out



mogelijkheid te groot is. Zoals de rechtbank in haar vonnis van 11 oktober 2023 terecht weergeeft is in de parlementaire geschiedenis geen nadere uitwerking gegeven van deze bepaling of het begrip 'te groot'. Ook is geen rechtspraak bekend over dit onderwerp, nu het bestreden vonnis van 11 oktober 2023 de eerste uitspraak betreft waarin een collectieve actie tussentijds is beëindigd vanwege een 'te groot' aantal opt-out verklaringen. De rechtbank overweegt in haar vonnis (r.o. 2.8) dat het gaat om een bevoegdheid van de rechter om aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval te bepalen of aanleiding bestaat om van die bevoegdheid gebruik te maken. Onbegrijpelijk is dat de rechtbank in de concrete omstandigheden van deze kwestie aanleiding heeft gezien van de bevoegdheid gebruik te maken een deel van de procedure niet langer voort te zetten. Die concrete omstandigheden geven aanleiding juist geen gebruik te maken van de bevoegdheid ex artikel 1018f lid 1 Rv. De rechtbank miskent dat sowieso geen (althans: veel minder) waarde gehecht kan worden aan het aantal opt-out verklaringen door de wijze waarop de communicatie tijdens de opt-out periode door Temper is gevoerd. Ook miskent de rechtbank daarbij het belang van het (grote) aantal personen dat ondanks deze desinformatie juist niet heeft gekozen voor een opt-out. Bovendien betreft de rechtbank bij haar beoordeling ten onrechte niet de ratio achter de opt-out regeling. Tot slot verbindt de rechtbank een onjuiste conclusie aan het laten vervallen van vorderingen door het stoppen van de groepsactie, daar waar die vorderingen ook zijn gebaseerd op de algemeen belang actie en artikel 15 e.v. Wet Cao en 3 Wet AVV, hetgeen nader uitgewerkt wordt in grief 4.

#### **Beoordeling aantal opt-out verklaringen**

13. In de rolbeslissing van 31 mei 2023 heeft de rechtbank de resultaten van de opt-out en opt-in fase kenbaar gemaakt. De rechtbank heeft te kennen gegeven dat in totaal 20.398 opt-out verklaringen en 117 opt-in verklaringen zijn afgelegd. De rechtbank heeft daarbij opgemerkt dat: *"(..) deze resultaten niet geschoond zijn van dubbele verklaringen, afkomstig van hetzelfde e-mailadres en/of waarbij dezelfde naam is opgegeven. Vaak gaat het daarbij om meerdere (meer dan twee) verklaringen, soms zelfs om tientallen verklaringen. Uit de brief van mr. Jovovic blijkt in dit verband dat Temper zelf uitgaat van ruim 3.000 dubbelingen op 11.726 unieke opt-out verklaringen. De 101 verklaringen die de rechtbank na 1 mei 2023 heeft ontvangen zijn niet meegenomen, evenals andersoortige berichten waarvan direct duidelijk was dat deze niet zagen op een opt-in of opt-out verklaring"*. De rechtbank heeft partijen vervolgens in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de opt-out en opt-in fase, de beoordeling als bedoeld in artikel 1018f lid 1 Rv en de voortgang van de procedure.
14. In hun aktes zoals ingediend op 18 januari en 23 juli 2023, welke eerste akte door de rechtbank overigens is geweigerd, hebben FNV en CNV een uitgebreide uiteenzetting gegeven over de misleidende wijze waarop Temper mensen heeft bewogen gebruik te maken van de opt-out mogelijkheid. Uit deze aktes volgt dat Temper, na(ast) het door de rechtbank in haar tussenvonnis van 21 december 2022 voorgeschreven neutrale bericht, maar liefst 11 suggestieve mails heeft gestuurd, twee 'influencers' heeft ingeschakeld om misleidende informatie te verspreiden en direct telefonisch contact heeft gezocht met alle Temper-werkers met het doel zo veel mogelijk mensen aan te sporen via een simpele druk op de knop gebruik te maken van de opt-out mogelijkheid. FNV en CNV hebben geconcludeerd dat gelet op de door Temper gekozen onheuse werkwijze geen waarde gehecht kan worden aan (het aantal van) de opt-out

verklaringen die op basis van deze niet-neutrale, eenzijdige, suggestieve en zelfs misleidende informatie zijn uitgebracht.

15. Het is onbegrijpelijk dat de rechtbank het in r.o. 2.4 van het tussenvonnis d.d. 11 oktober 2023 niet relevant acht dat Temper op ongekende schaal misleidende informatie heeft verstrekt die diametraal afweek van de door de rechtbank voorgeschreven neutrale informatie, om zo mensen - oneigenlijk - te bewegen gebruik te maken van hun opt-out recht. De rechtbank overweegt in dit kader in r.o. 2.4 slechts het volgende: *“De instructie van de rechtbank was gericht op neutrale informatievoorziening die in opdracht van de rechtbank verstuurd moest worden (wat ook in de aankondiging zelf was opgenomen). De instructie hield geen restricties in voor partijen om daarnaast eigen informatie te verspreiden. Dat stond hen dan ook vrij”*. Met deze overweging geeft de rechtbank een vrijbrief aan Temper, en overigens alle partijen die in de toekomst in een collectieve procedure als gedaagde partij zullen worden betrokken, op alle mogelijke, ook oneigenlijke, manieren personen te bewegen gebruik te maken van de opt-out mogelijkheid. Hiermee zijn de risico's die FNV en CNV zien bij het openstellen van de opt-out mogelijkheid in procedures zoals de onderhavige (zie ook grief 2) onmiskenbaar werkelijkheid geworden. Het feit dat de rechtbank in afwijking van de wettelijke regeling heeft voorgeschreven dat niet FNV en CNV, als exclusieve belangenbehartigers, het door de rechtbank opgestelde neutrale bericht moesten verspreiden, maar dat dit door Temper mocht geschieden, maakt de beïnvloeding (nog) erger. Voor de Temper-werkers is het op deze manier onduidelijk geweest dat het eerste uit naam en e-mailadres van Temper verzonden bericht neutraal was en dat alle daaropvolgende e-mails, uit hetzelfde e-mailadres verzonden, dat bij uitstek niet waren. Het eerste mailbericht vanuit (alleen) Temper betrof daarnaast ook niet, zoals ook te doen gebruikelijk, een brief die door de mensen als een 'zwaarder'/formeler medium wordt ervaren. Deze eerste mail is 'vermalen' tussen de vele mails die hierop volgden.
16. De rechtbank is naast het toestaan dat Temper de communicatie zelf ging verzorgen, dit mocht geschieden per mail en dat daarop hele andere mails mochten volgen ook gezwichd voor het argument van Temper dat de drempel om een opt-out verklaring af te leggen (extreem) moet worden verlaagd door een simpele druk op een knop voldoende te achten. Dit terwijl diezelfde rechtbank in gerechtelijke procedures wel vasthoudt aan schriftelijke communicatie. Hierdoor wordt aan de opt-out mogelijk een stuk minder gewicht toegekend dan dat gezien de ratio van de opt-out gerechtvaardigd is. Overigens wordt ook buiten gerechtelijke procedures blijvend waarde gehecht aan schriftelijke correspondentie zoals bijvoorbeeld bij het versturen van de stempas, hetgeen tot de dag van vandaag schriftelijk gebeurt. Door niet de exclusieve belangenbehartigers maar gedaagde partij niet alleen de 'lead' te gunnen, maar zelfs toe te staan een eigen administratie te laten bijhouden van 'dubbelingen' en oneigenlijke opt-outs zonder enige mogelijkheid dit zelf te verifiëren op juistheid, is elke controle door de exclusieve belangenbehartigers alsook de rechtbank zelf illusoir geworden. Zonder enige controle noch mogelijkheid daartoe heeft de rechtbank in haar tussenvonnis van 11 oktober 2023 de stelling van Temper zoals naar voren gebracht in haar akte gevolgd dat er (via een knop) op haar website 12.976 'unieke' opt-out verklaringen zijn uitgebracht. Of die 'unieke' verklaringen ook van Temperaars afkomstig waren was ook geen onderdeel van de controle. De rechtbank gaat zelfs verder en gebruikt deze stelling van Temper om een extrapolatie toe te passen op het totaal aantal door de rechtbank ontvangen opt-out verklaringen van 20.938, waardoor

de rechtbank het - zonder enige controle - 'waarschijnlijk' vindt dat sprake is van 15.298 unieke opt-out verklaringen (zie r.o. 2.15).

17. Ook in deze zaak had de rechtbank de exclusieve belangenbehartigers FNV en CNV de communicatie moeten laten verzorgen zulks op de door haar voorgeschreven wijze. Ook had de rechtbank in deze zaak zelf de controle moeten doen van de authentieke opt-out verklaringen. Ook had de rechtbank in deze zaak niet moeten toestaan dat mensen konden op-ouden door simpelweg te drukken op een knop in een door de werkgever gestuurde mail met van de door de rechtbank voorgeschreven neutrale tekst afwijkende 'informatie'. In casu is het toestaan hiervan door de rechtbank des te kwalijker gelet op de ongelijkheidscompensatie die het arbeidsrecht kenmerkt en tot doel heeft werknemers die zich in een afhankelijke positie van hun werkgevers bevinden juist voor dergelijke, door werkgever uitgevoerde, druk te beschermen.
18. Dat misleiden lijkt de rechtbank geen beletsel te vinden om die gedesinformeerde personen hun kans op belangenvertegenwoordiging in een collectieve actie te ontnemen. Door het op basis daarvan stopzetten van de collectieve actie, worden ook alle personen die geen gebruik hebben gemaakt van de opt-out mogelijkheid, en nog erger: de personen die gebruik hebben gemaakt van de opt-in mogelijkheid, de mogelijkheid ontnomen om hun belangen in een collectieve actie te laten vertegenwoordigen. Door die intensieve campagne zou je niet alleen minder waarde moeten hechten aan het aantal opt-outers, maar ook meer waarde aan het veel grotere aantal mensen dat dit niet deed ondanks de intensieve campagne die door Temper is gevoerd. Waarom de 117 mensen die ondanks al die feitelijke onjuistheden zoals door Temper gedebiteerd voor een opt-in hebben gekozen een collectieve procedure wordt onthouden is een raadsel en in strijd met de hele ratio van deze regeling.
19. Diezelfde rechtbank Amsterdam heeft in haar uitspraak van 29 januari 2024<sup>15</sup> juist voorgeschreven dat het gedaagde partij Vattenfall niet was toegestaan gedurende de opt-out periode contact te hebben met de personen behorend tot de nauw omschreven groep *"De rechtbank merkt nog op dat het Vattenfall niet is toegestaan om tijdens de opt-out periode over (het onderwerp van) deze procedure contact te hebben met de personen die tot de nauw omschreven groep behoren"*. De communicatie gedurende de opt-out periode diende te verlopen via een neutrale informatievoorziening die in opdracht van de rechtbank in een dagblad werd geplaatst. Voor aanvullende informatie over de collectieve procedure werd in het door de rechtbank voorgeschreven neutrale bericht verwezen naar de website van de exclusieve belangenbehartiger in kwestie, Stichting Nuon-Claim.
20. Ook hebben FNV en CNV er in hun akte als hiervoor reeds opgemerkt op gewezen dat Temper in haar e-mails en op haar website een 'knop' heeft gemaakt, waarmee een kant-en-klare opt-out verklaring aan de rechtbank werd verzonden. Het enige dat daarvoor nodig was, was het invullen van een (willekeurige) naam en het aanvinken van een vakje waarmee (in kleine letters) werd verklaard: *"Ik bevestig dat ik tenminste 1 shift via Temper heb gewerkt voor 21 december 2022. Ik stem in om mijn opt-out te delen met de Rechtbank Amsterdam en Temper"*. In hun akte hebben FNV en CNV er op gewezen dat Temper met deze handelwijze heeft bewerkstelligd dat letterlijk iedereen met één druk op de knop een opt-out verklaring heeft kunnen afleggen.

<sup>15</sup> Rechtbank Amsterdam 29 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:412.

Hierdoor is sprake van dubbele en zelfs tienvoudige verklaringen van hetzelfde e-mailadres en/of dezelfde naam én – nog belangrijker – hebben ook mensen die niet behoren tot de nauw omschreven groep gebruik kunnen maken van de opt-out mogelijkheid. Zo hebben - in ieder geval - Demi op den Velde en Dorien Zwart van De Koning Vergouwen Advocaten bij wijze van experiment op deze wijze een opt-out verklaring afgelegd (zie randnummer 7 en productie 42 van de akte van FNV en CNV d.d. 12 juli 2023). Beiden hebben nog nooit een dienst gewerkt via Temper, zodat deze opt-out verklaring nooit meegerekend had mogen worden. Er werd zelfs niet gecheckt of je een bestaand persoon was. De resultaten van de opt-out fase zijn hierdoor zwaar vervuild. Hieraan voorbij gaan bij het wel of niet erkennen van een opt-out is één. Van deze verklaringen gebruik maken om de hele collectieve actie voor 100.000 mensen (zie hierover punt 23) stop te zetten is nog iets heel anders en vele bruggen te ver.

21. Door de rechtbank wordt in r.o. 2.12 t/m 2.17 van het tussenvonnis d.d. 11 oktober 2023 het voorgaande miskend. In plaats daarvan wordt door de rechtbank aangesloten bij de betwiste stelling van Temper dat zij de 17.305 opt-out verklaringen die via een knop op haar website zijn uitgebracht zou hebben geschoond van dubbelingen, waarna zij tot 12.976 unieke verklaringen komt, circa 75% van het (ook) niet te controleren totaal. Let wel: deze verklaringen zijn, ook naar eigen zeggen door Temper, enkel geschoond van dubbelingen. Er is dus niet getoetst of ook (niet bestaande) personen gebruik hebben gemaakt van de opt-out mogelijkheid via de druk op de knop terwijl zij niet behoren tot de nauw omschreven groep. Kort en goed: als 'Jan' (die al dan niet ooit voor Temper gewerkt heeft) 100 keer de knop indrukt waarbij hij steeds een andere fictieve naam gebruikt, telt dat als 100 'unieke verklaringen'. De rechtbank gaat hieraan voorbij en trekt uit de verklaring van Temper de onnavolgbare conclusie dat *“Op basis van die toelichting is waarschijnlijk dat het aantal unieke opt-out verklaringen circa een kwart lager ligt dan het totale aantal opt-out verklaringen”*. De rechtbank concludeert hieruit dat van het totaal aantal bij de rechtbank ontvangen opt-out verklaringen van 20.398 circa 15.928 'unieke verklaringen' (75% daarvan) zijn ten opzichte van het totaal van 61.292 Temper-werkers. Dat dit aantal in werkelijkheid hoogstwaarschijnlijk veel lager ligt omdat niet is getoetst of de personen behoren tot de nauw omschreven groep acht de rechtbank niet relevant. Het is onbegrijpelijk dat de rechtbank hieraan geen overweging wijdt, maar op basis van dit door de rechtbank zelf berekende percentage en aantal dat ook nog eens veel hoger ligt dan hetgeen Temper beweert (!) vervolgens wel besluit de collectieve actie te stoppen. Indien je als rechtbank ervoor kiest om de opt-out niet zoals te doen gebruikelijk per brief te laten geschieden (1) én je ervoor kiest de originele brief te laten versturen per mail door gedaagde (Temper) (2) én je kiest ervoor dat toegestaan wordt dat gedaagde (Temper) de 'opt out' daarna beheer(s)t (3) en er tot slot voor kiest misleiding toe te staan (4), mag een kritischer opstelling verwacht worden alvorens de uitzondering van artikel 1018f lid 1 Rv toe te passen.
22. Zo schreef de rechtbank Amsterdam in haar eerder aangehaalde uitspraak van 29 januari 2024<sup>16</sup>, dat gelet op dit probleem personen die gebruik wensten te maken van de opt-out mogelijkheid bewijs dienden mee te sturen (in de vorm van een factuur) dat zij behoorden tot de nauw omschreven groep.

<sup>16</sup> Rechtbank Amsterdam 29 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:412.

23. Een volgend in dit kader opmerkelijk gegeven is dat Temper in haar rapport “missie rapport 2023” (**productie 3**) (hele) andere cijfers heeft opgegeven van de voor haar werkenden dan de cijfers die zij aan de rechter heeft verstrekt. Zo stelt Temper in dat rapport dat 170.000 werknemers in 10 landen voor haar werkzaam zijn, waaronder 100.000 “geregistreerde professionals”. Deze zouden zorgdragen voor meer dan 3.000 shifts per dag bij 10.000 geregistreerde bedrijven. De 15.928 mensen die vermeend ge-opt-out hebben vormen dus een veel lager percentage dan het percentage waarvan de rechtbank uitging. Let wel: de cijfers uit dit rapport hebben betrekking op de periode direct volgend op de opt-out periode, daar waar de internationale activiteiten toen nog moesten worden opgestart. Ergo: deze aantallen worden ‘internationaal’ gepresenteerd, maar hebben naar het zich laat aanzien alleen betrekking op Nederland. Hierdoor is duidelijk dat ook het (alleen door Temper) genoemde aantal van 61.292 niet juist is. Ook het door Temper genoemde totaal aantal Temper-werkers wordt dus uitdrukkelijk betwist.

**Ratio artikel 1018f lid 1 Rv**

24. De rechtbank lijkt ook veel waarde te hechten aan de stelling dat FNV en CNV niet (althans onvoldoende) aangevoerd zouden hebben dat de collectieve actie wordt gesteund door een relevant aantal personen *“FNV en CNV hebben niet uiteengezet dat er ondanks het relevante aantal personen dat heeft aangegeven hun (FNV en CNV) actie niet te steunen daarnaast ook een relevant aantal is dat de actie wel steunt”* (r.o. 2.16). Dit is een opmerkelijke overweging, nu dit vermeende gebrek aan steun in de ontvankelijkheidsfase in het kader van de eis van representativiteit reeds uitgebreid aan de orde is gekomen. In dat kader heeft de rechtbank in haar tussenvonnis van 13 juli 2022 geoordeeld dat FNV en CNV de ontvankelijkheidstoets van artikel 1018c lid 5 BW doorstaan. Ook oordeelde de rechtbank in het tussenvonnis d.d. 13 juli 2022 onder r.o. 4.36 dat het voeren van een collectieve actie ‘effectiever en efficiënter’ is.
25. Bij de opt-in en opt-out regeling heeft de wetgever het scheppen van duidelijkheid over welke personen gebonden zijn aan het oordeel van de rechter en finaliteit voor gedaagden tot doel gehad.<sup>17</sup> De gewijzigde WAMCA neemt tot uitgangspunt dat één collectieve procedure gevoerd wordt waarbij de uitkomst van de procedure alle personen bindt voor wie de belangenbehartiger opkomt. Deze vergaande binding vereist dat een mogelijkheid bestaat om aan te geven dat zij niet gebonden willen worden aan de uitspraak. Een te groot aantal opt-out verklaringen doet af aan de gewenste duidelijkheid en finaliteit, aldus de wetgever. In dat geval zouden veel personen in een individuele procedure hun schade (kunnen) proberen te verhalen om zo een beter resultaat te verkrijgen en zou de aangesproken partij geconfronteerd worden met én een collectieve procedure én meerdere individuele procedures. Met het oog op de voor de gedaagde partij gewenste duidelijkheid kan het in dergelijke gevallen onwenselijk zijn om de collectieve procedure voort te zetten, reden waarom de rechtbank in dergelijke gevallen ervoor kan kiezen de voortzetting van de procedure niet langer rechtvaardig te achten.
26. In casu stelt Temper dat de personen die een opt-out verklaring hebben afgelegd juist geen (enkele) procedure wensen. Door Temper is dus geen beroep gedaan op artikel 1018f lid 1 Rv omdat zij vreest geconfronteerd te zullen worden met vele individuele

<sup>17</sup> Kamerstukken // 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 9.

procedures. In casu hebben (in ieder geval) 45.994 personen<sup>18</sup> (en waarschijnlijk wel heel veel meer, zie hierover randnummer 23) geen gebruik gemaakt van de opt-out mogelijkheid zodat deze personen wel gebonden wilden worden aan de uitspraak. En, redelijk uniek, 117 personen hebben gebruik gemaakt van de opt-in mogelijkheid. Alleen deze 117 personen al, rechtvaardigen een collectieve (actie) procedure. Ook deze personen moeten nu 117 individuele procedures aanhangig maken met alle bezwaren die daaraan kleven. Dat geldt mutatis mutandis voor de 84.702 anderen.<sup>19</sup> Dat is nu precies niet wat de wetgever voor ogen had bij de invoering van de WAMCA.

27. Daarbij is ervoor gekozen een opt-out systeem te hanteren, zodat mensen gebonden zijn aan de uitspraak tenzij zij aangeven dat niet te willen. Er is dus expliciet niet gekozen voor een opt-in systeem waarbij mensen moeten aangeven dat zij juist wél gebonden willen worden. De wetgever heeft ervoor gekozen dat enkel voor personen die geen woonplaats of verblijf in Nederland hebben een opt-inregime geldt in plaats van een opt-outregime. De rechtbank lijkt dit te miskennen, nu zij als voorwaarde stelt dat FNV en CNV hadden moeten aantonen dat een 'relevant aantal' de actie wel steunt. De rechtbank acht het kennelijk onvoldoende dat de 84.702 personen<sup>20</sup> die geen gebruik hebben gemaakt van de opt-out mogelijkheid dus wel gebonden willen worden aan de uitspraak. In plaats daarvan lijkt de rechtbank de aanvullende voorwaarde te stellen dat FNV en CNV hadden moeten aantonen dat een groot deel van de nauw omschreven groep door middel van een opt-in verklaring hadden aangegeven dat zij wel gebonden willen worden aan de uitkomst van de collectieve procedure. Een voorwaarde die niet uit de wet volgt en een systeem dat de wetgever juist niet voor ogen had. Er viel voor alle Nederlandse Temper-werkers niet te 'opt-innen'. Nogmaals: de rechtsvraag in deze procedure betreft een dwingendrechtelijke kwalificatievraag, waar de wil van betrokken partijen volgens de Hoge Raad er nu juist niet toe doet. Door het dwingendrechtelijke karakter van deze rechtsvraag is het sowieso niet mogelijk je als individuele werknemer van de uitkomst van deze procedure te opt-outen, zie in dit kader ook grief 2. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 21 februari 2025<sup>21</sup> dat de opt-out mogelijkheid bij een collectieve procedure een procedurele waarborg geeft die de artikel 3 Wet AVV optie niet heeft: *“Aldus heeft de wetgever een regeling getroffen die het mogelijk maakt dat belanghebbenden niet tegen hun zin gebonden raken door een uitspraak in een procedure waarin zij zelf geen partij waren.”* In casu is er sprake van een zodanige eenduidigheid van de relatie tussen Temper-werkers en Temper dat de uitkomst van een artikel 3 Wet AVV, een collectieve actie dan wel een algemeen belang actie dezelfde zou moeten zijn, net als in Deliveroo: iedereen heeft een arbeidsovereenkomst. Indien de vorderingen echter specifiek op de collectieve actie (met de opt-out mogelijkheid) worden gebaseerd is het onbegrijpelijk dat deze (extra) 'procedurele waarborg' er weer wordt 'uit gesloopt'. Dit geldt te meer omdat de rechter ook oordelen kan geven voor bepaalde (groepen) werkenden door dat tot uitdrukking te brengen in het dictum (vgl. de conclusie van A-G De Bock inzake Uber onder 14.5<sup>22</sup>).

<sup>18</sup> Het aantal door Temper gestelde Temper-werkers behorend tot de nauw omschreven groep van 61.292 minus de 15.298 door de rechtbank gecorrigeerde opt-out verklaringen.

<sup>19</sup> Het veel aannemelijkere aantal van 100.000 personen behorend tot de nauw omschreven groep zoals volgt uit het rapport overgelegd als productie 3, minus de 15.298 door de rechtbank gecorrigeerde opt-outs.

<sup>20</sup> Zie noot 17.

<sup>21</sup> Hoge Raad 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319 (*Uber*).

<sup>22</sup> Concl. A-G De Bock 30 september 2024, ECLI:NL:PHR:2024:996.

### **Conclusie**

28. Indien uw hof voorbijgaat aan de door FNV en CNV opgeworpen tweede grief geldt - in ieder geval - dat de rechtbank geen gebruik had mogen maken van haar bevoegdheid om op grond van artikel 1018f lid 1 Rv een deel van de procedure, namelijk dat deel waarbij de belangen van individuele Temper-werkers beschermd worden, te beëindigen. Het kan niet zo zijn dat de keuze van een (onbekend) aantal (door Temper misleide) mensen om geen aanspraak te willen maken op een arbeidsovereenkomst met alles wat daarbij hoort ((na)betaling cao-loon, doorbetaling bij ziekte, ontslagbescherming, pensioen etcetera) betekent dat tienduizend anderen daarop geen aanspraak kunnen maken in een procedure die daarvoor bij uitstek bedoeld is en gedwongen worden dat via tienduizenden individuele procedures te doen. Dat betekent dat alle vorderingen waarin FNV en CNV bij tussenvonnis van 11 oktober 2023 niet ontvankelijk zijn verklaard in hoger beroep alsnog getoetst moeten worden. Met uitzondering van de uiterst subsidiaire vorderingen, zie hierna in randnummer 126.

### **Grief 4 – Vorderingen ex artikel 3 lid 2 Wet AVV**

29. De rechtbank gaat in haar vonnis ten onrechte eraan voorbij dat FNV en CNV, naast artikel 3:305a BW, ook artikel 3 lid 2 Wet AVV ten grondslag hebben gelegd aan hun vorderingen. De rechtbank heeft gebruik gemaakt van haar bevoegdheid ex artikel 1018f lid 1 Rv om de procedure, voor zover deze strekt tot vorderingen ter bescherming van de belangen Temper-werkers, te beëindigen. Hierbij gaat de rechtbank er echter ten onrechte aan voorbij dat FNV en CNV aan de(zelfde) vorderingen, dus ook (en juist) die vorderingen die strekken tot bescherming van de belangen van de Temper-werkers, ook artikel 3 lid 2 Wet AVV ten grondslag hebben gelegd. De rechtbank miskent dat FNV en CNV op basis van dit artikel een zelfstandig recht hebben om nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao van een werkgever te vorderen. Eventueel afgelegde opt-out verklaringen doen aan dit zelfstandige nakomingsrecht van FNV en CNV niet af, nu zij een eigen belang hebben bij nakoming van algemeen verbindend verklaarde cao's. De rechtbank had de vorderingen dan ook niet buiten toepassing mogen stellen, maar had die op grond van artikel 3 lid 2 Wet AVV moeten behandelen.
30. Zoals door de Hoge Raad geoordeeld in het CNV/Penwalt<sup>23</sup>, FNV/Inretail<sup>24</sup> en Nepluvi-arrest<sup>25</sup> hebben cao-partijen een eigen belang bij nakoming van een avv-cao door een werkgever. *"Voor het kunnen instellen van zo'n vordering door een werknemersorganisatie is niet vereist dat er werknemers zijn die zich hebben verzet of die bezwaar hebben gemaakt tegen de handelwijze van hun werkgever. Als contractspartij heeft de werknemersorganisatie immers een eigen belang bij en recht op nakoming."* Uit het Nepluvi-arrest<sup>26</sup> van de Hoge Raad volgt dat het in het kader van een nakomingsvordering op grond van artikel 3 lid 2 Wet AVV ook mogelijk is om een kwalificatieoordeel te geven. Dit is door de Hoge Raad bevestigd in het Uber-arrest.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Hoge Raad 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532, NJ 1998/403 (CNV/Penwalt).

<sup>24</sup> Hoge Raad 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, NJ 2019/148 (FNV/Inretail).

<sup>25</sup> Hoge Raad 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, NJ 2022/115 (Nepluvi).

<sup>26</sup> Zie voetnoot 21.

<sup>27</sup> Hoge Raad 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319 (Uber).

31. FNV en CNV verwijzen in dit kader ten overvloede naar de conclusie van R.H. de Bock naar aanleiding van de prejudiciële vragen die door het hof Amsterdam zijn gesteld aan de Hoge Raad in de Uber-procedure.<sup>28</sup> Voor zover relevant in dit kader heeft het hof de Hoge Raad gevraagd of op basis van artikel 3 lid 2 Wet AVV “een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van een groep werkers, allen werkzaam bij dezelfde werkgever” kan plaatsvinden of dat dit slechts kan geschieden in het kader van een procedure als bedoeld in artikel 3:305a BW. FNV en CNV citeren de uiteenzetting van A-G De Bock in haar conclusie van 30 september 2024 over dit zelfstandige nakomingsrecht van de bonden.

*“13.26 Hiermee miskennen Uber en de Chauffeurs het eigen recht tot het vorderen van nakoming dat een vakbond kan ontlenen aan art. 3 Wet AVV. Zoals gezegd biedt art. 3 lid 2 Wet AVV grondslag voor een zelfstandig recht aan werknemersorganisaties (en werkgeversorganisaties) om nakoming door een (avv-)cao door een werkgever te vorderen. Dat het hier om een zelfstandig recht gaat van een werknemersorganisatie is door de Hoge Raad bevestigd in de arresten CNV/Pennwalt, FNV/Inretail en Nepluvi. Dergelijke vorderingen worden niet ingesteld namens werknemers. Het is dus ook géén vereiste dat werknemers het eens zijn met de vorderingen; de vakbond heeft een eigen belang bij het instellen daarvan zodra zij leden heeft die partij zijn bij een arbeidsovereenkomst waarop de avv-cao van toepassing is.*

*13.27 Kort gezegd: bij de beoordeling van de op art. 3 lid 2 Wet AVV gebaseerde vorderingen van FNV doet niet ter zake wat de individuele chauffeurs daarvan vinden. 13.28 In de woorden van A-G Hartlief in zijn conclusie voor het Nepluvi-arrest (voetnoten weggelaten):*

*“4.44 Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gelden (afgezien van dispensatie) als dwingend recht voor alle werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen (randnummer 4.8 hiervoor). Iedere afspraak in strijd met algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen is nietig op grond van art. 3 lid 1 Wet AVV. Dit betekent dat werkgevers en werknemers de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen moeten naleven, óók in het geval zij dat niet zouden willen. Dat is nu juist het idee van de avv: met het oog op het hogere belang wordt de contractvrijheid van werkgevers en werknemers terzijde geschoven (wederom randnummer 4.8 hiervoor).*

*4.45 Indien werknemers met een simpel ‘ik wil niet’ zouden kunnen bewerkstelligen dat hun werkgevers algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet jegens hen hoeven na te komen, zouden de cao-bepalingen niet meer ‘algemeen verbindend’ zijn. Je zou je zelfs kunnen afvragen wat in dat geval overblijft van de bevoegdheid van werknemersverenigingen om uit eigen hoofde nakoming te vorderen van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen (aangenomen dat die bevoegdheid bestaat, randnummer 4.42 hiervoor). Niet uit te sluiten is immers dat een mogelijk zelfs groot deel van de werknemers (bijvoorbeeld onder druk van de werkgever of uit angst de relatie met hun werkgever op het spel te zetten) zullen aangeven geen aanspraak te willen maken op naleving van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling. Een dergelijke louter van de wil van de*

<sup>28</sup> Concl. A-G De Bock 30 september 2024, ECLI:NL:PHR:2024:996.



*werknemer afhankelijke 'uitweg' zet de effectiviteit van het systeem van algemeenverbindendverklaring van cao's onder druk."*

*13.29 De gedachte dat bij de uitoefening van het vorderingsrecht door een vakbond op grond van art. 3 lid 2 Wet AVV 'procedurele waarborgen' zouden worden 'omzeild', is dan ook niet juist. Integendeel. Art. 3 lid 2 Wet AVV stelt de vakbonden (en werkgeversorganisaties) in staat om de effectiviteit van de algemeen verbindend verklaring te waarborgen, juist mede doordat het er niet toe doet of betrokkenen nakoming wensen (vgl. onder 13.11 e.v.). Zou de wens van betrokkenen er wél toe doen, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat het systeem wordt uitgehold, doordat – zoals ook Hartlief opmerkt – werknemers onder druk van de werkgever of uit angst de arbeidsrelatie te schaden, zullen aangeven geen aanspraak te willen maken op naleving van de avv-cao."*

32. In zijn arrest van 21 februari 2025 bevestigt de Hoge Raad de bevoegdheid van bonden op basis van artikel 3 Wet AVV. De rechter moet beoordelen of er voor een algemeen oordeel te veel verschil bestaat tussen (groepen van) werkenden. Daarvan is bij Temper evident geen sprake, net zoals dat gold bij Deliveroo. De rechtbank heeft FNV en CNV derhalve ten onrechte niet ontvankelijk verklaard in de vorderingen die strekken tot bescherming van de individuele Temper-werkers, nu FNV en CNV sowieso op basis van artikel 3 lid 2 Wet AVV nakoming kunnen vorderen van algemeen verbindende verklaarde cao's. Daarbij geldt dat FNV en CNV niet alleen nakoming kunnen vorderen van algemeen verbindend verklaarde cao's waarbij zij cao-partij zijn. Ook kunnen FNV en CNV op grond van artikel 3 lid 2 Wet AVV als zij geen cao-partijen zijn de nietigheid van met de algemeen verbindend verklaarde cao strijdige bepalingen inroepen mits zij leden hebben die partij zijn bij een arbeidsovereenkomst die onder de algemeen verbindend verklaarde cao valt.<sup>29</sup> Sterker nog: de rechter moet dit zelfs ongevraagd ambtshalve toepassen. Ten overvloede: zelfs als voorbij wordt gegaan aan de tweede en derde grief en de bonden alleen ontvankelijk zouden zijn verklaard ten aanzien van de algemeen belang actie, dan nog volgt uit de herkwalificatie die alsdan volgt uit de primaire vordering sub I of de subsidiaire vordering sub I, een plicht tot nabetaling voor Temper respectievelijk haar opdrachtgevers. Door die herkwalificatie maken de werknemers van Temper (of haar opdrachtgevers) immers aanspraak op nabetalingen die voortvloeien uit alsdan toepasselijke, al dan niet algemeen verbindend verklaarde, cao's. Elk beding dat in strijd komt met die cao's is nietig zulks uit hoofde van artikel 12, 13 en 15 Wet Cao en artikel 3 Wet AVV. Door dit te miskennen verliest de algemeen belang actie als het ware haar 'tanden', waardoor het vorderingsrecht van de vakbonden illusoir wordt. Het kan toch niet zo zijn dat de vakbonden én niet via artikel 3:305a BW nabetaling kunnen vorderen én niet via de Wet AVV? Ook bij een toewijzend vonnis waarin een verklaring voor recht wordt gegeven dat sprake is van een uitzendovereenkomst met Temper dan wel een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, moeten de individuele werknemers immers alsnog (tienduizenden) individuele procedures aanhangig maken. Dat is nu juist niet de bedoeling van het eigen vorderingsrecht dat de vakbonden hebben.

<sup>29</sup> W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht. Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 181; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2023, p. 158.

### **Grief 5 – Vorderingen ‘over het verleden’ ten onrechte niet betrokken**

33. De rechtbank heeft ten onrechte de vordering over het verleden niet beoordeeld. De rechtbank overweegt in r.o. 5.3 en 5.4 van het eindvonnis van 10 juli 2024 dat zij zich bij haar beoordeling of sprake is van een (uitzend)arbeidsovereenkomst tussen Temper en de Temper-werkers beperkt tot de vraag of daarvan op dit moment sprake is, omdat de vorderingen over het verleden te onbepaald zouden zijn. Hierdoor heeft de rechtbank onder andere het rapport van de Nederlandse Arbeidsinspectie (hierna: ‘NAI’) van 25 januari 2021 ten onrechte niet betrokken (productie 25 zoals overgelegd bij akte d.d. 10 februari 2021). In dit rapport, dat ziet op een onderzoek dat is uitgevoerd in en over de periode augustus 2018 tot en met januari 2019, heeft de NAI op basis van een uitgebreid en zorgvuldig onderzoek geconcludeerd dat sprake is van een uitzendrelatie tussen Temper en de Temper-werkers.
34. De rechtbank stelt in r.o. 5.3 van haar eindvonnis dat Temper haar werkwijze, en daarmee ook de rechten en verplichtingen van de werkers en opdrachtgevers zo nu en dan heeft aangepast. In diezelfde r.o. 5.3 wordt de bonden verweten dat zij onvoldoende zouden hebben gespecificeerd op welke periode hun vordering betrekking heeft en op welk moment bepaalde wijzigingen in de werkwijze van Temper zijn doorgevoerd. De rechtbank overweegt: *“Dat betekent dat de rechtbank zal uitgaan van de huidige werkwijze zoals die door partijen naar voren is gebracht en ter zitting is besproken. Elementen van de werkwijze van Temper die inmiddels zijn gewijzigd spelen bij deze beoordeling dus geen rol”* en *“Het voorgaande betekent dat de rechtbank het rapport van de Arbeidsinspectie van 25 januari 2021 niet als uitgangspunt zal nemen, aangezien dat ziet op de periode augustus 2018 tot en met januari 2019”*. Ondanks de aankondiging van de rechtbank in r.o. 5.4 dat zij wel relevante passages of conclusies zal betrekken: *“Voor zover van belang zal in dit vonnis wel op de relevante passages of conclusies van dit rapport worden ingegaan”*, doet de rechtbank dit (in het geheel) niet.
35. Dat zijn onbegrijpelijke overwegingen, omdat door de bonden duidelijk is gemaakt dat de vordering zich uitstrekt vanaf het begin van de werkzaamheden van Temper tot en met de dag van vandaag. Dit betekent dat op alle momenten in tijd de (toenmalige) werkwijze moet worden beoordeeld. Door FNV en CNV in de dagvaarding uit 2020 is duidelijk gemaakt wat de werkwijze van Temper toen was, waar ook de wijzigingen zijn geschetst vanaf 2016 tot het uitbrengen van de dagvaarding. Zo hebben FNV en CNV in paragraaf 3.1 (pagina 50 e.v.) van de dagvaarding aangegeven dat sinds de start van de werkzaamheden op 1 januari 2016 al een groot aantal aanpassingen zijn doorgevoerd, waaronder het afschaffen van de cadeaubon/bonus ter waarde van € 50, het organiseren van personeelsfeesten en borrels, het aanbieden van barista cursussen en wijntrainingen alsmede het inhouden van de € 1 gebruikerskosten tot 1 april 2019. Dat het Temper is die deze wijzigingen voortdurend eenzijdig doorvoert wijst bovendien bij uitstek op bij Temper aanwezig (werkgevers)gezag.<sup>30</sup> Ook dat rechtvaardigt dat de (mineure) wijzigingen die Temper door de jaren heeft doorgevoerd geen gevolgen moet hebben voor vorderingen uit het verleden.
36. Vervolgens hebben FNV en CNV bij akte van 10 februari 2021 het rapport van de NAI ingebracht waar de werkwijze van Temper tot 2019 is beoordeeld en gekwalificeerd als

<sup>30</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo*), r.o. 3.9.6.

een uitzendrelatie. De eerst volgende mogelijkheid voor de bonden om te reageren op al dan niet relevante wijzigingen zoals genoemd in processtukken van Temper nadien was het pleidooi van een half uur op de mondelinge behandeling van 15 maart 2024.

37. Nog belangrijker dan de foutieve overweging van de rechtbank dat met elke aanpassing de kwalificatievraag ook naar het verleden toe zou kunnen worden aangepast, is het gegeven dat de na 2019 doorgevoerde aanpassingen ook niet of nauwelijks relevant zijn. Als **productie 4** wordt een overzicht overgelegd van de wijzigingen in de werkwijze van Temper vanaf 1 januari 2016 tot de dagvaarding in oktober 2020, de wijzigingen zoals besproken in de conclusies van Temper die zagen op de niet-ontvankelijkheid van 10 maart 2021 en de wijzigingen nadien zoals gecommuniceerd bij conclusie van antwoord op 3 januari 2024. Uit dit overzicht blijkt evident dat er niks relevants is veranderd. Op alle momenten in tijd werd door Temper gezag uitgeoefend, op alle momenten in tijd werkten de werkers onder leiding en toezicht van de opdrachtgevers, op alle momenten in tijd oefende Temper op alle relevante aspecten controle uit etcetera.
38. Naast het voor de kwalificatie niet relevante feit dat de gebruikerskosten van € 3 ondertussen € 3,90 zijn geworden, was Temper vanaf 2021 niet meer gerechtigd om het profiel van een Temper-werker aan te passen en heeft zij vanaf die datum ook een aansprakelijkheidsverzekering geregeld voor Temper-werkers (hetgeen blijkens jurisprudentie als extra aanwijzing voor het aannemen van gezag wordt gezien). Ook stelt Temper dat zij vanaf 2021 de vereisten die Temper-werkers moeten hebben, niet meer checkt en deze vereisten direct door de opdrachtgever worden toegevoegd. Tot slot stelt Temper dat zij een Temper-werker vanaf 2021 niet meer volledig kan blokkeren, maar “alleen” bij de betreffende opdrachtgever. Dat laatste is natuurlijk nog steeds een vergaande bemoeienis van Temper die wijst op (formeel) gezag, waarover in grief 4 meer. Bovendien vermeldt de website tot de dag van vandaag dat een Temper-werker bij een no show volledig geblokkeerd wordt totdat de boete van € 100,- betaald is (zie de printscreen van de website van Temper waaruit dit volgt in productie 1). En voor de duidelijkheid: mocht Temper dat in 2025 (om deze reden) gaan veranderen betekent dat niet dat met (9 jaar) terugwerkende kracht arbeidsovereenkomsten opeens weer opdrachtovereenkomsten worden of dat bestaande arbeidsovereenkomsten nu (wel) een opdrachtovereenkomst wordt.
39. Het is onbegrijpelijk waarom het rapport van de NAI uit 2021, waarbij deze en daarnaast de 99% andere - niet veranderde - elementen door de Nederlandse Arbeidsinspectie grondig bestudeerd en beoordeeld zijn, niet in het oordeel van de rechtbank wordt betrokken. De NAI is bij uitstek (wettelijk) gekwalificeerd om onderzoek te doen naar de feitelijke gang van zaken en heeft ook toegang tot de relevante informatie om een oordeel te geven over de arbeidsrelaties tussen Temper en de werkers. Ook om die reden had de rechtbank het rapport niet zomaar terzijde mogen schuiven.
40. Dit is nog onbegrijpelijker gezien het rapport van de NAI in de zaak YoungOnes dat vlak voor de zitting op 15 maart 2024 is uitgebracht, waar door de bonden in hun pleidooi is verwezen. Dit rapport, althans de kwalificatietoets daarin dat ook YoungOnes kwalificeert als uitzendbureau, was en is publiek bekend, inclusief het gegeven dat YoungOnes een (99,9%) gelijke werkwijze als Temper heeft. Bijgaand wordt dit rapport van de NAI d.d. 15 maart 2024 als **productie 5** overgelegd. De

werkwijze van Young Ones is gelijk aan die van Temper. Ook Young Ones maakt gebruik van een online platform waarop de werkers een account dienen aan te maken. Ook door Young Ones wordt eenzijdig een opdrachtovereenkomst aangeboden waarvan standaard gebruik wordt gemaakt. Ook via Young Ones wordt de ervaring en (no-show)rating van de werkers op het platform voor de opdrachtgevers weergegeven en gelden annuleringstermijnen die zijn opgelegd door Young Ones. Ook bij Young Ones wordt € 3,90 in rekening gebracht per opdracht. Ook bij Young Ones dient de werker de gewerkte uren via de app van Young Ones in te vullen, waarna ook bij Young Ones gebruik wordt gemaakt van factoring, etcetera: copy paste (!).

41. Sowieso is het onbegrijpelijk dat de rechtbank de werkwijze zoals deze was in 2016 (de start), 2020 (de dagvaarding), 2021 (rapport van de NAI) etcetera niet meer relevant zou vinden. Als Temper in 2016 tot en met 2023 kwalificeerde als uitzendbureau en de Temper-werkers als uitzendkrachten dan hadden de vorderingen over die periode in ieder geval wél toegewezen moeten worden. Alsook zou alsdan toegelicht moeten worden hoe de arbeidsovereenkomsten door de minimale wijzigingen in 2024 opeens 'stilzwijgend' en in strijd met vaste jurisprudentie zoals ABN Amro/Malhi<sup>31</sup> getransformeerd zouden zijn tot opdrachtovereenkomsten. Let wel: in 2016 hadden we nog Temper-werkers die 'Temperaars van de maand' waren, werden er personeelsfeesten georganiseerd en barista-cursussen en wijntrainingen gegeven door Temper (zie 3.2 van de dagvaarding). Toen was er evident sprake van een arbeidsovereenkomst. Die moet dus ergens in tijd stilzwijgend zijn getransformeerd (?!). Het is onbegrijpelijk welke mineure wijziging(en) nadien deze arbeidsovereenkomst hebben getransformeerd. De rechtbank neemt niet de moeite zulks te motiveren.
42. Zie ook de concl. Van A-G De Bock in Helpling<sup>32</sup>: *"Tegengegaan moet worden dat de economisch machtigere partij werkgeversverplichtingen kan ontlopen, louter door tactisch te contracteren. Dit fenomeen manifesteert zich onder meer in het kader van platformarbeid, waarbij platforms door middel van de vormgeving van de contractuele verhoudingen, steeds naar manieren zoeken om buiten de dwingende kaders van art. 7:610 BW te blijven"*.
43. Of zoals Bennaars in haar noot bij het vonnis zich terecht afvraagt: *"Hoewel het op de weg van de vakbonden had gelegen de vorderingen op dit punt te specificeren, werpt het ook de vraag op of het voortdurend aanpassen van een bedrijfsmodel om buiten de toepasselijkheid van het arbeidsrecht te blijven slim ondernemerschap is, of het ontwijken van dwingendrechtelijke regels"*.<sup>33</sup> De bonden menen dat laatste. De rechtbank geeft Temper en andere (platform)bedrijven met haar vonnis vrij spel om dat te (blijven) doen. Kennelijk loont het om een bedrijfsmodel keer op keer eenzijdig (!) aan te passen op basis van nieuwe jurisprudentie en/of wetgeving en zo de dwingendrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht te (blijven) ontduiken, zulks in deze zaak zelfs met terugwerkende kracht. Het steeds aanpassen van de contracten duidt bij uitstek op het werkgeversgezag dat zo typerend is voor een arbeidsovereenkomst in plaats van een opdrachtovereenkomst.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Hoge Raad 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2022:AD8186, NJ 2003/124.

<sup>32</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (*Helpling*), randnummer 11.3.

<sup>33</sup> Rechtbank Amsterdam 10 juli 2024, JAR 2024/2024, met noot mr. dr. J.H. Bennaars.

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (*Uber*), r.o. 5.5.5.

## **Grief 6a - Onjuiste kwalificatietoets en aanwezigheid formeel gezag**

### **Onjuiste kwalificatietoets**

44. Wat de rechtbank in haar vonnis van 10 juli 2024 anders doet dan alle rechters tot op heden, is dat zij niet (eerst) overgaat tot de kwalificatietoets zoals voorgeschreven door de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest.<sup>35</sup> Algemeen wordt aangenomen dat éérs moet zijn voldaan aan de elementen voor een arbeidsovereenkomst en dat dán beoordeeld moet worden of sprake is van een uitzendovereenkomst.<sup>36</sup> De (gerechtvaardigde) verwachting was dat de rechtbank eerst ging toetsen of de werkzaamheden die (bij de opdrachtgevers) door de Temper-werkers worden verricht, wel of niet kwalificeren als werkzaamheden die door echte zelfstandigen (kunnen) worden verricht. Daarvoor zijn immers de criteria van de Hoge Raad ontwikkeld. Zoals A-G De Bock constateert in haar conclusie in de Helpling-zaak dient hierbij wel te worden bedacht dat de elementen arbeid, loon en gezag zich in het kader van een driehoeksverhouding op andere wijze zullen manifesteren dan in een reguliere tweepartijenverhouding “*Bij de beantwoording van de vraag of aan de vereisten van art. 7:610 BW is voldaan zullen de daartoe vereiste elementen binnen de driehoeksverhouding moeten worden gevonden*”, aldus A-G De Bock.<sup>37</sup> De rechtbank probeert de Deliveroo-criteria te ‘plakken’ op de driehoeksverhouding en kiest daarbij selectief een aantal gezichtspunten uit het Deliveroo-arrest die zij relevant acht bij - alleen - het kwalificeren van een uitzendovereenkomst en meer precies de invulling van het ‘formele gezag’ dat daar wordt verondersteld. Wat niet gedaan wordt is de volledige driehoeksrelatie tussen Temper, de Temper-werkers en de opdrachtgevers toetsen. De relatie tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers wordt in het geheel niet getoetst. Veel van de Deliveroo-criteria zijn juist aanwezig in de relatie tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers, terwijl die beoordeling niet plaatsvindt.
45. In r.o. 5.12 van het eindvonnis neemt de rechtbank allereerst - ten onrechte - tot uitgangspunt dat materieel gezag dat wordt uitgeoefend in het kader van een uitzendovereenkomst door de opdrachtgever (‘inlener’) hetzelfde is als de aanwijzingsbevoegdheid die een opdrachtgever in het kader van een overeenkomst van opdracht heeft. De rechtbank overweegt: “*Tussen partijen is niet in geschil dat het de opdrachtgevers zijn, en niet Temper, die instructies geven aan de werkers en toezicht houden op het werk. Aldus is niet in geschil dat het materieel gezag over de werkzaamheden bij de opdrachtgevers ligt. Dat is gebruikelijk in een uitzendrelatie, maar ook in een opdrachtrelatie*” (onderstreping door MV en DV). De rechtbank lijkt hier tot uitgangspunt te nemen dat een opdrachtgever bij een overeenkomst van opdracht exact hetzelfde (materiële) gezag uitoefent als een inlener dat doet bij een uitzendrelatie. Dat is onjuist. De crux is nu juist dat tussen een opdrachtgever en de werker in een opdrachtrelatie geen gezagsverhouding bestaat. Dus - bij uitstek - ook geen materiële gezagsverhouding. Een opdrachtgever kan volgens artikel 7:402 BW enkel aanwijzingen geven omtrent de uitvoering van de opdracht. Dat is iets anders dan het veel verdergaande materiële gezag dat wordt uitgeoefend door een inlener in een uitzendrelatie of door een werkgever bij een (gewone) arbeidsovereenkomst.

<sup>35</sup> Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, NJ 2024/35 (Deliveroo).

<sup>36</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (Helpling) randnummers 8.13 t/m 8.15 waarin wordt verwezen naar HR 9 oktober 2025, ECLI:NL:HR:2015:3019 (Logidex); M. Tanja, *Flexibele arbeidsrelaties* 5.2; A-G De Bock 23 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:846, randnummer 5.3-5.4; CRvB 1 september 2005, JIN 2005/370.

<sup>37</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (Helpling), randnummer 8.14-8.15.

46. Artikel 7:690 BW bepaalt dat voor de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst sprake moet zijn van een situatie waarin de werknemer (de uitzendkracht) arbeid verricht onder leiding en toezicht van de derde. In het Care4Care-arrest<sup>38</sup> uit 2016 heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat voor de beoordeling van dit criterium dezelfde maatstaven gelden als voor de beantwoording van de vraag of sprake is van gezag in de zin van artikel 7:610 BW. Het (materiële) gezag dat een inlener uitoefent is dus vergelijkbaar met het gezag dat een werkgever uitoefent.
47. Ook de rechtbank concludeert dat de Temper-werkers werken onder leiding en toezicht van een derde, namelijk de opdrachtgevers. Door deze overweging had de rechtbank tot de automatische conclusie moeten komen dat – in elk geval – sprake is van een arbeidsovereenkomst. Werknemerschap sluit ondernemerschap immers uit. De (enige) vervolgvraag die de rechtbank dan had moeten beantwoorden is of dan een arbeidsovereenkomst moest worden aangenomen tussen de Temper-werker en (het uitzendbureau dat) Temper (is) dan wel een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werker en de opdrachtgever die dan werkgever is. Dit heeft de rechtbank nagelaten en in plaats daarvan is zij direct gaan toetsen of sprake is van een uitzendovereenkomst waarbij zij tot de conclusie is gekomen dat die niet aanwezig zou zijn omdat in de relatie formeel gezag zou ontbreken. FNV en CNV kunnen zich niet met dit oordeel verenigen. Zelfs al zou dit oordeel dat geen sprake is van een uitzendovereenkomst gevolgd moeten worden, geldt dat de rechtbank in dat geval tot het oordeel had moeten komen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers (de subsidiair ingestelde vordering). De rechtbank heeft deze beoordeling niet uitgevoerd omdat zij van oordeel is dat deze dwingendrechtelijke vraag alleen getoetst zou kunnen worden in een procedure waar 1 van de 10.000 of alle (?) opdrachtgevers betrokken waren. Dat is ten onrechte, waarover meer in grief 7.

### **Formeel gezag**

48. In r.o. 5.12 tot en met 5.17 toetst de rechtbank of sprake is van formeel werkgeversgezag door Temper. Zoals hiervoor reeds uiteengezet concludeert de rechtbank in r.o. 5.12 dat het materiële gezag wordt uitgevoerd door de opdrachtgevers. Dit had volgens FNV en CNV tot de conclusie moeten leiden dat dús sprake is van een arbeidsovereenkomst, waarbij enkel de vraag resteert met wie de Temper-werkers een arbeidsovereenkomst hebben: met Temper of met de opdrachtgevers. Of Temper als (uitzend)werkgever moet worden aangemerkt, wordt bepaald door de vraag of ook sprake is van formeel gezag door Temper, waarover later meer. Indien dat afwezig zou zijn leidt dat tot de conclusie dat alsdan sprake is van arbeidsbemiddeling door Temper, waarover meer bij de verandering van eis. Alsdan heeft Temper immers bemiddeld bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst bij de opdrachtgever/werkgever. De rechtbank toetst alleen het formele gezag en concludeert dat dit formele werkgeversgezag van Temper zou ontbreken. Zij betreft daarbij – geheel willekeurig zo lijkt het - de gezichtspunten (ii) (wijze waarop de werkzaamheden en de werktijd worden bepaald) en (v) (de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen) uit het Deliveroo-arrest, welke gezichtspunten zijn geschreven met het oog op de invulling van het materiële gezag bij de werkgever en/of de inlener. In het onderstaande lichten FNV en CNV toe waarom de toets van deze gezichtspunten tot een andere beoordeling had

<sup>38</sup> Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370.

moeten leiden en waarom de toets van de rechtbank of formeel gezag aanwezig is onvolledig is en evident afwijkt van de jurisprudentie op dit punt. Daarbij zullen FNV en CNV toelichten dat de rechtbank de eenzijdige door Temper opgelegde betaalwijze wel had moeten betrekken bij haar beoordeling of sprake is van formeel gezag en dat zij bij die beoordeling ook gezichtspunt (iii) (inbedding van de werker en de werkzaamheden) had moeten betrekken. Voordat zij daartoe overgaan lichten zij (kort) toe wat dit formele werkgeversgezag van een uitzendbureau behelst.

#### *Juridisch kader formeel gezag uitzendbureau*

49. Voor wat betreft het element gezag kan onderscheid worden gemaakt tussen materieel gezag en formeel gezag (zie ook randnummer 2.14 van de dagvaarding). Onder materieel gezag wordt verstaan of de werkverschaffer bevoegd is om de werker instructies te geven en 'leiding en toezicht' over de uitvoering c.q. de inhoud van de werkzaamheden uit te oefenen. Formeel gezag ziet op het kunnen geven van instructies ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming ('organisatorische instructies').<sup>39</sup> Omdat bij een uitzendrelatie wordt gewerkt 'onder leiding en toezicht' van de opdrachtgever, wordt aangenomen dat de uitzendonderneming het materiële gezag ('werkinhoudelijke instructies') overdraagt aan de opdrachtgever. Zulks staat niet in de weg aan het feit dat er een gezagsverhouding bestaat tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht, en daarmee een uitzendovereenkomst tussen hen aanwezig is. Voor andere verplichtingen die kunnen voortvloeien uit een uitzendovereenkomst blijft het werkgeversgezag bij de uitzendwerkgever liggen. Daarbij is wederom van belang te bedenken dat het element gezag zich in het kader van een driehoeksverhouding, zoals bij Temper het geval is, op andere wijze manifesteert dan in een reguliere tweepartijenverhouding.<sup>40</sup> Klassieke voorbeelden hiervan zijn: algemene gedragsregels als ziek- en betermeldingen, urenregistratie, vakantie- en verlofaanvragen, loonsverhoging, contractverlenging en ontslag. De moderne (formele) gezagsverhouding bestaat daarin dat de werker deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever en toepassing van de door de organisatie uitgevaardigde regels en de daar geldende gebruiken en gewoonten aanvaardt. Dit wordt ook wel de 'organisatorische inbedding' van het werk genoemd.

#### *(ii) Wijze waarop de werkzaamheden en werktijden worden bepaald (r.o. 5.13)*

50. In r.o. 5.13 concludeert de rechtbank (heel) kort dat de werkzaamheden en de werktijden geheel worden bepaald door de opdrachtgevers. Het materiële gezag ligt bij de opdrachtgevers, aldus de rechtbank. Dit gezichtspunt zou daarom geen aanknopingspunten bieden voor formeel werkgeversgezag van Temper.
51. Dat de inhoud van de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald door de opdrachtgevers is juist. Dat is niet anders dan in elke uitzendrelatie, waarbij het uiteraard alleen de opdrachtgever (inlener) is die de werktijden bepaalt en die ook de wijze waarop de werkzaamheden moeten worden verricht bepaalt. Werkzaamheden in het kader van een uitzendovereenkomst worden immers verricht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever. En dus niet onder leiding en toezicht van het uitzendbureau. Dit gezichtspunt, dat door de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest met name is opgenomen voor een (gewone) arbeidsovereenkomst biedt derhalve geen

<sup>39</sup> S. Said, De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie diss Tilburg 2022, Deventer *Kluwer* 2022 (Monografieën Sociaal Recht nr. 79), 4.2.3 Gezag; HR 17 juni 1994, *JAR* 1994/152 (*Imam*).

<sup>40</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (*Helping*) randnummers 8.14-8.15.

inzicht in het formele gezag van een uitzendbureau. De wijze waarop de werkzaamheden worden ingevuld en waarop de werktijden worden bepaald betreffen immers een invulling van materieel gezag en niet van formeel gezag. Dat het materiële gezag bij de opdrachtgevers ligt, heeft de rechtbank reeds in r.o. 5.12 geconcludeerd. Dat sluit de aanwezigheid van een uitzendrelatie echter bij uitstek niet uit, zulks integendeel. Het betreft juist een wezenskenmerk van de uitzendrelatie.

52. Wat de rechtbank vervolgens niet doet is de elementen waaruit die formele gezagsverhouding van Temper heel duidelijk wél volgt, betrekken bij haar beoordeling. Dat de Temper-werkers onder de feitelijke leiding en toezicht van de opdrachtgevers werken laat immers onverlet dat Temper ook (formeel) werkgeversgezag uitoefent op de werkers. In haar conclusie in de Helpling-zaak<sup>41</sup> heeft A-G De Bock uiteengezet op welke manieren een platform gezag, of zoals zij het noemt: bepaalmacht, kan uitoefenen. Let wel: de 'bepaalmacht' die hier omschreven wordt betreft het materiële gezag en niet eens het (minder vergaande) formele gezag.

*“11.5 Voor de bepaalmacht van het platform is dan te denken aan de vraag wie zeggenschap heeft over de toelating van een werker tot het platform, wie zeggenschap heeft over wie diensten van het platform kan afnemen, wie de contractuele voorwaarden opstelt voor het werken via en het gebruik van de diensten van het platform, wie de hoogte van de vergoeding voor het platformwerk bepaalt, of er onderhandelingsruimte bestaat over de contractuele voorwaarden en de vergoeding, wie het moment en de wijze van uitbetaling van de vergoeding aan de werker bepaalt, wie bepaalt wat er gebeurt bij ziekte of vakantie van de werker, wie in die gevallen (en andere gevallen van afwezigheid van de werker) voor vervanging zorgt, wie de touwtjes in handen heeft als het gaat over de beoordeling van de werker en eventuele klachtenafhandeling. Verder kan relevant zijn in hoeverre het de gebruikers van het platform (zowel de werker als de afnemer) toegestaan is om buiten het platform om met elkaar in contact te komen en arbeid te (doen) verrichten.*

(...)

*11.8 Bovendien moet worden bedacht dat digitale platformen ook toezicht houden op de kwaliteit van het werk door het geven van ratings, die mede bepalend zijn voor het opnieuw worden ingezet van een werker. Ook andere vormen van algoritmische aansturing zijn denkbaar. Ook dit relateert het belang van het geven van instructies voor platformarbeid.*

*11.9 Het komt er dus op neer dat de bepaalmacht van een platform zich niet zozeer manifesteert in het geven van instructies, leiding of toezicht aan de werker. De bepaalmacht bij platformwerk moet vooral worden gevonden in de coördinerende rol die platforms op zich nemen. Zie over die coördinerende rol Kloostera in zijn recente dissertatie over de positie van de platformwerker:*

*“Een eerste gemene deler is de centrale positie die platformen innemen bij de specifieke dienstverlening. Platformondernemingen coördineren doorgaans (de toegang tot) een markt, zowel voor platformwerkers als voor de afnemers van hun diensten. Zij bepalen wie, onder welke voorwaarden, toegang tot een platform krijgt en*

<sup>41</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (Helpling).



*behoudt, alsmede wat op het platform gebeurt. Deze coördinatie heeft voor platformondernemingen een belangrijke (economische) functie: zo houden zij een hand in het kunnen (blijven) verzorgen van al het werk waarnaar gevraagd wordt. Dit laatste is een aanjager van een aanzienlijke en duurzame invloed over de betreffende markt, en eventueel andere in de toekomst aan te boren markten. Hun eigen juridische positie rondom de arbeidsverhoudingen proberen platformen echter geregeld zo veel mogelijk te minimaliseren. Zij betogen ‘slechts’ een digitaal prikbord voor werk te zijn. Dit betoog haalt het vaker niet dan wel in de rechtspraak.”*

*11.10 Het komt er dus op neer dat bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie bij platformwerk er oog dient te zijn voor de economische realiteit, waarbij het er vooral om gaat in kaart te brengen wat de rol van het platform is in de verhouding tot de werker. Als het platform een sterk coördinerende rol heeft, en daarmee op essentiële punten bepaalmacht heeft, kan dit leiden tot het oordeel dat sprake is van een gezagsverhouding in de zin van art. 7:610 BW.”*

53. FNV en CNV hebben in hun dagvaarding onder punt 4.52 t/m 4.56 reeds uitvoerig aandacht besteed aan de wijze waarop het formele gezag van Temper tot uiting komt. Uit de niet-limitatieve opsomming die FNV en CNV gegeven hebben blijkt duidelijk dat Temper op alle relevante aspecten van de uitzenddienst vergaande controle uitoefent. Uit het overzicht van de mineure wijzigingen in de werkwijze van Temper (zie productie 4) volgt dat Temper deze controle anno 2025 nog steeds uitoefent. Omdat het vonnis van de rechtbank grotendeels op het vermeend ontbreken van (formeel) gezag is gebaseerd en de rechtbank in haar oordeel geen enkele overweging uit de dagvaarding heeft betrokken, achten FNV en CNV het van belang nogmaals uiteen te zetten waaruit dit formele werkgeversgezag van Temper blijkt.
54. Zo hebben FNV en CNV er in punt 4.54 van de dagvaarding op gewezen dat een werker een profiel dient aan te maken via Temper om in aanmerking te komen voor een klus. Dit profiel, waaronder de opgegeven werkervaring, moest initieel door Temper worden goedgekeurd.<sup>42</sup> Hiermee heeft Temper dus zeggenschap over de toelating van een werker tot het platform. Als de rechtbank wel kennis had willen nemen van zoiets gezaghebbend als een rapport van de NAI (een gezaghebbender instantie die spreekt over de dwingendrechtelijke kwalificatievraag bestaat er, naast de rechtspraak, niet) had zij bijvoorbeeld op het punt van formeel gezag kunnen lezen dat in 2019 Temper eisen stelde aan de Temper-werkers omtrent de benodigde werkervaring met allerlei voorbeelden. Ook anno 2025 legt Temper nog steeds de verplichting op een profiel aan te maken, waarbij Temper bepaalt welke elementen de werker op dit ‘C.V.’ dient te zetten. Bijgaand worden als **productie 6** twee printscreens overgelegd van de elementen die daar volgens Temper op gezet moeten worden, waarbij Temper waarschuwt: “*Pas als je profiel 100% compleet is, wordt je account geactiveerd*”. Dit is een eis die (zelfs) verder gaat dan de eisen die andere uitzendbureaus aan hun werknemers stellen. Ook moesten en moeten de Temper-werkers een BTW nummer aanvragen en/of zich inschrijven bij de Kamer van Koophandel.<sup>43</sup> Dat moeten zij van Temper, niet van zichzelf. Temper bepaalt daarbij na hoeveel klussen de Temper-werker zich moet inschrijven bij de Kamer van

<sup>42</sup> Zie randnummers 3.3 – 3.6 van de dagvaarding.

<sup>43</sup> Zie randnummer 3.7 – 3.9 van de dagvaarding.

Koophandel en blokkeert de toegang tot het platform totdat de Temper-werker daartoe is overgegaan.

55. Ook legt Temper via het platform dwingend minimum én maximum uurtarieven op.<sup>44</sup> Dit gebeurt tot op heden (zie bijgaand de als **productie 7** overgelegde printscreen). Tot 1 april 2019 hield Temper bovendien € 1,- per gewerkt uur in bij de werkers.<sup>45</sup> Verder hebben FNV en CNV gewezen op tot op heden ongewijzigde annuleringstermijnen<sup>46</sup>, de tot op heden bestaande boete van € 100 en al dan niet blokkering van het profiel voor alle opdrachten binnen Temper dan wel (sinds 2021) bij een specifieke opdrachtgever. Die annuleringsboete van € 100 wordt tot op heden ook bij ziekte opgelegd. Een annulering heeft tot op heden ook consequenties voor de rating, welke rating door opdrachtgevers gegeven wordt, net als in alle overige platformzaken. Ook legt Temper op dat door de Temper-werkers jaarlijks maximaal 660 uur mag worden gewerkt bij dezelfde opdrachtgever.<sup>47</sup> Zodra het maximum bereikt is kan de Temper-werker dat jaar niet meer via Temper reageren op een klus bij die opdrachtgever. Dat gaat veel verder dan de verplichtingen die een gemiddeld uitzendbureau oplegt.
56. FNV en CNV hebben daarnaast gewezen op het feit dat Temper zoals andere uitzendbureaus accountmanagers in dienst had en heeft die regelmatig contact houden met de opdrachtgevers of alles volgens wens verloopt. Daarnaast kunnen opdrachtgevers contact met deze accountmanagers opnemen als de diensten niet (goed) vervuld worden. Ook wezen FNV en CNV reeds in de dagvaarding op het feit dat Temper de facturering geheel verzorgt, waarover hierna meer. Tot slot hebben FNV en CNV gewezen op het in juni 2018 afgeschafte verbod voor de Temper-werker en opdrachtgever om na de dienstverlening bij de opdrachtgever als werknemer in dienst te treden hetgeen de Waadi verbiedt en voor Temper de reden was om dat toen aan te passen, welke aanpassing niet nodig was geweest indien Temper niet zelf ook de toepasselijkheid van de Waadi veronderstelde. Kort en goed: hieruit blijkt niet alleen het formeel werkgeversgezag, maar ook precies het “verloop” in niet relevante aanpassingen in de werkwijzen die, zonder uitzondering, door Temper werden en worden gedicteerd waaruit haar vergaande mate van “bepaalmacht” respectievelijk gezag blijkt. Het zij herhaald dat op het moment dat een arbeidsovereenkomst c.q. uitzendovereenkomst wordt aangenomen in 2016, deze arbeidsovereenkomst niet opeens een opdrachtovereenkomst wordt op het moment dat geen euro meer wordt ingehouden (2019) of welke mineure wijziging ook in die jaren nadien of de jaren die nog moeten komen. Als het in 2016 een arbeidsovereenkomst was is dat niet op enig moment in tijd stilzwijgend gewijzigd.
57. Temper hanteert daarnaast een ratingssysteem waarbij opdrachtgevers de Temper-werkers na afloop van een klus beoordelen.<sup>48</sup> De opdrachtgevers hebben daarnaast de mogelijkheid om Temper-werkers in een flexpool te plaatsen.<sup>49</sup> Indien een Temper-werker uit deze flexpool een volgende keer reageert op een klus van de betreffende opdrachtgever, dan wordt deze Temper-werker automatisch geselecteerd voor de klus.

<sup>44</sup> Zie randnummers 3.20-3.21 van de dagvaarding.

<sup>45</sup> Zie randnummer 3.2 en 3.51 van de dagvaarding.

<sup>46</sup> Zie randnummer 3.28-3.31 van de dagvaarding.

<sup>47</sup> Zie randnummer 3.15 van de dagvaarding.

<sup>48</sup> Zie randnummer 3.46-3.47 van de dagvaarding.

<sup>49</sup> Zie randnummer 3.48 van de dagvaarding.

Temper heeft door dit (rating)systeem derhalve invloed op de wijze waarop Temperwerkers geselecteerd worden, waarover later meer.

58. In r.o. 5.33 en 5.34 schetst de rechtbank de in haar ogen bestaande verschillen tussen Helpling (waar een arbeidsovereenkomst werd aangenomen) en Temper daar waar Helpling actiever zou zijn bij de selectie van werknemers dan Temper, door het checken van de verblijfstatus (1) en het vragen van een verklaring omtrent gedrag (2). Ook Temper checkt de ID en verblijfstatus (zie **productie 8**); zij vraagt alleen geen VOG. Die VOG zou volgens deze redenering van de rechtbank dan verklaren waarom Helpling wél een uitzendorganisatie en/of een werkgever is die een arbeidsovereenkomst heeft met een schoonmaker die vervolgens werkzaamheden elders verricht en Temper niet. In r.o. 5.34 schetst de rechtbank dat Temper “slechts” een BTW nummer vraagt. Temper hanteert geen algoritmes en zou niet adviseren. Dat eerste is waar, dat laatste evident niet, waarvoor FNV en CNV korthedshalve verwijzen naar de dagvaarding<sup>50</sup> waarin talloze citaten zijn opgenomen afkomstig van de website van Temper, waar Temper aanwijzingen of adviezen geeft. Het meest sprekende voorbeeld is dat Temper een voorstel doet aan opdrachtgevers voor het te hanteren tarief. Dat voorstel wordt gebaseerd op basis van een vergelijking in de regio en functie. Zij zegt daarover: *'De unieke datainzichten van Temper kunnen je helpen om een concurrerend tarief te bepalen'*. Vervolgens geeft Temper aan of je een tarief hanteert dat concurrerend is. Ook stelt de rechtbank dat Temper geen rol zou spelen bij het al dan niet opleggen van een boete door de opdrachtgever, maar die boete is nota bene de voorgeschreven werkwijze van Temper. De rechtbank moet dan wel erkennen dat Temper een ratingssysteem heeft, maar Temper zou geen invloed hebben op de beoordelingen. Dat klopt: deze beoordelingen worden gegeven door opdrachtgevers. Net als de beoordelingen bij Helpling gegeven worden door de huishoudens, bij Deliveroo door degene bij wie de pizza bezorgd is en bij Uber door degene die met de taxi vervoerd is.

*(v) Wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen (r.o. 5.14 – 5.16)*

59. De rechtbank opent r.o. 5.3 met de opmerking dat Temper haar werkwijze “en daarmee ook de rechten en verplichtingen van de werkers en opdrachtgevers, zo nu en dan heeft aangepast”. De rechtbank heeft deze passage opgenomen om te rechtvaardigen dat zij geen aandacht meer zou hoeven te besteden aan het oordeel van de NAI uit 2021 (en 2024 bij Young Ones die identiek werkt(e) als Temper, zie productie 5). FNV en CNV benadrukken nogmaals dat het feit dat Temper haar werkwijze en daarmee ook de rechten en verplichtingen van de werkers en opdrachtgevers “zo nu en dan aanpast”, bij uitstek het bewijs levert dat (wel) sprake is van (formeel) gezag. FNV en CNV verwijzen naar de overweging van het hof Amsterdam in het Deliveroo-arrest van 16 februari 2021<sup>51</sup>: *“Deliveroo heeft niet alleen herhaaldelijk de contractsvorm op basis waarvan bezorgers hun werkzaamheden verrichten gewijzigd (eerst arbeidsovereenkomst, toen opdrachtovereenkomst, met later de keuze tussen Regular en Unlimited), maar ook de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd (eerst door middel van het SSB-systeem, sinds maart 2020 door middel van het Free Login-systeem). Dat het Deliveroo is die de inhoud van de contracten en de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd steeds eenzijdig wijzigt, duidt er*

<sup>50</sup> Zie bijvoorbeeld randnummer 3.27 van de dagvaarding.

<sup>51</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (Deliveroo).

*ook op dat Deliveroo gezag uitoefent over de bezorgers. In algemene zin is een arbeidsovereenkomst immers vaker een door de werkgever opgesteld adhesiecontract, wat door de werknemer al dan niet geaccepteerd kan worden, terwijl tussen opdrachtgever en opdrachtnemer eerder zal worden onderhandeld over de inhoud van de overeenkomst.”*

60. De rechtbank erkent vervolgens in r.o. 5.14 dat Temper zowel de gebruikersovereenkomsten tussen haar en de opdrachtgever respectievelijk de Temper-werkers eenzijdig opstelt. Ook erkent de rechtbank dat Temper de overeenkomsten die tussen de opdrachtgevers en de Temper-werkers worden afgesloten via het platform aanbiedt en dat deze standaard worden gebruikt. De rechtbank laat echter na hieraan een conclusie te verbinden. In de Uber-uitspraak<sup>52</sup> overwoog het hof dat het feit dat de overeenkomsten eenzijdig door Uber zijn opgesteld en worden gewijzigd wijst op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Van een situatie dat door twee gelijkwaardige partijen wordt onderhandeld over de inhoud van een overeenkomst is dan geen sprake, aldus het hof. De chauffeurs hebben geen enkele invloed gehad bij de totstandkoming van de overeenkomst en waren in die zin afhankelijk van Uber. Dat is exact wat er ook gebeurt bij Temper.
61. Vervolgens gaat de rechtbank over tot een inhoudelijke toets van de door Temper eenzijdig opgestelde opdrachtovereenkomsten. In deze opdrachtovereenkomsten is door Temper onder meer een annuleringsbeleid opgenomen en de mogelijkheid voor opdrachtgevers om een (no show) boete op te leggen. De rechtbank erkent dat Temper hiermee een “zekere regie” houdt op de inhoud van de overeenkomst die tot stand komt tussen de opdrachtgevers en de Temper-werkers, maar relativeert die invloed. Daarbij stelt de rechtbank dat de invulling en de uitvoering van het annulerings- en boetebeleid aan de opdrachtgevers is. Hierdoor heeft Temper zelf geen disciplinerende maatregelen tot haar beschikking, aldus de rechtbank. Dat Temper geen disciplinerende maatregelen tot haar beschikking heeft is onjuist. Op het moment dat een opdrachtgever een no-show meldt bij Temper, dient de Temper-werker de no-show boete van € 100,- te betalen aan Temper, die op haar beurt deze boete betaalt aan de opdrachtgever. Totdat de Temper-werker deze boete betaald heeft, blokkeert Temper de toegang tot het platform voor deze Temper-werker.<sup>53</sup> Het is voor deze Temper-werker dan dus niet mogelijk te reageren op klussen. Dat geldt voor alle klussen op het platform. Dus niet alleen voor de klussen voor de opdrachtgever waar de Temper-werker niet is komen opdagen. Hiermee heeft Temper wel degelijk een disciplinaire maatregel tot haar beschikking en een veel zwaardere dan een individuele opdrachtgever. Temper heeft immers de macht om de Temper-werker de volledige toegang tot het platform te ontfagen, totdat zij de boete aan Temper heeft betaald. Sterker nog: hiermee heeft Temper veel vergaande disciplinaire maatregelen dan een reguliere (uitzend)werkgever heeft. Deze mogelijkheid bestaat tot de dag van vandaag (zie productie 1 voor een recente printscreen van de eigen website van Temper).
62. Door de rechtbank wordt vervolgens in r.o. 5.15 erkend dat Temper twee randvoorwaarden bepaalt voor de totstandkoming van de overeenkomsten tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers. Temper legt namelijk twee beperkingen op: de Temper-werker mag slechts in acht flexpools tegelijk zitten en de Temper-werkers

<sup>52</sup> Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (Uber).

<sup>53</sup> Zie randnummer 3.38-3.39 van de dagvaarding.

kunnen per jaar maximaal 660 uren voor één opdrachtgever werken. Als dit maximum bereikt is blokkeert Temper de toegang voor de Temper-werkers om op klussen te reageren van deze opdrachtgevers.

63. Daarnaast laat Temper op haar platform een no show rate zien en biedt zij opdrachtgevers de mogelijkheid een beoordeling te geven aan de Temper-werkers die ook op het platform wordt weergegeven. Dit heeft dus directe invloed op de kansen van de Temper-werkers om gekozen te worden en dus de kans om inkomsten te genereren via het platform. In het Uber-vonnis<sup>54</sup> heeft de kantonrechter reeds uiteengezet op welke manieren ‘modern werkgeversgezag’ kan worden uitgevoerd. Deze moderne gezagsrelatie wijkt af van het klassieke werkgeversgezag en heeft een meer indirecte en digitale invulling.

26. *“In de hedendaagse, door technologie beheerste tijd heeft het criterium ‘gezag’ een van het klassieke model afwijkende, meer indirect (vaak digitaal) controlerende invulling gekregen. Werknemers zijn zelfstandiger geworden en verrichten hun werk op meer wisselende (zelfgekozen) tijden. Geoordeeld wordt dat in de verhouding tussen Uber en de chauffeurs sprake is van deze “moderne gezagsverhouding”. Ter toelichting geldt het volgende.*

27. *De chauffeurs kunnen zich alleen bij Uber aanmelden middels de Uberapp. De voorwaarden waaronder zij de Uberapp kunnen gaan gebruiken, zijn voor hen niet onderhandelbaar; ze moeten eerst alle voorwaarden volledig accepteren om taxi ritten via de Uberapp te kunnen uitvoeren. Uber bepaalt eenzijdig de voorwaarden waaronder de chauffeurs werken, welke voorwaarden ook eenzijdig door Uber kunnen worden gewijzigd. Dat gebeurt ook regelmatig. De chauffeurs kunnen die wijzigingen niet weigeren, ze moeten – willen ze via de Uberapp blijven rijden – de gewijzigde voorwaarden accepteren alvorens ze weer op de Uberapp kunnen inloggen.*

(...)

29. *Er gaat ook een disciplinerende werking uit van de Uberapp. Via de Uberapp krijgen de chauffeurs immers een rating en worden zij dus beoordeeld, wat invloed kan hebben op de toegang tot het platform van Uber en het aanbod van de ritten. Een lage gemiddelde rating kan leiden tot verwijdering van het platform, terwijl een hoge gemiddelde rating juist een belangrijke voorwaarde is om te kwalificeren voor de extra status van Platinum of Diamond bij Uber, wat (financiële) voordelen oplevert voor de chauffeur. Zo krijgt een chauffeur met een Platinum of Diamond rang eerder de financieel aantrekkelijke ritten vanaf Schiphol aangeboden.”*

*Eenzijdig opgelegde betaalwijze ten onrechte niet meegewogen (r.o. 5.17)*

64. In r.o. 5.17 overweegt de rechtbank dat zij, in afwijking van het hof in de Helpling-uitspraak<sup>55</sup>, de omstandigheid dat Temper voorschrijft op welke wijze betaling dient te geschieden niet betreft in het kader van de vraag of sprake is van formeel werkgeversgezag. Waarom de rechtbank tot deze overweging komt licht zij niet toe. Zij houdt het slechts op: *“De rechtbank ziet aanleiding om deze omstandigheid hierna te*

<sup>54</sup> Kantonrechter Amsterdam 13 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (Uber).

<sup>55</sup> Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (Helpling).

*bespreken bij het element loonbetaling*". Dat Temper (dwingend en eenzijdig) voorschrijft op welke wijze de betaling dient te verlopen is bij uitstek een uiting van formeel werkgeversgezag en hiermee een element dat in dat kader beoordeeld had moeten worden. Zie in dit kader ook de conclusie in de *Helpling-zaak*<sup>56</sup> waarin A-G De Bock het voorschrijven van de wijze waarop betaald moet worden aanmerkt als een uiting van 'bepaalmacht' van een platform.

*(iii) Inbedding van de werker en de werkzaamheden (r.o. 5.30 – 5.31)*

65. Wat de rechtbank ook niet doet, is het betrekken van het gezichtspunt (iii): 'de inbedding van de werker en de werkzaamheden' in het kader van haar beoordeling of sprake is van formeel gezag door Temper. Dat is nu juist wél een bruikbaar gezichtspunt in het kader van deze beoordeling. De moderne gezagsrelatie bestaat daarin dat de werker deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever en toepassing van de door de organisatie uitgevaardigde regels en de daar geldende gebruiken en gewoonten aanvaardt. De rechtbank toetst dit gezichtspunt enkel in het kader van de door geformuleerde 'Overige gezichtspunten en omstandigheden' en stelt in r.o. 5.30 dat dit geen bruikbaar gezichtspunt zou zijn om de uitzendrelatie van de opdrachtrelatie te onderscheiden. Ook in een uitzendrelatie zouden de werkzaamheden over het algemeen wel, maar de werkers niet ingebed zijn in de organisatie voor wie de werkzaamheden worden verricht, aldus de rechtbank. De rechtbank lijkt hiermee (impliciet) te willen stellen dat ook in een opdrachtrelatie de werkzaamheden ingebed zouden zijn in de organisatie (van de opdrachtgever derhalve).
66. De vraag of de werkzaamheden al dan niet zijn ingebed in de organisatie is juist wel een onderscheidend criterium voor de vraag of sprake van een arbeidsovereenkomst. Inbedding van werkzaamheden en/of de werker wordt binnen de rechtspraak alsook door de wetgever als een zeer belangrijk, zo niet het meest belangrijke, gezichtspunt gezien. Dit criterium wordt ook belangrijk geacht in het voorstel voor de Wet Verbetering Arbeidsrelaties en Rechtsvermoeden (hierna: 'Wet Vbar'). In de Memorie van Toelichting bij de Wet Vbar is hierover het volgende opgenomen: *"In het verlengde daarvan komt ook belang toe aan de vraag of het werk als zodanig structureel is ingebed in de organisatie van de werkgevende. Dit is het geval als de arbeid een kernactiviteit van de werkgevende betreft, of structureel en regelmatig binnen de onderneming wordt uitgevoerd. Bij dergelijke activiteiten ligt het immers voor de hand dat het economisch resultaat van de verrichte arbeid van de werkende voor rekening en risico van de werkgevende komt en brengt dat mee dat de werkgever daarover gezag wil uitoefenen."*
67. Kortom: als de werkzaamheden zijn ingebed in de organisatie ligt het voor de hand dat een werkgever daarover gezag uitvoert. De aanwezigheid van een gezagsrelatie wijst op een arbeidsovereenkomst. Werknemerschap sluit ondernemerschap en een opdrachtsovereenkomst uit. A-G De Bock verwoordt dit als volgt in haar conclusie in *Deliveroo*: *"Alleen als de werker als zelfstandig ondernemer kan worden beschouwd, is géén sprake van organisatorische inbedding van het werk in de onderneming van de werkverschaffer. Het is als uitgangspunt het een of het ander: de werker werkt 'in dienst van een ander' doordat het werk is ingebed in de onderneming van die ander, of de werker heeft zijn of haar eigen onderneming"*.<sup>57</sup> En: *"Als géén sprake is van inbedding*

<sup>56</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (*Helpling*).

<sup>57</sup> Concl. A-G De Bock 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (*Deliveroo*).

*van het werk in de organisatie van de werkverschaffer, heeft de werker in het algemeen zélf een onderneming en is hij dus een zelfstandig ondernemer. In feite gaat het om kwalificaties die elkaar uitsluiten: de werker is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer, óf de werker is zelf ondernemer. Meer smaken zijn er niet in het civiele recht; er zijn geen 'tussencategorieën' tussen werknemers en zelfstandigen. De vraag kan dan dus ook van de andere kant worden benaderd: is de werker een zelfstandig ondernemer en is het werk daarmee dus niet ingebed in de organisatie van degene voor wie hij werkt?".* Hiermee is de inbedding van de werkzaamheden in de organisatie wel degelijk een onderscheidend criterium. Het is onbegrijpelijk dat de rechtbank die inbedding van de werkzaamheden niet heeft willen betrekken in haar beoordeling.

68. Het is duidelijk dat de werkers van Temper ingebed zijn. Dit - ten eerste - als uitzendkracht bij Temper als uitzendwerkgever, waar zij hun profiel aanmaken, die voor hen de betalingen regelt waar ze hun niet uitonderhandelde standaard contract tekenen, uit wiens naam zij opereren en die zowel voor de werving en selectie zorgt als het acquireren van klussen. Intern bij Temper gelden talrijke gebruiken, gewoonten en regels, zie de velen in de dagvaarding genoemde voorbeelden. Veel meer dan bij welk uitzendbureau dan ook. De Temper-werkers zijn - ten tweede - ook ingebed op de plaats van tewerkstelling bij de verschillende opdrachtgevers waar de Temper-werkers zij-aan-zij werken met andere werknemers en uitzendkrachten. Daarbij gaat het erom dat de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel vormen van de bedrijfsvoering van de organisatie.
69. In de memorie van toelichting van de Wet VBar<sup>58</sup> staat hierover dat door deze wet nog duidelijker wordt wanneer sprake is van schijnzelfstandigheid in driehoeksrelaties. FNV en CNV citeren: *"Immers, als werkenden via een partij (bijvoorbeeld via bemiddeling of tussenkomst door deze partij) ingezet worden om werk te verrichten bij een derde (de opdrachtgever van die partij) en door die derde wordt werkinhoudelijk gezag uitgeoefend en/of is sprake van organisatorische inbedding en onvoldoende sprake is van contra-indicaties voor het "werken in dienst van" dan is er - afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de situatie - in die verhouding sprake van een arbeidsovereenkomst of uitzendovereenkomst".* De mogelijkheid om in die situatie te spreken over echte zzp-ers die bemiddeld worden sluit de wetgever dus uit.
70. De wijze waarop de rechtbank naar een (onterechte) conclusie toe redeneert blijkt ook uit r.o. 5.31. In deze rechtsoverweging erkent de rechtbank dat Temper gezorgd heeft voor een verplichte(!) verzekering voor arbeidsongeschiktheid, aansprakelijkheid en ongevallen, hetgeen volgens de rechtbank een aanwijzing is dat Temper wel *"een zekere zorg voor de werkers in acht neemt, en dat de werkers wel in enige mate deel uitmaken van een Temper community"*. Dat "in enige mate" is een onterechte relativisering van de rechtbank, daar waar de wetgever en alle andere rechters dit in vergelijkbare platformzaken juist een sterke aanwijzing voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst achten. Dat is zeker gerechtvaardigd nu de Temper-werkers geen enkele zeggenschap hebben of zij dergelijke verzekeringen wensen. De rechtbank heeft het woord 'inbedding' vervangen door 'community' zonder zich te realiseren dat dit hetzelfde is. De rechtbank zegt vervolgens zonder duidelijke motivering dat dit gezichtspunt echter slechts beperkt gewicht in de schaal zou leggen

---

<sup>58</sup> Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

waarna wederom wordt gesteld dat Temper geen formeel werkgeversgezag zou hebben en geen loon betaalt, waarover hierna meer.

### **Tussenconclusie**

71. Uit het voorgaande volgt evident dat sprake is van formeel (werkgevers)gezag bij Temper. Temper heeft op alle aspecten van de door haar geboden uitzenddienst een coördinerende rol en oefent 'bepaalmacht' uit. Temper heeft zeggenschap over de toelating van een werker tot het platform, stelt eenzijdig de contractuele voorwaarden op (en wijzigt deze ook eenzijdig) voor het werken via en het gebruik van de diensten van het platform, bepaalt de minimum- en maximumtarieven en bepaalt de wijze van uitbetaling. De Temper-werkers zijn bovendien 'ingebed' in de organisatie van Temper. (zie ook hierna in randnummers 92 tot en met 97). Het is Temper die bepaalt wat er op het platform gebeurt, hoe de Temper-werkers beoordeeld worden, welke disciplinaire maatregelen en boetes gelden op het platform, welke annuleringstermijnen gelden, hoe door de opdrachtgevers betaald moet worden via een factoringmaatschappij die Temper heeft ingeschakeld etcetera.

### **Grief 6b – Overige Deliveroo-criteria onjuist beoordeeld**

72. Nadat de rechtbank in r.o. 5.12 tot en met 5.17 de aanwezigheid van het formele werkgeversgezag van Temper heeft getoetst, onder gebruikmaking van (slechts) de gezichtspunten (ii) en (v), komt zij in r.o. 5.18 tot en met 5.34 tot een beoordeling van de door haar geformuleerde elementen loonbetaling door de werkgever (waarbij zij de gezichtspunten (vi), (vii) en (viii) toetst), arbeid en duur (waarbij zij de gezichtspunten (i) en (iv) toetst) en overige gezichtspunten en omstandigheden. Omwille van de leesbaarheid zullen FNV en CNV de gezichtspunten zoals geformuleerd in het Deliveroo-arrest tot uitgangspunt nemen waarbij zij per gezichtspunt zullen aangeven hoe de rechtbank dit gezichtspunt had moeten toetsen en tot welke uitkomst dit had moeten leiden.

*(vi) Wijze waarop de beloning wordt bepaald en uitgekeerd (r.o. 5.19 – 5.21)*

73. De rechtbank begint in r.o. 5.18 met de stelling dat in een uitzendrelatie het loon bepaald en betaald wordt door de uitzendwerkgever, die op zijn beurt over het algemeen een vergoeding ontvangt van de inlener. De rechtbank stelt dat de Temper-werkers zouden factureren aan de opdrachtgevers en de opdrachtgevers dit zouden betalen, hetgeen een "sterke contra indicatie" voor het aannemen van een uitzendovereenkomst zou vormen, aldus de rechtbank. Waarom dit van alle gezichtspunten een sterke contra-indicatie vormt, wordt niet toegelicht.
74. De rechtbank overweegt in r.o. 5.20 dat, doordat de facturering en betaling van de Temper-werkers standaard verloopt via Fingle, Temper wel "*bemoeienis met het betaalproces*" heeft. De rechtbank erkent ook dat de mogelijkheid om dat niet via Fingle te regelen slechts theoretisch is. Desalniettemin vormt deze omstandigheid voor de rechtbank "*geen aanwijzing voor het aannemen van een uitzendovereenkomst*" (r.o. 5.20). Waarom de rechtbank deze mening is toegedaan, die afwijkt van de jurisprudentie, is niet duidelijk.



75. Zo is door het hof in het Helpling-arrest<sup>59</sup> overwogen dat het feit dat Helpling de wijze waarop door de huishoudens betaald moet worden aan de werkers voorschrijft, zeer ongebruikelijk is in het geval van een tussen huishouden en schoonmaker bestaande arbeidsovereenkomst. Het hof overweegt in dat arrest dat het vanuit commercieel oogpunt alleszins logisch is dat Helpling een uniforme betaalwijze voorschrijft. Slechts dan houdt Helpling er immers zicht op dat naast het overeengekomen loon ook de verschuldigde commissie wordt betaald. Volgens het hof is die gang van zaken echter zeer ongebruikelijk in het geval van een tussen huishoudens en schoonmakers bestaande arbeidsovereenkomst. Werkgever en werknemer mogen immers zelf overeenkomen hoe er betaald wordt, aldus het hof. Die overweging heeft het hof opgeschreven om vervolgens te kunnen concluderen dat er “dus” een uitzendovereenkomst tussen Helpling en de schoonmakers bestond, omdat het nu eenmaal Helpling is die die “uniforme wijze van facturering en betaling” voorschreef. Volgens de rechtbank in de zaak Temper is dit element echter weinig onderscheidend: *“Ook in het geval van een opdrachtovereenkomst met de opdrachtgevers en een bemiddelende rol van Temper is een uniforme wijze van facturering en betaling immers vanuit commercieel oogpunt alleszins logisch, want slechts dan houdt Temper er zicht op dat de opdrachtgevers naast het overeengekomen loon ook de aan haar verschuldigde vergoeding betalen”*.
76. Dat het vanuit commercieel oogpunt logisch is, willen FNV en CNV beamen. Het voorschrijven van een uniforme betaalwijze tussen een opdrachtgever en opdrachtnemer door een derde is echter, in de woorden van het hof, zeer ongebruikelijk. Een opdrachtgever en opdrachtnemer bepalen immers bij uitstek in hun onderlinge relatie hoe er betaald wordt. Die vrijheid is juist groter bij een opdrachtovereenkomst, nu de opdrachtnemer wordt geacht ook inspraak te hebben in de wijze waarop betaald wordt en bijvoorbeeld ook geacht wordt te kunnen onderhandelen over zaken als betaaltermijnen. Die vrijheid is (veel) groter dan bij een arbeidsovereenkomst waarbij het de werkgever is die voorschrijft op welke wijze en binnen welke termijn het loon wordt uitbetaald. Voor de Temper-werkers bestaat in casu geen enkele vrijheid. Zij kunnen niet eens zelf een factuur sturen voor de verrichte werkzaamheden. Onbegrijpelijk is dat de rechtbank miskent dat het voorschrijven van een uniforme betaalwijze door Temper (bij uitstek) wijst op een (formele) gezagsrelatie en dus op de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst.
77. Ook de A-G in haar conclusie van 5 juli 2024 in diezelfde Helpling-zaak<sup>60</sup> komt tot datzelfde oordeel waarbij zij een arbeidsovereenkomst aanneemt met Helpling, maar anders dan het Hof geen uitzendwerkconstructie aanneemt, maar schoonmaakwerkzaamheden. Dit omdat uitzendwerkzaamheden aan een particulier huishouden volgens haar niet mogelijk zijn daar dit niet zou stroken met de uitleg in de Nederlandse en Europese wetgeving over de status van de inlener.
78. Let wel: in deze conclusie van de AG van 5 juli 2024 wordt dus nog steeds een arbeidsovereenkomst aangenomen tussen Helpling en de voor haar werkenden terwijl evident is dat ook daar de leiding en het toezicht over de daadwerkelijke werkzaamheden niet direct door Helpling werden uitgeoefend, maar door de individuele huishoudens. In die zaak moest dus niet slechts het formele gezag van een

<sup>59</sup> Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (*Helpling*).

<sup>60</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (*Helpling*).

uitzendwerkgever worden aangetoond, maar het “hele” (materiële) gezag zoals dat geldt in een reguliere arbeidsovereenkomst. En zelfs dat materiële gezag, dat dus (veel) meer behelst dan het formele gezag dat een uitzendwerkgever slechts hoeft uit te oefenen, werd bij Helpling wél aangenomen terwijl de werkwijze van Helpling in essentie identiek is aan die van de uitzendwerkgever Temper, inclusief de door het platform aan alle partijen opgelegde “uniforme wijze van facturering”.

79. Onbegrijpelijk is voorts waarom, indien de redenering van de rechtbank gevolgd wordt dat sprake is van een opdrachtrelatie, het voor Temper relevant zou zijn om er zicht op te houden dat de opdrachtgevers het overeengekomen loon betalen aan de Temper-werkers. Of de opdrachtnemers daadwerkelijk hun loon ontvangen van de opdrachtgever zou toch voor eigen rekening risico van deze ‘ondernemers’ moeten komen? De redenering van de rechtbank volgende zou het voor Temper toch alleen relevant moeten zijn dat zij haar vergoeding van € 3,90 per uur ontvangt? Indien sprake is van daadwerkelijke zelfstandigheid bij de Temper-werkers, zou Temper deze vergoeding ook nog steeds kunnen inhouden op de vergoeding van de Temper-werkers. Het verbod, zoals voortvloeit uit de Waadi, om een inhouding te doen op de vergoeding is niet van toepassing indien daadwerkelijk sprake is van het contracteren met ondernemers. Dat verbod geldt immers alleen voor “echte” werknemers. Het stoppen met het inhouden van € 1 per 1 april 2019 vormde dus een impliciete erkenning van Temper dat in casu sprake was van strijd met de Waadi omdat sprake is van schijnzelfstandigheid. Aan dit alles gaat de rechtbank (ook) voorbij.
80. De rechtbank gaat niet alleen voorbij aan overwegingen in de zaak Helpling, maar ook de overwegingen in Deliveroo<sup>61</sup> en Uber<sup>62</sup>, waar ook een vergelijkbaar geautomatiseerd betalingssysteem bestond en bestaat, zulks geheel aangestuurd door het platformbedrijf. Ook in die uitspraken werd die omstandigheid juist aangemerkt als een aanwijzing dat sprake was van werkgeversgezag en dus een arbeidsovereenkomst. Bij Temper hoeft slechts de veel lagere drempel van het aantonen van formeel gezag genomen te worden.
81. Waar de rechtbank ook geen aandacht aan besteedt, is het feit dat Temper enkel Finqle er ‘tussen heeft gezet’ om zo te voorkomen dat de betaling aan de Temper-werkers rechtstreeks via haar verloopt. Op deze manier staat de rechtbank Temper (kennelijk) toe als economisch machtigere partij haar werkgeversverplichtingen te ontlopen, enkel door tactisch te contracteren. Zie ook A-G De Bock in haar conclusie voor de Helpling-zaak: *“Dit fenomeen manifesteert zich onder meer in het kader van platformarbeid, waarbij platforms door middel van de vormgeving van de contractuele verhoudingen, steeds naar manieren zoeken om buiten de dwingende kader van art. 7:610 BW te blijven”*.<sup>63</sup> Illustratief voor deze ‘vormgeving van de contractuele verhoudingen’ is dat Temper ten tijde van het schrijven de dagvaarding nog de volgende bepaling had opgenomen in haar opdrachtovereenkomst (zie randnummer 4.11 van de dagvaarding en productie 8): *“Opdrachtgever kan de Opdrachtvordering slechts bevrijdend betalen aan Finqle”*. Inmiddels heeft Temper deze bepaling gewijzigd naar: *“Om de factuurstromen overzichtelijk te houden, bedingt de Opdrachtgever hierbij van de FreeFlexers dat zij gebruik maken van een bij het Platform aangesloten*

<sup>61</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

<sup>62</sup> Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220.

<sup>63</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (*Helpling*).

*factoringmaatschappij. Opdrachtgever geeft de FreeFlexer daarmee de keuze zijn vordering(en) te laten innen door die factoringmaatschappij of deze aan die factoringmaatschappij te verkopen. In dat laatste geval verkoopt en levert ('cedeert') de FreeFlexer de vorderingen op de Opdrachtgever aan de factoringmaatschappij aan wie deze bij uitsluiting bevrijdend kan betalen."* Nogmaals een uitgelezen voorbeeld van 'strategisch contracteren'.

82. De rechtbank neemt hiermee ten onrechte tot uitgangspunt dat alleen een uitzendovereenkomst kan bestaan als het uitzendbureau, in casu Temper, rechtstreeks een vergoeding aan de uitzendkrachten, in casu de Temper-werkers, verschuldigd is. Nu Temper als uitzendbureau dwingend heeft voorgeschreven op welke wijze de betaling dient te verlopen én rechtstreekse betaling door de opdrachtgever aan de Temper-werkers verbiedt, moet worden geconcludeerd dat Temper in ieder geval voor wat betreft de uitbetaling van het loon een grote bepalmacht heeft.
83. In dat kader mag niet onvermeld blijven dat Temper een SEO rapport (productie 29 bij akte d.d. 12 juli 2023) heeft ingebracht waarmee zij trachtte het (externe) ondernemerschap van de Temper-werkers aan te tonen, zie hierover ook randnummers 105 tot en met 107. In dit rapport is de navolgende passage opgenomen: *"Veel via Temper werkenden die ook elders opdrachtgevers hebben, werken via "andere kanalen". Het lijkt erop dat ze maar in beperkte mate zelf rechtstreeks door opdrachtgevers worden betaald. Bij zzp'ers met een eigen onderneming is dat meestal wel het geval"*. Wat hier door het eigen onderzoeksbureau van Temper wordt gezegd, is dat de "zzp'ers" van Temper, als ze al extern ergens anders werken, ook niet rechtstreeks door opdrachtgevers worden betaald. Het gaat, net als bij Temper, dus niet via een eigen factuur van de "zzp'er", maar altijd op een voorgeschreven gestandaardiseerde betaalwijze vanuit de platformen. Platformen die een explosieve groei hebben laten zien sinds het verrassende vonnis in de zaak Temper wiens werkwijze de nieuwe 'vluchtroute' voor werken met schijnzelfstandigen lijkt te (zijn ge)worden.
84. In het kader van dit gezichtspunt acht de rechtbank verder van belang dat de beloning niet alleen buiten Temper betaald, maar ook bepaald zou worden. De rechtbank erkent dat Temper minimum tarieven hanteert. De rechtbank volgt dan zonder onderbouwing de door FNV en CNV betwiste stelling van Temper dat er echter wel een 'reële onderhandelingsmogelijkheid' zou bestaan tussen de Temper-werkers en opdrachtgevers. De rechtbank stelt dan dat dat meer is dan een theoretische mogelijkheid *"hoewel tussen partijen in geschil is hoe vaak daar daadwerkelijk gebruik van wordt gemaakt"*. De rechtbank stelt dan vervolgens hoogst opmerkelijk: *"Temper staat daar geheel buiten"*. Dat is evident onjuist. FNV en CNV hebben aangegeven dat in verreweg de meeste gevallen helemaal niet onderhandeld wordt, waardoor het door Temper voorgeschreven minimumtarief in de meeste gevallen ook het overeengekomen tarief is. FNV en CNV hebben over dat onderhandelingsproces ook opgemerkt (zie punt 4.15 in de dagvaarding) dat Temper op haar website afraadt om te onderhandelen. FNV en CNV citeren nogmaals: *"Denk goed na voordat je onderhandelt. Het kan de kans verkleinen dat je gekozen wordt"*. Onbegrijpelijk is hoe de rechtbank, indien Temper het minimum tarief bepaalt, dit soort aanwijzingen over onderhandelingen geeft en zoals door FNV en CNV is gesteld in de praktijk niet of nauwelijks (succesvol) wordt onderhandeld, toch overweegt dat Temper "geheel" buiten dit gehele onderhandelingsproces zou staan.

85. Door de rechtbank wordt ook geen aandacht besteed aan het feit dat door Temper aan de opdrachtgevers bij het plaatsen van een klus dwingendrechtelijk een minimum- en maximumtarief wordt opgelegd én een voorstel wordt gedaan voor de hoogte van het uurtarief. Zie in dit kader de printscreens zoals overgelegd als productie 7 van het portaal van Temper voor opdrachtgevers waaruit blijkt dat Temper dwingend een minimumtarief voorschrijft van € 15,- per uur (*"The hourly rate cannot go below € 15,00"*) en een maximumtarief van € 55,- per uur (*"The hourly rate cannot go above € 55.00"*). Voor de duidelijkheid: het minimumloon per 1 januari 2025 bedraagt € 14,06. Bij dat loon heb je wél vakantiegeld, vakantiedagen, en in 90% van de gevallen een (verplicht gesteld) bedrijfstakpensioenfonds zoals in alle sectoren waar Temper actief was en is permanent gelden en een verzekering tegen ziekte en werkloosheid. Kort en goed: het minimumloon ligt ver boven het minimumtarief dat Temper voorschrijft. Uit deze printscreen blijkt ook dat Temper een uurtarief voorstelt. Temper baseert dit voorstel op basis van vergelijkbare klussen, in dezelfde regio. Temper geeft daarbij een advies of het uurtarief als concurrerend beschouwd kan worden: *"Your rate is competitive. Similar shifts in your region have an average rate of €21.00/hr"*. Als het uurtarief lager is dan het gemiddelde tarief in de regio waarschuwt Temper: *"Your rate is below average. Similar shifts in your region have an average rate of €21.00/hr"*. Ook hieruit blijkt de vergaande sturing die Temper uitoefent, in dit geval op de hoogte van het uurtarief. Je zou als opdrachtgever wel gek zijn om een uurtarief te hanteren dat ligt boven het gemiddelde uurtarief dat door vergelijkbare opdrachtgevers voor vergelijkbare klussen/werkzaamheden wordt aangeboden. Hierdoor is het in feite Temper die de uurtarieven op het platform bepaalt.
86. Onjuist is verder de aanname van de rechtbank dat in een uitzendrelatie de hoogte van de beloning 'volledig' door het uitzendbureau bepaald zou worden: *"Anders dan in een uitzendrelatie wordt de hoogte van de beloning dus bepaald door de werkers en de opdrachtgevers, niet door Temper"*. In een uitzendrelatie is het de opdrachtgever die het tarief bepaald. Ter illustratie worden bijgaand als **productie 9** printscreens overgelegd van de websites van uitzendbureau Young Capital en uitzendbureau Randstad Go. FNV en CNV citeren: *"Als inhurende partij ben jij degene die bepaalt wat de uitzendkracht bruto per uur verdient"*. Het enige wat het uitzendbureau bepaalt, is het tarief dat aan haar toekomt. Dat is bij Temper niet anders. De tarieven worden bepaald door de opdrachtgevers, die een klus plaatsen voor een bepaald tarief. Temper gaat zelfs verder en bepaalt daarbij het minimum- en maximumtarief én zij bepaalt (eenzijdig) de hoogte van de vergoeding voor haar eigen diensten. Ook bij Randstad Go kunnen opdrachtgevers een klus (die daar dan vacature genoemd wordt) plaatsen, waarbij de opdrachtgever het uurtarief kiest en opgeeft voor welke datum en voor hoeveel uren zij een uitzendkracht zoekt. Dit is exact gelijk aan de werkwijze van Temper. Daarom verschilt Temper 0% van andere uitzendbureaus. Met deze redenering van de rechtbank zou geen enkel uitzendbureau in Nederland kwalificeren als werkgever omdat een uitzendbureau nu eenmaal geen invloed heeft op de beloning van uitzendkrachten nu dit voortvloeit uit dwingendrechtelijke cao voorschriften. Net als Temper hebben reguliere uitzendbureaus alleen de vrijheid om het tarief te bepalen wat bovenop deze vaststaande beloning komt. Wat Temper juist meer doet dan andere uitzendbureaus in Nederland is zich wel bemoeien met de beloning die heeft te gelden voor zowel de werkers als de opdrachtgevers. In plaats van dat dit vaststaat uit hoofde van de Cao voor Uitzendkrachten of artikel 8 Waadi bemoeit Temper zich zeer actief met minimum- en maximumtarieven en geeft zij zelfs adviezen over wat de optimale

prijzen moeten zijn. Kort en goed: de bemoeienis van Temper gaat verder dan dat van een gemiddeld uitzendbureau.

*(vii) Hoogte beloning (r.o. 5.22)*

87. Met betrekking tot de hoogte van de beloning merkt de rechtbank in r.o. 5.22 op dat partijen van mening verschillen en dat de rechtbank om die reden geen oordeel daarover kan geven. De rechtbank vervolgt met de opmerking dat een beloning in de buurt van het minimumloon eerder een aanwijzing zou kunnen zijn voor een uitzendrelatie en een significant hoger bedrag eerder een aanwijzing zou kunnen zijn van een opdrachtovereenkomst, maar stelt vervolgens dat dit gezichtspunt “*slechts beperkt gewicht in de schaal*” legt onder herhaling van de mantra dat geen formeel werkgeversgezag zou bestaan en loondoorbetaling door Temper zou ontbreken.
88. De rechtbank rept met geen woord over het aanstaande wettelijk vermoeden, waar een vergoeding onder de € 33,- een vermoeden van een arbeidsovereenkomst oplevert. De wetgever heeft uitgelegd hoe ze aan dat tarief komt (zie pagina 69 van de memorie van toelichting).<sup>64</sup> De wetgever gaat dan uit van 120% van het wettelijk minimumloon, omdat dat “*in meer sociale regelgeving gebruikt wordt als definitie van kwetsbare werknemers*”. Dat komt neer op een uurtarief van € 15,35 (let wel: ondertussen is het minimumloon al € 14,06 waardoor die berekening al op € 16,87 zou moeten zitten) waar dan respectievelijk 25% opslag bij komt voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering en 15% opslag voor algemene niet aan de opdracht toerekenbare kosten, waardoor een uurtarief na opslag ontstaat van € 21,49. Hier komt dan nog eens 50% opslag op omdat er veel leegloopuren zijn bij echte zelfstandigen.
89. Het debat tussen partijen waarnaar de rechtbank verwijst in r.o. 5.22 spitst zich toe of door de jaren heen wordt gesproken over een uurtarief van in 90% van de gevallen ergens tussen € 13,- of € 19,-. Bijgaand wordt als **productie 10** een overzicht overgelegd van de top 25 opdrachtgevers van Temper in februari 2025. Hieruit blijkt dat de 6 opdrachtgevers met de meeste klussen een gemiddeld uurtarief hanteren tussen de € 15,- en € 22,-. Die tarieven liggen reeds ver onder de zojuist genoemde tarieven waardoor het onbegrijpelijk is dat de rechtbank dit gezichtspunt niet heeft betrokken en daarin een extreem sterke aanwijzing heeft gezien dat sprake is van een arbeidsovereenkomst (inclusief een forse onderbetaling!). Dit gezichtspunt (‘de hoogte van de beloningen’) wordt ook expliciet genoemd door de Hoge Raad in Deliveroo en nergens zegt de Hoge Raad dat dit gezichtspunt slecht ‘beperkt gewicht’ in de schaal zou moeten leggen. Integendeel: in alle jurisprudentie<sup>65</sup> in de afgelopen jaren is dit bij uitstek een gezichtspunt dat veel gewicht in de schaal legt. Mensen die als schijnzelfstandigen de facto (door alle kosten, risico’s, leegloop etcetera) op, onder of net boven het minimumuurloon zitten, worden nooit als echte ondernemers c.q. zzp’ers aangemerkt.

*(viii) Commercieel risico (r.o. 5.23 – 5.24)*

90. Met betrekking tot het gezichtspunt commercieel risico overweegt de rechtbank dat het incassorisico in voorkomende gevallen bij de Temper-werkers zou liggen. Het

<sup>64</sup> Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

<sup>65</sup> Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (*Uber*); Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (*Helping*); Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *NJ* 2024/35 (*Deliveroo*).

incassorisico dat de rechtbank beschrijft, is niet anders dan het incassorisico dat een werknemer heeft bij het innen van loon. Sterker nog: het risico bij Temper-werkers is zelfs minder als zij gebruik maken van de aangeboden factoring. Het commerciële risico waar de Hoge Raad over repte bij dit gezichtspunt in het Deliveroo-arrest gaat veel verder en heeft te maken met echt ondernemersrisico, zoals het doen van reële en substantiële investeringen die dan niet kunnen worden terugverdiend. Daarbij gaat het niet om bedrijfsmiddelen die in het algemeen als basisvoorziening in de privésfeer kunnen worden gezien, zoals een auto, computer, telefoon of fiets. Het moet gaan om daadwerkelijke investeringen die wijzen op het werken voor eigen rekening en risico, zoals een eigen website, acquisitie, juridische kosten, machines, gereedschappen, opleidingen, marketinguitgaven etcetera. Dit blijkt inmiddels ook op deze wijze toegepast in uitspraken van rechtbanken na het Deliveroo-arrest.<sup>66</sup>

91. Ook is bij Temper-werkers geen sprake van het werven van klanten om zodoende een eigen klantenkring op te bouwen. Dat werven doet Temper voor de Temper-werkers. Door haar website, door advertenties via haar website, Instagram of de radio. Temper bouwt als zodanig een eigen, Temper-klantenkring op, waaruit de Temper-werkers vervolgens mogen kiezen. Dat is niet anders dan bij andere vergelijkbare uitzendbureaus zoals Randstad Go en Young Ones. De Temper-werkers werken in die zin enkel voor Temper, die opdrachtgevers voor haar werft en zodoende zorgt dat zij inkomsten kunnen genereren. En als ze al iets buiten Temper doen is dat in bijna alle gevallen (ook) niet als ondernemer.

*(i) De aard en duur van de werkzaamheden (r.o. 5.25 – 5.26)*

92. Met betrekking tot het gezichtspunt dat gaat over de aard en duur van de werkzaamheden, merkt de rechtbank in r.o. 5.25 op dat dit gezichtspunt 'geen sterk onderscheidend criterium' zou zijn. De rechtbank stelt in dat kader eerst dat de klussen die via Temper worden aangeboden te verschillend zijn, waarna zij vervolgens concludeert dat het aannemelijk is dat het merendeel van de werkzaamheden relatief eenvoudig van aard is en geen specialisatie aan de zijde van de werker vergt. Dat is een contradictio in terminis: de werkzaamheden zijn dus niet verschillend in de zin dat ze zonder uitzondering relatief eenvoudig zijn. De rechtbank erkent dat dit vergelijkbaar is voor werkzaamheden die in het kader van een uitzendovereenkomst verricht worden. Ook dit belangrijke gezichtspunt wordt door de rechtbank echter "weggewuifd": "*gegeven de omstandigheden dat Temper geen formeel werkgeversgezag over de werkgevers heeft en hen geen loon betaalt*". Met die mantra eindigt de rechtbank de behandeling van bijna elk gezichtspunt uit Deliveroo. Ter zake de duur van de klussen merkt de rechtbank in r.o. 5.26 slechts op dat de korte duur van de klussen zowel past bij een uitzendovereenkomst als bij een opdrachtovereenkomst en dit gezichtspunt om die reden dus niet onderscheidend is. Hoeveel ondernemers zouden op basis van een opdrachtovereenkomst zes uur afwassen bij Hotel L'Europe? Hoeveel ondernemers zouden acht uur lang kleding verkopen bij een winkel? Hoeveel ondernemers sorteren pakketten in een distributiecentrum?
93. De rechtbank gaat daarbij voorbij aan het feit dat de door de Temper-werkers verrichte werkzaamheden - altijd - behoren tot de kernactiviteit van zowel Temper als de opdrachtgevers. Zoals blijkt uit het overzicht van de top 25 opdrachtgevers van Temper

<sup>66</sup> Hof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3; rechtbank Amsterdam 6 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:685.

in februari 2025 (zie productie 10) wijst de aard van de werkzaamheden bij uitstek op het werken op basis van een (uitzend)arbeidsovereenkomst. Zo blijkt uit dit overzicht dat vooral bezorgers, verkopers, magazijnmedewerkers, schoonmakers, bedieningsmedewerker en cateringmedewerkers worden gezocht via Temper. Dit zijn bij uitstek werkzaamheden die worden verricht door eigen werknemers of door uitzendkrachten via een uitzendbureau. Indien de uitgevoerde werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit, vormt dit een indicatie voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Veruit de meeste klussen worden geplaatst door Peddler een bezorgservice per elektrische bakfiets. In het Deliveroo-arrest<sup>67</sup> oordeelde de Hoge Raad dat het uitvoeren van de kernactiviteit (maaltijdbezorging) wijst op de aanwezigheid van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst.

94. FNV en CNV verwijzen in dit kader naar de overweging van het hof in het Deliveroo-arrest<sup>68</sup>: *“In de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep is, zoals FNV onweersproken heeft gesteld, het al dan niet aanmerken van arbeid als gewone bedrijfsarbeid of kernactiviteit regelmatig aan de orde geweest, in die zin dat het verrichten van gewone bedrijfsarbeid duidt op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft zich hier niet vaak over uitgelaten. Wel overweegt de Hoge Raad op 17 november 1978 (NJ 1979, 140, ponstypiste):*

*“Het zelfde (niet schenden van een rechtsregel, hof) geldt voor het laten meewegen van de omstandigheid dat de door Queijssen verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van IVA, waarmee de rechtbank kennelijk bedoeld heeft de arbeid die in het bedrijf van IVA werkende ondergeschikten verrichten”.*

*Het hof leidt hieruit af dat de Hoge Raad (destijds) heeft bedoeld dat het verrichten van gewone bedrijfsarbeid kan duiden op een gezagsverhouding. Die veronderstelling wordt gevoed door de omstandigheid dat een bedrijf een grote mate van kennis heeft van de bedrijfseigen arbeid, en dus in staat is te dien aanzien (eerder) aanwijzingen te geven en gezag uit te oefenen, terwijl dat ten aanzien van incidentele werkzaamheden niet het geval hoeft te zijn.”*

95. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel VBar<sup>69</sup> heeft de wetgever 4 elementen belangrijk geacht bij de vraag of sprake is van organisatorische inbedding. Namelijk: (1) de werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende (zie over dit element randnummers 65 tot en met 70), (2) de werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de organisatie, (3) de werkzaamheden hebben een structureel karakter binnen de organisatie en (4) werkzaamheden worden zij-aan-zij verricht met werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten.

96. Over het tweede element: ‘de werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de organisatie’ schrijft de wetgever het volgende: *“De kernactiviteit van een onderneming omvat de voornaamste bestaansredenen van de onderneming. Wanneer de werkzaamheden die de werkende verricht behoren tot de kernactiviteiten van de bedrijfsvoering van de opdrachtgever, is het doorgaans lastiger voorstelbaar dat de*

<sup>67</sup> Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, NJ 2024/35 (*Deliveroo*).

<sup>68</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo*).

<sup>69</sup> Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

*werkgevende hier geen economisch risico op draagt en er dus geen sprake is van gezag. Verondersteld mag dan ook doorgaans worden dat de werkgevende mogelijkheden wil hebben om de activiteiten die daarmee samenhangen te willen sturen en controleren. Dat werkzaamheden onderdeel zijn van de kernactiviteit van een organisatie, vormt dan ook een indicatie voor het bestaan van gezag over de werkende. De vraag naar wat kernactiviteiten zijn, kan in beginsel beantwoord worden aan de hand van de activiteiten waarmee een organisatie zich in hoofdzaak bezighoudt, waar deze in de kern op is gericht voor wat betreft het bieden van producten of diensten. Denk aan de vrachtwagenchauffeur bij een transportbedrijf, een programmeur bij een IT-bedrijf, een OKverpleegkundige in een ziekenhuis, een timmerman bij een meubelmakerij of een leraar op een school.”<sup>70</sup>*

97. De Temper-werkers verrichten (1) werkzaamheden, meer specifiek uitzendwerkzaamheden, binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende, in casu Temper (zie over dit element randnummers 65 t/m 70). Ook verrichten de Temper-werkers bij uitstek (2) werkzaamheden die behoren tot de kernactiviteit van de organisatie, namelijk de opdrachtgevers die handjes zoeken om hun kernactiviteit uit te voeren. Deze (3) werkzaamheden hebben een structureel karakter binnen de organisatie en (4) worden zij-aan-zij verricht met werknemers, of uitzendkrachten, die soortgelijke werkzaamheden verrichten. De kernactiviteit van Temper is het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan derden, de opdrachtgevers. Op hun beurt voeren de Temper-werkers die ter beschikking worden gesteld aan de opdrachtgevers, de kernactiviteiten uit van die opdrachtgevers. Zo zoeken restaurants via Temper arbeidskrachten in de bediening of de afwas, schoonmaakbedrijven zoeken schoonmakers, pakketdiensten zoeken pakketbezorgers etcetera. Een echte zzp’er verricht veelal gespecialiseerd werk dat juist niet tot de kernactiviteit van de onderneming behoort. De (echte) zzp’er heeft specifieke kennis/vaardigheden die eigen werknemers binnen de organisatie niet hebben. Dit zijn werkzaamheden die juist niet structureel aanwezig zijn in de organisatie.

*(iv) De verplichting om het werk persoonlijk uit te voeren (r.o. 5.27-5.29)*

98. Met betrekking tot het gezichtspunt dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht merkt de rechtbank in r.o. 5.27 op dat bij Temper de vrijheid bestaat om je al dan niet aan te melden voor een klus en dat er een mogelijkheid is om je te laten vervangen zonder dat Temper daarvoor toestemming hoeft te geven. Bij de vervangbaarheid geldt dat onduidelijk zou zijn hoe vaak dit is gebeurd, aldus de rechtbank. Temper heeft – zonder enig bewijs - gewezen op 1.000 werkers die zich ‘regelmatig’ na acceptatie van de klus laten vervangen zodat dat een verdienmodel zou opleveren. De rechtbank concludeert op basis hiervan desalniettemin dat het mogelijk is de vervangingsmogelijkheid commercieel te gebruiken.
99. In dit kader is ten eerste van belang dat een bepaalde mate van vrijheid om je al dan niet aan te melden voor een klus niet in de weg staat aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst.<sup>71</sup> Een dergelijk vereiste volgt niet uit artikel 7:610 BW. Uit dit

<sup>70</sup> Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden. p. 42-43.

<sup>71</sup> Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, NJ 2024/35 (*Deliveroo*), r.o. 3.3.4 waarin de Hoge Raad verwijst naar Hoge Raad 16 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1445 (*Vakantiewerkers*), r.i. 3.2 en Hoge Raad 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2165 (*Appelplukkers*), r.o. 4.3.



artikel volgt immers enkel dat de werknemer 'zich verbindt' om 'arbeid' te verrichten. Van die verbintenis kan ook sprake zijn als de werknemers daarbij een bepaalde vrijheid hebben om een klus te kiezen. Een vrijheid die ook uitzend- en oproepkrachten hebben. Die vrijheid laat onverlet dat de Temper-werker zich verbindt tot het uitvoeren van de arbeid zodra hij een klus accepteert. FNV en CNV verwijzen in dit kader naar bijgaand als **productie 11** overgelegde printscreen van het uitzendbureau Randstad Go, waarbij de uitzendkrachten ook vrij zijn om te kiezen welke klus zij werken: *“Met Randstad Go bepaal je zelf waar én wanneer je werkt”* en *“De klussen in de app variëren van een dag tot maximaal drie weken en elke dag staat er een divers aanbod aan jobs voor je klaar. Kortom Randstad Go biedt flexibel werk op een overzichtelijke manier aan. Zo blijf jij in regie over jouw agenda”*. Ook binnen een uitzendrelatie bestaat derhalve de vrijheid om te kiezen voor welke opdrachtgever je werkt en daarbij je eigen rooster samen te stellen. Ook in een uitzendrelatie kun je je, net zoals bij Temper, voor één dag of zelfs maar een paar uur laten inhuren. Het gaat er om dat op het moment dat je een klus uitvoert sprake is van arbeid, loon en gezag.

100. Wat betreft de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten geldt het volgende. In de literatuur bestond discussie over de vraag of uit artikel 7:610 BW volgt dat de werknemer zich ertoe moet verbinden de arbeid persoonlijk te verrichten. Sommige auteurs meenden dat pas sprake kan zijn van arbeid in de zin van artikel 7:610 BW als de werknemer zich ertoe heeft verbonden om zelf arbeid te verrichten.<sup>72</sup> Deze visie is achterhaald sinds het Deliveroo-arrest waarin de Hoge Raad het volgende overwoog: *“Ook de in de overeenkomst neergelegde vrijheid om zich te laten vervangen is op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, en moet worden gezien in het licht van alle omstandigheden van het geval.”*<sup>73</sup> Hieruit volgt derhalve dat de mogelijkheid om je te laten vervangen (slechts) één van de gezichtspunten is. Daarbij hangt volgens gezichtspunt (ix) het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding mede af van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht. Die betekenis moet bij Temper sterk worden gerelativeerd nu deze clause door Temper wordt opgenomen in het standaard (verplichte) contract van Temper. Het is dus niet de Temper-werker die deze clause na onderhandeling erin heeft 'gefiets'.
101. In diezelfde Deliveroo-zaak oordeelde het hof eerder dat de vervangingsmogelijkheid die de werkers hadden niet in de weg stond aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst.<sup>74</sup>

*“Het hof gaat er daarom van uit dat in deze wel sprake is van een situatie dat een bezorger zich bij gelegenheid kan laten vervangen, maar dat niet gebleken is dat zich de situatie voordoet dat een bezorger zich permanent door iemand anders, zonder dat dit door Deliveroo is geaccepteerd, laat vervangen. De onderhavige situatie verschilt daarmee met die in het door Deliveroo genoemde arrest Zwarthoofd/Het Parool (ECLI:NL:HR:1957:3). Gelet op de relatief eenvoudige aard van de te dezen uit te voeren werkzaamheden stelt Deliveroo kennelijk weinig eisen aan de toestemming die zij aan een bezorger geeft om zich te laten vervangen. De vervangingsmogelijkheid die bezorgers hebben, is*

<sup>72</sup> Zie onder meer B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het Sociaal Recht, *NJB* 2021/2603, par. 3.7.

<sup>73</sup> Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *NJ* 2024/35 (*Deliveroo*), r.o. 3.3.5.

<sup>74</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo*) r.o. 3.7.5.

*daarmee niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, aangezien ook binnen een arbeidsovereenkomst de mogelijkheid bestaat dat de werknemer zich met toestemming van de werkgever laat vervangen.”*

102. Bij Deliveroo dienden de vervangende bezorgers enkel een legitimatiebewijs en het bewijs om in Nederland te mogen werken tonen. Dit was voldoende voor het hof om aan te nemen dat Deliveroo toestemming diende te geven zoals bedoeld in artikel 7:659 BW. Bij Temper geldt ten eerste dat een vervanger (bijna) altijd via het platform gezocht wordt. Vaak worden door opdrachtgevers bovendien aanvullende eisen gesteld bij een vervanger. Als de vervanger niet aan de vereisten voldoet, kan deze geweigerd (lees: naar huis gestuurd) worden. In tegenstelling tot hetgeen de rechtbank daartoe overweegt in r.o. 5.27 is bij Temper derhalve ook voldaan aan het vereiste van toestemming bij vervanging zoals bedoeld in artikel 7:659 BW. Verder heeft Temper toegevoegd dat op het profiel van de Temper-werkers wordt vermeld hoe vaak zij zich hebben laten vervangen en wat de gemiddelde beoordeling van de vervangers is. Zij waarschuwt de Temper-werkers hiervoor op haar website (**productie 12**).
103. In het kader van de holistische weging heeft het hof in de Deliveroo-uitspraak onderzocht of bezorgers van Deliveroo zich permanent door iemand kunnen laten vervangen. De rechtbank lijkt hieraan veel waarde te besteden. (Eerst) ter zitting is, als eerder opgemerkt, door Temper gesteld dat er 1000 werkers zouden zijn die zich voornamelijk zouden inschrijven op de meest populaire klussen op het platform om zich na acceptatie te laten vervangen, kennelijk voor een lager uurtarief, zodat dit een verdienmodel zou opleveren. Deze stelling is ten eerste door Temper in de processtukken niet gesteld, laat staan bewezen en wordt door FNV en CNV betwist. Vermeend 1.000 werkers die dat doen op een totaal bestand van 100.000 werkers, zie randnummer 23 is ook geen ‘wezenlijk deel’ (want slechts 1%) zodat de rechtbank hieraan sowieso onterecht (enige) waarde heeft gehecht. Als deze stelling al juist zou zijn, hetgeen FNV en CNV uitdrukkelijk betwisten, kan van een werkelijk verdienmodel moeilijk worden gesproken. FNV en CNV verwijzen naar hetgeen zij hierover uiteen hebben gezet in de dagvaarding onder randnummer 4.38. Het systeem dat Temper hanteert zorgt ervoor dat geen sprake kan zijn van overlappende klussen. Deze worden automatisch geannuleerd. Er kunnen dus niet meerdere mensen tegelijk op één account werken. FNV en CNV verwijzen naar de overweging van het hof in de Deliveroo-uitspraak<sup>75</sup>:

*“Met gebruikmaking van de app-gegevens van een bezorger kan slechts één persoon tegelijk werkzaamheden verrichten, de bezorger zelf of een eventuele vervanger. Niet mogelijk lijkt de situatie dat een bezorger met Deliveroo contracteert en zijn werkzaamheden door allerlei andere vervangers tegelijk laat uitvoeren. Daarin verschilt de onderhavige situatie met die van de Post.nl-zaken – waarnaar door Deliveroo herhaaldelijk wordt verwezen – en waarbij het voor pakketbezorgers wel mogelijk was hun opdrachten uit te besteden aan diverse anderen die tegelijk werkzaamheden verrichten en waarmee dat een verdienmodel kon worden.”*

104. Ook bij Temper is het niet mogelijk dat een Temper-werker verschillende klussen accepteert en de werkzaamheden door allerlei vervangers tegelijk laat uitvoeren. Pas

<sup>75</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (Deliveroo).

dan zou, vergelijkbaar met de PostNL zaken<sup>76</sup> waarin dat gebeurde, mogelijk gesproken kunnen worden van een verdienmodel. Let wel: door Temper is in vijf jaar procederen nog niet één concreet voorbeeld gegeven van een medewerker die hiermee een verdienmodel zou hebben ontwikkeld. Er is iets geroepen en weersproken tijdens een zitting. Niets meer.

(ix) (*Extern ondernemerschap* (r.o. 5.32 – 5.34)

105. Het laatste gezichtspunt over het ondernemerschap, waarover noodgedwongen (want daarover werd het grootste verweer gevoerd en door gedaagden een rapport ingebracht) het grootste deel van het in tijd zeer beperkte debat ging tijdens de mondelinge behandeling, wordt door de rechtbank niet behandeld. In r.o. 5.32 overweegt de rechtbank dat dit gezichtspunt hoe dan ook geen doorslaggevend gewicht in de schaal legt, zodat zij de antwoorden op de prejudiciële vragen in de Uber-zaak niet zal afwachten. Let wel: over het wél door de rechtbank alsnog belangrijk geachte vermeende gebrek aan formeel gezag is noch voorafgaand, noch tijdens de zitting door de rechtbank een vraag gesteld. Het afgelopen vrijdag gewezen Uber-arrest<sup>77</sup> maakt dit niet anders. De Hoge Raad bevestigt dat dit gezichtspunt wel gehandhaafd blijft, maar brengt geen rangorde in de tien gezichtspunten aan. Het gezichtspunt extern ondernemerschap is niet doorslaggevend in de zin dat bij aanwezigheid daarvan ‘automatisch’ geen arbeidsovereenkomst aanwezig kan zijn. Wel kan dit punt doorslaggevend zijn indien de andere punten geen doorslaggevend oordeel mee brengen. Dit is vergelijkbaar met de wijze waarop dat in de Wet Vbar is geregeld. Dit is de facto een herhaling van de lijn die de Hoge Raad aanhield in Deliveroo.<sup>78</sup> Nadat was vastgesteld dat sprake was van een arbeidsovereenkomst liet de Hoge Raad in Deliveroo de rechtsoverweging van het hof hierover in stand. Het hof overwoog: *"Ruim twee derde van de bezorgers presenteert zich tegenover de Belastingdienst (en in het kader van de omzetbelasting) als 'hobbymatig', en daarmee juist niet als ondernemer. Ook overigens is niet gebleken dat een meer dan verwaarloosbaar aantal van de bezorgers zich maatschappelijk presenteert als ondernemer. Juist Deliveroo wijst erop dat het werk voor de bezorgers meestal een bijbaantje is. Dat de meeste bezorgers geen ondernemer zijn komt overeen met de hierboven verwoorde tussenconclusie, dat ten aanzien van de bezorgers eerder sprake is van aanwezigheid van een gezagsrelatie dan van de afwezigheid daarvan."* De omstandigheden bij Temper zijn zeer vergelijkbaar met die van Deliveroo. Het enige verschil met Deliveroo is dat Temper eist dat Temper-werkers na één klus (bij een groot deel van de Temper-werkers blijft het bij die ene klus) een BTW-nummer aanvragen. Deze enkele omstandigheid kan niet doorslaggevend (mogen) zijn voor een kwalificatievraag.
106. Ten overvloede wijzen FNV en CNV op de conclusie van A-G De Bock voor de prejudiciële vragen die het hof heeft gesteld in de Uber-zaak.<sup>79</sup> De A-G komt ten eerste tot de conclusie dat de toetsing van het gezichtspunt extern ondernemerschap uit het Deliveroo-arrest ziet op het persoonlijke ondernemerschap, waarbij het dus gaat om aspecten van ondernemerschap die buiten de specifieke werkrelatie liggen. De Bock concludeert, onder meer onder verwijzing naar het concept-wetsvoorstel VBar en de

<sup>76</sup> Rechtbank Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153.

<sup>77</sup> Hoge Raad 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319 (*Uber*).

<sup>78</sup> Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *NJ* 2024/35 (*Deliveroo*).

<sup>79</sup> Concl. A-G De Bock 30 september 2024, ECLI:NL:PHR:2024:996 (*Uber*).

rechtspraak van het HvJ EU, dat aan dit gezichtspunt weinig betekenis toekomt bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

*“11.4 Bij deze uitleg van de vragen moet vraag 1 ontkennend worden beantwoord. Als op basis van een toetsing aan de gezichtspunten (i) tot en met (viii) tot de conclusie wordt gekomen dat een overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst, dan kan niet op grond van persoonlijk ondernemerschap van de werkende (gezichtspunt (ix)) worden aangenomen dat toch géén sprake is van een arbeidsovereenkomst.*

*11.5 Aan de toetsing aan gezichtspunt (ix) wordt pas toegekomen als de toetsing aan de gezichtspunten (i) tot en met (viii) geen uitsluitel biedt over de vraag of de overeenkomst al dan niet als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Als die toetsing wél uitsluitel biedt – omdat er feiten en omstandigheden zijn die méér wijzen op werknemerschap dan op ondernemerschap van de werkende in de voorliggende arbeidsrelatie – dan wordt niet meer toegekomen aan een toetsing aan gezichtspunt (ix). Het gezichtspunt kan dan dus niet ‘de balans doen omslaan’.*

*11.6 Daartoe is met name redengevend dat het niet de persoon van de werkende, maar de arbeidsrelatie is die gekwalificeerd moet worden. Daarbij past niet dat bij de kwalificatievraag steeds gewicht toekomt aan gedragingen van de werkende in het economisch verkeer. Uiteindelijk gaat het bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie om de vraag of is voldaan aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW: arbeid, loon en gezag. Het al dan niet zijn van ondernemer is geen onderdeel van die wettelijke toets en de toets is daar ook niet op gericht (zie onder 6.15).*

*11.7 Deze benadering sluit ook aan bij het concept-wetsvoorstel VBAR. Pas als in de afweging tussen elementen die wijzen op ‘werken in dienst van’ (W) en elementen die wijzen op ‘werken voor eigen risico en rekening’ (Z) in evenwicht zijn, wordt toegekomen aan feiten en omstandigheden die wijzen op ondernemerschap in de persoon van de werkende (OP), buiten de arbeidsrelatie, en voor soortgelijke werkzaamheden (zie onder 7.23).*

*11.8 De benadering past bovendien ook bij de rechtspraak van het HvJ EU, nu de feiten en omstandigheden die wijzen op ondernemerschap – en dus een contra-indicatie vormen voor werknemerschap – enkel een rol spelen voor zover deze zich binnen de te beoordelen arbeidsrelatie manifesteren (zie onder 8.7).”*

107. Ergo: de eerste acht gezichtspunten in Temper wijzen al op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Alleen als dat nog niet zo zou zijn (geweest) komt gewicht toe aan dit punt. Uit het debat hierover in deze zaak is reeds gebleken dat bij werkers die werken via Temper bij uitstek geen sprake is van extern ondernemerschap, onder andere omdat Temper 100% bepaalt wat in de gebruikersovereenkomst staat en de Temper-werkers geen reële mogelijkheden hadden zich tegen de nadelige gevolgen van de overeenkomst te verzetten, de Temper-werkers geen commercieel risico lopen en uit het door Temper bij conclusie van antwoord overgelegde rapport blijkt dat een groot deel van de Temper-werkers niet eens is ingeschreven bij de KvK laat staan dat zij gebruik maken van de belastingvoordelen die gelden voor echte zelfstandigen (zie vooral de pleitnota van de bonden ten behoeve van de zitting van 15 maart 2024, in eerste aanleg). Als de rechtbank dus geen arbeidsovereenkomst had willen aannemen,

had zij hieraan juist wél een overweging moeten wijden. Die overweging had moeten zijn dat net als in Deliveroo niet meer dan een verwaarloosbaar aantal Temper-werkers zich maatschappelijk presenteert als ondernemer. In die overweging zou dan geconstateerd worden dat in 5% van de opdrachten onderhandeld wordt, in 35% daarvan succesvol. Het tarief verandert dus in 1,75% van de 'onderhandelingen' (zie punt 12 van de pleitnota van FNV en CNV). In die overweging had de rechtbank iets kunnen zeggen over het 'commercieel' risico van gemiddeld 0,53 cent (!) per Temper-werker per jaar (zie punt 13 van de pleitnota van FNV en CNV). In die overweging had de rechtbank dan moeten overwegen dat slechts 58% zich heeft ingeschreven bij de KvK, dit terwijl Temper dit wel verplicht stelt. Je kunt geen ondernemer zijn zonder KvK-inschrijving. De rechtbank had dan iets moeten vinden van de slechts 12% van de Temper-werkers die gebruik maakt van de zelfstandigenaftrek. Dus 88% niet (!), dit terwijl bij Deliveroo dat percentage op 66% lag dat zich 'hobbymatig' presenteerde. Anders gezegd: het hobbymatige karakter bij Temper is nog hoger dan bij Deliveroo. Daarnaast maakt slechts 26% van de Temper-werkers gebruik van de Kleine Ondernemersregeling. Dit bewijst dat het werken voor Temper puur hobbymatig (bij verdienen betreft. Het meest opvallende is dat slechts 7% van de Temper-werkers gebruik maakt van de MKB-winstvrijstelling. Hiervan kun je altijd gebruik maken, zelf als je maar 4 uur per jaar werkt. Als je dat doet kon je in 2024 13,2% aftrekken. Dit past de fiscus automatisch toe op het moment dat een persoon aangifte doet en aangeeft ondernemer te zijn. Dat maar 7% dit heeft aangegeven bewijst dat in ieder geval 93% zich NIET als ondernemer ziet. Zie voor dit alles nogmaals de rapporten van SEO en Panteia en (met name punt 12 van) de pleitnota van FNV en CNV. Anders gezegd: ook het externe ondernemerschap wijst bij Temper dus op het bestaan van een arbeidsovereenkomst zodat alle tien de gezichtspunten tot deze conclusie leiden. Als er al een groep(je) ondernemer(s) is binnen Temper dat de werkzaamheden via Temper verricht naast de eigen werkzaamheden als ondernemer is deze groep nog vele malen kleiner en daarmee verwaarloosbaarder dan bij Deliveroo.

### **Ook Temper vindt zichzelf een uitzendbureau**

108. Niet onvermeld mag blijven dat ook Temper zichzelf ziet als een uitzendbureau. Temper heeft namelijk reeds in 2021 alles opgetuigd om ook de formele overgang te bewerkstelligen. In dat kader heeft zij twee uitzend-B.V.'s geregistreerd in de Kamer van Koophandel (zie productie 44, overgelegd bij akte ten behoeve van de zitting van 15 maart 2024) waar de activiteiten van Temper na de onderhandeling of een vonnis/arrest konden worden overgebracht.

### **Grief 6c – (Rechterlijk) bewijsvermoeden**

109. FNV en CNV verzoeken uw hof een rechterlijk bewijsvermoeden te hanteren inhoudend dat voorshands moet worden aangenomen dat tussen Temper en de Temper-werkers sprake is van een uitzendovereenkomst en dat het aan Temper is om tegenbewijs te leveren. Daarvoor is het volgende redengevend. Ten eerste **(1)** geldt dat vanwege de lage uurtarieven die de Temper-werkers zonder uitzondering ontvangen, anticiperend op het rechtsvermoeden uit de Wet VBar, voorshands moet worden aangenomen dat de Temper-werkers werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Op basis van dit wetsvoorstel geldt een rechtsvermoeden van werknemerschap bij een uurtarief van € 33,- of minder. Zoals blijkt uit productie 10 hanteerden in februari 2025 de 6 opdrachtgevers met de meeste klussen een gemiddeld uurtarief tussen de € 15,- en € 22,-. Dit uurtarief ligt ver onder het in het

wetsvoorstel genoemde tarief. Daarnaast is relevant dat **(2)** de Richtlijn Platformwerk bepaalt dat een platformwerker wordt vermoed een werknemer te zijn wanneer sprake is van feitelijke aanwijzingen van zeggenschap en leiding. In casu zijn er legio aanwijzingen dat de Temper-werkers werken onder leiding en toezicht en is dit ook expliciet erkend door de rechtbank in r.o. 5.12 en 5.13. Het is volgens deze richtlijn aan het platform om dit vermoeden te weerleggen met bewijs. Tot slot geldt dat **(3)** het bedrijfsmodel van Temper an sich een bewijsvermoeden rechtvaardigt. Temper heeft één bedrijfsmodel en alle gegevens daarvan bevinden zich in haar domein. FNV en CNV hebben voldoende gesteld om aan te nemen dat Temper zoveel 'bepaalmacht' heeft dat zij als uitzendbureau heeft te gelden. Het is aan Temper om dat vervolgens te ontkrachten.

### **Grief 7 – Subsidiare eis ten onrechte niet getoetst**

110. Nadat de rechtbank concludeert dat niet gesproken kan worden van een uitzendovereenkomst met Temper overweegt zij in r.o. 5.37 dat zij niet kan toekomen aan de beoordeling of dan sprake is van een arbeidsrelatie met de opdrachtgevers. De rechtbank oordeelt dat de bonden voor die vordering reeds per dagvaarding opdrachtgevers in de procedure hadden moeten betrekken. Dat oordeel is anders dan de kantonrechter in de Helpling-procedure<sup>80</sup> die een arbeidsovereenkomst aanneemt tussen de schoonmakers en de particuliere huishoudens die ook niet in de procedure betrokken zijn. Ook A-G De Bock adviseerde in haar conclusie voor Helpling<sup>81</sup> dat van een arbeidsovereenkomst tussen de schoonmakers en Helpling moet worden gesproken. We spreken bij Temper over 10.000 opdrachtgevers, en miljoenen opdrachten. Het dagvaarden van alle opdrachtgevers is proces technisch simpelweg onmogelijk, al was het maar omdat al die tienduizenden opdrachtgevers iedere ronde ook een processtuk hadden mogen indienen, waarop de bonden hadden moeten reageren. Al die opdrachtgevers en opdrachten verschillen enigszins, al was het alleen maar omdat ondertussen in veel verschillende bedrijfstakken (met ook andere cao's) wordt gewerkt. Zo werd ten tijde van het schrijven de dagvaarding in 2020 voornamelijk gewerkt in de horeca. Zoals blijkt uit het overzicht van de top 25 opdrachtgevers van Temper was dat in februari 2025 anders (productie 10). Op dat moment werd voornamelijk gewerkt in de schoonmaaksector en als magazijnmedewerker. Geen van de top 25 opdrachtgevers in februari 2025 was al opdrachtgever in 2020 toen FNV en CNV de dagvaarding uitbrachten. Ook om die reden is het stellen van de eis om de opdrachtgevers in de procedure te betrekken onredelijk en bovendien: onnodig. Wat namelijk heel duidelijk niet is veranderd, is het bedrijfsmodel en de werkwijze van Temper. Deze is bij alle opdrachtgevers eenvormig. Ook is bij alle opdrachtgevers sprake van werkzaamheden die eenvoudig van aard zijn, geen specialisatie aan de zijde van de werker vergen en bij uitstek werkzaamheden zijn die in het kader van een uitzendovereenkomst of van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever verricht worden. En nogmaals: het is niet aan Temper, de werker of opdrachtgever om te bepalen wat het antwoord is op de kwalificatievraag: die is dwingendrechtelijk. Alle relevante feiten voor de beantwoording van die vraag liggen bij uitstek uitgebreider dan ooit 'op tafel'.

<sup>80</sup> Rechtbank Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546, JAR 2019/171.

<sup>81</sup> Concl. A-G De Bock 5 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:730 (Helpling).

111. Ter zitting hebben de bonden nog aangegeven dat zij alsnog een of meer opdrachtgevers in het geding kunnen betrekken indien dat in de ogen van de rechtbank noodzakelijk zou zijn. De rechtbank overweegt dat de bonden daartoe niet meer in staat moeten worden gesteld, omdat dat “in strijd met de goede procesorde” zou zijn. Dat is onjuist, omdat bij het introduceren van (een) nieuwe gedaagde(n) in de procedure op dat moment deze uiteraard een eigen verweer had(den) kunnen voeren en bij uitstek geen sprake is van strijd met de goede procesorde. Deze gedaagden pas (kunnen) betrekken in hoger beroep levert nu juist wel strijd met de goede procesorde op, omdat die gedaagden dan een instantie zouden verliezen.
112. Dat het (ook) mogelijk is de rechtsverhouding tussen twee partijen te bepalen wanneer één van die partijen niet als partij optreedt in de procedure volgt uit rechtspraak van de Hoge Raad. FNV en CNV verwijzen hierbij naar het Logidex-arrest van de Hoge Raad.<sup>82</sup> In deze kwestie was sprake van een vierpartijenovereenkomst. Logidex bemiddelde bij het vinden van leerwerkplekken bij bedrijven in de logistieke sector voor leerlingen in het MBO. Het ging in deze zaak om de vraag of tussen Logidex en de leerlingen een uitzendovereenkomst bestond. In cassatie vorderde Logidex een verklaring voor recht dat zij niet aangemerkt kon worden als een uitzendonderneming. In deze zaak waren zowel de leerlingen als de onderwijsinstellingen en de leerbedrijven niet betrokken in de procedure. Voorts verwijzen FNV en CNV naar de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Thuiszorg Rotterdam tegen de stichting pensioenfonds PGGM.<sup>83</sup> In die procedure was tussen partijen in geschil of tussen de algemeen directeur van Thuiszorg (de heer Knipscheer), die zich via een managementovereenkomst met zijn B.V. had laten inhuren, en Thuiszorg in werkelijkheid geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. De heer Knipscheer was in de procedure niet betrokken. Volgens de Hoge Raad was dit niet relevant voor de toets of sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen hem en de Thuiszorg. De Hoge Raad overwoog in de kader (voor zover relevant) als volgt: *“Het hof heeft dan ook in zijn eindarrest terecht onderzocht of de tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer bestaande rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Eveneens terecht heeft het hof dit onderzoek gedaan aan de hand van de criteria die in bovengenoemd arrest zijn geformuleerd. Die criteria zijn immers zowel van toepassing in het geval partijen erover twisten of tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten, als wanneer een derde betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst heeft te gelden”* (onderstreping door ons, DV/MV).
113. Hieruit volgt dat ook wanneer de werkgever, in casu de individuele opdrachtgever, geen partij is in de procedure het wel degelijk mogelijk is de dwingendrechtelijke kwalificatievraag te stellen en derhalve vast te stellen hoe de tussen partijen bestaande overeenkomst is uitgevoerd en mede gelet daarop de overeenkomst te kwalificeren. Dit geldt al helemaal indien de basis van dat oordeel mede een algemeen belang actie is. Ook de rest van de Nederlandse arbeidsmarktparticipanten is hierover niet gehoord. Net zomin als alle Nederlanders iets hebben hoeven zeggen in de recente zaak van Greenpeace. Onbegrijpelijk is verder de overweging van de rechtbank in r.o. 5.37 dat FNV en CNV geen belang zouden hebben bij de gevorderde verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de

<sup>82</sup> Hoge Raad 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (*Logidex*).

<sup>83</sup> Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, NJ 2007/449 (*Stichting Thuiszorg/PGGM*).

opdrachtgevers. Alsdan zouden de opdrachtgevers immers gehouden zijn de, al dan niet algemeen verbindend verklaarde, toepasselijke cao's toe te passen op de Temper-werkers. FNV en CNV hebben ex artikel 3 lid 2 Wet AVV wel degelijk belang bij het vorderen van nakoming van die cao('s).

114. Toegepast op de arbeidsrelatie tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers resulteert het wél toetsen van die relatie op basis van de Deliveroo-criteria in het volgende. Ten behoeve van de leesbaarheid zal de volgorde van de Deliveroo gezichtspunten worden aangehouden en waar mogelijk worden verwezen naar randnummers waarin het een en ander reeds aan bod is gekomen.

(i) De aard en duur van de werkzaamheden

FNV en CNV verwijzen naar hetgeen zij hierover naar voren hebben gebracht in randnummers 92 tot en met 97. Zoals door de rechtbank geconcludeerd in r.o. 5.25 van haar eindvonnis is het aannemelijk dat het merendeel van de werkzaamheden relatief eenvoudig van aard is en geen specialisatie aan de zijde van de werker vergt. Dat is een indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. FNV en CNV verwijzen in dit kader ook naar het als productie 10 overgelegde overzicht van de top 25 opdrachtgevers van Temper. Hieruit blijkt dat door de opdrachtgevers via Temper zonder uitzondering wordt gezocht naar Temper-werkers die de gewone bedrijfsarbeid van de opdrachtgevers komen verrichten. Dat duidt op de aanwezigheid van een gezagsverhouding.

(ii) De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald

In r.o. 5.12 en 5.13 stelt de rechtbank vast dat de opdrachtgevers het materiële gezag uitoefenen over de Temper-werkers. Het zijn dus de opdrachtgevers die de werkzaamheden en werktijden volledig bepalen, instructies geven aan de Temper-werkers en toezicht houden op het werk. Zoals FNV en CNV reeds in randnummer 48 naar voren hebben gebracht, rechtvaardigt deze vaststelling van de rechtbank reeds de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een zelfstandige die werkt op basis van een opdrachtovereenkomst werkt immers juist niet onder leiding en toezicht van de opdrachtgever maar voor eigen rekening en risico. De aanwezigheid van materieel gezag door de opdrachtgever, sluit de aanwezigheid van een opdrachtovereenkomst daarom reeds uit.

(iii) De inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie

De door de Temper-werkers verrichte werkzaamheden behoren altijd tot de kernactiviteit van de opdrachtgevers (zie ook productie 10). Deze werkzaamheden hebben bovendien een structureel karakter en worden door de Temper-werkers zij-aan-zij verricht met de andere 'vaste' werknemers en andere uitzendkrachten. Zoals blijkt uit de rechtspraak<sup>84</sup> en het Wetsvoorstel Vbar<sup>85</sup> vormt dat een sterke, zo niet doorslaggevende, indicatie dat wordt

<sup>84</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo*); Hoge Raad 17 november 1978 NJ 1979, 140 (*Ponstypiste*).

<sup>85</sup> Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.



gewerkt onder gezag en sprake is van een arbeidsovereenkomst. FNV en CNV verwijzen in dit kader naar randnummers 65 tot en met 70.

- (iv) De verplichting om het werk persoonlijk uit te voeren  
FNV en CNV verwijzen ten aanzien van dit gezichtspunt naar hetgeen zij hierover naar voren hebben gebracht in randnummers 98 tot en met 104. De vervangingsmogelijkheid moet sterk worden gerelativeerd en bovendien volgt uit de Deliveroo-uitspraak<sup>86</sup> dat een vervangingsmogelijkheid niet in de weg staat aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Het is slechts één van de vele gezichtspunten.
- (v) De wijze waarop de contractuele regeling tot stand is gekomen  
Tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers worden eenzijdig opgestelde overeenkomsten gesloten. Temper biedt deze overeenkomsten via het platform aan en deze worden standaard gebruikt. Dat wijst op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Van een situatie dat door twee gelijkwaardige partijen wordt onderhandeld over de inhoud van een overeenkomst is geen sprake.
- (vi) De wijze waarop de beloning wordt bepaald en uitgekeerd  
FNV en CNV verwijzen naar hetgeen zij naar voren hebben gebracht in randnummer 73 tot en met 86 en randnummers 4.14-4.16 van de dagvaarding. Het zijn de opdrachtgevers die (op advies van Temper) de uurtarieven bepalen. Dat is exact gelijk aan de wijze waarop een werkgever het salaris bepaalt bij aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Herhaald zij dat slechts in 1,75% een minimale onderhandeling plaatsvindt.
- (vii) De hoogte van deze beloningen  
Zoals uiteengezet onder randnummers 87 tot en met 89 wijzen de (lage) uurtarieven bij uitstek op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. FNV en CNV wijzen nogmaals op het aanstaande wettelijk vermoeden, waar een vergoeding onder de € 33,- een vermoeden van een arbeidsovereenkomst oplevert.<sup>87</sup> Bij Temper is door de jaren geen sprake van een uurtarief van ergens tussen de € 13,- en € 19,-, derhalve ver onder het genoemde rechtsvermoeden. Dit vormt een extreem sterke aanwijzing dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.
- (viii) De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico lopen  
FNV en CNV verwijzen in dit kader naar hetgeen zij hierover naar voren hebben gebracht in de randnummers 90 tot en met 91. De Temper-werkers lopen niet meer of minder risico dan andere werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Net als andere werknemers hebben zij een (relatief klein) incassorisico bij het innen van loon. We spreken over 53 cent (!) per jaar. Door Temper-werkers wordt geen enkele investering gedaan noch hoeven zij bijvoorbeeld opdrachtgevers te werven. Nogmaals een sterke indicatie dat geen sprake is van ondernemerschap, maar dat (gewoon) sprake is van een arbeidsovereenkomst.

<sup>86</sup> Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

<sup>87</sup> Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

- (ix) Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding, hangt mede af van de daadwerkelijke betekenis  
 FNV en CNV verwijzen in dit kader naar randnummer 100 waarin zij hebben betoogd dat de betekenis die toekomt aan de 'vrije vervangingsclausule' sterk gerelativeerd moet worden. Daarbij geldt dat deze clausule door Temper eenzijdig is opgenomen in het standaard (verplichte) contract en dus niet na onderhandeling tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers in de overeenkomst is opgenomen. Daarnaast is, zoals ook de rechtbank vaststelt in r.o. 5.27 van het eindvonnis, tussen partijen in geschil hoe vaak daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van die mogelijkheid. FNV en CNV verwijzen hierbij naar hetgeen zij hierover uiteen hebben gezet in de dagvaarding onder randnummers 4.31-4.41. Ook de betekenis die toekomt aan de mogelijkheid die voor de Temper-werkers zou bestaan om te onderhandelen over het uurtarief, moet sterk worden gerelativeerd. Zoals FNV en CNV in randnummer 4.14-4.16 van de dagvaarding van de dagvaarding uiteen hebben gezet wordt van die mogelijkheid nauwelijks gebruik gemaakt. Temper heeft geen bewijs aangeleverd van het tegendeel.
- (x) (Extern) ondernemerschap  
 Voor een toelichting op het (externe) ondernemerschap dat bij de Temper-werkers ontbreekt verwijzen FNV en CNV naar de randnummers 105 tot en met 107.
115. Uit het voorgaande volgt dat alle relevante gezichtspunten wijzen op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers.

**Grief 8 – artikel 7a/8 en 9 Waadi, schadevergoeding, buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten**

116. Zoals blijkt uit grief 6 had de rechtbank tot het (primaire) oordeel moeten komen dat Temper arbeidskrachten ter beschikking stelt (primaire vordering sub I). Dit betekent dat de rechtbank ten onrechte de verklaring voor recht heeft afgewezen dat Temper in strijd met artikel 8 Waadi en/of de (AVV) Cao voor Uitzendkrachten handelt (primaire vordering sub II) alsook dat de opdrachtgevers van Temper ex artikel 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor nabetaling van het achterstallige salaris (primaire vordering sub III). Ook heeft de rechtbank ten onrechte de verklaring voor recht afgewezen dat Temper (primaire vordering sub IV) respectievelijk de opdrachtgevers (primaire vordering sub V) van Temper in strijd met artikel 7a lid 1 respectievelijk lid 2 Waadi handelen (r.o. 5.36 van het eindvonnis). Voorts heeft de rechtbank ten onrechte de verklaring voor recht afgewezen dat Temper in de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2019 artikel 9 Waadi heeft geschonden door een financiële tegenprestatie van € 1,- per gewerkt uur te vragen (primaire vordering sub VI). Dit betekent ook dat ten onrechte de gevorderde schadevergoeding ex artikel 15 en 16 Wet Cao jo. artikel 3 Wet AVV niet (r.o. 5.40, primaire vordering sub VII) en de buitengerechtelijke incassokosten (primaire, subsidiaire vordering sub I) niet zijn toegewezen. De materiële kosten die FNV en CNV hebben gemaakt overstijgen reeds drievoudig het bij dagvaarding gevorderde bedrag.
117. Voor zover uw hof tot het oordeel komt dat geen sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door Temper, moet tot het subsidiaire oordeel worden

gekomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers van Temper (subsidiare vordering sub I). FNV en CNV verwijzen in dit kader naar hetgeen naar voren is gebracht in grief 7 waaruit volgt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers. In dat geval heeft de rechtbank (ook) ten onrechte te verklaring voor recht afgewezen dat Temper op grond van onrechtmatige daad mede gehouden is tot nabetaling van het achterstallige salaris aan de Temper-werkers (subsidiare vordering sub II). Voorts heeft de rechtbank in dat geval ten onrechte de verklaring voor recht afgewezen dat Temper in de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2019 artikel 2 Waadi heeft geschonden door een financiële tegenprestatie van € 1,- per gewerkt uur te vragen (subsidiare vordering sub III) en heeft zij ten onrechte de buitengerechtigde incassokosten afgewezen (primaire, subsidiare vordering sub I).

118. Tot slot stellen FNV en CNV een grief in tegen de toegewezen proceskosten (r.o. 5.42 van het eindvonnis) voor het onverhoopte geval dat uw hof de vorderingen van de bonden in hoger beroep afwijst. Zowel aan Temper als aan Salatiello c.s. is een proceskostenvergoeding toegekend ter hoogte van € 12.431,-. De rechtbank miskent hierbij dat Salatiello c.s. en volledig door Temper gefinancierd worden én alle processtukken van Temper één-op-één hebben kunnen kopiëren en dit ook hebben gedaan. Het is om die reden onredelijk aan beide partijen een exact gelijke, dermate hoge, proceskosten toe te kennen.

## WIJZIGING VAN EIS

### ***Vermeerdering eis - arbeidsbemiddeling***

119. Zoals FNV en CNV in randnummer 44 tot en met 47 toelichten moet, in elk geval, geconcludeerd worden dat de Temper-werkers een arbeidsovereenkomst hebben. De enkele vraag die dan resteert is of dat een uitzendovereenkomst is met Temper, hetgeen de primaire vordering van FNV en CNV is, of een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgevers, de subsidiare vordering. Indien uw hof de primaire vordering onverhoopt afwijst, vorderen FNV en CNV subsidiair een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers. In dat laatste geval moet gezien de actieve rol die Temper heeft bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers, deze constructie tevens worden aangemerkt als arbeidsbemiddeling, zoals bedoeld in de Waadi. FNV en CNV wensen hun subsidiare eis dienovereenkomstig te vermeerderen en aanvullend een verklaring voor recht te vorderen dat sprake is van arbeidsbemiddeling ex hoofdstuk 2 Waadi door Temper bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers.
120. Arbeidsbemiddeling is volgens artikel 1 onder b Waadi het behulpzaam zijn bij het zoeken van arbeidskrachten onderscheidenlijk arbeidsgelegenheid "*waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (...) wordt beoogd*". In het geval van arbeidsbemiddeling is vereist dat het platform behulpzaam is bij het zoeken van arbeidskrachten of banen. Bij de totstandkoming van de Waadi in 1998 is wel gesproken over arbeidsbemiddeling door internet, maar werd niet gedacht aan de digitale platforms die anno 2025 bestaan. De regering meende destijds dat wanneer het openbaren van vacatures of gegevens van werkzoekenden vooropstaat, geen sprake is van arbeidsbemiddeling. Uit de memorie van toelichting volgt: "*worden na of*

*naast presentatie of raadpleging vervolgvactiteiten aangeboden door de intermediair, zoals (electronische) selectie ten behoeve van concrete vacatures, matching en het met elkaar in contact brengen van partijen, dan is er sprake van arbeidsbemiddeling, waarvoor dan geen (verdere) betaling mag worden gevraagd van de werkzoekende. Bij die vervolgvactiteiten raakt overigens ook de openbaarmakingsfunctie op de achtergrond*.<sup>88</sup> Indien dus enkel sprake is van een digitaal prikbord waarop vacatures geplaatst worden, is geen sprake van arbeidsbemiddeling. Indien het platform een actieve(re) rol aanneemt bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst en sprake is van vervolgvactiteiten, is dat wel het geval. Artikel 3 Waadi bepaalt dat bij het verrichten van arbeidsbemiddeling geen financiële tegenprestatie van de werkzoekende mag worden bedongen. Dit is de evenknie van artikel 9 Waadi dat hetzelfde verbiedt in het geval van het ter beschikking stellen van arbeid (oftewel uitzending, de primaire vordering).

121. Uit het vonnis in de Helpling procedure volgt dat ook digitale bemiddeling bij het tot stand brengen van arbeidsovereenkomsten valt onder de definitie van arbeidsbemiddeling.<sup>89</sup> De kantonrechter Amsterdam oordeelde dat het schoonmaakplatform Helpling moest worden aangemerkt als een bemiddelaar bij het tewerkstellen van schoonmakers die op hun beurt een arbeidsovereenkomst aangingen met de opdrachtgever. De kantonrechter overwoog dat Helpling een actieve rol heeft die onder meer blijkt uit het feit dat zij regels stelt met betrekking tot het accepteren, wijzigen of weigeren van een opdracht en de consequenties die hieraan kleven *“Deze actieve rol blijkt onder meer uit de bemoeienis van Helpling bij de wijze waarop de arbeidsovereenkomst tussen de klant en de schoonmaker tot stand komt en de voorwaarden waaronder dat gebeurt. Helpling stelt ook regels met betrekking tot het accepteren, wijzigen of weigeren van een opdracht en de consequenties die kleven aan te (te late) wijziging of annulering. Zij bemoeit zich voorts ook actief met de beoordeling van schoonmakers en de afhandeling van klachten, en heeft de mogelijkheid een account van de schoonmaker te pauzeren of te blokkeren, waarmee zij kan voorkomen dat nieuwe arbeidsovereenkomsten (tussen de schoonmaker en de klant) worden aangegaan. De schoonmaker kan zelf zijn prijs bepalen, maar dat neemt niet weg dat Helpling bemoeienis heeft met de tussen de schoonmaker en de klant te maken afspraken. Zij schrijft die namelijk zelf voor.”*
122. Hoewel de Booking.com-uitspraak<sup>90</sup> niet arbeidsrechtelijk van aard is (er worden accommodaties aangeboden, geen arbeid), is deze uitspraak wel relevant voor de uitleg van het begrip ‘bemiddeling’. De Hoge Raad oordeelde, in tegenstelling tot het hof in die kwestie, dat Booking.com bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen. Het feit dat Booking.com, als tussenpersoon, een vergoeding bedingt naar aanleiding van het tot stand komen van de overeenkomst tussen de derde en de wederpartij wijst volgens de Hoge Raad op bemiddeling. Volgens de Hoge Raad is geen vergaande ‘actieve rol’ vereist om bemiddeling aan te nemen: *“De aard, omvang en intensiteit van de door een tussenpersoon te verrichten werkzaamheden kunnen variëren; om van bemiddeling te kunnen spreken, behoeven die werkzaamheden niet veelomvattend te zijn. Zo is in beginsel al sprake van bemiddeling in de zin van art. 7:425 BW indien de*

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 465, 3 p. 5.

<sup>89</sup> Rechtbank Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 (Helpling).

<sup>90</sup> Hoge Raad 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (Booking.com).

*tussenpersoon in opdracht of met goedvinden van een verhuurder een door deze te verhuren woning op zijn website plaatst, opdat via de tussenpersoon een huurovereenkomst tussen verhuurder en huurder tot stand kan komen.”*

123. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting en voorgaande jurisprudentie, is geen vergaande actieve rol vereist om (arbeids)bemiddeling aan te nemen. FNV en CNV verwijzen naar randnummers 48 tot en met 71 waar zij hebben uiteengezet op welke wijze Temper naar hun mening (meer dan) formeel gezag uitoefent. Indien dat door uw hof onverhoopt niet wordt aangemerkt als (voldoende) formeel gezag om een uitzendrelatie aan te kunnen nemen, moet dat in ieder geval wel worden aangemerkt als een voldoende actieve rol om arbeidsbemiddeling door Temper aan te nemen. FNV en CNV hechten eraan te benadrukken dat door Temper vanaf de oprichting van het platform tot april 2019 een financiële tegenprestatie van € 1,- per gewerkt uur werd ingehouden van de Temper-werkers. De inhouding op het loon van de Temper-werkers is in overleg met FNV Horeca in april 2019 afgeschaft. Uit deze afschaffing volgt een duidelijke (impliciete) erkenning dat ook Temper van mening is dat sprake is van het bedingen van een financiële tegenprestatie die in strijd komt met de Waadi. Indien, zoals subsidiair gevorderd, sprake is van de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de Temper-werkers en de opdrachtgevers, volgt dit verbod op het bedingen van een financiële tegenprestatie uit artikel 3 Waadi. Indien, zoals primair gevorderd, sprake is van een uitzendovereenkomst met Temper komt het bedingen van die financiële inhouding in strijd met artikel 9 Waadi. Door het afschaffen van deze inhouding heeft Temper erkend dat ook zij van mening is dat deze inhouding ofwel in strijd is met artikel 3 Waadi, ofwel in strijd met artikel 9 Waadi.
124. Bijgaand wordt als **productie 13** een e-mail overgelegd van 16 september 2024 die Temper uit haar e-mailadres kennelijk namens één van de opdrachtgevers, D&B The Facility Group, aan alle Temper-werkers heeft verzonden. In deze e-mail wordt een oproep gedaan in dienst te treden bij D&B, *“Wij van D&B heten jou van harte welkom bij D&B en moedigen je aan om, bij een duurzame samenwerking, over te stappen naar een loondienstverband. Ongeacht je werktijden, geven we je de flexibiliteit om op verschillende momenten te werken, zowel op zzp-basis als in een loondienstverband”*. In de meegezonden bijlagen worden de verschillen tussen het werken op zzp-basis en het werken in loondienst bij D&B uiteen gezet. Volgens D&B is dat verschil miniem: *“Onder aan de streep is het verschil niet zo groot, Dus waarom onzekerheid en extra werk (boekhouding), als je ook in loondienst kunt komen bij D&B. You are more than welcome”*.
125. FNV en CNV wensen in dat kader volledigheidshalve te benadrukken dat de vergaande actieve rol van Temper eerder wijst op de aanwezigheid van een uitzendrelatie dan op arbeidsbemiddeling. Zoals volgt uit de wetsgeschiedenis stopt bij arbeidsbemiddeling de bemoeienis van de bemiddelaar op het moment dat een arbeidsovereenkomst tot stand komt. De actieve rol die Temper zichzelf heeft toebedeeld beperkt zich echter niet tot het behulpzaam zijn bij het zoeken naar arbeidskrachten. Partijen die door de bemiddeling van Temper een arbeidsovereenkomst hebben gesloten zouden, zonder tussenkomst van Temper, zelfstandig met elkaar verder moeten kunnen. Temper houdt, ook nadat de Temper-werkers en opdrachtgevers gematcht zijn en dus reeds een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, een grote mate van bemoeienis met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Deze bemoeienis gaat (zelfs) verder dan de voorbeelden die genoemd worden in de memorie van toelichting. Temper verdient

per ieder gewerkt uur € 3,90. Op deze manier blijft Temper dus aan de arbeid verdienen, ook nadat de arbeidsovereenkomst reeds tot stand is gekomen. De koppeling van de fee van Temper aan het aantal gewerkte uren strookt niet met de gedachte dat 'slechts' sprake is van arbeidsbemiddeling. De opdracht om te bemiddelen is immers succesvol als de arbeidsbemiddelaar partijen in contact heeft gebracht en zij een arbeidsovereenkomst met elkaar hebben gesloten. Het past dan niet als bemiddelaar vergaande bemoeienis te blijven uitoefenen bij de uitoefening van de arbeidsovereenkomst en daaraan per gewerkt uur geld te (blijven) verdienen.

***Vermindering eis – uiterst subsidiaire eis***

126. FNV en CNV wensen hun eis te verminderen door hun uiterst subsidiaire vorderingen in te trekken. Reden voor deze vermindering van eis is kort gezegd dat het standpunt van FNV en CNV is dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, ofwel met Temper ('de primaire vordering') ofwel met de opdrachtgevers ('de subsidiaire vordering'). FNV en CNV willen voorkomen dat bij voor de bonden welhaast ondenkbare toewijzing van de uiterst subsidiaire vordering een derde ongewenste flexvorm wordt gelegitimeerd als zijnde een 'tussencategorie' tussen een arbeidsovereenkomst en een opdrachtsovereenkomst. FNV en CNV wensen hiermee ook aan te sluiten bij de visie van Commissie Borstlap dat drie groepen werken bestaan: zelfstandigen, werknemers met een contract (vast of tijdelijk) en uitzendkrachten.

**Bewijsaanbod**

127. FNV en CNV bieden aan - zonder daarmee een onverplichte bewijslast op zich te willen nemen en slechts voor zover op grond van artikel 150 Rv de bewijslast op hen zou rusten - hun stellingen te bewijzen door alle middelen rechtens, waaronder desgewenst één of meerdere opdrachtgevers en Temper-werkers.

**EIS INCLUSIEF WIJZIGING EIS**

Het gerechtshof Amsterdam wordt verzocht bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

- I. te verklaren voor recht dat sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW tussen Temper en alle werkers die werkzaamheden verrichten of hebben verricht via Temper;
- II. te verklaren voor recht dat Temper in strijd handelt met artikel 8 Waadi en/of de (AVV) CAO voor Uitzendkrachten door aan alle werkers die door Temper tewerk zijn gesteld niet hetzelfde loon en andere arbeidsvoorwaarden te betalen als de arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers in gelijkwaardige functies;
- III. te verklaren voor recht dat de opdrachtgevers van Temper (hoofdelijk) aansprakelijk zijn op grond van artikel 7:616a BW voor nabetaling van het achterstallige salaris van alle werkers die via Temper werkzaamheden bij hen verrichten of hebben verricht;

- IV. te verklaren voor recht dat Temper in strijd handelt met het verbod arbeidskrachten ter beschikking te stellen zonder registratie in het handelsregister op grond van artikel 7a lid 1 Waadi;
- V. te verklaren voor recht dat de opdrachtgevers van Temper in strijd handelen met het bepaalde in artikel 7a lid 2 Waadi;
- VI. te verklaren voor recht dat Temper in de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2019, jegens de werkers die in voornoemde periode werkzaamheden hebben verricht via Temper, artikel 9 Waadi heeft geschonden door een financiële tegenprestatie van € 1,- per gewerkt uur te vragen van de werkers voor haar terbeschikkingstellingsactiviteiten.
- VII. Temper te veroordelen om binnen 14 dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de FNV te voldoen een bedrag ter hoogte van € 100.000,- (zegge: honderdduizend euro) alsmede aan de CNV te voldoen een bedrag ter hoogte van € 100.000,- (zegge: honderdduizend euro), zulks beide ten titel van schadevergoeding ex artikel 15 en 16 Wet CAO jo. artikel 3 Wet AVV, althans een zodanig bedrag als uw Rechtbank in goede justitie vermeent te behoren en te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiair:

- I. te verklaren voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW tussen de opdrachtgevers en de werkers die via Temper werkzaamheden verrichten of hebben verricht bij de opdrachtgevers van Temper;
- II. te verklaren voor recht dat Temper op grond van onrechtmatige daad mede gehouden is tot nabetaling van het achterstallige loon aan de werkers die werkzaamheden verrichten of hebben verricht via Temper;
- III. (vermeerdering) te verklaren voor recht dat Temper tussen alle werkers die werkzaamheden verrichten of hebben verricht via Temper enerzijds, en de opdrachtgevers anderzijds, bemiddelt met het oogmerk om tussen de Temper-werkers en de klant een arbeidsovereenkomst tot stand te brengen zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub b Waadi.
- IV. (vermeerdering) te verklaren voor recht dat Temper in de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2019, jegens de werkers die in voornoemde periode werkzaamheden hebben verricht via Temper, artikel 3 lid 1 Waadi heeft geschonden door een financiële tegenprestatie te vragen van € 1,- per uur van de werkers voor haar bemiddelingsactiviteiten.

Vervallen: Uiterst subsidiair:

- ~~I. te verklaren voor recht dat sprake is van terbeschikkingstelling van arbeid zoals bedoeld in de Waadi en dat Temper in dat kader mede in strijd handelt met artikel 8 Waadi door aan werkers die door Temper tewerk zijn gesteld niet~~

~~hetzelfde loon en andere arbeidsvoorwaarden te betalen als de arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers in gelijkwaardige functies;~~

- ~~II. te verklaren voor recht dat Temper in de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2019, jegens de werkers die in voornoemde periode werkzaamheden hebben verricht via Temper, artikel 9 Waadi heeft geschonden door een financiële tegenprestatie te vragen van € 1,- per uur van de werkers voor haar terbeschikkingstellingsactiviteiten;~~

Primair en subsidiair:

- I. Temper te veroordelen in de buitengerechtelijke incassokosten ten bedrage van € 3357,75 inclusief BTW, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele vordering;
- II. Temper te veroordelen in de kosten van deze procedure.



Advocaat