

DAGVAARDING

COLLECTIEVE VORDERING EX ARTIKEL 3:305a BW jo. 15 e.v. Wet CAO en art. 3 Wet AVV

Heden de tweeduizendtweintig, ten verzoeken van

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV)**, statutair gevestigd en gevestigd te Utrecht,
2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **CNV Vakmensen**, statutair gevestigd en gevestigd te Utrecht:

te dezer zake woonplaats kiezende te (1075 BL) Amsterdam, aan de Sophialaan 33, ten kantore van De Koning Vergouwen Advocaten, van welke kantoor de advocaten mr. drs. M.H.D. Vergouwen en mr. D.P. op den Velde door deze verenigingen als advocaat worden gesteld en als zodanig voor deze verenigingen in rechte zullen optreden, zulks met het recht van substitutie

heb ik:

GEDAGVAARD

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Temper B.V.**, statutair gevestigd en kantoorhoudende te (1066 EP) Amsterdam aan het adres John M. Keynesplein 12, mitsdien aldaar mijn exploitatie doende en afschrift dezes latende aan:

OM

op tweeduizendtweintig, desmiddags te uur, in persoon of vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de Rechtbank Amsterdam, sector Civiel recht (handel), alsdan aldaar zitting houdend in het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 220, ingang Fred. Roeskestraat.

MET DE UITDRUKKELIJKE AANZEGGING

Indien gedaagde verzuimt een advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, zal de rechter verstek tegen gedaagde verlenen en de hierna omschreven vorderingen toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomen.

Bij verschijning in het geding zal van gedaagde een griffierecht worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning.

De hoogte van de griffierechten is vermeld in het meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel.

Van een persoon die onvermogen is, zal een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogen worden geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overlegd:

1. Een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24 lid 2, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
2. Een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet.

TENEINDE

Alsdan het navolgende te horen eisen en concluderen (de hierna te noemen producties zullen op de eerst dienende dag in het geding worden gebracht).

INHOUDSOPGAVE

I.	INTRODUCTIE PARTIJEN EN INLEIDING	5
1.1	Partijen en kern van het geschil.....	5
1.2	Platformarbeid.....	8
II.	JURIDISCH KADER	20
2.1	Inleiding	20
2.2	Arbeidsovereenkomst	20
2.3	Uitzendovereenkomst	34
2.4	Overeenkomst van opdracht	37
2.5	Uitzendrichtlijn, de Waadi en richtlijnconforme uitleg begrippen werknemer en arbeidsverhouding	44
III.	WERKWIJZE TEMPER	50
3.1	Inleiding	50
3.2	Inschrijving bij Temper	53
3.3	Aanmelden voor een klus.....	56
3.4	Op meerdere klussen tegelijkertijd aanmelden	59
3.5	Uurtarieven.....	62
3.6	Annuleren	67
3.7	Vervanging	68
3.8	Op de werkvloer	73
3.9	Checkout	77
3.10	Beoordelingen	79
3.11	Gebruikskosten	81
3.12	Facturen	82
IV.	ANALYSE EN KWALIFICATIE	84
4.1	Inleiding	84
4.2	Primair: uitzendovereenkomst met Temper	84
4.2.1	Inleiding.....	84
4.2.2	Partijbedoeling.....	84
4.2.3	Feitelijke uitvoering partijen	86
4.2.4	Conclusie ten aanzien van primaire vordering	110
4.3	Subsidiar: arbeidsovereenkomst met de opdrachtgevers.....	111
4.3.1	Inleiding.....	111
4.3.2	Werkgeversgezag opdrachtgevers	111

4.4	Uiterst subsidiair: toepasselijkheid Waadi	113
4.4.1	Inleiding	113
4.4.2	Ter beschikking stellen van arbeidskrachten	113
V.	ONTVANKELIJKHEID EN BEVOEGDHEID EX ARTIKEL 3:305 BW	116
5.1	Formele vereisten	116
5.2	Aantekening in centraal register	121
5.3	Overig	121
5.4	Bevoegdheid rechtbank	122
VI.	VOORTRAJECT DAGVAARDING EN VERWEER TEMPER	123
6.1	Sommatie	123
6.2	Onderhandelingen	123
VII.	TOELICHTING VORDERINGEN	124
7.1	Primaire vorderingen	124
7.2	Subsidiaire vorderingen	128
7.3	Uiterst subsidiaire vordering	131
7.4	Primaire, subsidiair en uiterst subsidiaire vorderingen	132
7.5	Bewijsaanbod	132
VIII.	PETITUM	133

I. INTRODUCTIE PARTIJEN EN INLEIDING

1.1 Partijen en kern van het geschil

FNV

- 1.1 FNV is een werknemers-vakvereniging die blijkens haar statuten individuele en collectieve belangen behartigt van aangesloten werknemers en ex-werknemers ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en regelingen die verband houden met c.q. voortvloeien uit het werknemerschap, een en ander in brede zin. Als **productie 1** wordt bijgaand de statuten van FNV overgelegd. Zij sluit daartoe cao's af met werkgevers en werkgeversverenigingen en ziet toe op de naleving daarvan. Uit de statuten blijkt verder dat FNV haar doelen nastreeft voor een grotere groep dan de aangesloten werknemers. In artikel 8.2 sub i is als middel ter verwezenlijking van haar doelen opgenomen: *"het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden of groepen van werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie als bedoeld in artikel 305a Boek 3 BW"*.

CNV

- 1.2 Ook CNV Vakmensen, hierna CNV, is een werknemers-vakvereniging die blijkens haar statuten individuele en collectieve belangen behartigt van (ex) leden. Als **productie 2** wordt bijgaand de statuten van CNV overgelegd. Ook zij sluit daartoe cao's af met werkgevers en werkgeversverenigingen en ziet toe op de naleving daarvan. Ook CNV kent een vergelijkbare bepaling in haar statuten waaruit blijkt dat haar belangenbehartiging verder gaat dan die voor uitsluitend aangesloten leden. In artikel 5 sub j van de statuten is als middel ter verwezenlijking van haar doelen opgenomen: *"alle andere middelen, waaronder begrepen -maar daartoe niet beperkt- het initiëren van, en/of voegen in, gerechtelijke procedures zowel ter bescherming van de belangen van leden of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van belangen van de belangen van werknemers of groepen van werknemers in het algemeen, die bevorderlijk zijn of kunnen zijn tot het bereiken van het doel van de bond"*.
- 1.3 FNV en CNV zijn respectievelijk de grootste en 2^e grootste vakbond in Nederland. Beide zijn bevoegd CAO's af te sluiten, zoals bijvoorbeeld de door hen beide afgesloten CAO voor uitzendkrachten en de CAO Bouw & Infra. Door CNV is ook de KHN (Horeca) cao

afgesloten. Naast het tot stand brengen van CAO's kunnen beide bonden op grond van artikel 3:305a BW blijkens hun statuten rechtsvorderingen instellen die strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van hun leden en werkenden, dan wel groepen van werkenden in het algemeen. Deze vorderingen kunnen geheel of ten dele mede gebaseerd worden op de artikelen 15 e.v. Wet CAO en artikel 3 Wet AVV.

TEMPER

- 1.4 Temper B.V. is opgericht op 3 juli 2015 en actief sinds 1 januari 2016 met als bedrijfsomschrijving: *“online platform ten behoeve van het drijven van een onderneming, opdrachten plaatsen en opdrachten zoeken”*. Als **productie 3** wordt een uittreksel van Temper uit de Kamer van Koophandel overgelegd. Temper is actief in de bemiddeling van – volgens Temper – zelfstandige ondernemers in de sectoren horeca, contractcatering, schoonmaak, retail en logistiek. Temper heeft tevens plannen om ook actief te worden in de bouw & infra en het onderwijs. Temper is op dit moment (alleen) actief in Nederland in een groot aantal steden waaronder Amersfoort, Amsterdam, Alkmaar, Breda, Delft, Den Bosch, Den Haag, Den Helder, Eindhoven, Gouda, Haarlem, Hoorn, Hilversum, Leiden, Nijmegen, Purmerend, Rotterdam, Tilburg, Utrecht en Zaanstad. Alhoewel Temper in meerdere branches actief is, zijn de meest populaire functies die worden ingevuld binnen de horeca: barista, bartending, bediening, catering, hosting, hulpkok, vrijwilligerswerk en zelfstandige kok. Temper omschrijft zichzelf als een *“digitaal prikbord waar opdrachtgevers klussen plaatsen en ‘freeflexers’ een profiel opbouwen om hun diensten te verkopen”*. Temper stelt dat zij de wereld beter wilt laten werken *“Dat is onze droom. Energiker laten werken. Blijer en fitter. Met meer afwisseling. En meer waardering. Dit begint met een positieve blik op de toekomst. Een toekomst waarin we aan flexibel werk net zoveel waarde toekennen als aan vast. Dat moeten we samen doen. Met de overheid, vakbonden en het bedrijfsleven”*. De database van werkers is volgens haar eigen data sinds de oprichting uitgegroeid tot meer dan 33.000 ‘zelfstandigen’ in de Randstad¹. Het eigen vermogen van Temper is in de jaren 2016-2019 gestegen van € 119.926 negatief naar € 3.327.759 positief. Als **productie 4** worden de jaarrekeningen van Temper over de jaren 2016 tot en met 2019 overgelegd. Het aantal flexkrachten binnen Temper groeit hard. Door de begeleiding die Temper bij haar uitzendwerkzaamheden geeft is de vaste staf op het hoofdkantoor begin 2020 gegroeid tot 150 fte. Over de precieze werkwijze van Temper volgt meer in hoofdstuk III. De constructie waarin Temper werkt wordt – samen met andere

¹ Position Paper van Temper over “Werk in de platformeconomie” voor het rondetafelgesprek georganiseerd door de vaste commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

constructies in de zogenaamde platform economie - geschetst in een recente documentaire van de VPRO (zie <https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afleveringen/2018-2019/klik--en-kluseconomie.html>). De evidente nadelen van platformarbeid zoals Temper die organiseert, wordt ook in beeld gebracht in de film "Sorry we missed you" van Ken Loach uitgekomen op 6 maart 2020. De fictie in deze film komt geheel overeen met de werkelijkheid.

- 1.5 Het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van kortdurende arbeid is de kernactiviteit van Temper. Daarmee is Temper een klassieke uitzender inclusief de klassieke allocatiefunctie die daarvoor zo kenmerkend is (doch volgens de Hoge Raad niet (eens) vereist). Dat Temper bij de invulling van die allocatiefunctie gebruik maakt van een app, maakt die kernactiviteit niet anders. Het enig relevante verschil tussen Temper en haar collega-uitzendbureaus is de claim van Temper dat zij niet werkt met uitzendkrachten maar met zelfstandigen.

Kern van het geschil

- 1.6 Partijen hebben een geschil over de kwalificatie van de overeenkomsten die Temper sluit met de door haar ingeschakelde 'Freeflexers', hierna te noemen 'werkers'. Temper stelt dat sprake is van opvolgende overeenkomsten van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW, die worden gesloten tussen de inleners respectievelijk opdrachtgevers en de werkers. Tussen Temper en de werker komt - volgens Temper - tevens een opdrachtovereenkomst tot stand (door Temper 'gebruiksovereenkomst' genoemd). Eisers constateren dat in werkelijkheid sprake is van arbeidsovereenkomsten zoals bedoeld in artikel 7:610 BW en/of uitzendovereenkomsten zoals bedoeld in artikel 7:690 BW. Een platformwerker die voldoet aan de criteria van artikel 7:610 BW kan in relatie tot het platform worden beschouwd als een werknemer die op basis van de arbeidsovereenkomst werkzaam is. Als werknemer maakt een werker aanspraak op de beschermende bepalingen van boek 7 titel 10 BW. Ook kan hij profiteren van aanvullende bepalingen uit verschillende CAO's zoals in casu de AVV CAO's in de uitzendbranche, de horeca, de contractcatering, de detailhandel, de schoonmaak, de bouw, het onderwijs en de logistiek. Ook genieten werknemers de bescherming die voortvloeit uit werknemersverzekeringen waaronder de Werkloosheidwet, de Ziektewet en de WIA. Daarnaast bouwen werknemers pensioen op bij hun werkgever. De wettelijke bescherming die voortvloeit uit werknemerschap dient als ongelijkheidscompensatie tussen economisch ongelijke partijen.

- 1.7 Deze dagvaarding begint met een korte introductie van het fenomeen platformarbeid in paragraaf 1.2. In Hoofdstuk II wordt het centrale juridische kader in deze zaak behandeld. In Hoofdstuk III wordt de precieze werkwijze van Temper geschetst, waarna in Hoofdstuk IV de juridische vertaling daarvan wordt gegeven. In Hoofdstuk V volgt een korte toelichting op de ingestelde eis in zoverre deze (mede) is gebaseerd op artikel 3:305a BW. In Hoofdstuk VI wordt het voortraject van deze dagvaarding en het verweer van Temper geschetst. In hoofdstuk VII volgt een nadere toelichting op de vorderingen en een bewijsaanbod, afgesloten wordt met het petitum in hoofdstuk VIII.

1.2 Platformarbeid

- 1.8 Ondernemingen gebruiken de afgelopen jaren steeds vaker arbeidskrachten via digitale platforms, ook wel “platformarbeid” of “gig economy” genoemd. Er bestaat geen uniforme uitleg van het begrip platform. Eurofund definieert het als volgt: *“een vorm van tewerkstelling waarbij een online platform organisaties of individuen in staat stelt om toegang te verkrijgen tot andere organisaties of individuen om problemen op te lossen of diensten te verlenen tegen betaling”*.² Veel platformbedrijven maken gebruik van zelfstandigen bij het aanbieden van hun diensten.³ Hierdoor mist de platformwerker de arbeidsrechtelijke bescherming die werknemers met een arbeidsovereenkomst wel hebben. Uit de recente Deliveroo-uitspraken blijkt dat vaak verschil van mening bestaat over de juridische status van platformwerkers en de mate waarin ze aanspraak kunnen maken op arbeidsrechtelijke bescherming.
- 1.9 Over de omvang van de platformeconomie lopen de schattingen uiteen. Volgens een onderzoek uit 2018 in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid werkt slechts 0,4% (zo’n 34.000 mensen) van de totale beroepsbevolking in de platformeconomie⁴, zulks meestal gedurende iets meer dan 20 uur per week. Uit een andere enquête blijkt dat 9% van de Nederlandse ondervraagden wel eens werk verricht via een platform.⁵ Anno 2018 bedroegen de gemiddelde verdiensten bij 20 uur werk per week € 787,-, ergo € 39,35 per uur. Een kwart van de platformwerkers verdient € 8,- of minder, 27% van de platformwerkers was werkzaam in de horeca en bouw, 34% het bezorgen van eten, 14% schoonmaken, 14% personen vervoeren en tot slot 11% foto’s

² Eurofound, Employment and working conditions of selected types of platform work, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2018, pagina 9.

³ Bevers in: Cremers-Hartman&DeCasparis, Flexibele Arbeidsrelaties. J.5.6.1.

⁴ Ter Weel e.a. 2018, pagina 27.

⁵ Huws e.a. 2017, pagina 16.

maken.⁶ Vaststaat dat de omvang van de platformeconomie de laatste jaren progressief snel stijgt. In weerwil van een hardnekkig misverstand is slechts een kwart van de platformwerkers jonger dan 25 jaar. Zie voor een recent overzicht ook de Whitepaper Platformwerk in 2020, De tussenstand⁷, en op Europees vlak een rapport van de Europese Commissie: Employment, Social Affairs & Inclusion van 13 maart 2020.⁸ Nog recenter, namelijk op 19 oktober 2020, is in het work programme van 2021 bekend gemaakt dat er Europese wetgeving komt om platformwerkers te beschermen.

- 1.10 Sinds de technologische ontwikkelingen die platformarbeid mogelijk hebben gemaakt, is een wildgroei ontstaan aan platforms: van een digitale butler tot een oppasservice voor kinderen. Hierbij is het van belang om onderscheid te maken tussen de verschillende soorten platforms. Het eerste onderscheid dat valt te maken is tussen het aanbod van goederen (sharing economy of collaborative economy) en het aanbod van diensten (gig economy). Platformarbeid gericht op het aanbod van diensten is vervolgens weer onder te delen in online verrichte arbeid (crowdwork)⁹ en werk dat fysiek wordt verricht (work-on-demand).¹⁰
- 1.11 Een belangrijk onderscheid tussen platformen is de aard van de dienstverlening: (a) het online prikbord, (b) de bemiddelaar en (c) de volwaardige dienstverlening. Allereerst het platform dat zich enkel bezighoudt met het bijeenbrengen van de vraag naar en het aanbod van diensten waaronder (ook) arbeid. Deze platformen worden vaak gedefinieerd als een digitaal prikbord waar advertenties worden geplaatst waarop kan worden gereageerd. Het platform heeft hierbij geen actieve bemoeienis met de inhoud van de overeenkomst tussen de werker en de gebruiker. Een digitaal prikbord 'matcht' zodoende enkel de werker en de gebruiker van het platform met elkaar. Het verdienmodel van dergelijke platforms is veelal dat de werker en/of gebruiker inschrijfgeld betaalt om toegang te verschaffen tot het platform.¹¹ Hoewel de Booking.com-uitspraak niet arbeidsrechtelijk van aard is (er worden accommodaties aangeboden, geen arbeid), is deze uitspraak wel van belang voor de kwalificatie van het type platform. Het Hof Amsterdam oordeelde dat Booking.com enkel als digitaal prikbord fungeert. Het Hof kwam tot dit oordeel doordat Booking.com enkel een platform faciliteert met zoektermen waardoor de mogelijkheid wordt aangeboden om op een zo inzichtelijke mogelijke manier het aanbod van hotelaanbieders en de vraag naar

⁶ SEO rapport 2018-30, "De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland".

⁷ Algemene Bond Uitzendondernemingen, maart 2020.

⁸ European Commission 13 March 2020, 'Study to gather evidence on the working conditions of platform workers'.

⁹ Bijv. Amazon Mechanical Turk. Hierbij worden digitaal microtaken uitgevoerd zoals het labelen van foto's.

¹⁰ Bijv. Uber, Helpling, Deliveroo, thuisbezorgd, Temper, werkspot, Charly Cares, etc.

¹¹ Verhulp 2017, pagina 3.

gebruikers bij elkaar te laten komen.¹² Er was geen sprake van bemiddeling, nu dit een actieve bijdrage vereist en een zekere mate van bemoeienis bij het tot stand komen van de uiteindelijke bijeenkomst en voorwaarden daaraan. Dit digitale online prikbord is arbeidsrechtelijk gezien het minst interessant. Temper kwalificeert gezien haar – vergaande – bemoeienis bij het tot stand komen van zowel de overeenkomst als de gehanteerde voorwaarden dan ook niet als digitaal prikbord, hoewel zij zich zo wel afficheert.

- 1.12 De tweede vorm van platformen zijn de platformen die zich actief bemoeien met de voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen de werker en gebruiker tot stand komt en (op zijn minst) als bemiddelaar kunnen worden aangemerkt. Deze platformen zijn arbeidsrechtelijk gezien al interessanter dan de pure digitale prikborden. Indien het platform namelijk bemiddelt in arbeid kunnen dwingendrechtelijke bepalingen ten aanzien van de arbeidsbemiddeling van toepassing zijn. Dit speelde bijvoorbeeld in de recente Helpling-zaak. Ook daar was discussie over de kwalificatie. De kantonrechter Amsterdam oordeelde dat het schoonmaak-platform 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. De consequentie van deze juridische duiding is dat de regels voor arbeidsbemiddeling zoals neergelegd in de Waadi van toepassing zijn. Indien sprake is van arbeidsbemiddeling waarbij een arbeidsovereenkomst is beoogd tussen de werker en de derde (de klant), zoals bedoeld onder artikel 1 lid 1 sub b Waadi, kan het platform geen vergoeding vragen aan de werker voor het gebruiken van het platform. In de Helpling zaak ontstond (nog) geen arbeidsverhouding tussen het platform en de werker, maar de kwalificatie als bemiddelaar kan wel van belang zijn voor de vraag of sprake is van arbeidsbemiddeling. Temper heeft op onderdelen een vergelijkbare constructie als die van Helpling. Indien Temper zou kwalificeren als arbeidsbemiddelaar, waarover hierna meer, heeft ook Temper ten onrechte tijden lang een bijdrage (van € 1,- per uur, ergo zo'n 8%) gevraagd aan haar werkers voor haar bemiddeling. Dit is verboden. Of op basis van artikel 9 Waadi indien een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen tussen Temper en de werker. Of op basis van artikel 3 Waadi indien die arbeidsovereenkomst wordt aangenomen tussen de werker en de opdrachtgever die de werker te werk stelt. De gevraagde inhouding op het loon van de

¹² Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, r.o. 3.13.

werker is in overleg met FNV Horeca in april 2019 afgeschaft.

- 1.13 Het laatste type platform gaat verder dan het actief bemiddelen tussen platformwerkers en gebruikers. Zij doen dit bijvoorbeeld door middel van het uitstippelen van routes voor de platformwerker bij vervoers- en bezorgdiensten (Deliveroo en Uber), het uitoefenen van invloed op de werktijden van de platformwerker, het vaststellen van een minimum prijs van de dienst en/of het stellen van eisen over voorkomen of veiligheid door bijvoorbeeld kleding-eisen te hanteren.¹³ Het platform fungeert in deze vorm als werkverschaffer en neemt hierdoor de rol van werkgever of opdrachtgever aan.¹⁴
- 1.14 Ook hierbij is jurisprudentie die niet direct arbeidsrechtelijk is relevant. In twee uitspraken van het Europees Hof van Justitie lag de vraag voor of het taxiplatform Uber enkel een technologiedienst is of moet worden aangemerkt als een vervoersdienst.¹⁵ Het Hof concludeert in beide zaken dat Uber weliswaar een technologiedienst (en meer in bijzonder een bemiddelingsdienst) verricht, maar dat deze dienst integrerend onderdeel uitmaakt van een dienstenpakket, waarvan het hoofdelement bestaat uit een vervoersdienst. Aldus moet Uber in zijn geheel worden gezien als een vervoersdienst.¹⁶ In zijn conclusie gaat A-G Szpunar dieper in op het verweer van Uber France dat zij enkel fungeert als prikbord of bemiddelaar. In de uitspraak van het Hof komt dit niet terug. De A-G overweegt dat Uber meer doet dan het enkel bij elkaar brengen van vraag en aanbod. Hij merkt hiertoe onder meer op dat Uber via een algoritme de prijs vaststelt, dat door Uber veel voorwaarden aan de toegang tot de applicatie worden gesteld en dat in feite controle wordt uitgeoefend op de chauffeurs omdat zij worden beloond als ze veel ritten rijden. Uber oefent op deze manier controle uit op alle economisch relevante factoren van de via het platform aangeboden vervoersdienst. De A-G overweegt dat de activiteit van Uber uit een vervoersprestatie bestaat; er wordt een voertuig gevonden en besteld met behulp van de Uber-app en deze dienst wordt economisch gezien door of namens Uber verricht. De A-G overweegt dat het voorgaande uitsluit dat de chauffeurs die via het Uber-platform rijden eigen activiteiten verrichten die onafhankelijk van dit platform zouden bestaan. Deze activiteiten kunnen daarentegen uitsluitend bestaan door het platform. Zonder dit platform zouden de activiteiten geen betekenis hebben. De A-G concludeert hiermee dat Uber een

¹³ Bevers in Cremers-Hartman & De Casparis, *Flexibele Arbeidsrelaties*, J.5.6.2.

¹⁴ J.H. Bennaars platformwerk: bedreiging of kans?, 2018 pagina 4.

¹⁵ HvJ EU 10 april 2018, (C-320/16) (Uber France SAS); HvJ EU 20 december 2017, (C-434/15) (Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL).

¹⁶ HvJ EU 10 april 2018, (C-320/16) (Uber France SAS), r.o. 18-22; HvJ EU 20 december 2017, (C-434/15) (Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL), r.o. 33-40.

daadwerkelijke organisator en uitvoerder van de dienst is, en moet worden aangemerkt als een werkverschaffer en niet enkel als een bemiddelaar of een prikbord. De A-G voegt hier wel aan toe dat dit niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat Uber als werkgever kwalificeert; het is ook mogelijk dat zij als opdrachtgever aangemerkt moet worden.¹⁷

- 1.15 Omdat de online platformeconomie divers is, is het lastig universele uitspraken te doen over arbeidsrechtelijke consequenties. Wel kunnen een aantal algemeen aangenomen voor- en nadelen van de platformeconomie worden verwoord. Het voordeel dat vaak wordt genoemd is dat het zowel het platform als de platformwerkers in staat worden gesteld om op zeer flexibele basis arbeid te (laten) verrichten. De platformwerkers kunnen in sommige gevallen zelf bepalen wanneer zij willen werken en er ontstaan geen strenge werkverplichtingen. Hierdoor kan het platform voor zelfstandigen dienen als een extra bron van inkomsten. Voorts zijn de platformmedewerkers door de technologie weinig (tot geen) tijd kwijt aan administratie. Doordat de toegangseisen tot het platform veelal lager zijn, is het voor de mensen die op de reguliere arbeidsmarkt niet aan de slag kunnen eenvoudig om toe te treden tot het platform.¹⁸ Tot slot brengt de omstandigheid dat het gehele proces inclusief de betaling via het platform digitaal verloopt, mogelijkheden met zich om zwart werk terug te dringen.¹⁹
- 1.16 De nadelen zijn legio. Platformen als Temper maken gebruik van een competitief systeem om het werk te verdelen en het geleverde werk is veelal onderhevig aan evaluatie middels beoordelingen en klantwaarderingen. Zo kan onder andere bij Deliveroo en Uber de bezorger respectievelijk de chauffeurs worden beoordeeld met een cijfer.²⁰ Op deze manier wordt in feite de beoordeling van de platformwerkers uitbesteed aan de uiteindelijke afnemers van de dienst en deze beoordeling heeft ook rechtstreeks invloed op de inzetbaarheid van de platformmedewerkers. Tegen negatieve beoordelingen kunnen platformwerkers zich vaak niet verweren terwijl deze voor hen zeer grote gevolgen hebben. De kwetsbare positie van de platformmedewerkers maakt de vraag naar de toepasselijkheid van het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht van extra groot belang.²¹ Journalist Ron van Gelderen, die noodgedwongen als schoonmaker via het platform Helpling werkt, beschrijft de schrijnende werkelijkheid van platformarbeid als volgt:

¹⁷ Concl. A-G Szpunar bij HvJ EU 11 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:364), randnr. 43-56.

¹⁸ De Vos, 2018, pagina 28.

¹⁹ J.H. Bennaars, platformwerk: bedreiging of kans?, 2018, pagina 6.

²⁰ Garben, 2018, pagina 2.

²¹ Garben 2018, pagina 3

“Welkom in de platformeconomie, waar consumenten op basis van lovende klantrecensies online uiteenlopende diensten bestellen. Was ik een musicalster, dan stond ik na de vijfsterrenregen te schitteren in Carré. In werkelijkheid sta ik aan de schaduwrijke achterzijde van de gig economy, waar tienduizenden banen zijn versnipperd tot klussen; waar verliezers voor een grijpstuiver boenen en chauffeurs; en waar de winnaars, zoals de investeerders in Helpling en Uber, graag het grote geld opstrijken”.²²

- 1.17 Redenen om platformarbeid te bestrijden zijn gelegen in de (volgende, niet complete opsomming van) effecten van Temper(-achtige dienstverlening), die zullen ontstaan als dit op grotere schaal plaatsvindt.
- A. Uitholling van sociale zekerheid, doordat geen WW en Whk-afdrachten plaatsvinden moeten werkers bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid terugvallen op de bijstand hetgeen ten laste van de algemene middelen komt.
 - B. Oneigenlijke kostenvoordelen bij bemiddeling van personeel (premies en belastingen).
 - C. Gebrekkige bescherming van werkers, buiten het arbeidsrecht.
 - D. Loonconcurrentie door te opereren buiten de verplichtingen tot gelijke beloning.
 - E. Ondernijning van sectorale regelingen (cao's en pensioenen), omdat simpelweg niet of door minder mensen wordt deelgenomen.
 - F. Lange-termijn werknemersnadeel, bij gebreke van opbouwende rechten, zekerheden en arbeidsvoorwaarden.
 - G. Ondergraven van de werknemerspositie, waarmee ook het zijn van werkgever in waarde daalt.
 - H. Verschuiving van de machtsbalans tussen werkgever en werkenden, omdat de corrigerende werking van het arbeidsrecht buiten toepassing wordt gelaten.
 - I. Het einde van gereguleerde arbeidsbemiddeling door uitzendbureaus.
- 1.18 Gezien voornoemde redenen is op 11 juli 2019 een initiatiefnota ingediend over ‘*De herovering van de platformeconomie*’.²³ In die nota wordt opgemerkt dat de rechtsgang die naleving zou moeten opleveren voor de individuele werker niet begaanbaar of effectief is. Werkers lopen het risico hun werk te verliezen bij een rechtsgang. Tot die conclusie kwam in het voorjaar van 2019 ook het Hague Institute for Innovation of Law. Dit is één van de (vele) redenen waarom eisers in deze procedure optreden. In de nota wordt nog verwezen naar de adviezen van de commissie Boot die als criteria voor de kwalificatie vraag tussen

²² R. van Gelderen 21 augustus 2020 in: Volkskrant.

²³ Tweede Kamer II 2018-2019, 35230 nr. 2.

werknemerschap en (echte) zelfstandigheid sprak over de duur van het contract, de hoogte van het tarief en de organisatorische inbedding. In de nota wordt als eerste oplossingsrichting een omkering van de bewijslast genoemd. Voorgesteld wordt het platform als werkgever te zien als één van de volgende elementen van toepassing is:

- A. het platform oefent invloed uit op wie al dan niet toegang heeft tot het platform;
- B. het platform zorgt dat bij de dienstverlening bepaalde elementen worden gehanteerd die naar buiten toe een gemeenschappelijk merk of imago uitstralen;
- C. het platform bepaalt de prijzen van de dienstverlening of stelt onder- of bovengrenzen aan;
- D. het platform verwerkt de betalingen tussen platformwerkers en klanten of organiseert de verwerking daarvan;
- E. het platform heeft de bevoegdheid om platformwerkers eenzijdig van het platform te verwijderen.

Indien het platform bedrijf kan aantonen dat aan al deze voorwaarden samen niet wordt voldaan, is het platform 'slechts' een bemiddelaar (in plaats van een werkgever).

- 1.19 Ook de commissie Borstlap gaat in haar advies van 23 januari 2020²⁴ uitgebreid in op platformarbeid:

“Specifieke technologische ontwikkelingen roepen nu al wel vragen op. Eén daarvan is de opkomst van digitale marktplaatsen voor werk; de zogenoemde internetplatforms. Het aandeel platformwerk in de Nederlandse economie is op dit moment nog zeer beperkt, circa 0,4 procent. Mogelijk dat dit de komende jaren toeneemt. Het is niet duidelijk welk deel van het werk op lange termijn efficiënt via internetplatformen kan worden georganiseerd, we weten dus niet of dit een substantieel deel van de arbeidsmarkt gaat betreffen. Deze ontwikkeling lijkt mede afhankelijk van de wijze waarop wetgevers besluiten platformwerk te reguleren; worden platformwerkers gezien als zelfstandigen of als werknemers? In Californië, bakermat van techbedrijven, is recent wetgeving aangenomen, die bepaalt dat platformwerkers in beginsel aangemerkt worden als werknemer.

Platforms kunnen impact hebben op duurzame arbeidsrelaties. Een traditionele verklaring voor het bestaan van bedrijven die langdurige arbeidsrelaties met werkenden aangaan, is dat het ondoenlijk is om alle klussen die gedaan moeten worden in een productieproces op individuele basis in de markt aan te besteden. De transactiekosten hiervan zijn te hoog,

²⁴ Commissie Regulering van Werk, “In wat voor land willen wij werken?”, 23 januari 2020, pagina 23 en 24.

omdat het zoeken van opdrachtnemers tijd en geld kost. Daarnaast is er sprake van beperkte informatie die werkenden en werkgevers van elkaar hebben. Het is dan goedkoper en minder risicovol werkenden langer te binden. Inmiddels zorgen internetplatforms echter voor een drastische verlaging van de transactiekosten en -risico's van aanbesteding van bepaalde, relatief standaard werkzaamheden. Het matchen van werkenden en werkgevers is simpeler geworden door hulpmiddelen die het zoeken vereenvoudigen. Via rating-systemen krijgen werkenden en werkgevers inzicht in de potentiële kwaliteit die kan worden verwacht (reputatie wordt inzichtelijker — een slechte beoordeling (review) kan financiële consequenties hebben). Deze functies maken dat de noodzaak afneemt voor bedrijven om werkenden voor langere tijd aan zich te binden.”

“(.....)”

“Platformen kunnen er voorts toe leiden dat werk steeds minder vaak georganiseerd zal worden via een traditionele werkgever. De werkgever als eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer werk verricht, en die in het arbeidsrecht fungeert als verantwoordelijke of 'geadresseerde' van de in het arbeids-, sociaalverzekeringsrecht en andere wetgeving neergelegde regels en voorschriften, zou in een dergelijk scenario grotendeels kunnen verdwijnen.

Deze ontwikkeling heeft echter wel belangrijke implicaties voor de bescherming en toerusting van werkenden. Wanneer de werkgever verdwijnt als aanspreekpunt voor allerlei aspecten van bescherming - bijvoorbeeld de preventie van en re-integratie bij ziekte - is de vraag hoe we werkenden de gewenste bescherming geven. Een platformwerker kan immers gemakkelijk worden ingewisseld voor een ander zodra blijkt dat die ander het net iets beter of goedkoper kan. Ook voor de waardecreatie leidt dit niet per se tot betere uitkomsten. Het is nu immers vaak de werkgever die investeert in het menselijk kapitaal van werkenden (bijvoorbeeld via opleiding) en het fysiek kapitaal (bijvoorbeeld machines) waarmee de werkende zijn productiviteit kan verhogen. De vraag is of platformwerkers de middelen en prikkels hebben om de maatschappelijk gewenste investeringen te doen. Dat met behulp van digitale platforms werk wordt opgeknipt in gedetailleerd afgebakende taken of klussen, is overigens geen ontwikkeling die uitsluitend is gericht op het ontwijken van arbeidsrechtelijke regulering en kan dan ook niet zonder meer worden beperkt.

Een ander reguleringsvraagstuk ontstaat doordat aanbieders van arbeid sterk afhankelijk kunnen worden van één platform, wat de platformbedrijven in een machtspositie brengt ten

opzichte van de werkenden. Zo bepalen de matching-algoritmes van het platform in hoeveel zoekopdrachten van klanten naam of bedrijf naar boven komt, en kan het platform de prijs die ontvangen wordt voor de diensten begrenzen of zelfs helemaal bepalen. Wanneer platformwerkers zelfstandigen zijn, mogen zij op basis van mededingingsregels niet collectief onderhandelen over de prijs van hun diensten. Platforms kunnen exclusiviteitseisen stellen — diensten mogen dan bijvoorbeeld niet op een concurrerend platform worden aangeboden — en het is lastig of zelfs onmogelijk om klantrecensies mee te nemen naar een ander platform. Dit alles kan ertoe leiden dat de platformwerker op papier zelfstandige is, maar in de praktijk sterk economisch afhankelijk is van het platformbedrijf.”

- 1.20 De waarde van dit lange citaat ligt in het feit dat de commissie een helder beeld schetst van de maatschappelijke context en van de werking - en de risico's van de toename van bedrijven die via een digitaal platform diensten laten verrichten. Daarnaast geldt een groot aantal door de commissie genoemde punten ook voor Temper (zie hoofdstuk III en IV).
- 1.21 Ook de Sociaal Economische Raad (SER) heeft in haar rapport dat op 19 oktober 2020 is verschenen een advies uitgebracht over de platformeconomie.²⁵ In haar rapport stelt de SER vast dat de handhaving van bestaande regelgeving om onterecht inhuren van zzp'ers bij platformbedrijven te voorkomen te kort schiet. Volgens de SER hebben de meeste werkplatforms hun bedrijfsmodel ingericht op het werken met zzp'ers. Redenen daarvoor zijn het grote kostenverschil tussen zelfstandige arbeid en arbeid in loondienst, maar ook grote verschillen in werkgeversrisico's en flexibiliteit. De SER adviseert dat er snel duidelijkheid moet komen over wanneer iemand een zzp'er is of niet. Zolang geen duidelijkheid bestaat over of de platformwerker wel een echte zzp'er is en de handhaving hierop te kort schiet, is er volgens de SER een oneigenlijke prikkel voor platforms om platformwerkers als zzp'er in te zetten. Een gevolg hiervan is dat een deel van de platformbedrijven te kort schiet op 'decent work', ofwel het kunnen werken voor een eerlijk inkomen met sociale bescherming, een veilige werkplek en recht op inspraak op de gang van zaken bij een bedrijf. Tot slot heeft de SER ook het gebruik van algoritmes door platformbedrijven onderzocht. De SER heeft geconcludeerd dat hoewel algoritmes op het eerste gezicht neutraal lijken, dat niet de realiteit is.

²⁵ Sociaal Economische Raad 19 oktober 2020, 'Hoe werkt de platformeconomie?', te raadplegen via: <https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/2020/platformeconomie-hoe-werkt.pdf>.

- 1.22 Het belang van vakbonden bij het bestrijden van Temper is evident. De concurrentiepositie van Temper in voor de (uitzend)arbeid belangrijke markten wordt niet op kwaliteit versterkt, maar op misbruik van regelgeving. De neiging onderdrukkend om dezelfde grote termen te hanteren als de Commissie Borstlap, kan op zijn minst gesproken worden van een in brede zin onwenselijke ontwikkeling op de arbeidsmarkt, als we de verworvenheden van 100 jaar arbeidsovereenkomst opzij laten zetten door een speler die zelfs de meest basale regels negeert.
- 1.23 Het belang bij het bestrijden van de bovengenoemde effect reikt verder dan dat van eisers en hun leden. De inzet van onzelfstandige werkers als vervanging van arbeidskrachten, raakt ook rechtstreekse belangen van de ministeries van SZW en EZ, de Belastingdienst en het UWV. Al deze partijen hebben belang bij de instandhouding van het arbeidsrecht, het sociale zekerheidsstelsel, bij collectief pensioen en doorbetaling bij arbeidsongeschiktheid. Ook kunnen aanspraken ontstaan op WW, WIA en pensioen zonder dat daarvoor premies zijn betaald.²⁶ Eisers hebben er ook belang bij dat werkzaamheden die onder het bereik van een (avv) cao vallen beloond worden overeenkomstig de cao. Eisers hebben er ook belang bij dat de informatie-, privacy en medezeggenschapsrechten van medewerkers gewaarborgd worden.²⁷ Deze maatschappelijke belangen kunnen en moeten worden meegewogen bij de juridische kwalificatie van deze constructie.²⁸
- 1.24 De belangen van werknemers enerzijds en de maatschappij anderzijds werden pijnlijk duidelijk tijdens de Corona-crisis toen bleek dat juist de temperaars tussen wal en schip vielen. De werkers bij Temper voldeden immers veelal niet aan de uren-eis en de eis van inschrijving bij de Kamer van Koophandel van de TOZO en zij konden ook niet op bijstand terugvallen. Overigens is door de coronacrisis nog duidelijker geworden dat Temper doet aan uitzenden. Doordat de grootste aanbieder van werk op Temper, de horeca, werd gesloten vanwege de coronacrisis, zaten veel werkers die via Temper werkzaam waren zonder opdrachten. Temper heeft hier op ingespeeld en is op zoek gegaan naar sectoren in de arbeidsmarkt waar nog wel voldoende vraag was naar arbeidskrachten. Zo heeft Temper binnen een week een nieuwe categorie ‘freelancers’ geïntroduceerd: de thuisbezorgers (FD 12 mei 2020, **productie 5**), en is zij zich tijdens de coronacrisis steeds

²⁶ Zie voor een treffend voorbeeld: het Gouden Kooi-arrest, JAR 2012/109.

²⁷ Zie in dit kader het verzoekschrift dat onlangs is ingediend tegen Uber i.v.m. transparantie over de gegevensverwerking van het platform: <https://ekker.legal/wp-content/uploads/2020/07/Verzoekschrift-Uber-art.-35-UAVG-200720.pdf>.

²⁸ Zie in dat kader Verhulp, Het definiëren van de arbeidsovereenkomst, bewerking van een position paper voor het Ministerie van SoZAWe van 18 augustus 2018: “Nu de arbeidsovereenkomst als kapstok voor veel maatschappelijk relevante belangen wordt gebruikt, is het definiëren daarvan misschien ook wel te belangrijk om alleen aan partijen over te laten”.

meer gaan focussen op distributie en logistiek.

- 1.25 Ook heeft Temper – tevergeefs – geprobeerd voet aan de grond te krijgen in de land- en tuinbouwsector (FD 28 juni 2020, **productie 6**). Doordat boeren en tuinders grote problemen voorzagen met de beschikbaarheid van Oost-Europese arbeidskrachten is de website werkenindetuinbouw.nl opgezet om vraag en aanbod met elkaar in contact te brengen. Temper heeft vlak na de uitbraak van de coronacrisis aangeboden maar liefst 100.000 fte te leveren voor deze nieuwe website. Hier blijkt maar weer eens overduidelijk uit dat de kernactiviteit van Temper het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van kortdurende arbeid is, waardoor zij een klassieke uitzender is. Let ook op het gebruik van FTE (full time eenheden), een term die typerend is voor arbeidsovereenkomsten, niet zzp 'uren'. De 'Freeflexers' die werkzaam zijn via Temper zijn geen zelfstandige ondernemers gespecialiseerd in een bepaalde sector. Integendeel, indien de vraag naar thuisbezorgers hoog is zijn zij in staat zich binnen een week 'om te scholen' naar thuisbezorger. Zo ook bij de tuin- en landbouw: *"Volgens Temper was het nooit de bedoeling langer in de sector actief te blijven, omdat de barista's en bartenders na de heropening van de horeca weer hun oude stiel zouden oppakken. "We zagen de mogelijkheid een win-winsituatie te creëren", reageert de oprichter Niels Arntz"*. Hoogst merkwaardig en atypisch voor een zelfstandig ondernemer, is dat deze plotselinge switch geheel op initiatief van Temper tot stand is gekomen. Deze actie past daarentegen geheel bij een uitzendbureau die tijdelijke vraag bij tijdelijk aanbod van arbeid samenbrengt: de allocatiefunctie. Hieruit blijkt ook dat de werkers die via Temper werken volledig afhankelijk zijn van Temper voor het bemachtigen van een klus. Van zelfstandig ondernemerschap van deze werkers kan niet worden gesproken. Met de omstandigheid dat geen ervaring benodigd is voor het werken via Temper in de sectoren: warehouses, supermarkten, bezorgdiensten, transportbedrijven maakt Temper overigens ook reclame op haar website:

We zijn ons ervan bewust dat ook jij getroffen wordt door de huidige situatie. Door ons platform open te stellen voor nieuwe sectoren hopen we jou voldoende inkomen te bieden.

Het platform is opengesteld voor de sectoren: **warehouses, supermarkten, bezorgdiensten, transportbedrijven en de zorg**. Je hebt hiervoor geen ervaring nodig. Vanaf het moment dat er nieuwe klussen online komen kan jij dus reageren.

- 1.26 Tekenend is tot slot dat Temper het aanbod van hun werkers weer heeft ingetrokken omdat zij de land- en tuinbouwers niet kon garanderen dat zij geen problemen zouden krijgen met

de Belastingdienst over de zzp-status van hun werkers. Als de fiscus achteraf bepaalt dat er een fictief dienstverband is, bestempelen ze het hele factuurbedrag als nettoloon. Hier moet de ondernemer dan loonheffing over betalen plus een boete. Op dit moment wordt een boekenonderzoek uitgevoerd door de fiscus dat moet uitwijzen of de modelovereenkomst zoals ter beschikking wordt gesteld door Temper ook van toepassing is op andere functies dan 'zelfstandig horecaprofessional'.

II. JURIDISCH KADER

2.1 Inleiding

2.1 De meest essentiële vraag omtrent platformarbeid is de juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding van de platformwerkers. Indien de platformwerker voldoet aan de criteria van artikel 7:610 BW kan hij in relatie tot het platform worden beschouwd als een werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is. Wanneer niet is voldaan aan de voornoemde criteria is werknemerschap uitgesloten, en is doorgaans sprake van zelfstandige arbeid op basis van een opdrachtovereenkomst (artikel 7:400 BW), of een overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7:750 BW). Bij een overeenkomst van aanneming van werk verbindt de aannemer zich om tegen een bepaalde prijs specifieke activiteiten van stoffelijke aard tot stand brengen en op te leveren, zoals bijvoorbeeld een gebouw.²⁹ Gezien de aard van het werk dat Temper medewerkers (tot op heden, zulks vooral in de horeca) verrichten, zal de overeenkomst van aanneming van werk in deze dagvaarding verder buiten beschouwing worden gelaten.

2.2 In paragraaf 2.2 zal aan bod komen wanneer de arbeidsverhouding kan worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Hierbij zal tevens worden aangegeven welke elementen wellicht niet volledig aansluiten op platformarbeid. Aangezien bij een platform als Temper altijd sprake is van een driehoeksverhouding tussen de platformwerker, het platform en de gebruiker, is het ook mogelijk dat de arbeidsverhouding tussen de platformwerker en het platform als een uitzendovereenkomst wordt aangemerkt en ter beschikkingstelling in de zin van de Waadi. In paragraaf 2.3 zal de (relevantie van) de ter beschikkingstelling worden toegelicht. In paragraaf 2.4 zal worden uiteengezet wanneer (wel) kan worden gesproken over het verrichten van zelfstandige arbeid op grond van een opdrachtovereenkomst. In paragraaf 2.5 wordt het onderscheid tussen zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid apart behandeld. In paragraaf 2.6 staat de richtlijnconforme uitleg van de begrippen werknemer en arbeidsverhouding en de Waadi centraal.

2.2 Arbeidsovereenkomst

2.3 *"It is no exaggeration to think of the classification of work relationships as the central,*

²⁹ Bevers in: Cremers-Hartman & De Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties* punt F.5.1.

defining operation of any labour law system".³⁰ Uitgangspunt is dat arbeid wordt verricht op basis van een arbeidsovereenkomst.³¹ De definitie van een arbeidsovereenkomst in Nederland is neergelegd in artikel 7:610 BW en luidt als volgt: "*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten*". Dit betreft een dwingendrechtelijke definitie en geen schriftelijke overeenkomst is vereist want, zoals Courcy het in 1907 – ruim een eeuw voordat platformarbeid haar intrede deed – verwoordde: "*Gij kunt zooveel regels van aanvullend recht ten behoeve van arbeiders verzinnen als gij wilt; het zal u niets baten; de werkgever legt hun een contract voor, waarbij zij van hunne rechten afstand doen; wanneer zij hebben geteekend- en zij zullen altijd teekenen behalve in tijden van werkstaking- dan blijft er van al hunnen rechten niets over*".³²

- 2.4 Uit de bepaling van artikel 7:610 BW kunnen vier elementen worden onderscheiden, te weten: (1) de verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid door de werknemer, (2) in dienst van de werkgever, (3) gedurende een zekere tijd (4) waarbij de werkgever verplicht is om hiervoor loon te betalen. In de hiernavolgende paragrafen zullen deze elementen aan de hand van de meest gezaghebbende rechtspraak van de Hoge Raad hieromtrent worden toegelicht.

Arbeid

- 2.5 Ten eerste geldt dat voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst sprake moet zijn van een *verplichting* voor de werknemer om arbeid te verrichten. Als de overeenkomst niet is gericht op het verplichten van arbeid kan geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. In het arrest *Van der Male/Den Hoedt* oordeelde de Hoge Raad dat de tussen partijen gesloten overeenkomst geen andere strekking had dan aan Den Hoedt een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verstrekken. Omdat partijen niet de bedoeling hebben gehad dat Den Hoedt werkzaamheden zou gaan verrichten ontbreekt de verplichting tot het verrichten van arbeid, zodat de overeenkomst niet als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt.³³ Het begrip arbeid dient ruim te worden uitgelegd. In het *Gouden Kooi*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat ook het wonen in een villa ten behoeve van een televisieprogramma kan worden aangemerkt als arbeid.³⁴ Er dient echter wel sprake te zijn

³⁰ S. Deakin & F. Wilkinson, *The law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, in P. Davies, K. Ewing & M. Freedland (red.), *Oxford Monographs on Labour Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, pagina 4.

³¹ Zie bijvoorbeeld preambule van Richtlijn 1977/77; maar ook art. 7:668a BW.

³² Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belifante 1907, pagina 212. Het betreft een citaat uit "*Le droit et les ouvriers*" van Alfred de Courcy, Paris: F. Pichon 1886, pagina 28.

³³ HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*), r.o. 3.4. Zie ook: HR 22 mei 2015, *JAR* 2015/149.

³⁴ HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/594 (*Gouden Kooi*).

van reële arbeid, waarmee wordt bedoeld dat er sprake moet zijn van een voor de werkgever productieve arbeidsprestatie. Zo kan geen arbeidsovereenkomst worden aangenomen indien de verrichte werkzaamheden primair tot doel hebben het opdoen van werkervaring en het vergroten van eigen kennis.³⁵

2.6 Verder moet de werknemer verplicht zijn om deze arbeid *persoonlijk* te verrichten. De Hoge Raad heeft dit bevestigd in zijn uitspraak uit 1957, waarin hij oordeelde dat de krantenbezorgster Zwarthoofd zich niet had verbonden tot het persoonlijk verrichten van arbeid omdat zij zich bij alle door haar toegezegde werkzaamheden kon laten vervangen.³⁶ Indien er volledige vrijheid bestaat bij de werker om de arbeid door een ander te laten verrichten, kan geen arbeidsovereenkomst tussen partijen worden aangenomen. Voorts oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van deze verplichting in *Heger/Geïllustreerde Pers* dat daadwerkelijk sprake moet zijn van een contractuele verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, en dus niet enkel van het feitelijk verrichten van persoonlijke arbeid.³⁷ Anno 2020 vloeit de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten voort uit artikel 7:659 BW. Uit lid 1 van dit artikel volgt dat een werknemer zich wel incidenteel mag laten vervangen met toestemming van de werkgever. Ook indien de werknemer zich zo nodig laat bijstaan in zijn werkzaamheden, kan aan artikel 7:659 BW worden voldaan.³⁸

2.7 Het is zeer voor discussie vatbaar of de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten beschouwd zou moeten worden als een sub-element van het criterium 'arbeid' of van het criterium 'gezagsverhouding'. Verschillende auteurs hebben bepleit om de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten als noodzakelijk element voor een arbeidsovereenkomst, zo niet te laten vervallen, dan op zijn minst zeer kritisch te benaderen.³⁹ De commissie-Boot schreef in haar rapport uit 2016 dat het niet juist is om ervan uit te gaan dat als een contract een 'vrije vervangings-clausule' bevat, dús geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.⁴⁰ De Bock is van mening dat het onjuist is de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten te beschouwen als een element van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst.⁴¹ Zij stelt dat dat dit alleen al volgt uit het feit dat

³⁵ HR 29 oktober 1982, NJ 1983/230 (*Hesseling/De Ombudsman*); HR 14 april 2006, NJ 2007/447 (*Beurspromovendi/UvA*); HR 9 oktober 2016, NJ 2016/276 (*Logidex*).

³⁶ HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Parool*).

³⁷ HR 21 maart 1969, NJ 1969/321 (*Heger/Geïllustreerde Pers*).

³⁸ HR 25 mei 1983, BNB 1984/182.

³⁹ A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, par. 4.2.1 onder 1; P.R. Bartens, "Vrije vervanging" en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid, *TvAO* 2019/1; Zie ook position paper Verhulp, par. 3.

⁴⁰ Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA (Commissie-Boot), eindrapport november 2016, p. 22-23.

⁴¹ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 7.11-7.15.

artikel 7:610 BW deze eis niet stelt. De verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting is opgenomen in Afdeling 7 van Titel 7.10, waarin enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer zijn opgenomen. Met inachtneming van het voorgaande concludeert De Bock dat de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten moet worden beschouwd als een zelfstandige verplichting die rust op de werknemer (net als bijvoorbeeld de verplichting die rust op de werknemer op grond van artikel 7:660 BW). Dit betekent dat áls sprake is van een arbeidsovereenkomst, dat dán geldt dat de werknemer verplicht is om de arbeid persoonlijk te verrichten. Uit het voorgaande volgt dat een vrije vervangingsclausule op zichzelf niet in de weg staat aan de kwalificatie als arbeidsovereenkomst; de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten is daarvoor namelijk geen vereiste.

- 2.8 Zowel het aspect dat het verrichten van de arbeid *verplicht* moet zijn als het aspect dat de arbeid *persoonlijk* moet worden verricht lijken problematisch te zijn bij het kwalificeren van de arbeidsrelatie van een platformwerker als een arbeidsovereenkomst. De platformwerker lijkt in principe geen verplichting te hebben om arbeid te verrichten. Het lijkt of het de platformwerker vrij staat zelf te bepalen wanneer hij het platform gebruikt en dus wanneer hij arbeid verricht. Er lijkt derhalve zelden tot nooit een harde verplichting te bestaan om te komen werken (in het geval van platformwerk: de app aanzetten). Daarnaast lijkt de platformwerker de vrijheid te hebben om de arbeid niet persoonlijk te verrichten, hetgeen doorgaans een indicatie is dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.
- 2.9 In het bovenstaande staat veelvuldig 'lijkt'. Bij dit alles kan immers de kanttekening worden geplaatst dat de selectie van platformwerkers via verschillende platforms verloopt op basis van openbare profielen. De klant krijgt voorafgaand aan de opdracht gegevens van de platformwerker zoals de naam, het telefoonnummer en bij bijvoorbeeld Uber het kenteken. Dit maakt het noodzakelijk voor de uitvoering van de opdracht dat de platformwerker de opdracht persoonlijk verricht.⁴²
- 2.10 De mogelijkheid van een werkende zich te laten vervangen, betekent niet dat geen arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen.⁴³ Platformbedrijven regelen (ondertussen) hun contracten zo in dat op papier altijd een vrije vervanging aanwezig lijkt. Er wordt aldus een papieren werkelijkheid gecreëerd. Die papieren werkelijkheid en het gegoochel met woorden verleide de London Employment Tribunal om bij Ubers

⁴² Kruit & Ouwehand 2018, pagina 4.

⁴³ Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 (pilot). Dit betrof een fiscale zaak.

contracten te spreken over ‘twisted language’.⁴⁴ In de eerste Deliveroo uitspraak hechtte de kantonrechter nog waarde aan deze papieren werkelijkheid. In de tweede Deliveroo zaak oordeelde de kantonrechter tegenovergesteld. Er werden door Deliveroo immers objectieve eisen gesteld aan de vervanger. Pas als de vrije vervangbaarheid ertoe leidt dat de werker ook andere werkers aan de slag houdt kan dit volgens deze kantonrechter leiden tot een overeenkomst van opdracht.

- 2.11 In een (van de vele) PostNL za(a)k(en) werd als zodanig geoordeeld omdat de pakketbezorger er een businessmodel van had gemaakt.⁴⁵ In de Pimlico beslissing oordeelde het Supreme Court dat een vervangingsclausule die de facto beperkt is tot door de opdrachtgever goedgekeurde werkers, die vervanging niet in de weg staat aan het aannemen van een persoonlijke verplichting tot het verrichten van arbeid.⁴⁶
- 2.12 Volgens de jurisprudentie van de CRvB is nog sprake van (een verplichting tot) het persoonlijk verrichten van arbeid indien vervanging uitsluitend plaatsvindt uit een selectie, aan de werkgever bekende groep, of indien vervanging (zo nodig zonder medeweten van de werkgever) plaatsvindt uit een bepaalde groep van personen met specifieke kwalificaties.⁴⁷ Ook uit de fiscale jurisprudentie volgt dit beeld: vervanging uit een vaste poule van gekwalificeerde werkers betekent dat aan het vereiste van het persoonlijk verrichten van arbeid is voldaan.⁴⁸ Van den Berg oordeelt op basis van een CRvB-uitspraak⁴⁹ over een depothouder, dat voor een Temper medewerker alleen in het geval hij zich volledig laat vervangen, niet meer van persoonlijke arbeid kan worden gesproken (onderstreping door ons, advocaten).⁵⁰

In dienst van: gezag

- 2.13 De Hoge Raad heeft zich in meerdere uitspraken uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van een gezagsverhouding. Uit het arrest *Groen/Schoevers* volgt dat in de zinsnede ‘*in dienst van de andere partij*’ besloten ligt dat dit element vereist dat sprake is van een

⁴⁴ London Employment Tribunal, 28 oktober 2016, case no 2202555/15 (Aslam & Farrer vs Uber BV).

⁴⁵ Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686. Zie ook datzelfde Hof 1,5 jaar later: 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314.

⁴⁶ Supreme Court 13 June 2018, Judgement Pimlico Plumbers vs Smith (2018) USKC 29, r.o. 34. Zie ook Central Arbitration Committee, 17 November 2017, case no: TUT1/985 (2016), (IWGB vs Deliveroo) en M. Ford, Pimlico Plumbers: Cutting the Gordian Knot of Substitution Clauses. UK Labour Blog, 19th July 2018.

⁴⁷ L. van den Berg, Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen, Den Haag: BJI 2010, pagina 104-105.

⁴⁸ Hof den Haag 22 augustus 2017; ECLI:NL:GHDHA:2017:2415.

⁴⁹ CRvB 5 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV1423.

⁵⁰ L. van den Berg, Platformarbeid: biedt het Rariteitenbesluit soelaas?; TRA 2019/15, pagina 4.

gezagsverhouding.⁵¹ Dit vereiste, dat doorgaans als het meest onderscheidende element van de arbeidsovereenkomst wordt gezien, brengt met zich dat de werknemer zich verbindt om onder het gezag van de werkgever de bedongen arbeid te verrichten.⁵² Dit betekent dat de werkgever ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden instructies mag geven aan de werknemer. Hierbij is niet vereist dat de werkgever daadwerkelijk instructies en aanwijzingen geeft, de enkele bevoegdheid om dit te kunnen doen is voldoende.⁵³ De Hoge Raad oordeelde in dit kader in *Beurspromovendi/UvA* dat een bescheiden mate van zeggenschap voldoende kan zijn om gezag aan te nemen.⁵⁴

- 2.14 Er kan hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen materieel en formeel gezag. Onder materieel gezag wordt verstaan het geven van werkinhoudelijke instructies, zodat het hierbij gaat om het geven van instructies of aanwijzingen over de wijze waarop het werk wordt verricht. Bij formeel gezag gaat het om organisatorische instructies, zoals bijvoorbeeld instructies omtrent de plaats waar de arbeid moet worden verricht en de werktijden waarbinnen dit dient te gebeuren.⁵⁵ Dit betreffen aanwijzingen ter bevordering van de goede orde in de onderneming (artikel 7:660 BW). Het formele gezagsbegrip heeft hiermee betrekking op de werkdiscipline, in de zin dat de arbeidsrelatie een gebruikelijke organisatorische inbedding heeft gekregen. In het *Imam*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat ook indien enkel sprake is van formeel gezag, aan het gezagscriterium kan worden voldaan.⁵⁶ Hierdoor is het ook mogelijk om bij zeer specialistisch werk of juist zeer eenvoudig werk een (formeel) gezagsverhouding aan te nemen. Een grote mate van vrijblijvendheid bij de taakvervulling noch het niet hebben van het recht van de werkgever om specifieke handelingen aan de werker op te leggen staan het aannemen van een gezagsrelatie en daarmee een arbeidsovereenkomst niet in de weg. Zie in dit kader ook het *Kriterion*-arrest waar de Hoge Raad het gezagscriterium niet zozeer invult langs de lijn van het kunnen geven van instructies, maar waarin het zwaartepunt van de beoordeling ligt bij de inbedding in de organisatie.⁵⁷ De moderne gezagsrelatie bestaat thans meer uit de omstandigheid dat de werker deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever en de uitgevaardigde regels, gebruiken en gewoonten aanvaardt.⁵⁸ In gelijke zin oordeelde de

⁵¹ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

⁵² Zwemmer 2012, pagina 17.

⁵³ Boot 2005, pagina 26-27.

⁵⁴ HR 14 april 2006, *NJ* 2007/447 (*Beurspromovendi/UvA*).

⁵⁵ Houweling e.a. 2015, pagina 133-134.

⁵⁶ HR 17 juni 1994, *JAR* 1994/152 (*Imam*).

⁵⁷ HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, *JAR* 2015/133.

⁵⁸ Zie onder meer A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 145; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'De eeuw van de Wet op de Arbeidsovereenkomst', *NJB* 2007/1390, par. 4; E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', par. 4, in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: Sdu 2019, p. 255-262.

Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest.⁵⁹

- 2.15 Het kunnen uitoefenen van gezag is het belangrijkste criterium waarop de werkgever zich onderscheidt van de opdrachtgever, die de opdrachtnemer enkel 'aanwijzingen' kan geven (artikel 7:402 BW).⁶⁰ Het antwoord op de vraag of het gaat om uitoefenen van gezag of enkel het geven van aanwijzingen is sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Voor platformwerkers lijkt het soms lastig om te spreken van een gezagsverhouding. De platformwerker wordt veelal beoordeeld door de klant en deze beoordeling heeft vaak rechtstreekse invloed op de inzetbaarheid van de platformwerker: platformwerkers met lage beoordelingen worden minder vaak gekozen.⁶¹ Bovendien kan een platformwerker in beginsel zelf besluiten wanneer hij arbeid wil verrichten. Deze flexibiliteit wordt als één van de grote voordelen van platformarbeid aangemerkt, maar lijkt op het ontbreken van een gezagsverhouding te wijzen.⁶²
- 2.16 Hiertegenover staat dat er vaak wel allerlei voordelen en bonussen aan zijn verbonden indien de platformwerkers op bepaalde momenten zijn ingelogd.⁶³ A-G Szpunar merkt in zijn conclusie met betrekking tot Uber op dat een dergelijke indirecte controle die is gebaseerd op financiële stimulansen en beoordelingen door de passagiers even doelmatig, zo niet doelmatiger kan zijn.⁶⁴ Daarnaast maakt een platform veelal gebruik van een algoritme om vraag en aanbod goed op elkaar aan te laten sluiten. Dit geeft het platform de mogelijkheid het gedrag van de platformwerkers te beïnvloeden.⁶⁵ Zo is bekend van Uber dat zij het rijgedrag van de chauffeurs bijhoudt en zelfs aanwijzingen geeft om hun rijgedrag te verbeteren.⁶⁶ Ook dit zou kunnen wijzen op een gezagsverhouding. Zo oordeelde dan ook het Court de Cassation in Frankrijk op 4 maart 2020, 9 jaar nadat Uber in Europa (in Parijs) was neergestreken: Uberwerkers zijn werknemers met arbeidsrechtelijke bescherming.⁶⁷
- 2.17 De door de Hoge Raad gebezigde invulling van het gezagscriterium sluit aan bij die van het Hof van Justitie, die niet alleen kijkt naar het 'onder leiding werken', maar ook naar de

⁵⁹ HR 4 november 2016, NJ 2017/370.

⁶⁰ Said 2017, pagina 59.

⁶¹ J.H. Bennaars, *Holistische duiding arbeidsrelaties* 2018, pagina 35.

⁶² Kloostra 2019, pagina 290.

⁶³ J.H. Bennaars, *Holistische duiding arbeidsrelaties* 2018, pagina 35.

⁶⁴ Concl. A-G Szpunar 11 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:364, (*Elite Taxi-Uber*) randnr. 52.

⁶⁵ M. Ivanova, J. Bronwicka, E. Kocher, A. Degner, *The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management*, Arbeit Grenze Fluss, Work in Progress interdisziplinärer Arbeitsforschung Nr. 2. J. Kloostra, 'Ondergeschikt aan het algoritme', TRA 2020/71.

⁶⁶ Calo & Rosenblat 2017, pagina 1623-1690.

⁶⁷ Arrêt no 374 du 4 mars 2020.

organisatorische inbedding én de economische realiteit. Uit het arrest *FNV/Kiem* volgt dat iemand geen zelfstandige is als hij (i) onder leiding van zijn werkgever handelt voor wat betreft de vrijheid om zijn tijdschema van de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, (ii) hij niet deelt in de economische risico's van de werkgever en (iii) hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming waarmee hij een economische eenheid vormt.⁶⁸ Verhulp en De Bock concluderen op basis van deze uitspraak dat niet alleen wordt gekeken naar het 'onder leiding werken', maar dat ook de organisatorische inbedding van de werker én de economische realiteit hierbij moeten worden betrokken: de werker die zelf bij het uitoefenen van de werkzaamheden van de organisatie waarbinnen hij werkt niet een zelfstandig financieel risico loopt, zal snel als werknemer worden beschouwd.⁶⁹

2.18 Verhulp wijst in dit kader ook naar de fiscale rechtspraak waar deze benadering niet ongebruikelijk is.⁷⁰ Verhulp acht het ondenkbaar dat piloten (van Ryanair), remplaçanten in orkesten alsmede verpleegkundigen (bij het Slootervaartziekenhuis) ooit zouden kunnen kwalificeren als zelfstandige. Dat is ondenkbaar omdat ze in het orkest, onder leiding van een dirigent, hun werkzaamheden verrichten. Het is ook ondenkbaar dat een remplaçant in een orkest als zelfstandige arbeid verricht omdat zijn individuele arbeidsprestatie in het orkest (zonder de organisatie en medewerking van de 'opdrachtgever') niet te vermarkten is en de opbrengst van zijn arbeid dus niet volledig en rechtstreeks aan hem kan worden betaald.⁷¹ Verhulp vervolgt met de constatering dat de Nederlandse beoordeling van een overeenkomst die strekt tot het verrichten van arbeid steeds verder uit de pas loopt met de Europese.⁷²

2.19 In de recente *Yodel*-uitspraak verwijst het Europese Hof naar het *FNV/Kiem*-arrest en overweegt het dat onder bepaalde omstandigheden geen sprake is van een werknemer in EU-rechtelijke context indien het een werker vrij staat:

- *“to use subcontractors or substitutes to perform the service which he has undertaken to provide;*

⁶⁸ ECJ 20 November 2001, C-268/99 (Jany and others), zie in vergelijkbare zin: HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media), en al eerder HvJ EG 16 december 1975, cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Jur. 1975, p. 1663, onder 476 (Coöperatieve vereniging Suiker Unie UA e.a. v Commissie).

⁶⁹ Position paper Verhulp 2017, Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 9.22.

⁷⁰ Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 (pilot).

⁷¹ HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, EU:C:2014 (FNV Kunsten informatie en Media). Zie ook het Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, dat niet verder gaat dan te overwegen dat de remplaçant een schijnzelfstandige is als bedoeld in het voornoemde arrest van het HvJ EU.

⁷² Zie ook in deze zin A. Stege, noot bij JA 2015/19 en veel genuanceerder G.C. Boot, Groen Schoevers op losse schroeven?, arbeidsrecht 2015/14.

- *to accept or not accept the various tasks offered by his putative employer, or unilaterally set the maximum number of those tasks;*
- *to provide his services to any third party, including direct competitors of the putative employer;*
- *to fix his own hours of “work” within certain parameters and to tailor his time to suit his personal convenience rather than solely the interests of the putative employer, provided that, first, the independence of that person does not appear to be fictitious and, second, it is not possible to establish the existence of a relationship of subordination between that person and his putative employer.”⁷³*

2.20 Uit deze uitspraak volgt dat, zoals tevens door De Bock wordt geconcludeerd in haar conclusie, dat éérst moet worden nagegaan of geen sprake is van schijnzelfstandigheid, en of sprake is van ondergeschiktheid, en daarna aan de hand van de concrete omstandigheden moet worden getoetst of inderdaad (geen) sprake is van een werknemer.⁷⁴ In de uitspraak worden geen nieuwe gezichtspunten gegeven voor de vraag wanneer (in weerwil van de afwezigheid van een gezagsverhouding toch) sprake is van schijnzelfstandigheid. Bennaars concludeert dan ook dat de geformuleerde rechtsregel alle ruimte aan de nationale rechter laat om, zelfs als aan alle vier omstandigheden is voldaan, toch tot de conclusie te komen dat sprake is van fictieve zelfstandigheid.⁷⁵ Said is van mening dat tevens rekening moet worden gehouden met de aard van de werkzaamheden. Indien in de aard van het werk besloten ligt dat de werker enige mate van vrijheid zal (moeten) hebben bij het ver- en inrichten van zijn werkzaamheden, dan moet volgens haar minder gewicht toekomen aan de in de *Yodel*-uitspraak geformuleerde omstandigheden. Anders zou arbeidsrechtelijke bescherming voor pakketbezorgers – en ook andere platformwerkers – geheel buiten bereik komen te liggen.⁷⁶

2.21 In haar conclusie van 17 juli 2020 trekt De Bock gelet op het voorgaande een aantal (terechte) conclusies ten aanzien van het gezagsvereiste.

1. Bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, is het bestaan van een instructiebevoegdheid steeds minder een onderscheidend gezichtspunt. Er zijn andere manieren dan het geven van instructies om ervoor te zorgen dat werkers het werk uitvoeren zoals de werkverschaffer dat wenst. Werkgeversgezag kan zich hierdoor op

⁷³ HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel Delivery*), JAR 2020/145, r.o. 45.

⁷⁴ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 9.27.

⁷⁵ J.H. Bennaars in haar annotatie bij het arrest in *Tijdschrift Arbeidsrecht in Context*, 2020/2, p. 81-86.

⁷⁶ HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel Delivery*), JAR 2020/145, m.nt. Said.

veel verschillende manieren manifesteren.

2. In plaats van het centraal stellen van een instructiebevoegdheid is het veel belangrijker om te kijken naar de organisatorische inbedding van het werk. Dit gezichtspunt ziet op de vraag of de werkzaamheden van de werker een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering.
3. Van veel minder belang is of de werker zich al dan niet mag laten vervangen, omdat het zich kunnen laten vervangen op zichzelf niets verandert in de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. Pas als de werker zélf een onderneming drijft door op structurele basis andere mensen in te huren om zijn werk te verrichten (en in die zin zelf gezag uitoefent), wordt dit anders.
4. Ook ten aanzien van de gezagsverhouding moet de '*wezen gaat voor schijn*'-doctrine worden gehanteerd. Dat betekent dat moet worden heen gekeken door 'strategische contractsbepalingen', die tot doel hebben het bestaan van een gezagsverhouding te verhullen. Anders wordt geen recht gedaan aan de ongelijkheidscompensatie als grondbeginsel van het arbeidsrecht.
5. Er moet meer aandacht zijn voor de economische realiteit. Indien arbeid buiten een dienstbetrekking wordt verricht, zal sprake moeten zijn van een zekere mate van ondernemerschap. Ontbreekt ondernemerschap, dan zal in de regel sprake zijn van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst.⁷⁷

Loon

- 2.22 In het BW kan geen omschrijving van het begrip loon worden gevonden. De Hoge Raad heeft in *Zaal/Gossink* bepaald dat onder loon moet worden verstaan: '*datgene wat als bedongen tegenprestatie voor de bedongen arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is*'.⁷⁸ Oftewel het loon is de tegenprestatie voor de geleverde arbeid. Dit criterium zal over het algemeen niet voor problemen zorgen bij het kwalificeren van de arbeidsrelatie van de platformwerker. Een platformwerker ontvangt immers ook een tegenprestatie voor de werkzaamheden die hij via het platform verricht. Dit kan anders zijn indien de platformwerker niet rechtstreeks door het platform wordt betaald, maar direct door de afnemer van de dienst. In dat geval is in de relatie tussen het platform en de platformwerker niet voldaan aan het element loon.⁷⁹

⁷⁷ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 5.55.

⁷⁸ HR 18 december 1953, NJ 1954/242 (*Zaal/Gossink*).

⁷⁹ J.H. Bennaars, *Holistische duiding arbeidsrelaties* 2018, pagina 35.

De partijbedoeling

- 2.23 Door de wetgever wordt steeds vaker geventileerd dat sprake zou zijn van onduidelijkheid over het gezagscriterium.⁸⁰ Door Verhulp⁸¹ wordt geconstateerd dat het gezagscriterium niet het werkelijke probleem is, maar een verkeerde lezing van *Groen/Schoevers*, waardoor te veel accent op de partijbedoeling wordt gelegd. In dit kader heeft Verhulp een analyse gemaakt over de discrepantie tussen lagere rechtspraak en die van de Hoge Raad over het gezagscriterium. Lagere rechters lijken in toenemende mate bereid om partijen ruimte te geven een opdrachtovereenkomst in plaats van een arbeidsovereenkomst te sluiten. De partijbedoeling wordt door kantonrechters dan van belang geacht en deze bedoeling wordt afgeleid uit het contract.
- 2.24 Het arrest *Groen/Schoevers* valt te beschouwen als het standaardarrest voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. De beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610 BW dient volgens *Groen/Schoevers* te worden gemaakt aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval. Hierbij geldt dat “(...) *wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven*”.⁸² Deze feiten en omstandigheden dienen in onderlinge samenhang te worden gezien, waarbij geen één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. Deze beoordeling wordt ook wel gedefinieerd als een ‘holistische benadering’. Bij deze beoordeling kan volgens de Hoge Raad ook de maatschappelijke positie van partijen een rol spelen.⁸³ Gezien de maatschappelijke positie van de heer Groen (belastingadviseur) werd in die zaak meer waarde gehecht aan zijn initiële bedoeling geen arbeidsovereenkomst te sluiten. Door deze holistische benadering is het mogelijk dat een bepaalde omstandigheid bij een ander feitencomplex anders wordt gewaardeerd, zodat de kwalificatievraag anders zal worden beantwoord.⁸⁴
- 2.25 In het *Diosynth/Groot*-arrest herhaalt de Hoge Raad de lijn die is ingezet sinds *Groen/Schoevers*. De toevoeging dat niet één enkel kenmerk beslissend is ontbreekt hier echter. De Hoge Raad geeft voorts aan dat de partijbedoeling van belang “*zij het niet*

⁸⁰ Zie brief minister SoZaWe van 9 februari 2018, Roadmap vervanging Wet DBA alsmede de brief van dezelfde minister van 22 juni 2018, Uitwerking maatregelen “werken als zelfstandige”.

⁸¹ Position paper op verzoek van het ministerie van SoZaWe 18 augustus 2018.

⁸² HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

⁸³ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

⁸⁴ Said 2017, pagina 65.

zonder meer beslissend” is voor de kwalificatievraag.⁸⁵ In *UvA/Beurspromovendi* oordeelt de Hoge Raad dat hoewel partijen de overeenkomst als een ‘beursovereenkomst’ hadden aangemerkt dit geen beletsel was om een arbeidsovereenkomst aanwezig te achten.⁸⁶ De initiële kwalificatie van partijen wijkt hier dus voor de feitelijke uitvoering. De ‘bedoeling van partijen’ speelt op Europees niveau geen rol.

2.26 De Hoge Raad heeft in meerdere arresten, waaronder *Van Houdts/BBO*, *Thuiszorg Rotterdam/PGGM* en het *Gouden Kooi*-arrest, de bewuste bedoeling van partijen om geen arbeidsovereenkomst te sluiten wegens fiscale of andere redenen, hoewel zij zich feitelijk tegenover elkaar gedragen als werkgever en werknemer, gepasseerd.⁸⁷ Sinds het *Gouden Kooi*-arrest gebruikt de Hoge Raad een licht aangepaste formulering ten opzichte van *Groen/Schoevers*, namelijk: bij de beoordeling “(...) *dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht geslagen te worden op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst*”.⁸⁸ Volgens Verhulp geeft deze verwoording van het *Groen/Schoevers*-criterium de bedoeling ervan beter weer. “*De door partijen gekozen contractsvorm is niet relevant, maar de wijze waarop partijen beogen zich ten opzichte van elkaar te gedragen of zich feitelijk ten opzichte van elkaar hebben gedragen, is relevant*”, aldus Verhulp.⁸⁹ Oftewel, partijen krijgen niet de vrijheid de overeenkomst zelf juridisch te duiden, het gaat om de beoordeling van de feitelijke uitvoering die partijen beogen.⁹⁰ Het arbeidsrecht heeft immers een dwingendrechtelijk karakter. Dit betekent dat, indien is voldaan aan de elementen van artikel 7:610 BW, sprake is van een arbeidsovereenkomst.

2.27 Zie in deze lijn ook het recente arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019 in een pachtzaak, het *Inscharing*-arrest.⁹¹ De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.2.2 dat de pachtovereenkomst staat omschreven in art. 7:311 BW (de overeenkomst waarbij de ene partij, de verpachter, zich verbindt aan de andere partij, de pachter, een onroerende zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw en de pachter zich verbindt tot een tegenprestatie). De Hoge Raad vervolgt: “*Indien de inhoud*

⁸⁵ HR 10 december 2004, JAR 2005/15 (*Diosynth/Groot*).

⁸⁶ HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (*UvA/Beurspromovendi*).

⁸⁷ HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (*Van Houdts/BBO*); HR 13 juli 2007, NJ 2007/244 (*St. Thuiszorg Rotterdam/PGGM*); HR 25 maart 2011, NJ 2011/594 (*Gouden Kooi*). Zie ook: HR 9 oktober 2016, NJ 2016/276 (*Logidex*).

⁸⁸ HR 25 maart 2011, NJ 2011/594 (*Gouden Kooi*).

⁸⁹ Verhulp, *Platformwerkers verdienen meer!* 2018, pagina 2.

⁹⁰ In gelijke zin: P.J. Manser, Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst, *Arbeidsrecht* 2019/45.

⁹¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*-arrest).

van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een pachtovereenkomst.⁹² Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de regeling van pacht te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de pachtovereenkomst". Even verder (rechtsoverweging 3.2.4) overweegt de Hoge Raad dat het Hof de wet heeft miskend door voor de kwalificatie van de overeenkomst beslissend te achten of partijen de bedoeling hebben gehad een pachtovereenkomst aan te gaan. De bedoeling van partijen is, aldus de Hoge Raad, *"voor de kwalificatie van de overeenkomst echter niet van belang"*.

- 2.28 In haar conclusie van 17 juli 2020 heeft A-G De Bock er in lijn met het *Inscharing*-arrest voor gepleit dat de partijbedoeling geen rol meer zou moeten spelen bij het beoordelen van de arbeidsrelatie. De zaak in kwestie draait om een vrouw die met behoud van haar uitkering op basis van een participatietraject onbeloond tweemaal zes maanden had gewerkt voor en bij de gemeente Amsterdam. De vrouw stelt zich op het standpunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter en het Hof zijn haar daarin niet gevolgd, reden waarom zij cassatie heeft ingesteld bij de Hoge Raad. A-G De Bock stelt dat het wenselijk is dat de Hoge Raad verduidelijkt dat bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet van belang is of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. Waar het volgens De Bock om gaat is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Daarbij moet de rechter (i) aan de hand van de Haviltex-maatstaf de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen vaststellen (de inhoud van de overeenkomst). Vervolgens moet worden beoordeeld (ii) of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (de kwalificatie van de overeenkomst).⁹³ Volgens De Bock dient de betekenis van de bedoeling van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van de overeenkomst op te schuiven van 'niet doorslaggevend' naar 'niet van belang'.⁹⁴

- 2.29 Geconcludeerd kan worden dat de Hoge Raad nooit aan partijen de ruimte heeft willen geven om de overeenkomst zelf juridisch te duiden, zie o.a. de hiervoor reeds genoemde arresten *Thuiszorg Rotterdam/PGGM* en het *Gouden Kooi*-arrest. Deze lijn van de Hoge

⁹² Vgl. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:874, r.o. 4.4.5.

⁹³ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 5.55.

⁹⁴ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 5.56.

Raad komt overeen met die van het Europese Hof.⁹⁵ Ook in de Europese rechtspraak staat niet de partijbedoeling centraal, maar gaat het om 'objectieve kenmerken' van de arbeidsverhouding. Het gaat erom dat materieel voldaan wordt aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst, namelijk dat een persoon (i) gedurende een bepaalde tijd (ii) voor een ander en onder diens leiding (iii) prestaties levert en (iv) in ruil daarvoor een beloning ontvangt. Het Hof abstraheert dus van de partijbedoeling en kijkt naar de feitelijke vormgeving van de arbeidsverhouding. Een mogelijke verklaring voor de afwijkende Nederlandse – lagere – rechtspraak is volgens Verhulp dat in die procedures maatschappelijke of andere belangen anders dan de partijbedoeling niet naar voren worden gebracht. Dat geschiedt in deze procedure uitdrukkelijk wel (zie hoofdstuk I).

- 2.30 Ten aanzien van de holistische benadering heeft de Kantonrechter in de tweede Deliveroo uitspraak geoordeeld dat wanneer veel over een contract is onderhandeld, hier ook meer waarde aan kan worden gehecht. De kantonrechter oordeelde dat aan het standaard contract bij Deliveroo en de bezorgers geen doorslaggevende waarde kon worden gehecht, omdat dat contract volledig eenzijdig door Deliveroo was opgesteld en niet onderhandelbaar was.⁹⁶ In de tweede Deliveroo-uitspraak is door de Kantonrechter als één van de te beoordelen elementen in deze holistische benadering tevens het 'ondernemerschap' meegewogen. Volgens de Hoge Raad is sprake van zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf indien de werkzaamheden zelfstandig en voor rekening worden verricht en een ondernemersrisico wordt gelopen. Of een ondernemersrisico zich voordoet, dient onder andere te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of de belastingplichtige voor de verwerving van opbrengsten afhankelijk is van het zelfstandig aantrekken en behouden van klanten.⁹⁷ Ook volgens het Europese Hof⁹⁸ dient een dienstverlener niet aangemerkt te worden als zelfstandig marktdeelnemer, lees ondernemer, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever, doordat hij geen van de uit de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en werkzaam is als de in de onderneming van bedoelde opdrachtgever opgenomen medewerker.

⁹⁵ HvJ EU 3 juli 1986, C-66/85, EU:C:1986:284 (Lawrie-Blum) r.o. 20; HvJ EU 13 januari 2004, C-256/01, EU:C:2004:18 (Allonby), r.o. 70; HvJ EU 7 september 2004, C-456/02, EU:C:2004:488 (Trojani) r.o. 16.

⁹⁶ Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, JAR 2019/23.

⁹⁷ HR 16 september 1992 BNB 1992/370, ECLI:NL:HR:1992:ZC5085.

⁹⁸ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV/Kiem).

Rechtsvermoedens

- 2.31 Om de steller van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst tegemoet te komen is reeds in 1999 het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW ingevoerd. Op grond van dit artikel wordt vermoed dat iemand die gedurende drie opvolgende maanden, wekelijks dan wel tenminste twintig uren per maand, ten behoeve van een ander arbeid verricht tegen beloning, dit doet op basis van een arbeidsovereenkomst. Het ligt dan op de weg van de andere partij om dit bewijsvermoeden eventueel te weerleggen, bijvoorbeeld door aan te tonen dat op basis van een opdrachtovereenkomst wordt gewerkt. Ook in deze zaak wordt op dit rechtsvermoeden een uitdrukkelijk beroep gedaan. Overigens blijkt uit evaluatie van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid dat individuele werknemers nauwelijks beroep doen op rechtsvermoedens in verband met hun kwetsbare positie. Ook om deze reden is het collectief optreden van FNV en CNV belangrijk (zie in dit kader ook hoofdstuk V).

2.3 Uitzendovereenkomst

Platformarbeid en de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding

- 2.32 Bij platformarbeid is naast het platform en de platformwerker altijd (in ieder geval) sprake van een derde partij, namelijk de gebruiker van het platform. Hierdoor kan, indien wordt geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, de arbeidsrelatie bij platformarbeid niet worden gekwalificeerd als een traditionele arbeidsovereenkomst, waarbij enkel sprake is van een werkgever en een werknemer. Bij platformarbeid is er namelijk sprake van een driehoeksverhouding tussen het platform, de platformwerker en de gebruiker van het platform. Tot 1 januari 2020 was de enige driehoeksverhouding die apart werd gedefinieerd in het BW de uitzendovereenkomst (per 1 januari 2020 werd immers een aparte categorie van payrolling geïntroduceerd in artikel 6:692 BW en 7:692a BW (nieuw)). De uitzendovereenkomst vormt hiermee een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is bij de uitzendwerkgever. De uitzendwerkgever stelt arbeidskrachten ter beschikking aan een derde. In artikel 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst als volgt gedefinieerd: *“De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde”*.

- 2.33 Uit dit artikel kunnen vier criteria worden onderscheiden, te weten: (1) er is sprake van een arbeidsovereenkomst, (2) de uitzendwerknemer wordt ter beschikking gesteld aan een derde, (3) de terbeschikkingstelling geschiedt op basis van een opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde en (4) de uitzendwerknemer verricht de arbeid onder toezicht en leiding van de derde.⁹⁹

Arbeidsovereenkomst

- 2.34 Om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst, dient te zijn voldaan aan de criteria van artikel 7:610 BW. Deze elementen dienen in de driehoeksverhouding tussen werknemer, uitzendbureau en inlener aanwezig te zijn.¹⁰⁰ De omstandigheid dat de elementen aanwezig dienen te zijn in de driehoeksverhouding, kan verwarrend zijn bij het criterium dat sprake moet zijn van werkgeversgezag. De uitzendwerkgever kan de feitelijke (lees: vooral de materiële) gezagsuitoefening namelijk delegeren aan de inlener waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht.¹⁰¹ Het delegeren van gezag staat derhalve niet in de weg aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer.¹⁰² De uitzendwerkgever delegeert het gezag met betrekking tot de te verrichten werkzaamheden aan de inlener. Het werkgeversgezag ten aanzien van andere (lees: vooral formele) verplichtingen die kunnen voortvloeien uit de uitzendovereenkomst blijft bij de uitzendwerkgever. Zwemmer stelt hierover dat het feitelijke gezag bij de inlener komt te liggen en dat het contractuele gezag bij de uitzendwerkgever blijft. Voorbeelden van contractueel gezag zijn: vakantie- en verlofaanvragen, contractverlenging, ontslag en ziek- en betermeldingen.¹⁰³

Het ter beschikking stellen van de arbeid

- 2.35 De uitzendwerknemer sluit een arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever. Vervolgens stelt de uitzendwerkgever de werknemer op basis van een inleenovereenkomst ter beschikking aan de inlener.¹⁰⁴ Deze terbeschikkingstelling dient te geschieden in het kader van het beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever. Dit betekent dat geen sprake is van een uitzendovereenkomst als de uitzendwerkgever de werknemer slechts zeer incidenteel uitleent aan een derde.¹⁰⁵ Denk aan een advocatenkantoor dat eenmalig een

⁹⁹ Zie ook Vergouwen, "Uitzendovereenkomst en payroll", SDU Commentaar Arbeidsrecht, Den Haag 2020.

¹⁰⁰ Zwemmer 2012, pagina 84-87.

¹⁰¹ HR 14 oktober 1977, NJ 1978/31.

¹⁰² Van Kempen 2013, pagina 240-247.

¹⁰³ Zwemmer 2017, pagina 5.

¹⁰⁴ Barentsen & Sagel 2017, pagina 3.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, pagina 14-18.

advocaat ter beschikking stelt.

- 2.36 De allocatiefunctie van de uitzendwerkgever is niet formeel opgenomen in de wettekst van artikel 7:690 BW. In de literatuur heeft discussie plaatsgevonden over de vraag of de allocatiefunctie al dan niet moet worden beschouwd als één van de vereisten van artikel 7:690 BW.¹⁰⁶ De Hoge Raad heeft zich in het *Care4Care*-arrest uitgelaten over de rol die de allocatiefunctie speelt binnen de uitzendovereenkomst. De Hoge Raad oordeelt dat niet meer vereisten moeten worden gelezen in artikel 7:690 BW dan in de letterlijke tekst staan en dat derhalve de allocatiefunctie niet aanwezig hoeft te zijn om van uitzending te kunnen spreken.¹⁰⁷ Dit betekent dat driehoeksverhoudingen waarbij het samenbrengen van vraag naar en aanbod van arbeid geen rol speelt (zoals bijvoorbeeld bij intra-concern detachering en payrolling), ook binnen het bereik van artikel 7:690 BW vallen. Sinds 1 januari 2020 is de Wet arbeidsmarkt in balans ingetreden, waarmee een nieuw payrollregime is geïntroduceerd in de artikelen 7:692 BW, 7:692a BW en 8a Waadi. Daar waar de werkgever geen actieve rol heeft gespeeld bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid door actieve werving van de uitzendkracht en inleners en sprake is van exclusieve ter beschikkingstelling, is vanaf 2020 sprake van payrolling en daarmee een apart arbeidsvoorwaardelijk en arbeidsrechtelijk regime.

Krachtens opdrachtovereenkomst

- 2.37 De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer dient te geschieden op basis van een opdrachtovereenkomst (artikel 7:400 BW), tussen de uitzendwerkgever en de inlener. De wetgever heeft met deze bewoordingen willen benadrukken dat bijvoorbeeld een overeenkomst tot aanneming van werk niet tot uitzending kan leiden.¹⁰⁸

Onder leiding en toezicht van de derde

- 2.38 De werkzaamheden in het kader van een uitzendovereenkomst worden verricht onder toezicht en leiding van de derde. In zijn arrest van 21 november 1997 heeft de Hoge Raad bepaald dat het begrip 'toezicht en leiding' moet worden opgevat als een vorm van werkgeversgezag uitgevoerd door de inlener.¹⁰⁹ In *StiPP/Care4Care* is door de Hoge Raad overwogen dat voor de vraag of sprake is van 'toezicht en leiding' dezelfde maatstaven gelden als voor de gezagsverhouding van artikel 7:610 BW. Voorts heeft hij verduidelijkt

¹⁰⁶ Zwemmer 2017, pagina 1.

¹⁰⁷ HR 4 november 2016 NJ 2017/370 (*Care4Care*), r.o. 3.4.2.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, pagina 33.

¹⁰⁹ HR 21 november 1997, JAR 1998/16.

dat niet alleen sprake is van ‘toezicht en leiding’ als daadwerkelijk instructies worden gegeven. Ook indien de opdrachtgever aanwijzingen mag geven en slechts een instructiebevoegdheid heeft, kan worden aangenomen dat de werknemer onder toezicht en leiding staat.¹¹⁰

Helpling

- 2.39 De rechter moet duidelijk motiveren waar leiding en toezicht ligt.¹¹¹ Een voorbeeld van een zaak waarin dit niet gebeurde betreft de procedure van FNV jegens Helpling. Op 1 juli 2019 heeft de kantonrechter naar de mening van FNV ten onrechte geoordeeld dat geen sprake is van een arbeids- of uitzendovereenkomst tussen Helpling en de schoonmakers en dat Helpling enkel fungeert als bemiddelaar (zie onder randnummer 1.12).¹¹² Kort gezegd komt de Kantonrechter tot het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Helpling en de schoonmakers omdat geen werkgeversgezag van Helpling kan worden vastgesteld. Ten aanzien van de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst overweegt de kantonrechter enkel dat uit de omstandigheid dat geen arbeidsovereenkomst bestaat tussen Helpling en de schoonmakers, volgt dat ook geen uitzendovereenkomst bestaat.
- 2.40 De rechter heeft in deze uitspraak een onjuiste maatstaf aangehouden en is er aan voorbij gegaan dat sprake moet zijn van werkgeversgezag in de driehoeksverhouding tussen uitzendwerkgever, uitzendwerknemer en inlener. De rechter is er ten onrechte aan voorbij gegaan dat Helpling als uitzendwerkgever haar werkgeversgezag met betrekking tot de uitvoering van de werkzaamheden deels heeft gedelegeerd aan de klant (inlener) als derde en er dus wel degelijk is voldaan aan het vereiste van werkgeversgezag van Helpling en dat dus sprake is van een uitzendovereenkomst tussen Helpling en de schoonmakers. De kantonrechter had in zijn overweging moeten meenemen in hoeverre er sprake is van contractueel gezag bij Helpling en gedelegeerd gezag bij de klant.

2.4 Overeenkomst van opdracht

Zelfstandige zonder personeel

- 2.41 De afgelopen jaren is het aantal zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp'ers) enorm

¹¹⁰ HR 4 november 2016 NJ 2017/370 (*Care4Care*); zie ook: Hof Amsterdam 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034, JAR 2017/169; Hof Amsterdam 12 september 2017, JAR 2017/267.

¹¹¹ HR 17 juni 2011, USZ 2011/218, r.o. 3.3.4.

¹¹² Ktr. Amsterdam 1 juli 2019, JAR 2019/171.

gestegen. In 2017 waren er maar liefst 1,1 miljoen zzp'ers.¹¹³ De zzp'er kent momenteel nog geen wettelijke basis, en er worden dan ook verschillende definities gehanteerd. Een veel gebruikte definitie is dat zzp'ers aangemerkt worden als personen die, anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst, in opdracht van een opdrachtgever met behoud van eigen vrijheid en zelfstandigheid tegen beloning werkzaamheden verrichten.¹¹⁴ Zzp'ers verrichten deze werkzaamheden op basis van een opdrachtovereenkomst of een overeenkomst tot aanneming van werk. Nu de platformwerkers van Temper diensten verrichten wordt slechts stil gestaan bij de definitie van de opdrachtovereenkomst. Deze is neergelegd in artikel 7:400 BW en luidt als volgt: *“De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken”*.

- 2.42 In het voorgaande is de definitie van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW reeds besproken. Aan het criterium loon en arbeid zal veelal ook door een zzp'er worden voldaan. Daarentegen moet bij een arbeidsovereenkomst ook sprake zijn van de hiervoor uitvoerig besproken gezagsverhouding, hetgeen vaak als het meest onderscheidende criterium wordt aangemerkt. Indien geen sprake is van een gezagsverhouding, is de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst uitgesloten. Dit criterium kan echter problematisch zijn omdat de opdrachtnemer op grond van artikel 7:402 BW ook aanwijzingen van de opdrachtgever moet opvolgen indien deze tijdig zijn gegeven. Hierdoor kan het lastig zijn te bepalen of sprake is van 'werkgeversgezag' dan wel van 'opdrachtgeversgezag'. De aanwijzingen bij een opdrachtovereenkomst kunnen slechts betrekking hebben op de te leveren dienst. De opdrachtgever kan door middel van de opdracht aanwijzingen geven ten aanzien van het eindresultaat, niet ten aanzien van de wijze waarop dat wordt bereikt. Doet hij dat toch, dan kan de opdrachtnemer de opdracht weigeren of de overeenkomst opzeggen. Dergelijke aanwijzingen die gegeven mogen worden door opdrachtgevers in het kader van een opdrachtovereenkomst betreffen slechts noodzakelijke instructies. Onder noodzakelijke instructies wordt verstaan algemene- en veiligheidsinstructies met een langere looptijd. Niet noodzakelijke instructies zijn instructies die zien op de inhoud van de werkzaamheden en de wijze waarop het werk uitgevoerd moet worden. Het uitgangspunt

¹¹³ Schoukens & Montebovi 2019, pagina 355.

¹¹⁴ Boot 2012, pagina 1.

voor het werken als zelfstandige is dat je zelf bepaalt welke klussen je wanneer doet en op welke manier. In dat kader wordt gesproken van een resultaatsverplichting, waarbij de zelfstandige vrij is om te bepalen hoe hij dit resultaat realiseert. Bij een arbeidsovereenkomst is daarentegen sprake van een inspanningsverplichting. Indien de instructies slechts een “*nadere bepaling van de verlangde prestaties inhouden*”, is geen sprake van een gezagsverhouding zoals kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst, maar is sprake van een opdrachtovereenkomst.¹¹⁵

- 2.43 Het belangrijkste verschil tussen een arbeidsovereenkomst en een opdrachtovereenkomst ziet op het verschil in arbeidsrechtelijke bescherming waaronder pensioen alsmede rechten op sociale zekerheid(s uitkeringen). De dwingendrechtelijke werking van de arbeidsovereenkomst dient als bescherming van degene die in een (economisch) afhankelijke positie verkeert. Deze arbeidsrechtelijke bescherming brengt echter wel kosten en verplichtingen voor de werkgever met zich, zoals onder andere loondoorbetaling bij ziekte en ontslagbescherming. Hierdoor kan het voor de werkgever aantrekkelijk zijn om met zelfstandigen te werken. Anderzijds kunnen ook de werkers zelf er belang bij hebben om als zelfstandigen te worden aangemerkt, onder meer vanwege de flexibiliteit, het verwerven van arbeid die alleen aan zelfstandigen wordt aangeboden en de mogelijkheid een hoger uurloon te genieten.
- 2.44 Partijen kunnen zich echter niet onttrekken aan het wettelijk regiem door een overeenkomst enkel anders te benoemen. Enerzijds bestaan er werkers die de vrijheid van het ondernemerschap verkiezen boven deze arbeidsrechtelijke bescherming en terecht zijn gekwalificeerd als zzp'ers. Anderzijds kan een werker als een zzp'er behandeld worden, terwijl de feiten en omstandigheden duiden op een arbeidsovereenkomst. Er is dan onjuist gekwalificeerd en hierbij wordt ook wel gesproken van schijnzelfstandigheid.¹¹⁶ Veel platformen, zoals ook Temper, maken gebruik van (schijn)zelfstandigen die zogenaamd werkzaam zijn op basis van een opdrachtovereenkomst en zogenaamd ondernemer zijn. In de recente Deliveroo-uitspraken stond de vraag centraal of de kwalificatie van de bezorgers als zelfstandigen juist is. De vraag naar schijnzelfstandigheid speelt daarentegen niet alleen bij platformwerkers. Illustratief hiervoor zijn de PostNL-uitspraken, waarin de vraag centraal stond of de bezorgers als zelfstandigen aangemerkt moesten worden zoals PostNL betoogde of dat zij in werkelijkheid werknemers waren die werken op

¹¹⁵ HR 18 december 1991, *BNB* 1992/78.

¹¹⁶ Boot 2016, pagina 3-5.

basis van een arbeidsovereenkomst. In drie van de twaalf gewezen uitspraken werd geoordeeld dat de bezorgers hun werkzaamheden verrichtten op basis van een arbeidsovereenkomst, en er derhalve onjuist gekwalificeerd was. In de overige zaken werd geoordeeld dat zij dit deden op basis van een opdrachtovereenkomst.¹¹⁷ De tendens van de laatste jaren is dat steeds meer werknemers ten onrechte te werk worden gesteld als schijnzelfstandigen, reden waarom procedures als de onderhavige noodzakelijk zijn.

- 2.45 Er bestaan nog steeds grote verschillen tussen de feiten en omstandigheden die nationale rechters van belang achten om tot een juiste kwalificatie van (schijn)zelfstandigheid te komen.¹¹⁸ Een doorbraak in dit kader is de wetswijziging (Assembly Bill 5, hierna AB5) in Californië die per 1 januari 2020 bepaalt dat Uber haar taxichauffeurs in dienst moet nemen. AB5 onderscheidt echte zelfstandigen van mensen die in een verkapt dienstverband werken. Voor de nieuwe wet ben je alleen nog een zelfstandige als je werkt doet dat niet tot de kernactiviteiten van je opdrachtgever behoort. Deze wet is er gekomen op voordracht van het Californische Hooggerechtshof die adviseerde haar visie wetgevend te verankeren.¹¹⁹ Analisten denken dat door deze wetgeving arbeid in Californië 20 tot 30% duurder wordt. Dat was en is voor Uber en Temper ook precies de reden om met schijnzelfstandigen te werken. Deze nieuwe wet in de vijfde economie in de wereld en geboortegrond van de platformarbeid wordt door velen als zeer symbolisch gezien. Voorts mag men ook verwachten dat het 'meervoudig werkgeverschap', waarbij meerdere entiteiten kwalificeren als werkgever een thema blijft in de '*fissured workplace*'.¹²⁰ Daarnaast is het voor staten mogelijk regelgeving uit te werken voor het deel van de zelfstandigen dat economisch afhankelijk is, zoals de *worker* in het VK, *lavoratore parasubordinati* in Italië of *trabajador autónomo económicamente dependiente* in Spanje.
- 2.46 Zoals reeds toegelicht wordt bij het kwalificeren van een arbeidsverhouding geabstraheerd van de partijbedoeling en slechts gekeken naar de feitelijke vormgeving van de arbeidsverhouding. Deze wijze van kwalificeren is in overeenstemming met het karakter van ons arbeidsrecht, met de jurisprudentie van de Hoge Raad (*Gouden Kooi*) en met de

¹¹⁷ In de volgende gevallen werd geoordeeld dat wel sprake was van een arbeidsovereenkomst: Rb Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; Rb Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232; Rb Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226.

¹¹⁸ N. Countouris & V. De Stefano, New trade union strategies for new forms of employment, Brussel: ETUC 2019; N. Countouris, V. De Stefano & M. Freedland (red), Special issue: Testing the "Personal Work" Relation: New Trade union strategies for new forms of employment, European Labour Law Journal 2019/3.

¹¹⁹ Supreme Court of California 30 April 2018 (Dynamex Operations West, Inc. The superior Court of Los Angeles County), S222732.

¹²⁰ D. Weil, The Fissured Workplace, Harvard: Harvard University Press 2014, p. 424. Het gaat om de situatie waarbij ondernemingen geen werknemers meer aanstellen maar een complex aan "kleine ondernemingen".

rechtspraak van het Hof van Justitie. In de zaak FNV Kiem/Staat der Nederlanden¹²¹ heeft het Hof van Justitie het volgende ten aanzien van de kwalificatie van een zelfstandige opgemerkt:

“(....) dat volgens vaste rechtspraak een dienstverlener zijn hoedanigheid van zelfstandige marktdeelnemer, en dus van ondernemer kan verliezen, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever, doordat hij geen van de uit door de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico’s draagt (....).

Voorts moet het begrip “werknemer” in de zin van het recht van de Unie zelf worden gedefinieerd aan de hand van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, rekening houdend met de rechten en verplichtingen van betrokken personen. Op dit punt is het vaste rechtspraak dat het hoofdkenmerk van deze verhouding is gelegen in de omstandigheid dat een persoon gedurende een bepaalde tijd onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning. (...).

In dit verband heeft het Hof reeds gepreciseerd dat de kwalificatie als “zelfstandige” naar nationaal recht niet uitsluit dat een persoon niet worden aangemerkt als “werknemer” in de zin van het recht van de Unie, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhuult (...).

Bijgevolg wordt aan de status van “werknemer” in de zin van het recht van de Unie niet afgedaan door het feit dat een persoon naar nationaal recht of fiscale, administratieve of bureaucratische gronden als zelfstandige is aangeworven, voor zover die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen (...), hij niet deelneemt in de commerciële risico’s van die werkgever (....) en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt (....).”

- 2.47 Een aantal schrijvers hebben de relevantie van het arrest *FNV/Kiem*-arrest voor de beantwoording van de kwalificatie vraag groot genoemd. Boot¹²² merkt op dat de enkele

¹²¹ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*).

¹²² G.C. Boot, “Groen Schoevers op losse schroeven?”, *Arbeidsrecht* 2015/14.

partijbedoeling in EU-verband niet relevant is in het proces van de juridische kwalificatie voor zover deze niet gestaafd wordt door feitelijke gedragingen. De omschrijving van het begrip schijnzelfstandigheid door het Hof is ruim. Boot acht het *FNV/Kiem*-arrest van groot belang voor de verdere ontwikkeling van het Nederlandse arbeidsrecht. Alt¹²³ stelt vast dat uit het *FNV/Kiem*-arrest blijkt dat het Europese Unierecht een veel objectievere maatstaf ter zake van de kwalificatie van de (schijn)zelfstandigheid voorschrijft dan de Nederlandse rechter. Het Hof beoordeelt veel meer of de werker al of niet zijn marktgedrag bepaalt dan wel dat hij volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever doordat hij geen van de uit de werkzaamheden van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en werkzaam is als in de onderneming van bedoelde opdrachtgever opgenomen medewerker. Middels deze objectieve toetsing wordt meer aan ongelijkheidscompensatie gedaan.

- 2.48 Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst is zoals hiervoor reeds besproken vooral de feitelijke uitvoering van groot belang.¹²⁴ Aan de hand van alle omstandigheden van het geval zal steeds moeten worden beoordeeld of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. De rechtspraak op dit terrein is zeer casuïstisch. Een aanwijzing dat sprake is van een opdrachtovereenkomst is onder meer dat de werker zich als zelfstandig ondernemer manifesteert in het maatschappelijke verkeer. Hiervan is sprake indien de werkzaamheden voor eigen rekening en risico worden verricht.¹²⁵ Een indicatie hiervoor is bijvoorbeeld dat de werker per factuur wordt betaald, dit wordt aangemerkt als een wijze van betaling die niet gebruikelijk is bij een arbeidsovereenkomst.¹²⁶ Voorts kan de vraag of sprake is van een reële onderhandelingsvrijheid over de voorwaarden van belang zijn.¹²⁷ Dit gebrek aan onderhandelingsvrijheid werd in een aantal PostNL-uitspraken meegewogen in het oordeel dat geen sprake was van een opdrachtovereenkomst, maar juist van een arbeidsovereenkomst.¹²⁸ Daarnaast is van belang dat een zzp'er zelfstandig werkt en er derhalve sprake is van een zekere

¹²³ H.J.W. Alt, "de gedwongen vrijheid van de maaltijdbezorger en de plannen van het kabinet Rutte III", TRA 2018/36.

¹²⁴ Zie uitvoerig over de kwalificatieproblematiek (al dan niet expliciet toegespitst op ZZP'ers): C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, pagina 100-110; E. Verhulp, 'De overeenkomst van opdracht', in: E. Verhulp c.a. (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002, pagina 5-39; G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, pagina 93-105; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, pagina 8-10 en J.J. Trap, 'De werknemer en de opdrachtnemer', in: J.J.M. Theeuwes c.s., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

¹²⁵ L. van den Berg in: Verhulp & De Wolf, *Flexibele arbeidsrelaties (MSR nr. 25)* 2017/6.2.3.

¹²⁶ Rb. Amsterdam 15 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8880; Hof Amsterdam 23 juni 2015, AR 2015/1220; Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013.

¹²⁷ Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, zie ook de 2^e Deliveroo uitspraak.

¹²⁸ Vgl. Rb. Den Haag 26 juni 2013, JAR 2013/193; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, AR 2015/2627.

beroepsmatige onafhankelijkheid.¹²⁹ Ook indien de werker gebruik maakt van eigen bedrijfsmiddelen kan dit een indicatie zijn voor zelfstandig ondernemerschap.¹³⁰ Een contra-indicatie van een opdrachtovereenkomst betreft de omstandigheid dat de werkzaamheden met de bedrijfsmiddelen en ten kantore van de werkverschaffer worden verricht.¹³¹ Tevens wijst de omstandigheid dat de werkzaamheden van de werker behoren tot de normale bedrijfsarbeid van de werkverschaffer op het aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst.¹³²

2.49 Van den Berg wijst met betrekking tot de afwezigheid van zelfstandig ondernemerschap nog op de jurisprudentie van de CRvB waaruit blijkt dat de omstandigheid dat een werker voor het verkrijgen van werk afhankelijk is van het tussenkomst bureau een belangrijke contra-indicatie vormt van zelfstandig ondernemerschap.¹³³ In een uitspraak van het Hof omtrent chauffeurs/pakketbezorgers werd tevens tussenkomst aangenomen. Doorslaggevend in die zaak werd geacht dat de chauffeurs niet beschikten over een vervoersvergunning, geen eigen bestelbus hadden, niet zelfstandig naar buiten optraden als ondernemer en nagenoeg geen vrijheid hadden om de werkzaamheden zelf in te delen.¹³⁴ Andere relevante contra-indicaties voor zelfstandig ondernemerschap in de fiscale jurisprudentie zijn de omstandigheid dat het uurloon ongebruikelijk laag is voor zelfstandig ondernemers en dat in naam van de opdrachtgever wordt gewerkt.¹³⁵

2.50 Overige omstandigheden die in de jurisprudentie een rol spelen bij deze beoordeling zijn de navolgende:

- de wijze waarop de inkomsten uit arbeid zijn opgegeven in de IB-aangifte (loon uit arbeid of 'meewerkaf trek');¹³⁶
- wel of geen afdracht sociale premies;¹³⁷
- de verplichting tot het dragen van bedrijfskleding van de opdrachtgever;¹³⁸

¹²⁹ Said 2017, pagina 57.

¹³⁰ Hof Den Haag 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ5984.

¹³¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, JAR 2014/173.

¹³² HR 15 september 2006, JAR 2006/244 (*Slipschoolinstructrice/ANWB*).

¹³³ Zie: CRvB 21 november 1990, RSV 1991/127; CRvB 27 november 1997, RSV 1997/7; CRvB 27 november 1997, USZ 1998/14. Overigens is ook een privaatrechtelijke dienstbetrekking (uitzend overeenkomst) in een dergelijk geval heel goed denkbaar, vgl. CRvB 1 september 2005, ECLI:NL:CRvB: 2005:AU2439.

¹³⁴ Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA 2018:752, TRA 2018/94, m.nt. S.S.M. Peters.

¹³⁵ Zie verder: L. van den Berg, Tussen feit en fictie, Den Haag: BJU 2010, pagina 140-142

¹³⁶ Hof Den Haag 7 april 2009, LJN: BI3543.

¹³⁷ Ktr. Amsterdam 26 oktober 2011, LJN: BU1428; Hof Amsterdam 18 januari 2011, LJN: BP2971; Rb. Leeuwarden 11 maart 2009, LJN: BH5952; Hof Amsterdam 3 februari 2009, LJN: BH4194; Ktr. Leeuwarden 16 juli 1999, JAR 1999/167 (inhoudingen premies krachtens afspraken tussen NOS en Lisv leiden niet tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst). Zie ook de feitelijke instanties in de zaak Diosynth/Groot (HR 10 december 2004, JAE 2005/15).

¹³⁸ Hof Amsterdam 3 februari 2009, LJN: BH4194.

- is er gecontracteerd met een natuurlijke persoon of met een rechtspersoon (de werkmaatschappij)?¹³⁹
- de mate waarin de opdrachtgever instructies heeft gegeven ten aanzien van de werkzaamheden;¹⁴⁰
- heeft de opdrachtnemer specifieke investeringen gedaan die in een gewone werkgever-werknemerrelatie voor rekening van de werkgever zouden komen (is ondernemingsrisico gelopen)?¹⁴¹
- het al dan niet aanwezig zijn van andere opdrachtgevers (dan wel afhankelijkheid van één opdrachtgever);¹⁴²
- de duur van de arbeidsrelatie en de wijze waarop de arbeidsverhouding eventueel eerder is vormgegeven;¹⁴³

2.51 Bovenstaande gezichtspunten zijn niet altijd één op één toepasbaar op platformarbeid. Zoals ook De Bock betoogt vindt de moderne gezagsuitoefening namelijk plaats door middel van financiële stimulansen en een beoordelingssysteem: *“Daarmee wordt in feite door de constructie ‘heengeprikt’ en gekeken naar de economische realiteit. Dat is een inzicht dat ook van belang is bij de beoordeling van (met name) platformarbeid”*.¹⁴⁴ Indien arbeid buiten dienstbetrekking wordt verricht, zal sprake moeten zijn van een zekere mate van ondernemerschap. Als dat niet het geval is, is er in beginsel sprake van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst.

2.5 Uitzendrichtlijn, de Waadi en richtlijnconforme uitleg begrippen werknemer en arbeidsverhouding

Uitzendrichtlijn

2.52 Vanaf begin jaren tachtig heeft de Europese Commissie gewerkt aan de totstandkoming

¹³⁹ In het laatste geval wordt geen arbeidsovereenkomst aangenomen, omdat het zich verzet met het personenrechtelijke element van artikel 7:610 jo. 7:659 BW (zie Rb. Leeuwarden 11 maart 2009, LJN: BH5952).

¹⁴⁰ Hof Amsterdam 15 april 2004, JAR 2004/130 (aanwijzingen onvoldoende om gezagsverhouding aan te nemen, nu deze ook op grond van artikel 7:402 BW kunnen worden verstrekt); Rb. Den Haag 5 september 2001, JAR 2001/198 (vergaande instructies omtrent het fotomateriaal van de ANP-fotograaf, eisen van exclusiviteit en permanente beschikbaarheid, wijst op gezagsverhouding ex artikel 7:610 BW); in gelijke zin Ktr. Nijmegen 12 november 2004, JAR 2005/20; Ktr. Hilversum 7 maart 2001, JAR 2001/72 (het werken in teamverband onder leiding en toezicht van een derde impliceert gezagsverhouding), in gelijke zin Ktr. Hilversum 11 maart 1998/172. Het enkele feit dat werktijden contractueel zijn vastgelegd, is onvoldoende voor het aannemen van een gezagsrelatie (HR 8 mei 1998, JAR 1998/168 (MCE/Edelenbos)).

¹⁴¹ Hof Amsterdam 15 april 2004, JAR 2004/130. Zie ook HR 2 april 1982, NJ 1982, 321.

¹⁴² Hof Arnhem 15 augustus 2006, JAR 2006/240; Ktr. Hilversum 7 maart 2001, JAR 2001/72 (fulltime werkzaam voor opdrachtgever, maakt opdrachtnemer economisch afhankelijk); Ktr. Leeuwarden 16 juli 1999, JAR 1999/167.

¹⁴³ HR 11 februari 2011, JAR 2011/75 (NIHS/Mahazri). Uit dit arrest valt af te leiden dat de feitelijke rechters van belang achtten dat de werker (Mahazri) lange tijd op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is geweest, welke overeenkomst op enig moment als 'opdrachtsovereenkomst' is voortgezet (zie conclusie A-G onder 2.23).

¹⁴⁴ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 9.30.

van regulering van zogenoemde atypische arbeidscontracten. Daaronder worden verstaan alle arbeidsrelaties die afwijken van de standaardarbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uiteindelijk heeft dit onder andere geleid tot de Uitzendrichtlijn die in 2008 is aangenomen.¹⁴⁵ De Uitzendrichtlijn heeft zowel sociale bescherming van de werknemer als het bevorderen van flexibiliteit op de arbeidsmarkt tot doel.

- 2.53 De Uitzendrichtlijn is op grond van artikel 1 lid 1 van toepassing op *“werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken”* (onderstrepingen van ons, advocaten). Nadat in artikel 2 het waarborgen van het beginsel van gelijke behandeling van de uitzendkracht wordt omschreven definieert artikel 3 lid 1 verschillende definities die de Uitzendrichtlijn hanteert:
- a) *“werknemer”: ieder persoon die in de betrokken lidstaat krachtens nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer;*
 - b) *‘uitzendbureau’: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken;*
 - c) *‘uitzendkrachten’: een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken;*
(...)”

Steeds wordt gesproken over een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau. De Uitzendrichtlijn geeft geen definitie van de begrippen ‘arbeidsovereenkomst’ en ‘arbeidsverhouding’.

- 2.54 Het Hof van Justitie heeft in zijn uitspraak van 17 november 2016, het Ruhrlandkliniek-arrest¹⁴⁶, ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn overwogen dat een werknemer in de zin van voornoemde richtlijn iedere persoon is die arbeid verricht en op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof is het hoofdkenmerk van een

¹⁴⁵ Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *PbEG* 2008, 327/9.

¹⁴⁶ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhrlandkliniek).

arbeidsverhouding dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn.¹⁴⁷ Bovendien volgt uit artikel 1, lid 1, alsmede uit art. 3, lid 1, onder c van de Uitzendrichtlijn, dat deze richtlijn niet alleen van toepassing is op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op die arbeidskrachten die een arbeidsverhouding hebben met een dergelijk bureau. Hieruit volgt dat noch de juridische kwalificatie naar nationaal recht van de verhouding die de betrokkene met het uitzendbureau verbindt, noch de aard van hun rechtsbetrekking, noch de vorm van deze verhouding doorslaggevend is voor de aanduiding van deze persoon als 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn. Uit dit arrest blijkt dat het Hof voorbijgaat aan verwijzingen naar het nationale werknemersbegrip in een richtlijn, als daardoor de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn in gevaar worden gebracht.¹⁴⁸

- 2.55 Het Hof grijpt in zijn *Ruhrlandklinik*-arrest terug naar een onderscheid tussen 'arbeidscontract' en 'arbeidsverhouding' dat al aan het begin van de Europese discussies over regulering van uitzendarbeid ter sprake kwam. Door een feitelijke arbeidsverhouding als voldoende te beschouwen biedt het Hof de mogelijkheid om uitzendarbeid te ontvoogden van het halsijzer dat het vereisen van een arbeidsovereenkomst veronderstelt. Opdat de Uitzendrichtlijn enig 'nuttig effect' kan bewerkstelligen moet het beschermingskarakter van deze richtlijn van toepassing zijn op constellaties waar de (platform)werker niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. Een beperking van het begrip 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn tot personen die krachtens nationaal recht onder dat begrip vallen, zou de lidstaten of uitzendbureaus immers toestaan naar eigen goeddunken bepaalde categorieën personen uit te sluiten van de door die richtlijn beoogde bescherming. Dit beschermingskarakter beoogt volgens de preambule van de uitzendrichtlijn 'de diversiteit van de arbeidsmarkten en arbeidsverhoudingen' te eerbiedigen. Het voorgaande geldt te meer nu de arbeidsverhouding die deze personen verbindt met het uitzendbureau niet wezenlijk verschilt van die welke personeelsleden die krachtens het nationale recht de hoedanigheid van werknemer hebben, verbindt met hun werkgever.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Zie in die zin HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, EU:C:2010:674 (*Danosa*), punten 39-40.

¹⁴⁸ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*), r.o. 32.

¹⁴⁹ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*), r.o. 35-39.

Waadi

- 2.56 In Nederland is de Uitzendrichtlijn geïmplementeerd in de Waadi. De Waadi ziet toe op twee soorten activiteiten. Ter beschikking stelling van arbeidskrachten (1) en arbeidsbemiddeling (2).
- 2.57 Ter beschikking stelling is als volgt gedefinieerd (artikel 1 lid 1 onder c Waadi) *“Het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding (...) verrichten van arbeid”*.
- 2.58 Anders dan de hiervoor besproken Uitzendrichtlijn stelt de Waadi voor haar toepasselijkheid niet de eis dat tussen het uitzendbureau en de werker een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding bestaat, waardoor de werkingssfeer van de Waadi (nog) ruimer is dan die van de Richtlijn.
- 2.59 Arbeidsbemiddeling is volgens artikel 1 onder b Waadi *“Dienstverlening in de uitoefening van beroep of bedrijf ten behoeve van een werkgever, een werkzoekende, dan wel beiden, inhoudende het behulpzaam zijn bij het zoeken van arbeidskrachten onderscheidenlijk arbeidsovereenkomst, waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, dan wel een aanstelling tot ambtenaar wordt beoogd”*. Bij bemiddeling wordt, anders dan bij terbeschikkingstelling, dus wél het be- cq ontstaan van een arbeidsovereenkomst verondersteld.
- 2.60 Bij de totstandkoming van de Waadi in 2002 is niet gedacht aan platforms die ruim 10 jaar later voor het eerst het levenslicht zagen. Wel sprak de Regering over arbeidsbemiddeling met behulp van internet: *“Worden na of naast presentatie of raadpleging vervolgactiviteiten aangeboden door de intermediair, zoals (elektronische) 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 vervolgactiviteiten raakt overigens ook de openbaarmakingsfunctie op de achtergrond; (...)”*.¹⁵⁰
- 2.61 Verhulp¹⁵¹ merkt op dat in de visie van de Regering geen sprake is van arbeidsbemiddeling indien de bemiddelingsrelatie langdurig is en de tot stand gebrachte werkrelatie als een

¹⁵⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28465, 3, pagina 5

¹⁵¹ Platformwerkers verdienen meer. ArbeidsRecht, ArbeidsRecht 2018/1, Wolter Kluwer.

overeenkomst van opdracht kwalificeert die kortdurend is. Verhulp leidt hieruit af dat het begrip ‘arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht’ dat gebruikt wordt om de arbeidsovereenkomst te definiëren bij arbeidsbemiddeling, strikter bedoeld is dan het begrip ‘arbeidsovereenkomst’ zoals dat in de overige bepalingen van de Waadi voorkomt die handelen over terbeschikkingstelling.

- 2.62 Verhulp betoogt dat uit de overwegingen van het Hof van Justitie in het Ruhrlandkliniek-arrest volgt dat iedereen die arbeid verricht en op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd, valt onder het bereik van de definitie van de Richtlijn: *“De conclusie is dat voor de toepasselijkheid van de Richtlijn en de Waadi niet is vereist dat tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook op de rechtsrelatie van zelfstandig werkende en het uitzendbureau dat hem ter beschikking stelt van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken, is de Uitzendrichtlijn van toepassing”*.¹⁵²

Hoge Raad 14 april 2017, Focus on Human-arrest

- 2.63 De (Nederlandse) Hoge Raad heeft de overwegingen uit het Ruhrlandkliniek-arrest tot de zijne gemaakt in het arrest van 14 april 2017.¹⁵³ In dat arrest ging het om de uitleg van het zogenaamde belemmeringsverbod uit artikel 9a Waadi welk artikel weer een implementatie is van artikel 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn.¹⁵⁴ Artikel 9a Waadi luidt: *“Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt legt geen belemmeringen in de weg voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskrachten en degen aan wie hij ter beschikking is gesteld”*. De Hoge Raad overweegt dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 9a Waadi valt af te leiden dat de wetgever heeft beoogd artikel 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn getrouw om te zetten in nationaal recht. Dit brengt mee dat artikel 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn, oftewel ‘richtlijnconform’. Artikel 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn luidt als volgt: *“De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard”*.

¹⁵² Verhulp, Platformwerkers verdienen meer, *Arbeidsrecht* 2018/1.

¹⁵³ HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 (*Focus on Human*).

¹⁵⁴ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandkliniek*).

2.64 De Hoge Raad oordeelt dat hieruit volgt dat de woorden: “*geen belemmeringen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst*” in artikel 9a Waadi moeten worden gelezen als ‘*geen belemmeringen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding*’, waarbij het begrip arbeidsverhouding moet worden uitgelegd in overeenstemming met het Ruhrlandklinik-arrest. Onder het begrip arbeidsovereenkomst uit artikel 9a Waadi valt dus mede het in het Ruhrlandklinik-arrest omgeschreven begrip ‘arbeidsverhouding’, te weten: “*een persoon die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn*”.¹⁵⁵ In lijn met dit arrest van de Hoge Raad heeft het Hof 's-Hertogenbosch op 1 september jl. geoordeeld dat het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi ook van toepassing is op een zzp'er die ter beschikking wordt gesteld aan een inlenende onderneming.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Zie in die zin HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, EU:C:2010:674 (*Danosa*), punten 39-40.

¹⁵⁶ Hof 's Hertogenbosch 1 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705.

III. WERKWIJZE TEMPER

3.1 Inleiding

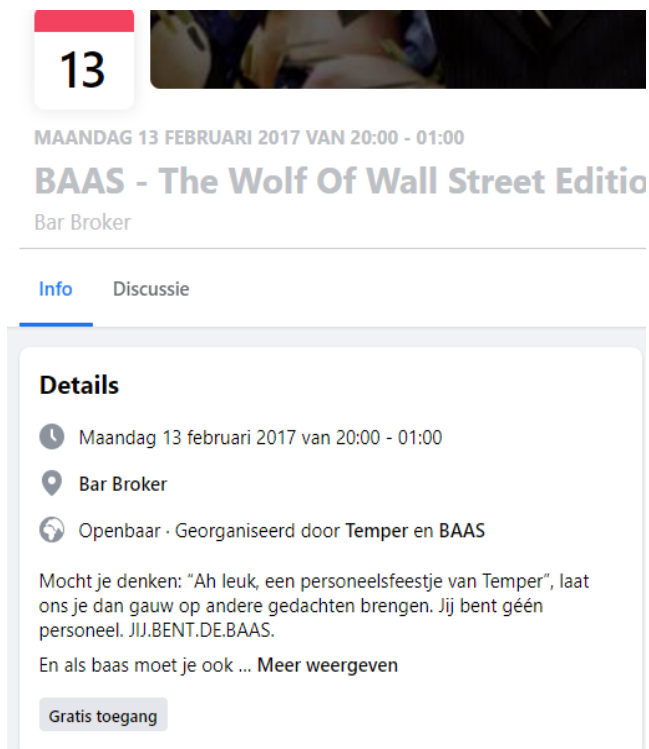
3.1 In dit hoofdstuk zal de werkwijze van Temper gedetailleerd worden geschetst. Ten behoeve van de leesbaarheid is deze beschrijving chronologisch van aard; van de eerste inschrijving tot de betaling. Hierbij is gebruik gemaakt van de overeenkomsten die gesloten worden tussen Temper en de werkers (**productie 7**) en tussen Temper en de opdrachtgevers (**productie 8**), de overeenkomsten die tussen de werkers en de opdrachtgevers worden gesloten en de informatie die (op de FAQ-pagina) van de website van Temper is geplaatst. Tevens is gebruik gemaakt van getuigenverklaringen van zeven werkers die zijn gehoord over hun werkzaamheden via Temper. Deze getuigenverklaringen worden overgelegd als **productie 9 tot en met 15**. Door FNV is in 2020 een groot onderzoek verricht naar de precieze werkwijze van Temper. Dit onderzoek dat aan Temper is voorgelegd bij sommatie wordt bijgaand overgelegd als **productie 16**. Gezien het belang wordt de inhoud van dit rapport hier als herhaald en ingelast beschouwd.

3.2 Deze analyse is gemaakt anno 2020. Dit betekent dat veel zaken die Temper sinds 1 januari 2016 heeft aangepast om de schijn van zelfstandigheid te vergroten, anno 2020 niet meer terug te vinden zijn op de website of elders. Vermeldenswaardig in dat kader zijn:

- het door Temper uitroepen van een Temperaar van de maand, onder verstrekking van een cadeaubon(/bonus) ter waarde van € 50,-;



- het organiseren van een personeelsfeest en een Temperborrel;



- het aanbieden van barista-cursussen en wijntrainingen;

 **Temper** heeft een **evenement** toegevoegd.
3 juli 2018 · 🌐



DI, 17 JUL. 2018
Vascobelo workshop barista - gevorderden
Lemelerbergweg 24, 1101 AJ Amsterdam, Nederland
Dranken

☆ Geïnteresseerd

 **Temper**
2 februari 2018 · 🌐

Bonjour! De ins en outs weten van wijn? 🍷 Geef je op voor de wijntraining op 13 februari.



DI, 13 FEB. 2018
Basis Wijntraining - Joost & Joost
John M. Keynesplein 12, 1066 EP Amsterdam, Nederland
16 personen zijn geïnteresseerd

☆ Geïnteresseerd

- het inhouden van € 1,- gebruikskosten van de werkers. Deze verplichting gold tot 1 april 2019 en is toen na overleg met FNV Horeca vervallen (deze inhouding was evident in strijd met artikel 3 en 9 Waadi);

Factuur	In uw naam en voor uw rekening uitgerekend aan:	Excl. BTW	BTW	Incl. BTW
f52218.18.17	Kantjil & de Tijger - 1012VS 291A 13-11-2018 van 18:00 tot 23:00 (0 min pauze) Horecatijgers voor Kantjil! - 5u00 à € 14,00	€ 70,00	€ 14,70	€ 84,70
Aan u in rekening gebracht door Temper BV:				
i118.163942	Gebruikskosten Bediening 5u0m à € 1,00	€ -5,00	€ -1,05	€ -6,05
		Excl. 21% BTW		€ 65,00
		BTW 21%		€ 13,65
		TOTAAL:		€ 78,65

- het opnemen van een verbod in de gebruikersovereenkomst voor de werkers om na afloop van de klus bij de opdrachtgever in dienst te treden. Dit verbod is na overleg met FNV Horeca vervallen (dit verbod was evident in strijd met artikel 9a Waadi).

3.2 Inschrijving bij Temper

3.3 De werker die via Temper wil werken dient eerst op de website van Temper een profiel aan te maken. Op dit profiel moet onder meer een representatieve foto worden geüpload, een korte biografie worden geschreven en de werkervaring van de werker worden toegevoegd.

3.4 Met betrekking tot de rechten van Temper om een profiel op het platform aan te passen staat in de gebruikersovereenkomst tussen Temper en de werkers (zie productie 7) het volgende opgenomen:

“1.3 content

Temper is niet verantwoordelijk voor enige content geplaatst op haar digitale platform of op haar website. Temper neemt wel maatregelen om juistheid, geldigheid en volledigheid van informatie te waarborgen en is gerechtigd een Profiel aan te passen.”

- 3.5 De referenties die de werker heeft opgegeven bij het invullen van zijn/haar werkervaring worden steekproefsgewijs geverifieerd door Temper. Pas indien Temper akkoord is met de opgegeven werkervaring wordt deze toegevoegd aan het profiel van de werker. Of de werkervaring van de werker wordt goedgekeurd hangt af van (1) een positieve referentie en (2) de hoeveelheid werkervaring. De hoeveelheid ervaring die benodigd is, is afhankelijk van de functie.

Waarom is mijn werkervaring niet toereikend?

Het kan zijn dat je niet genoeg werkervaring hebt. Hoeveel werkervaring je nodig hebt, hangt af van de functie.



Geschreven door Sanny van der Krogt
Meer dan een week geleden bijgewerkt

Wij verifiëren steekproefsgewijs de referenties die jij hebt opgegeven bij het invullen van je werkervaring. Bij akkoord wordt jouw werkervaring toegevoegd aan je profiel. Vanaf dan kan je reageren op klussen die passen bij je werkervaring.

Of jouw werkervaring wordt goedgekeurd, hangt af van 2 dingen: een positieve referentie en de hoeveelheid werkervaring. Hoeveel werkervaring je nodig hebt, hangt af van de functie:

Garderobe, schoonmaak, sitecrew hospitality en retail, inpakker, magazijnhulp, merchandise, service, training of als vrijwilliger
Geen ervaring nodig.

Bartending, barista, hosting hospitality en retail, catering, roomservice, housekeeping, verkoop, retail of in de bediening
Minimaal 5 maanden ervaring nodig.

Werken als hulpkok
Minimaal 1 jaar ervaring nodig.

Werken als zelfstandig werkend kok
Minimaal 2 jaar ervaring nodig bij 2 verschillende werkgevers.

- 3.6 Deze goedkeuring heeft grote gevolgen omdat een werker pas kan reageren op een bepaalde categorie klussen wanneer de werkervaring die voor deze klus benodigd is, geverifieerd is door Temper.
- 3.7 Een werker mag via Temper één keer een klus doen zonder een btw-nummer. Vanaf de tweede klus dient de werker een btw-nummer aan te vragen of zich in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Indien de werker slechts af en toe via Temper werkt, is het aanvragen van een btw-nummer voldoende. Het aanvragen van een btw-nummer geschiedt via de website van Temper. Via een link op de website van Temper wordt een

formulier ingediend. Indien het formulier niet in orde is, vraagt Temper het aan te passen en opnieuw naar hen op te sturen. Temper stuurt de aanvraag vervolgens namens de werker naar de Belastingdienst. De werker kan pas worden uitbetaald als het btw-nummer is toegevoegd aan zijn profiel. De werker mag zelf kiezen of hij gebruik maakt van de Kleine Ondernemers Regeling (KOR) van de Belastingdienst. Deze regeling houdt in dat geen BTW betaald hoeft te worden over omzet tot € 20.000,- per jaar.

- 3.8 Indien de werker regelmatig via Temper werkt, kan het zijn dat hij/zij zich dient in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Totdat de werker hier aan heeft voldaan, zal zijn/haar profiel geblokkeerd worden. Het inschrijven bij de Kamer van Koophandel kost € 50,-. Uit de website van Temper blijkt niet duidelijk wanneer een werker zich precies dient in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Ook bij de werkers is dit niet duidelijk.

Noortje Heijlaerts: *“Sinds februari 2020 is mijn profiel op Temper geblokkeerd omdat ik mij moet inschrijven bij de Kamer van Koophandel. Het is mij eigenlijk niet duidelijk waarom ik dit moet doen, maar ik twijfel of ik nog wel via Temper wil werken en dit ga doen. Het inschrijven bij de Kamer van Koophandel kost namelijk € 50,-.”*

Tommer Smits: *“Het is voor mij niet vereist me in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Als je aan bepaalde voorwaarden voldoet, is het wel vereist om je in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Het is mij niet helemaal duidelijk wat deze voorwaarden zijn maar het heeft te maken met het aantal uren dat je werkt en hoeveel je daarmee verdient. Ik voldoe in ieder geval niet aan deze voorwaarden, waardoor ik mij niet hoeft in te schrijven bij de Kamer van Koophandel.”*

- 3.9 Voor een groot deel van de Temperaars geldt dat deze niet zijn ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. Dat was ook één van de redenen waarom het grote gros van de Temperaars tijdens de coronacrisis geen TOZO-uitkering voor (echte) zelfstandigen kregen.

Hiba Zahouani: *“Bij mijn inschrijving heb ik mij niet hoeven inschrijven bij de Kamer van Koophandel. Door Temper werd aangegeven dat het enkel nodig is om in te schrijven bij de Kamer van Koophandel als ik dacht dat Temper mijn enige inkomstenbron zou worden en dat ik ook meer dan een bepaald bedrag verwachtte te gaan verdienen. Ik val nu tussen wal en schip om in aanmerking te komen voor de Tozo. Voor het aanvragen van de Tozo*

is namelijk vereist dat je ingeschreven bent bij de Kamer van Koophandel. Als ik dat allemaal had geweten aan het begin, had ik dat gedaan.

(..)

Ik voel me nu daardoor echt in de steek gelaten door Temper. Ik heb nu maar één dienst per maand en moet leven van mijn spaargeld. Ik kan nergens aanspraak op maken, ook niet op de bijstand doordat ik nog studiefinanciering ontvang. Ik ben nu wel alvast aan het solliciteren op een vaste baan voor als ik klaar ben met mijn master, want ik wil niet meer via Temper werken, maar voor nu kan ik nergens werken.”

3.3 Aanmelden voor een klus

- 3.10 Nadat het profiel van de werker compleet is gemaakt kan de werker zich aanmelden voor klussen via het platform van Temper. Veelal schrijven de werkers zich al ver van te voren in op een klus.

Tommer Smits: “Het verschilt per opdrachtgever hoe lang van te voren de klussen op het platform staan. Sommige opdrachtgevers doen het pas drie dagen van te voren, anderen een week of zelfs twee maanden van te voren. Als een opdrachtgever structureel een personeelstekort heeft, plannen ze al twee maanden van te voren alle klussen in. Er zijn ook opdrachtgevers die pas op het moment dat ze zien dat het bijvoorbeeld mooi weer wordt een klus erop plaatsen. Dit is dan kort van te voren, bijvoorbeeld drie dagen. Kantjil & De Tijger hadden bijvoorbeeld een structureel personeelstekort dus die hadden telkens al twee maanden van te voren hun diensten erop staan. Deze opdrachtgevers met een structureel personeelstekort hebben elke dag standaard een dienst op Temper staan. Ik schreef mij meestal drie weken van te voren in op diensten.”

- 3.11 De opdrachtgever kiest vervolgens de beste kandidaat op basis van vaardigheden en beoordelingen. Indien een werker zich aanmeldt voor een klus, vinkt hij alle vaardigheden af die door de opdrachtgever vereist zijn (waarmee hij verklaart deze vaardigheden te bezitten) en geeft hij akkoord op de overeenkomst van opdracht. Als het de werker niet lukt om een eerste klus te vinden, kan een belafsprak worden ingepland met Temper, waarna Temper helpt met het vinden van een eerste klus.

Kunnen jullie mij helpen met het vinden van mijn eerste klus?

Natuurlijk kan dat! Plan een afspraak, dan helpen we je graag op weg.



Geschreven door Sanny van der Krogt
Meer dan een week geleden bijgewerkt

Natuurlijk geven wij jou graag een kickstart. Plan een belafspreek met ons in via <https://temper.youcanbook.me/>. Houd je computer alvast bij de hand zodat we samen het platform door kunnen lopen. Voor je 't weet heb je een vette klus in de pocket!

- 3.12 Zoals gezegd is, door Temper geverifieerde, werkervaring nodig om te kunnen reageren op een klus. Dit betekent dat een werker niet kan reageren op een klus in een bepaalde functiegroep als hiervoor nog geen geverifieerde werkervaring is opgenomen in het profiel. Bovendien mag een opdrachtgever de werker kosteloos naar huis sturen als de werker niet voldoet aan de vereiste vaardigheden. Ook indien de werker niet voldoet aan de kledingvoorschriften die zijn beschreven in de functie-vereisten mag de werker kosteloos naar huis worden gestuurd. Temper vermeldt hierover dat de werker in dat geval niet voldoet aan de vereiste vaardigheden. De opdrachtgever mag de werker in dit geval ook een no-show en de bijbehorende boete ter hoogte van € 100,- geven.

Tommer Smits: "Door deze werkwijze staat in het begin op je profiel dat je geen vaardigheden hebt, althans geen enkele is nog bevestigd door een opdrachtgever natuurlijk. Stel je wilt bij hotel Okura aangenomen worden, dan word je alleen gekozen als die vaardigheden ook daadwerkelijk zijn bevestigd door een opdrachtgever. Hierdoor kwam ik in het begin lastig aan werk. Je wordt dan bijvoorbeeld wel geaccepteerd bij een klein restaurantje of familiecafé, maar niet bij de grotere opdrachtgevers die meerdere vaardigheden vereisen. Die opdrachtgevers kiezen dan eerder iemand anders uit waarbij de vaardigheden wel al zijn bevestigd door een opdrachtgever. In het begin kom je hierdoor heel lastig aan werk."

Timo Verbeek: "In de praktijk is alleen de beoordeling en de vaardigheden die je bij een shift verdient relevant. Iedere opdrachtgever stopt een aantal vaardigheden in de omschrijving van de klus die hij aanbiedt, bijvoorbeeld: minimaal drie jaar ervaring, Nederland, met drie borden kunnen lopen, debrasseren, sociale hygiëne etc. Als je deze

vaardigheden niet (of te weinig) hebt kan je niet op deze shift reageren. Bij het accepteren van de checkout door de opdrachtgever worden deze vaardigheden aan je profiel toegevoegd. Ik had (buiten Temper om) bij een grote cateraar een barista cursus gevolgd en hiervan een certificaat ontvangen. Bij Temper kon ik hier niets mee. Ik moest proberen om via een 'barista' klus de juiste vaardigheden in mijn profiel te krijgen. Dit ging erg moeizaam. Er werden ongeveer 300 diensten aangeboden in de bediening tegenover slechts ongeveer 4 barista diensten. Jezelf buiten het platform om professioneel ontwikkelen geeft geen kans op betere of andere klussen. De mogelijkheid om op te klimmen en in hogere functieschalen te komen, is al helemaal niet aanwezig. Er wordt via Temper sporadisch gezocht naar een supervisor, maar ik kom hiervoor niet in aanmerking omdat ik volgens Temper niet de relevante ervaring heb. Voor deze functie heb ik echter wel degelijk de leeftijd en vaardigheden voor en mij is ook meerdere keren gezegd dat ik bij een sollicitatie wel voor deze functie zou worden aangenomen."

Wat als een FreeFlexer niet voldoet aan de vereiste vaardigheden?

Niet voldoen aan de vereiste vaardigheden



Geschreven door Sanny van der Krogt
Meer dan een week geleden bijgewerkt

Wanneer een FreeFlexer niet voldoet aan de vaardigheden welke de functie vereist, mag de freelancer kosteloos naar huis worden gestuurd. De FreeFlexer voldoet dan immers niet aan de vereiste vaardigheden waarvan hij in eerste instantie heeft aangegeven hier wel over te beschikken.

Indien een FreeFlexer niet aan de vereiste vaardigheden voldoet en om die reden (eerder) naar huis wordt gestuurd, mag de FreeFlexer alleen uitchecken wat hij/zij daadwerkelijk heeft gewerkt en heeft hij/zij geen recht meer op minimaal 50% van de oorspronkelijke shift. **Let op**, dit kan alleen als de vaardigheden aantoonbaar in de functie waren opgenomen.

- 3.13 Temper stelt op haar website een modelovereenkomst van opdracht ter beschikking. Zodra de opdrachtgever een werker accepteert wordt deze overeenkomst van opdracht door de werker automatisch ondertekend, zie artikel 6.1 van de gebruikersovereenkomst (productie 7).

“6. De opdracht

6.1 Afwijkingen

Als service bij haar platform stelt Temper een model overeenkomst van opdracht voor Opdrachten ter beschikking aan de Gebruiker en Opdrachtgevers, die is gebaseerd op een

door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomst (nummer 9061636558, zelfstandig horecaprofessional). Gebruik van de model overeenkomst van opdracht is naar eigen inzicht van Gebruiker. Hoewel Gebruiker en Opdrachtgevers vrij zijn zelf andere afspraken te maken, adviseert Temper Gebruiker niet af te wijken van artikelen 1 tot en met 5 van de model overeenkomst van opdracht. Temper is niet aansprakelijk voor gevolgen van het gebruik van de model overeenkomst van opdracht.”

- 3.14 Via haar platform biedt Temper de mogelijkheid aan om een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten met Alicia Insurance. Dit kost € 0,46 per gewerkt uur met een maximum van € 17,02 per maand. Op haar website vermeldt Temper over het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering: *“dit is niet verplicht, maar raden we wel aan omdat schadeclaims voor ongelukken op de werkvloer flink kunnen oplopen”* en *“Ook heb je met een aansprakelijkheidsverzekering een streepje voor bij opdrachtgevers, omdat ze zeker weten dat kosten gedekt worden als er iets misgaat. Opdrachtgevers kunnen bij jouw aanmelding op een shift zien of jij bent verzekerd”*. Deze verzekering wordt via Temper afgesloten. De werker sluit de verzekering af voor alle toekomstige aanmeldingen op shifts. De werker kan de verzekering aan- of uitzetten, dit geldt enkel voor de toekomstige aanmeldingen. Voor het afsluiten van de verzekering is meestal wel een KvK-nummer nodig, vermeldt Temper.
- 3.15 Temper hanteert een urencriterium van maximaal 660 uur per opdrachtgever. Dit houdt in dat een werker maximaal 660 uur per jaar bij dezelfde opdrachtgever kan werken. Zodra de 660 uur is bereikt, kan de werker dat jaar niet meer reageren op de betreffende opdrachtgever. Op haar website legt Temper uit waarom zij een urencriterium hanteren: *“Dit urencriterium is tot stand gekomen in samenspraak met de Belastingdienst. Op deze manier kom je aan minimaal 3 verschillende opdrachtgevers per jaar; een van de kenmerken die jou onderscheidt als zelfstandig ondernemer”*. Volgens Temper zelf werken Temperaars gemiddeld 24-30 uur per maand, gedurende 3 à 3,5 maand bij – wederom gemiddeld – 8 opdrachtgevers. Dit is zeer vergelijkbaar met reguliere (fase A) uitzendkrachten.

3.4 Op meerdere klussen tegelijkertijd aanmelden

- 3.16 Volgens Temper werk je via Temper *“voor jezelf en heb je de vrijheid om je eigen werkritme te bepalen. Door zelf te kiezen waar, wanneer en tegen welk tarief je werkt, stem je je werk af op je privéleven in plaats van andersom”*. Op de website van Temper wordt ten tijde van

het uitbrengen van deze dagvaarding vermeld dat ongeveer 8000 klussen per week op Temper worden geplaatst en dat in totaal ondertussen ruim 70.000 mensen via Temper werken. Temper raadt de werkers daarom aan zich op meerdere klussen aan te melden om hun kansen te vergroten om gekozen te worden voor een klus. Gemiddeld dient een werker zich voor vijftien klussen aan te melden om er bij één te worden gekozen, zo vermeldt de website van Temper. In de praktijk blijkt dit aantal vaak nog hoger te liggen:

Vincenzo Nasti: *"I don't like the way Temper is treating us during the corona crisis. Temper didn't pay the money they had to pay us. A lot of people like me are on the streets now because they can't get any money. The situation is really complicated now. There is no work at Temper right now. There are only shifts for UPS and DHL and only in places like Zwolle for example. The rates are really low now as well, because many people are looking for a job and at the same time there are very few shifts on Temper. If there's a shift to work at a restaurant for example it's quite possible that there are up to 120 people who apply for the same shift. Because of that the chance of being chosen for the shift is very small."*

(...)

I registered for 10 till 15 different shifts on the same day, to get at least 1 shift. For me it was even more difficult because I don't speak Dutch. Many of the companies require Dutch speakers, even if you need to wash dishes for example and you don't need to talk with anyone. They still require that you can speak Dutch. It was a bit unfair and therefore more difficult to get a job through Temper for me."

Noortje Heijlaerts: *'Het hangt van de populariteit van de klus af hoe veel mensen zich inschrijven op een klus. Meestal schrijven zich rond de 25 mensen in op een klus. Toen ik net was begonnen met Temper schreven zich minder mensen in per klus, maar het neemt steeds meer toe. Inmiddels kan het zelfs zo zijn dat 70 mensen zich inschrijven als de klus heel populair is. Het is daardoor heel lastig geworden om geaccepteerd te worden voor een klus. De klussen zijn schaars en er zijn veel mensen die willen werken.'*

- 3.17 Over het accepteren van een aanmelding schrijft Temper op haar website het volgende: *"Wij vragen opdrachtgevers om uiterlijk een dag van tevoren te accepteren, maar ze mogen je ook last-minute nog kiezen"*. In de praktijk komt het vaak voor dat de klus al weken online

staat en dat opdrachtgevers eerst allerlei werkers zich laten inschrijven om vervolgens last minute iemand te accepteren.

Noortje Heijlaerts: *“Omdat meerdere mensen zich inschrijven op dezelfde klus, schrijf ik mij voor verschillende klussen tegelijk in, ook op dezelfde dag/hetzelfde tijdstip. Deze klussen staan vaak al lang tevoren op het platform, een maand bijvoorbeeld. De opdrachtgevers laten vervolgens eerst allerlei mensen zich aanmelden voor de klus en pas 3 à 4 dagen, of soms zelfs nog korter van tevoren, accepteren ze iemand. Hierdoor komt het vaak voor dat ik mij al een maand van tevoren inschrijf en pas een paar dagen van tevoren hoor dat ik ben gekozen. Vaak ben ik dan inmiddels vergeten dat ik mij had ingeschreven en heb ik al andere plannen gemaakt, waardoor ik niet meer kan.”*

Hiba Zahouani: *“Op een dag meld ik me dan wel minimaal voor vijf klussen aan, puur omdat de kans dat je ergens wordt geaccepteerd super klein is. Soms schrijf ik me wel eens een dag van te voren in op een klus in de hoop dat ik word gekozen, maar vaak reageren opdrachtgevers überhaupt niet. Ze kunnen je namelijk ook afwijzen, maar dat doen ze ook niet. Dan blijft de hele tijd mijn inschrijving staan met daarbij vermeld: ‘wacht op reactie’. Dan kan het dus ook zo zijn dat je pas op het allerlaatste moment gekozen wordt, zoals ik had bij de klus in Amsterdam waarvoor ik ineens werd geaccepteerd twee uur van te voren terwijl ik in Rotterdam woon. Door corona is het nog veel lastiger om een dienst te bemachtigen want er zijn gewoon veel te veel temperaars voor het aantal diensten dat online worden gezet, daarom zit ik er nu nog meer bovenop als er een dienst op wordt geplaatst.”*

Timo Verbeek: *“Omdat je vaak niet helemaal zeker bent of je een dienst zal krijgen is het gebruikelijk om op meerdere diensten op dezelfde dag in te schrijven. Als het rustiger is schrijf ik me in op alles wat open staat. Ook op verschillende tijden op dezelfde dag, wat dus soms ongewild een dubbele dienst kan veroorzaken als er minimaal 1 uur tussen de diensten zit. Hierdoor heb ik wel eens op dezelfde dag eerst een dienst gedraaid van 08:00-16:00 uur en daarna van 20:00-01:00 uur.”*

- 3.18 Indien een werker wordt gekozen, vervallen de overlappende klussen automatisch. Wanneer tussen twee klussen meer dan 59 minuten zit, blijven beide aanmeldingen daarentegen open staan. Op de website geeft Temper hierop een toelichting.

“Voorbeeld:

Je hebt voor aanstaande vrijdag gereageerd op 4 shifts:

- 1. Lunchroom Dagobert 08:00 – 16:00 uur (voor deze shift word je aangenomen)*
- 2. Brasserie Kwik 15:00 – 20:00 uur (deze aanmelding vervalt automatisch)*
- 3. Restaurant Kwek 16:00 – 00:00 uur (deze aanmelding vervalt automatisch)*
- 4. Hotel Kwak van 17:00 – 00:00 uur (deze aanmelding blijft openstaan).”*

- 3.19 Het bovenstaande voorbeeld zou betekenen dat een werker van 08:00 uur 's ochtends tot 00:00 uur 's avonds moet werken met een uur reistijd tussen beide shifts. Dit gebeurt dan ook in de praktijk.

Noortje Heijlaerts: *“Ik heb hierdoor wel eens gehad dat ik mij op dezelfde dag op twee verschillende klussen had ingeschreven op verschillende tijdstippen en voor allebei geaccepteerd werd. Dit betekent dat je bijvoorbeeld eerst bij een opdrachtgever een klus moet doen overdag en vervolgens een uur hebt om naar je volgende klus te gaan die doorgaat tot in de nacht. Hierdoor draai je eigenlijk twee diensten per dag.”*

3.5 Uurtarieven

Uurtarieven volgens Temper

- 3.20 Temper heeft op haar website minimumtarieven opgenomen, onderverdeeld naar functiegroep, waaraan de opdrachtgevers zich zouden moeten houden.

Functiegroep	Tarief
Zelfstandig Werkende Koks	€20,- + €3,- = €23,-
Hulpkok	€16,- + €3,- = €19,-
Housekeeping	€16,- + €3,- = €19,-
Barista	€14,- + €3,- = €17,-
Retail	€13,- + €3,- = €16,-
Overig	€13,- + €3,- = €16,-

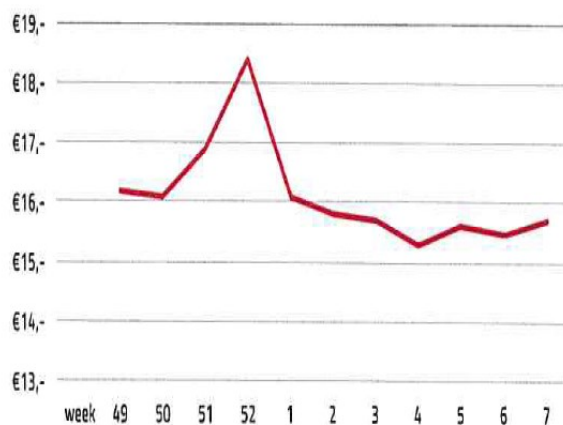
- 3.21 Tevens heeft Temper een overzicht opgenomen op haar website, waarin de gemiddelde uurtarieven onderverdeeld naar functiegroep is opgenomen. Hieruit zou moeten blijken dat de werkers die via Temper werken gemiddeld € 17,- per uur verdienen.

Dit verdienen je gemiddeld per uur

 Barista	€ 18,70	 Housekeeping	€ 20,00
 Bartending	€ 17,10	 Hulpkok	€ 19,10
 Bediening	€ 17,90	 Roomservice	€ 15,50
 Catering	€ 17,20	 Schoonmaak	€ 16,40
 Garderobe	€ 16,00	 Sitecrew	€ 16,00
 Hosting	€ 15,90	 Zelfstandig kok	€ 25,30

Uurtarieven berekend door FNV

- 3.22 FNV heeft aan de hand van de klussen die op het platform van Temper zijn geplaatst, het gemiddelde uurloon berekend gedurende de periode december 2019 tot en met februari 2020. De uitkomst is opgenomen in onderstaande grafiek welke tevens is opgenomen in het door FNV opgestelde witboek (zoals reeds is overgelegd als productie 16). Hieruit blijkt dat het gemiddeld aangeboden uurtarief via Temper – in tegenstelling tot de € 17,- die Temper belooft – zo'n 12% lager ligt, namelijk rond de € 15,30.



- 3.23 FNV heeft tevens de gemiddelde door Temper beloofde uurtarieven afgezet tegen het op Temper gemiddeld aangeboden uurtarief per functie. De FNV heeft deze gemiddelde tarieven per functie berekend naar aanleiding van een steekproef die zij hebben genomen uit de aangeboden klussen voor elke functie in de maanden juli 2019 (hoogseizoen) en januari 2020 (laagseizoen). Met tussenpozen van een week zijn door FNV alle aangeboden klussen voor de daaropvolgende twee weken in de berekening betrokken. De FNV heeft hierbij tevens berekend wat de gemiddelde tarieven per functie zijn na aftrek van de kosten van Fingle à 2,9% per gewerkt uur. Ook hieruit blijkt dat de aangeboden uurtarieven

gemiddeld genomen 12% lager liggen dan de uurtarieven die door Temper worden beloofd op haar website.

	Beloofd door Temper	Gemiddelde tarieven aangeboden	Tarieven na aftrek kosten Fingle	Vershil in euro's	Vershil in percentage
barista	18,70	16,50	16,02	2,68	14%
bartending	17,10	15,79	15,33	1,77	10%
bediening	17,90	15,99	15,52	2,38	13%
catering	17,20	15,79	15,33	1,87	11%
garderobe	16,00	14,34	13,92	2,08	13%
hosting	15,90	14,51	14,09	1,81	11%
housekeeping	20,00	16,79	16,30	3,7	19%
hulpkok	19,10	17,88	17,36	1,74	9%
schoonmaak	16,40	14,53	14,11	2,29	14%
sitcrew	16,00	14,73	14,31	1,69	11%
zelfstandig kok	25,30	23,13	22,46	2,84	11%
Gemiddelde	18,15	16,36	15,89	2,26	12%

3.24 Tot slot heeft de FNV tevens een overzicht gemaakt van de laagst aangeboden tarieven per functie. Hieruit komt naar voren dat in bijna alle categorieën het minimale tarief € 13,- per uur is.

	Beloofd door Temper	Laagst aangeboden tarief	Tarieven na aftrek kosten Fingle	Vershil in euro's	Vershil in percentage
barista	18,70	14,00	13,59	5,11	27%
bartending	17,10	13,00	12,62	4,48	26%
bediening	17,90	13,00	12,62	5,28	29%
catering	17,20	13,00	12,62	4,58	27%
garderobe	16,00	13,00	12,62	3,38	21%
hosting	15,90	13,00	12,62	3,28	21%
housekeeping	20,00	16,00	15,54	4,46	22%
hulpkok	19,10	16,00	15,54	3,56	19%
schoonmaak	16,40	13,00	12,62	3,78	23%
sitcrew	16,00	13,00	12,62	3,38	21%
zelfstandig kok	25,30	17,50	16,99	8,31	33%
Gemiddelde	18,15	14,05	13,64	4,51	25%

Uurtarieven volgens Temperaars

- 3.25 Ook uit de getuigenverklaringen die verschillende Temperaars hebben afgegeven (zie productie 9 tot en met 15), blijkt dat het door Temper beloofde gemiddelde uurtarief van € 17,- geen realistische weergave is.

Hiba Zahouani: *“Vanaf afgelopen januari zijn mijn inkomsten heel erg afgenomen en werk ik ook alleen nog maar voor lagere tarieven van rond de € 13,-. In het begin van Temper kreeg ik vaker € 17,- per uur, dat is ook eigenlijk het minimale uurtarief waarvoor ik wil werken. Dat was eigenlijk ook mijn hele idee toen ik begon met Temper. Temper adverteert namelijk met een gemiddeld uurtarief van € 17,- per uur, dus daar ging ik ook vanuit. Het klopt helemaal niet dat je gemiddeld € 17,- per uur krijgt. Misschien was het in het begin zo, maar inmiddels is dat helemaal niet meer zo.”*

Lars van den Ende: *“Voor de klussen die ik via Temper heb verricht heb ik tussen de € 13,- en € 15,- verdiend. Dit is ook gelijk één van de redenen dat ik ben gestopt met Temper. Als je als zzp'er voor € 13,- of € 14,- aan de slag gaat, dan houd je gewoon echt te weinig over. Ik had berekend dat ik ongeveer een derde van het uurtarief opzij zou moeten zetten voor belastingen en om te sparen. Dat red je gewoon niet van zo'n uurtarief. Toen ik via Temper werkte moest ik namelijk ook nog eens € 1,- per uur aan gebruikskosten afdragen aan Temper.”*

Tommer Smits: *“Het minimale tarief dat je verdient bij Temper is € 13,-. Hier heb ik ook vaak voor gewerkt. Zo hanteert Kantjil & De Tijger – waar ik vaak heb gewerkt – een tarief van € 13,-. Later, toen ik al heel vaak bij Kantjil & De Tijger had gewerkt en dus een goed profiel had opgebouwd (dat wil zeggen met een goede rating en percentages voor opkomst en op tijd), ben ik ook vaker gekozen op klussen die een hoger uurtarief hebben van ongeveer € 15,-. Gemiddeld betaalt een opdrachtgever voor een klus in de bediening tussen de € 13,- en € 15,-.”*

- 3.26 De opdrachtgever kan ervoor kiezen naast het uurtarief ook een fooi uit te betalen. Dit wordt weergegeven bij de klus door middel van 'deelt fooi'. De werker ontvangt in dat geval na afloop van de shift de fooi contant. De werker deelt dus (naar rato) de fooi met vaste medewerkers en/of andere (flex)krachten.

Onderhandelen over het uurtarief

- 3.27 De opdrachtgever plaatst een klus tegen een bepaald uurtarief. Een werker kan zich aanmelden voor de klus en een tegenvoorstel doen voor een hoger uurtarief. De werker moet in dat geval toelichten waarom hij vindt dat hij een hoger uurtarief waard is. De opdrachtgever kan de werker vervolgens enkel kiezen voor het uurtarief dat door de werker is opgegeven. Het uurtarief kan gedurende de aanvraag dus niet meer worden aangepast. Als de werker niet is gekozen kan hij zich enkel opnieuw aanmelden voor een lager uurtarief. Op de website van Temper wordt over het onderhandelen van het uurtarief het volgende vermeld: *“... denk goed na voordat je onderhandelt. Het kan de kans verkleinen dat je gekozen wordt”*.

Noortje Heijlaerts: *“Ik heb nog nooit onderhandeld over de hoogte van het uurtarief. Ik zou niet weten hoe dit werkt. Doordat er zoveel mensen zich aanmelden heeft het ook geen zin om dit te doen, dan kiezen ze wel iemand die niet onderhandelt over het uurtarief.”*

Hiba Zahouani: *“Ik heb wel eens onderhandeld over het uurtarief. Dit lukte alleen wel eens als ik echt last minute op een klus reageerde. Maar vaak hebben al dertig andere mensen zich op die klus ingeschreven en dan is onderhandelen over het uurtarief kansloos. Afgelopen zomer was het bijvoorbeeld heel druk op Temper. Toen was onderhandelen gewoon niet meer mogelijk en heb ik het ook niet eens meer geprobeerd.”*

Tommer Smits: *“De mogelijkheid om te onderhandelen over het uurtarief heb ik wel eens voorbij zien komen, maar dat heb ik nog nooit gedaan. Het lijkt me ook niet dat je wordt gekozen als je gaat onderhandelen, dan kunnen ze net zo goed iemand kiezen die niet heeft onderhandeld maar gewoon inschrijft op het tarief.”*

Timo Verbeek: *“Toen ik begon met werken via Temper kon er niet onderhandeld worden over het uurtarief. Dit kan nu wel sinds omstreeks september 2019. Ik heb wel eens onderhandeld over mijn uurtarief, maar ben er nooit op geaccepteerd. Ik heb het wel eens gedaan toen ik veel keus had en bij opdrachtgevers waar ik vond dat ik hoger mocht/moest verdienen. Ik had toen de ruimte om niet gekozen te worden. Als je bod niet wordt aangenomen, word je afgewezen en mijn reactie op die dienst is dan ook uit het systeem. Ik kan mij daarna niet nog een keer aanmelden voor die dienst, ook niet voor het uurtarief waarvoor de opdrachtgever de klus erop heeft gezet. Best wel vreemd.”*

(...)

Daarnaast, als je bijvoorbeeld bij een bepaalde opdrachtgever vaker werkt en je in zijn flexpool zit, wil je eigenlijk een hoger uurtarief. Ik weet alleen niet waar ik in het selectie scherm van de opdrachtgever terecht kom als ik ga onderhandelen. Ik weet niet of Temper mij achteruit zet als ik durf te onderhandelen met de opdrachtgevers, en of ze mij minder vaak of minder snel zien. Ik weet gewoon niet welke invloed het onderhandelen over het uurtarief heeft op mijn kansen.”

Vincenzo Nasti: *“I negotiated about the rate a few times. It only worked at one place and many of the times I tried to negotiate it didn’t. It makes sense because of course if there are fifty other people applying for € 13,- per hour and I ask for € 16,- of course they will choose the person who will work for € 13,-. In my opinion € 13,- is too low, so I don’t apply for those shifts anymore. So if there’s a shift online for € 13,-, I ask for € 18,- for example, but they never gave me that.”*

3.6 Annuleren

3.28 Opdrachtgevers kunnen bij het publiceren van een shift aangeven welke annuleringstermijn zij willen hanteren. Zowel de opdrachtgever als de werker kunnen buiten deze termijn annuleren zonder gevolgen. De opdrachtgever heeft de keuze uit de volgende annuleringstermijnen.

1. Flexibel: beide partijen kunnen zonder gevolgen annuleren tot 24 uur voor aanvang van de shift.
2. Standaard: beide partijen kunnen zonder gevolgen annuleren tot 48 uur voor aanvang van de shift.
3. Streng: beide partijen kunnen zonder gevolgen annuleren tot 72 uur voor aanvang van de shift.
4. Superstreng: beide partijen kunnen zonder gevolgen annuleren tot 168 uur voor aanvang van de shift.

3.29 Wordt binnen de annuleringstermijn geannuleerd door de opdrachtgever, dan mag de werker binnen 7 dagen na de annulering 50% van de geplande inkomsten claimen. Indien de werker binnen de annuleringstermijn annuleert dient hij een geschikte vervanger te

regelen. In het geval de opdracht in onderling overleg is geannuleerd, is de werker vrij om niet te claimen. Temper vermeldt hierover op haar website aan de werkers: *“Een tip, was het met wederzijds goedkeuren? Zorg dat je dit via een bericht van de freelancer hebt en stuur het naar support@temper.works of via de chat. Support kan de claim verwijderen of de claim mogelijkheid ontnemen binnen 5 dagen”*.

- 3.30 Het gevolg hiervan is dat opdrachtgevers, indien zij buiten de annuleringstermijn annuleren, contact opnemen met de werkers om hen te vragen de annuleringskosten niet in rekening te brengen.

Noortje Heijlaerts: *“Het is bij mij wel is voorgekomen dat de opdrachtgever de klus had geannuleerd buiten de annuleringstermijn. De opdrachtgever heeft mij vervolgens opgebeld en gevraagd of ik de 50% annuleringskosten niet in rekening wilde brengen. Omdat ik in mijn achterhoofd hield dat ik daar misschien nog een keer wilde werken heb ik ervoor gekozen de annuleringskosten niet in rekening te brengen. Ik was bang dat de opdrachtgever mij anders de volgende keer niet zou kiezen. Omdat het al zo lastig is om gekozen te worden, wilde ik dat niet riskeren.”*

- 3.31 Ook is het mogelijk dat opdrachtgevers de dienst pas accepteren als de termijn om nog te kunnen annuleren voor de werker als is verstreken.

Timo Verbeek: *“De klussen die op Temper worden geplaatst hebben verschillende annuleringstermijnen. Buiten die termijn mag zowel de opdrachtgever als ik de klus annuleren zonder problemen. Hierdoor lijkt er een soort van evenwicht te zijn tussen de opdrachtnemer en de opdrachtgever. Het kan echter ook zo zijn dat een opdrachtgever een dienst pas accepteert al die termijn al is verstreken. Het staat de opdrachtgevers namelijk vrij om de diensten al weken van te voren online te zetten en pas een dag van te voren iemand te kiezen. Dit betekent dat je dan je ofwel ineens moet komen opdagen ofwel dat je last minute op zoek moet gaan naar een vervanger.”*

3.7 Vervanging

- 3.32 Zoals reeds vermeld, hoort bij een klus een annuleringstermijn van 24, 48 of 72 uur of 7 dagen. Buiten deze annuleringstermijn kan de klus zonder gevolgen worden geannuleerd. Indien de werker de klus wil annuleren binnen deze annuleringstermijn, dient hij een vervanger te zoeken.

- 3.33 In de gebruikersovereenkomst van de werkers (zie productie 7) staat met betrekking tot vervanging het volgende opgenomen:

“6.3 Vervanging

Indien Gebruiker een Opdracht via Temper heeft aanvaard, is hij/zij zelf verantwoordelijk voor het vinden van vervanging. Het staat Gebruiker vrij zich bij de werkzaamheden te laten vervangen door een ander, die Gebruiker al dan niet via het digitale platform van Temper aanstelt. Gebruiker meldt voorafgaand aan de vervanging aan de Opdrachtgever wie de werkzaamheden namens hem/haar uitvoer(en)(t). Daarbij heeft Opdrachtgever niet het recht de vervanger(s) te weigeren. In alle gevallen waarin Gebruiker zich laat vervangen blijft Opdrachtnemer verantwoordelijk voor de uitvoering van de Opdracht en de facturering van de met de uitvoering van de Opdracht gemoeide vorderingen.

6.4 Geen vervanging

Als Gebruiker zonder inachtneming van het annuleringsbeleid dat hij met Opdrachtgever overeen is gekomen een Opdracht annuleert en geen vervanging regelt zoals bedoeld in artikel 6.3, zal de ‘no-show rate’ op zijn/haar profiel worden verhoogd. Deze ‘no-show’ is op het platform zichtbaar voor alle mogelijke toekomstige Opdrachtgevers.”

- 3.34 Volgens de gebruikersovereenkomst zou het voor een werker mogelijk zijn zich door iemand te laten vervangen. Deze vervanger kan ook buiten Temper worden aangesteld en de vervanger mag niet worden geweigerd door de opdrachtgever.
- 3.35 Op de website van Temper staat in een stappenplan beschreven hoe vervanging kan worden geregeld. De eerste stap is het terugplaatsen van de shift op Temper. Temper voorziet tevens in een whatsapp-groep waarin werkers hun link voor vervanging kunnen promoten. Door een berichtje te sturen aan Temper kunnen werkers worden toegevoegd aan deze whatsapp-groep. Deze shift is vervolgens enkel zichtbaar voor ‘Freeflexers’ die aan de eisen van de opdrachtgever voldoen. Dit betekent dat de vervanger over de vereiste vaardigheden moet beschikken voor de klus. De werker kiest hieruit een geschikte vervanger, welke voldoet aan de eisen die de opdrachtgever heeft gesteld. Dit houdt in dat de vervanger over de vereiste vaardigheden dient te beschikken en deze vaardigheden ook bevestigd moeten zijn door Temper in het profiel van de vervanger. De beoordeling die de vervanger ontvangt van de opdrachtgever, wordt tevens weergegeven op het profiel van de (initiële) werker. Na afloop van de klus ontvangt de werker een factuur.

Hier staan de kosten van de vervanger vermeld en de kosten die de werker vraagt van de opdrachtgever. Deze factuur bedraagt € 0,-.

- 3.36 Volgens de website van Temper is het ook mogelijk een vervanger te regelen buiten Temper. Wanneer een werker buiten het platform vervanging regelt, moet hij er zeker van zijn dat de vervanger in staat is de opdracht zelfstandig uit te voeren, vermeldt Temper in dit kader. Oftewel: de vervanger moet over de vereiste vaardigheden beschikken. De opdrachtgever kan de vervanger naar huis sturen indien hij niet voldoet aan de vereiste vaardigheden. De mogelijkheid van de opdrachtgever om een werker te weigeren bestaat – in tegenstelling tot hetgeen wordt vermeld in de gebruikersovereenkomst – dus wel degelijk.

Hiba Zahouani: *“Ik heb best wel vaak vervanging gezocht. Je moet dan wel goed opletten wie je kiest want de beoordeling van mijn vervanger wordt ook op mijn profiel weergegeven. Nu wordt dat apart weergegeven, maar in het begin was het zelfs zo dat de beoordeling van mijn vervanger ook invloed had op mijn beoordeling. Als je vervanger niet kwam opdagen moest jij ook zelf die boete van € 100,- te betalen, volgens mij is dat nu veranderd omdat daar veel problemen mee waren.*

(..)

Ik heb nog nooit een vervanger gezocht buiten het platform van Temper.”

Tommer Smits: *“Ik weet niet of je buiten Temper om ook een vervanger kunt zoeken, dat lijkt me in ieder geval niet.”*

Vincenzo Nasti: *“The substitute has to be someone on Temper, of course. You can’t find a substitute outside of Temper.*

(...)

Since 2020 there is the KOR-regulation. I didn’t apply for this regulation, so now my substitute needs to be a person that also didn’t apply for this regulation. People who did apply for this regulation don’t need to pay BTW. I don’t understand why it’s a problem for me to get a substitute that did apply for this regulation, but apparently it is.”

- 3.37 Sommige opdrachtgevers stellen daarnaast strenge(re) eisen aan een vervanger. Ter illustratie hiervan wordt als **productie 17** de overeenkomst overgelegd tussen Timo Verbeek en Hotel De L'Europe, waarin over vervanging het volgende wordt vermeld: *"Wij hanteren strenge kledingvoorschriften. Voldoe je niet aan onze voorschriften moeten we je helaas naar huis sturen. Het is bij ons van belang dat iedereen er gelijk en verzorgd uitziet om kwaliteit en service te waarborgen naar onze gasten"*. Tevens wordt door Hotel De L'Europe een aanvullende voorwaarde gesteld aan een vervanger, namelijk: *"Graag alleen vervanging door personen met dezelfde rating voor de bediening als jijzelf. Daarnaast ook minimaal hetzelfde gewerkte aantal uren. Reden hiervoor is dat wij graag de kwaliteit van Temper binnen Hotel De L'Europe op een hoog niveau willen houden. Wij kiezen jou omdat wij in jou de kwaliteiten terug zien waar wij naar op zoek zijn. Een goed functionerend team draagt bij aan de arbeidsvreugde. Een goed functionerend team is fijn, het geeft minder frustratie en zal uiteindelijk ook bijdragen aan een positief bedrijfsresultaat."*
- 3.38 Indien de opdrachtgever ervoor kiest de werker naar huis te sturen, krijgt de werker als verantwoordelijke voor de klus een no show op zijn profiel. Hetzelfde geldt in het geval de vervanger niet is komen opdagen. Ook dan krijgt de werker een no show op zijn profiel en (wel degelijk nog steeds) de bijbehorende boete van € 100,-. Het staat de opdrachtgever vrij aan te geven dat enkel 'FreeFlexers' mogen reageren, in dat geval is het dus niet mogelijk dat de werker zich laat vervangen door iemand buiten Temper.
- 3.39 Als het de werker niet lukt om op tijd een vervanger te vinden, heeft dit twee consequenties. Ten eerste krijgt de werker een no-show op zijn profiel omdat hij is niet komen opdagen. Dit heeft (1) een negatief effect op het opkomstpercentage van de werker. Deze no-show kan niet worden verwijderd, ook niet als er sprake is van overmacht doordat de werker bijvoorbeeld ziek was, last-minute werd geaccepteerd of er iemand was overleden. Het opkomstpercentage wordt ook nooit hersteld. Daarnaast heeft de opdrachtgever nu (2) de mogelijkheid een boete op te leggen van € 100,-. Het profiel van de werker wordt geblokkeerd totdat de boete is betaald. Totdat de boete is betaald kan derhalve niet worden gereageerd op klussen. Deze werkwijze heeft vaak onredelijke gevolgen voor de werkers.
- Noortje Heijlaerts: *"Ik had drie dagen achter elkaar een klus bij dezelfde opdrachtgever. Op de tweede dag ben ik ziek geworden. Ik heb dit aangegeven bij de opdrachtgever die hierop zei dat als ik ziek ben ik niet kan werken: 'ziek is ziek'. Op de derde dag heb ik mij daarom 's ochtends ziekgemeld bij de opdrachtgever. Vervolgens is alsnog mijn profiel geblokkeerd en de boete van € 100,- opgelegd. Ik heb hierover contact opgenomen met Temper en*

uitgelegd dat ik bij de opdrachtgever heb aangegeven dat ik ziek was en dat hij aangaf dat ik dan niet meer moest komen. Temper heeft hier niks aan gedaan. Het enige wat ze zeiden was dat ik de volgende keer wel moest komen opdagen of anders vervanging moest zoeken. Uiteindelijk heb ik ervoor gekozen de boete van € 100,- maar te betalen. Anders kon ik mijn profiel niet meer gebruiken.”

Vincenzo Nasti: “At the end of last December I had a lot of backpain. I couldn’t work, but I had to go to work otherwise I don’t get paid and I already had some shifts where I applied for and I just couldn’t find a substitute anymore. If I didn’t go I had to pay a € 100,- fine. Because of this I just got to work with the backpain. I really couldn’t work actually, but I had to. I want to make € 100,- not pay € 100,-, of course.”

Hiba Zahouani: “Bovendien vind ik dat Temper ook nalatig is ten aanzien van welke rechten je hebt. Temper zegt dat je zzp’er bent, maar als je ziek bent krijg je zomaar een boete van € 100,-. Die boete is bij mij al vier of vijf keer opgelegd, en de communicatie daarover is heel slecht. In totaal heb ik dus gewoon € 400,- à € 500,- moeten betalen aan Temper. Dat is gewoon een heel maandsalaris, dat is zeker veel geld. Het voelt dus niet alsof je Temper kan benutten op een manier waarop je zelf veel voordelen eruit haalt. Ik kon de boete op zich missen, maar je bent best wel afhankelijk van wanneer je wordt betaald dus je moet het maar net redden met je loon. Daarbij komt dat, als je een boete hebt, je tot je deze boete hebt betaald nergens meer op kan reageren dus je kan dan ook geen nieuwe inkomsten verwerven tot die tijd.”

Tommer Smits: “Ik heb één keer de boete van € 100,- gehad. Ik was die keer namelijk ziek. Ik had de hele nacht en dag overgegeven dus ik kon gewoon echt niet werken. Als ik op werk zou verschijnen zou ik alles hebben overgegeven, dus dat was geen optie. De dienst begon al ’s ochtends om 10:00 uur, daardoor had ik geen tijd meer om vervanging te zoeken. Hierdoor moest ik € 100,- boete betalen. Mijn account werd geblokkeerd totdat ik de € 100,- boete zou betalen. Als het goed is wordt deze boete betaald aan de opdrachtgever ter compensatie dat ik niet ben komen opdagen. Ik weet niet of deze daadwerkelijk is betaald aan de opdrachtgever. Ik heb dit maar gedaan, ik had immers weinig keus. Die dag zou ik eigenlijk € 150,- verdienen maar uiteindelijk heeft deze dag mij € 100,- gekost.”

3.8 Op de werkvloer

- 3.40 Op de website van Temper wordt weinig vermeld over de uitvoering van de werkzaamheden en wie de instructies ten aanzien hiervan geeft. In de model opdrachtovereenkomst (zie productie 8) is ten aanzien van de duur van de klus opgenomen dat de opdrachtgever bevoegd is de werktijden van de werkers te bepalen.

“1.1.4 Duur

Deze overeenkomst van Opdracht wordt geacht te zijn aangegaan voor de duur van de overeengekomen werkzaamheden, zodat deze van rechtswege eindigt op het moment dat de werkzaamheden naar het redelijk oordeel van Opdrachtgever zijn voltooid. In ieder geval duurt deze Overeenkomst van Opdracht, zonder dat daarvoor nadere opzegging is vereist, niet langer dan een maand.”

- 3.41 Ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden is in de model opdrachtovereenkomst ook een artikel opgenomen. Uit deze bepaling zou moeten blijken dat de werker volledige vrijheid heeft ten aanzien van de invulling van de werkzaamheden en de opdrachtgever enkel bevoegd is de uitvoering met de werker af te stemmen in het geval sprake is van samenwerking met anderen.

“2.1 Vrijheid

Binnen de door Opdrachtgever gestelde grenzen is Opdrachtnemer vrij zijn werkzaamheden naar eigen inzicht in te (laten) richten en uit te (laten) voeren. Wel vindt, voor zover dat voor de uitvoering van de Opdracht nodig is, afstemming met Opdrachtgever plaats in geval van samenwerking met anderen, zodat deze optimaal zal verlopen.”

Temperaars aan het woord

- 3.42 Omdat de overeenkomsten geen weergave geven van de feitelijke invulling van het werk en de werkrelatie is het van belang wat de werkers hierover zelf verklaren.

Hiba Zahouani: *“Het klonk allemaal heel mooi: ‘je hebt zelf in de hand hoe veel je verdient, je komt op allerlei plekken, leuke feesten, hotels en je krijgt er meer voor’. Dat was mijn idee, maar ik had me niet gerealiseerd wat ik daar allemaal voor moet inleveren. Je doet bijvoorbeeld bijna nooit de leuke werkzaamheden. Meestal ben je gewoon de runner (rondbrengen van drankjes en gerechten), je staat niet in een wijk waarin je gasten bedient en contact met hen hebt. Ik heb heel veel ervaring in de horeca dus het was wel mijn idee*

dat ik in een wijk zou staan en meer verantwoordelijkheden zou krijgen. De realiteit is dat de temperaars moeten doen waar het vaste personeel geen zin in heeft.

(...)

Een gemiddelde klus verloopt als volgt. Zodra je aankomt bij een klus moet je op zoek gaan naar de manager. De manager geeft je vervolgens een briefing over wat er die dag van je verwacht wordt. Je moet altijd een kwartier van te voren aanwezig zijn zodat alles aan je kan worden uitgelegd. De manager vertelt dan bijvoorbeeld ook wat de tafelnummers zijn en hoe alles werkt binnen het bedrijf. Als je een vraag hebt tijdens het werken, kun je die stellen aan de managers of aan de werknemers die daar vast in dienst zijn. Meestal werkte ik op een dag niet als enige temperaar, daarbij werk je met de vaste werknemers die in dienst zijn en ook met andere uitzendkrachten. Vooral bij grotere opdrachtgevers stond je samen met veel andere uitzendkrachten. De fijnere klussen waren de kleinere klussen, daar mocht je bijvoorbeeld wel eens een koffie maken of iets leuks doen en met mensen praten. Dit gebeurde alleen amper bij Temper. De makkelijke klusjes zijn over het algemeen voor de temperaars en de vaste mensen stonden bijvoorbeeld wel in een wijk. Als ik tijdens een klus pauze wil moet ik dat vragen bij bijvoorbeeld de manager, je kan niet zomaar zelf indelen wanneer je pauze hebt. Soms moest je echt aandringen bij de manager om pauze te krijgen. Ik heb suikerziekte dus voor mij is het heel belangrijk om genoeg pauze te nemen en te eten af en toe, anders loop ik een risico voor mijn gezondheid.

(...)

De begin- en eindtijden worden bepaald door de opdrachtgevers. Ik heb vaak gehad dat de diensten uiteindelijk (veel) korter duurden.”

Lars van den Ende: “Ik vond de klussen daarnaast lang niet altijd leuk. Ik heb heel veel ervaring met het werken in de horeca, maar als je via Temper ergens komt werken word je niet serieus genomen. Er wordt bij de opdrachtgevers vaak vanuit gegaan dat je weinig kunt, waardoor je alle simpele (rot)klusjes moet doen zoals bijvoorbeeld het afwassen van glazen of het pouleren van bestek. Als je wel een beetje iets kan zijn de opdrachtgevers over het algemeen verbaasd. Om een klus te bemachtigen als bartender heb je echt een hoge beoordeling nodig om überhaupt gekozen te worden.

Een gemiddelde klus verloopt als volgt. Als je aankomt op een klus, vertelt de manager of de shiftleader wat je die dag moet doen. Allereerst krijg je een rondleiding door het bedrijf waarbij wordt uitgelegd hoe alles werkt binnen het bedrijf en waar alles staat. Tijdens een klus als bartender wordt bijvoorbeeld heel exact uitgelegd welk glas bij welk drankje hoort en welke garnering daarbij hoort. Dus bijvoorbeeld bij een cola hoort dit glas en daar moet ijs in. De manager legt uit bij welk drankje er ijs moet en waar bijvoorbeeld een citroentje in moet. Ook wordt uitgelegd welke wijnen en bieren er zijn en in welke hoeveelheden je dat moet inschenken en in welk glas. Bij één van de klussen heb ik samen met nog een andere temperaar gewerkt, maar bij de andere klussen was ik de enige vanuit Temper. Je werkt dan gewoon samen met de werknemers die vast in dienst zijn. Stel je doet iets fout (je schenkt een drankje in een verkeerd glas etc) dan geeft meestal de manager of shiftleader dit aan. Het kan ook zijn dat de andere werknemers je vertellen wat je moet doen of wat je andere moet doen. Bij hen kan je ook terecht met al je vragen. Stel je staat die dag eigenlijk als bartender achter de bar, maar het is bijvoorbeeld rustig, kan het ook zo zijn dat de manager jou vertelt dat je even iets anders moet doen, zoals de bar bijvullen bijvoorbeeld of het bestek pouleren. Als dat gebeurt, moet je dat gewoon gaan doen ook al heb je je eigenlijk ingeschreven op een klus als bartender.“

Tommer Smits: “Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de Tempereers en de vaste krachten behalve dat je dus ofwel alleen de gemakkelijke klusjes moet doen, ofwel je helemaal wordt ingewerkt alsof het je eerste dag is. De teamleider van de opdrachtgever vertelt wat jouw taak is voor die dag en geeft instructies of aanwijzingen als iets anders moet of beter. Verder helpt eigenlijk iedereen die daar werkt je tijdens de klus. Het kan ook zijn dat de teamleider van die dag je een andere taak geeft dan waarvoor je je hebt ingeschreven op de klus. Zo kreeg ik tijdens een klus bij Hotel Die Port van Cleve de opdracht om het eten langs de kamers te brengen. Ik had mij eigenlijk ingeschreven om in de bediening te werken bij het restaurant van het hotel. Het was erg rustig, waardoor ik de opdracht kreeg om werkzaamheden in het hotel te verrichten. Op zich vond ik dat prima, maar ik had me daar eigenlijk niet op ingeschreven dus ik had dat niet verwacht.”

Dirk Vierwind: “Als je aankomt bij een opdrachtgever vertelt meestal de bedrijfsleider wat je moet doen en geeft je aanwijzingen. Over het algemeen zijn de verwachtingen van de opdrachtgever laag als je via Temper komt werken. Meestal ben je een ‘runner’ wat inhoudt dat je drankjes en het eten naar de tafels brengt.

(...)

Ik ben vrij snel gestopt met Temper. De reden hiervoor is onder meer dat ik het werk dat via Temper wordt aangeboden niet leuk vind. Voordat ik begon met werken via Temper ben ik assistent-manager geweest. Als ik via Temper een dienst draaide moest ik de makkelijkste klusjes doen zoals het rondbrengen van drankjes en het lopen van borden. Verder mocht ik meestal maar weinig doen.”

Noortje Heijlaerts: “Als ik aankom op een klus vertelt iemand die daar werkt, meestal de bedrijfsleider/shiftleader, mij wat ik moet doen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen mensen die via Temper werken en mensen die in vaste dienst zijn bij de opdrachtgever. We krijgen allemaal een taak voor die dag en voeren dat uit.”

Timo Verbeek: “Bij Temper word je vaak gezien als een beginnening zonder veel vaardigheden. Daarom krijg je niet veel verantwoordelijkheden. Je wordt beschouwd als iemand die voor het eerst komt werken en daardoor moet je ook alle rotklusjes doen zeg maar. In principe als ik ergens kom ga ik ervan uit dat ik alleen maar eten van punt A naar punt B loop, drankjes erbij, schoonmaak, bestek poleren en misschien zelfs een beetje in de spoel bijwerken. Als ik een klus doe bij een hotel werk ik vaak met andere uitzendkrachten en Temperaars. Daarnaast zijn er ook mensen in vaste dienst, die lopen bijvoorbeeld in een wijk. Als je aankomt bij een klus word je meestal ontvangen door de manager of de supervisor die vertelt wat je moet gaan doen. Verder word je vooral aangestuurd door het vaste personeel dat in dienst is bij de opdrachtgever.”

Vincenzo Nasti: “When I work somewhere through Temper I get instructions of the person who works there, mostly the shiftleader of that day. You need to be present 15 minutes prior to the start of the shift in order to attend the briefing. During the briefing the shiftleader or the manager tells you what is expected of you that day. When I come somewhere for the first time they give me a tour, then they tell me like here’s the fridge, here you can find all the stuff you need etc. If I work at a canteen I prepare food. Then the shiftleader tells me what I need to make that day, for example he tells me that I need to make six salads. Thereafter he tells me what’s inside the salads. They tell you all the ingredients, but most of the time the dishes are quite easy. We don’t cook like a restaurant. Most of the food is already prepared, so you just need to mix it. A sixteen year old person who never cooked before can make these dishes as well. For example I only need to cut some tomatoes and put it in the prepared salad and it’s done.

(...)

If I work at a catering shift my task for the day can be building up the tables for example. The shiftleader or the manager then just tells me exactly where I need to put the tables and the chairs. For example he tells me: guys we need to prepare this room with three tables and ten chairs and then I will do that.

(...)

When I do something wrong like I'm cutting the wrong way or something like that the shiftleader/manager tells me. Besides that I always ask them for suggestions. I always ask how they like it or how I need to cut it and then I do it the way the shiftleaders prefers it. Every place I've worked I received a free meal."

3.9 Checkout

- 3.43 Na de klus dient de werker zich binnen zeven dagen uit te checken. Hierbij geeft de werker aan hoe laat hij is begonnen en gestopt en hoe lang hij pauze heeft gehad. Als een checkout langer dan zeven dagen open staat, krijgt de werker automatisch een no-show. Indien de werker verkeerde checkout-tijden heeft doorgegeven en de opdrachtgever deze heeft goedgekeurd, kunnen de tijden niet meer worden aangepast.
- 3.44 De opdrachtgever controleert vervolgens de door de werker ingevulde checkout. Ook de opdrachtgever heeft hiervoor zeven dagen de tijd. Als de zeven dagen zijn verstreken, wordt de checkout automatisch goedgekeurd. De opdrachtgever kan de checkout ofwel goedkeuren ofwel de werker een tegenvoorstel doen met de tijden die volgens hem correct zijn. De werker kan dit tegenvoorstel ofwel accepteren ofwel contact opnemen met de opdrachtgever.
- 3.45 Indien een opdrachtgever de werker eerder naar huis stuurt, is de opdrachtgever volgens Temper gehouden minimaal 50% van de shift uit te betalen. In de praktijk blijkt dat deze annuleringskosten niet altijd wordt betaald of dat het niet altijd even gemakkelijk is de annuleringskosten te claimen. Op de site wordt vermeld dat de werker bij de checkout de uren die daadwerkelijk gewerkt zijn ingevoerd moeten worden en dat dan alsnog minimaal 50% uitbetaald wordt: *"Tip: bij de check-out geef je de uren door die je daadwerkelijk gewerkt hebt. Ben je tijdens je shift eerder naar huis gestuurd? Dan krijg je alsnog minimaal*

50% uitbetaald". In de praktijk blijkt echter dat op deze manier niet automatisch 50% wordt uitbetaald.

Lars van den Ende: *"Ik ben ook een keer eerder weggestuurd door de opdrachtgever tijdens een klus. Daar baalde ik wel van. Je gaat wel uit van een bepaald bedrag dat je die dag zult verdienen, dat is al niet veel. Als je vervolgens ook nog eerder moet stoppen, blijft er helemaal weinig over.*

(...)

Tijdens een andere klus heb ik zelfs maar één uur gewerkt uiteindelijk. Ik kwam op die klus aan waarvoor ik eigenlijk was ingepland van 08:00-16:00 uur. De opdrachtgever had nog een andere temperaar geregeld, maar er was eigenlijk maar genoeg werk voor één temperaar. Toen moesten wij onderling kiezen wie er mocht blijven en wie er moest stoppen. Ik was er nogal klaar mee en vroeg mezelf af: wat doe ik hier nou eigenlijk? Ik heb de dienst toen aan de andere temperaar gegund en moest zelf na een uurtje stoppen. Ik heb alleen voor dat ene uurtje uitbetaald gekregen. Dit was gelijk mijn laatste klus, want ik was er helemaal klaar mee."

Timo Verbeek: *"Een poosje terug ben ik tijdens een klus van 8 uur na 3 uur al naar huis gestuurd omdat het rustig was. Aangezien ik recht heb op uitbetaling van 50% van de uren, oftewel 4 uur, zou ik 1 uur extra uitbetaald moeten worden. Ik zag hierover niks in de check out verschijnen en ook daarna niet terwijl de opdrachtgever de door mij opgegeven tijden direct heeft geaccepteerd. Hiermee heeft de opdrachtgever volgens de overeenkomst die is afgesloten toegegeven dat ik nog recht heb op een extra uur uitbetaling, namelijk 50% van de uren. Ik heb vervolgens via de chatfunctie contact opgenomen met Temper met het verzoek of zij mijn factuur willen aanpassen zodat dit extra uur erop zou komen. Dit was niet mogelijk omdat de uren al geaccordeerd waren en ik moest 'dit bij een volgende shift overleggen met de opdrachtgever en ofwel een extra uur laten schrijven voor die volgende shift of zelf een factuur sturen aan de opdrachtgever voor dit extra uur."*

Tommer Smits: *"Het kan ook zijn dat je eerder naar huis wordt gestuurd omdat het rustig is bijvoorbeeld. Ik was eens 4 dagen ingepland bij dezelfde opdrachtgever en ben toen 3 van de 4 dagen eerder naar huis gestuurd. Per dienst was ik tussen de 2 en 4 uur eerder weggestuurd. Ik heb voor deze verloren uren geen compensatie gekregen."*

3.10 Beoordelingen

- 3.46 Op basis van beoordelingen en vaardigheden kiest de opdrachtgever een werker. Hierbij wordt onder meer gekeken naar het op-tijd percentage van de werker. Tijdens het uitchecken geeft de opdrachtgever aan of de werker op tijd was. Dit vertaalt zich in een opkomstpercentage op het profiel van de werker weergegeven in een zwarte kleur. Onder de 89% wordt de tekst van het percentage rood waardoor opdrachtgevers minder snel voor deze werker zullen kiezen.
- 3.47 Daarnaast wordt gelet op de beoordelingen van de werkers. Na afloop van de klus geeft een opdrachtgever de werker een beoordeling. Deze rating loopt van 1 tot 5 sterren (1 = slecht, 2 = onvoldoende, 3 = redelijk, 4 = goed, 5 = uitstekend). Het is niet verplicht voor de opdrachtgevers om deze beoordeling toe te lichten. Op de website van Temper wordt afgeraden contact op te nemen met de opdrachtgever indien de werker het niet eens is met de beoordeling.

Hoe werkt het ratingsysteem?

De rating loopt van 1 tot 5 sterren



Geschreven door Sanny van der Krogt
Meer dan een week geleden bijgewerkt

Wij gebruiken een ratingsysteem om opdrachtgevers meer inzicht te geven in FreeFlexers. Als FreeFlexer ontvang je na afloop van je shift een beoordeling. De rating loopt van 1 tot 5 sterren.

1 = slecht, 2 = onvoldoende, 3 = redelijk, 4 = goed, 5 = uitstekend

De opdrachtgever kan de rating ook in tekst toelichten, maar dit is niet verplicht.

Ik ben het niet eens met de rating die ik heb gekregen. Wat nu?

Wij raden 't af om contact op te nemen met de opdrachtgever. Wanneer een opdrachtgever zich niet meer vrij voelt in het geven van een beoordeling, werkt het ratingsysteem niet. Heb je echt het idee dat er een fout is gemaakt? Mail de opdrachtgever dan rechtstreeks.

Het uurtarief en de vereiste vaardigheden van een functie hebben veel invloed op de beoordeling. Hou er rekening mee dat opdrachtgevers niet zomaar strooien met 5-sterrenratings en dat 1 of 2 sterren niet meteen onvoldoende betekent.

Noortje Heijlaerts: *“Aan het einde van de klus geeft de opdrachtgever een beoordeling tussen 1-5 sterren. Dit wordt vaak gedaan op basis van een momentopname. Zo heb ik een keer bij een opdrachtgever gehad dat ik de hele dag druk bezig was en op het moment dat de bedrijfsleider langsleiep zat ik toevallig even op mijn telefoon. Op basis hiervan heb ik gelijk een beoordeling gekregen van maar 2,5 ster. Daarnaast is de beoordeling heel willekeurig. Soms krijg ik gewoon 5 sterren terwijl het voor mijn gevoel niet geweldig ging en soms krijg ik juist maar 3,5 ster terwijl het voor mijn gevoel heel goed ging. Ik krijg geen enkele terugkoppeling van een opdrachtgever en heb daardoor geen idee wat ik niet of wel*

goed zou hebben gedaan. Dit terwijl een slechte beoordeling grote gevolgen heeft. Toen ik 2,5 ster kreeg van de opdrachtgever is mijn beoordeling op mijn profiel meteen een stuk naar beneden gegaan. Doordat er zo veel mensen zich inschrijven op een klus word je vervolgens maar weinig gekozen.”

Vincenzo Nasti: “In addition I have a 4.9 star rating, but that is because I had a problem with one placed where I’ve worked. This company gave me only 1 star. I had already worked a couple of shifts there and I also knew the supervisor there. One day it wasn’t very busy and there was a new supervisor and he got to me and said that my beard was too long and that I had to shave it right away. At that time I was already working for 2 hours, but he told me I had to shave downstairs right away. I refused to do that. It was really quiet that day and besides that I had already worked at that company a couple of times with the same beard I had that day and it was no problem at all. It was nonsense. They sent me home anyway and gave me a 1 star rating. The company also put a no show on my profile, so then it’s like I didn’t show up for work, which was not true. Because of that I had to pay the fine of € 100,-, that’s why I got mad. I wrote in the comments to Temper what happened and I had a discussion with Temper for 10 days. I couldn’t contact the company myself, because I had no contact details whatsoever. Temper gave me different information and after 10 days I was mad and I told them: look I’m going to see a lawyer cause this is a scam. I told them I did go to work and that there are cameras at the company on which you can see I was there. The day after that I got paid for 50% of the shift. But I did receive a 1 star rating and they took me out of their flexpool anyway. The rate the companies give you afterwards is really important. If you have less than three stars, the companies won’t choose you.”

- 3.48 Als een opdrachtgever tevreden is over een werker kan hij de werker uitnodigen voor zijn flexpool. Een flexpool is een groep werkers die goed presteert op een specifieke functie. De kans om geaccepteerd te worden voor een klus is groter wanneer de werker in een flexpool zit. Een opdrachtgever kan bij het plaatsen van een shift binnen aangeven dat een werker uit zijn flexpool automatisch wordt geaccepteerd als ze reageren. In dat geval komt er een bliksemschicht-icoon bij de shift te staan. De werker accepteert of weigert de uitnodiging voor een flexpool en mag thans in maximaal acht flexpools tegelijkertijd zitten. Ook ten aanzien van de flexpools is door de jaren heen het een en ander veranderd.

Timo Verbeek: *“Als de opdrachtgever tevreden is over je werk, kan hij je uitnodigen voor zijn flexpool. Vroeger kon je in een onbeperkt aantal flexpools zitten. Ik zat er destijds in een stuk of 50. Dit hebben ze aangepast, nu mag je er maar in maximaal 8 tegelijk zitten. De reden die zij hiervoor gaven is dat de band tussen de freeflexers en de bedrijven op deze manier verbeterd kan worden. In een telefoongesprek dat ik hier met Temper over heb gevoerd heeft Temper letterlijk gezegd dat het bedoeld is om nieuwe mensen een kans te geven op het platform. Als je namelijk niet in een flexpool zat, werd je eigenlijk nooit gekozen. In mijn ogen heeft Temper met deze ingreep de schijn van een neutraal platform waar enkel aanbieders en afnemers aan elkaar worden gekoppeld opgegeven. Naar mijn weten is dit niet gebeurd op verzoek van de opdrachtgevers, hun diensten werden immers ingevuld. Deze maatregel was louter in het belang van Temper, zodat zoveel mogelijk mensen zich zouden inschrijven bij Temper.”*

- 3.49 Als een opdrachtgever niet tevreden is over een bepaalde werker kan hij de werker uitsluiten voor toekomstige klussen. De werker kan vervolgens niet meer reageren op klussen bij de betreffende opdrachtgever.
- 3.50 Daarnaast wordt op het profiel van de werker ook het op-tijd percentage weergegeven. Dit percentage geeft aan hoe vaak de werker op tijd was bij een klus. Op haar website licht Temper toe dat het voor opdrachtgevers heel belangrijk is dat de werkers minimaal 15 minuten voordat de klus begint aanwezig zijn. Dan is er genoeg tijd om te kunnen omkleden en de briefing te ontvangen. Tijdens het uitschakelen geeft de opdrachtgever aan of de werker op tijd was. Boven de 89% is de tekst van het percentage zwart. Vanaf 89% en lager wordt het rood waardoor opdrachtgevers de betreffende werker minder snel zullen kiezen, aldus Temper.

3.11 Gebruikskosten

- 3.51 Tot april 2019 werd € 1,- aan gebruikskosten ingehouden van de werker en € 2,- van de opdrachtgever. Thans wordt € 3,- ingehouden van de opdrachtgever en € 0,- van de werker. Volgens Temper ‘om de facturatie makkelijker te maken’. Het minimumtarief van € 13,- is in stand gebleven. Als **productie 18** wordt een aantal facturen overgelegd waaruit blijkt dat Temper voorheen € 1,- aan gebruikskosten heeft ingehouden van de werkers.

3.12 Facturen

- 3.52 Nadat de checkout is goedgekeurd, wordt de factuur automatisch door Temper opgemaakt op de eerst volgende maandag of donderdag. Temper stuurt de factuur namens de werker naar de opdrachtgever. De uitbetalingen van de facturen van de werkers verloopt vervolgens via de factoringmaatschappij Fingle. Op de website van Temper wordt niks vermeld over een eventuele mogelijkheid voor de werkers om de factuur zelf te versturen aan de opdrachtgevers. In de opdrachtovereenkomst onder 4.4.4. (zie productie 8) is hierover echter het volgende opgenomen: *“Opdrachtgever kan de Opdrachtvordering slechts bevrijdend betalen aan Fingle”*. Ook uit de getuigenverklaringen blijkt dat de werkers niet vrij zijn om zelf een factuur te versturen aan de opdrachtgevers:

Noortje Heijlaerts: *“Nadat de uren goedgekeurd zijn door de opdrachtgever verstuurt Temper de factuur aan Fingle en via hen word ik uitbetaald. Er bestaat geen mogelijkheid om zelf facturen te sturen.”*

- 3.53 Na het uitchecken kan de werker kiezen wanneer wordt uitbetaald.

1. Direct betalen. Bij direct betalen wordt het geld binnen 3 of 5 werkdagen nadat de opdrachtgever akkoord heeft gegeven betaald. Voor deze optie moet 2,9% van het factuurbedrag worden betaald aan Fingle.
2. Zodra de opdrachtgever betaalt. Bij deze optie moet worden gewacht totdat de opdrachtgever heeft betaald. Meestal heeft de opdrachtgever na ontvangst van de factuur 14 dagen de tijd om de factuur te betalen. Voor sommige opdrachtgevers geldt een betaaltermijn van 30 dagen. Deze optie is gratis.

- 3.54 Indien wordt gekozen voor de optie ‘zodra de opdrachtgever betaalt’, wordt bij het uitchecken een gemiddelde betaaltermijn vermeld. Dit betreft een indicatie en is geen garantie.

- 3.55 Temper vermeldt het volgende op haar website over deze betaalopties: *“We raden je altijd aan om voor de optie ‘direct uitbetalen’ te kiezen, zodat het geld sneller op je rekening staat”*. Indien een werker kiest voor de optie ‘direct uitbetalen’, maar het geld niet heeft ontvangen binnen 3 of 5 werkdagen kan de werker de 2,9% die reeds is afgedragen niet terug krijgen. De reden hiervoor is, volgens Temper, dat Fingle het debiteurenrisico draagt.

- 3.56 Fingle geeft de opdrachtgevers een bepaald krediet waarvoor zij klussen mogen plaatsen. Indien de opdrachtgever een hoger bedrag heeft aan openstaande facturen dan dit krediet, biedt Fingle de optie 'direct uitbetalen' niet meer aan totdat de negatieve kredietstatus van de opdrachtgever is hersteld.
- 3.57 Op de website wordt duidelijk vermeld dat de werkers geen klus mogen oppakken indien deze niet op het platform is geplaatst. Alleen als de opdrachtgever de klus op het platform plaatst voordat de klus begint is op tijd een overeenkomst gesloten en wordt er namens de werkers door Temper een factuur verstuurd aan de opdrachtgever.

Kan ik een klus oppakken die niet op het platform is gezet?

Je kan alleen gaan werken als je bent aangenomen via het platform.



Geschreven door Sanny van der Krogt
Meer dan een week geleden bijgewerkt

Het kan gebeuren dat je last-minute door een opdrachtgever wordt benaderd om zo snel mogelijk te komen werken. Dit kan alleen als de opdrachtgever de klus op het platform plaatst **voordat de klus begint**. Er is dan op tijd een overeenkomst van opdracht gesloten, waardoor jij als FreeFlexer beschermd bent. Er staat vast hoeveel je betaald krijgt en er wordt namens jou een factuur verstuurd aan de opdrachtgever. Wil je [werken als vervanger maar kan jij je niet aanmelden op de shift](#)? Dan kan je niet alsnog gaan vanwege bovenstaande redenen.

Wat als ik al heb gewerkt zonder dat ik aangenomen was?

Dit is een vervelende situatie die wij je aanraden om te voorkomen. Wij kunnen je alleen helpen wanneer je via het platform een overeenkomst hebt gesloten met de opdrachtgever.

IV. ANALYSE EN KWALIFICATIE

4.1 Inleiding

- 4.1 In dit hoofdstuk wordt de juridische vertaling gegeven van de feiten zoals geschetst in hoofdstuk III. De centrale te beantwoorden kwalificatievraag is: hoe met de relatie tussen de werker, Temper en de opdrachtgever worden gekwalificeerd. Eisers kwalificeren deze relatie in paragraaf 4.2 primair als een arbeidsovereenkomst tussen Temper en de werker, welke arbeidsovereenkomst tevens kwalificeert als uitzendovereenkomst. (Alleen) indien dit door de Rechtbank niet wordt aangenomen wordt in paragraaf 4.3 subsidiair bepleit dat alsdan sprake is c.q. moet zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de werker en de 'inlener/opdrachtgever' die de facto dus (eigenlijk) werkgever is. Onbetwist staat vast dat deze partij het (materiele) gezag uitoefent tijdens de werkzaamheden. In paragraaf 4.4 wordt – tot slot – uiterst subsidiair aangevoerd dat bij het voorbij gaan aan voorgaande betogen door de Rechtbank moet worden geconcludeerd dat de werkwijze van Temper, ongeacht het voorbijgaan aan het primair en subsidiair gestelde, toch kwalificeert als terbeschikkingstelling als bedoeld in de Waadi met alle juridische gevolgen van dien.

4.2 Primair: uitzendovereenkomst met Temper

4.2.1 Inleiding

- 4.2 Primair vorderen eisers een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Temper en de werkers die werkzaamheden verrichten via Temper. Temper stelt de werkers vervolgens ter beschikking aan de opdrachtgevers. Hiermee is sprake van een uitzendovereenkomst tussen Temper en de werkers.

4.2.2 Partijbedoeling

- 4.3 Alvorens in te gaan op de feitelijke uitvoering die partijen hebben gegeven aan de gesloten overeenkomsten nog één keer 'terug' naar de partijbedoeling. Een eerste element dat wordt meegenomen bij de kwalificatie van de overeenkomst is de partijbedoeling. Zoals reeds uiteengezet kan bij het beoordelen van de partijbedoeling een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds hoe partijen hun rechtsverhouding beogen te kwalificeren en anderzijds welke rechten en verplichtingen partijen over en weer tot stand beogen te brengen. Dit is een wezenlijk en belangrijk verschil. De partijbedoeling ziet niet op de juridische kwalificatie die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven, maar op welke

rechten en verplichtingen partijen over en weer tot stand beogen te brengen. Anders gezegd: de door partijen gekozen contractsvorm is niet relevant, van (veel) groter belang is de wijze waarop partijen beogen zich ten opzichte van elkaar te gedragen of zich feitelijk ten opzichte van elkaar hebben gedragen (zie randnummers 2.21 tot en met 2.28). De laatste trend is dat de partijbedoeling geen enkel belang zou moeten hebben bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding.¹⁵⁷ Deze benadering komt overeen met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, waarin de naam die partijen aan de overeenkomst geven van geen of ondergeschikt belang is.¹⁵⁸

- 4.4 Indien enkel en alleen wordt gekeken naar de gebruikersovereenkomst tussen Temper en de werkers, hebben partijen schijnbaar uitdrukkelijk beoogd hun rechtsverhouding niet te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst. In de tussen de werkers en Temper gesloten gebruikersovereenkomst (zie productie 7) is namelijk de volgende passage opgenomen: *“partijen beogen niet een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610 BW tot stand te doen komen tussen Gebruiker en een Opdrachtgever of Temper”*. Onduidelijk blijft overigens wat Temper hier heeft bedoeld met een ‘gebruikersovereenkomst’. Zoals gezegd is deze door partijen gekozen contractsvorm niet relevant. Partijen zijn immers niet vrij om een tussen hen gesloten overeenkomst zelf juridisch te duiden. Het gaat om de manier waarop Temper en de werkers uitvoering hebben gegeven aan de gebruikersovereenkomst. Er dient door de gepretendeerde papieren werkelijkheid heen gekeken te worden. Doorslaggevend is immers de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan deze overeenkomst. Hieronder wordt uiteengezet waarom de feitelijke uitvoering van de overeenkomst tussen Temper en de werkers bewijst dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.
- 4.5 Naarmate er meer is onderhandeld over de overeenkomst zou meer waarde kunnen worden gehecht aan de partijbedoeling. Een standaardcontract met weinig tot geen ruimte tot onderhandelen vormt daarentegen juist een contra-indicatie voor ondernemerschap. Dit blijkt onder meer uit de PostNL-uitspraken¹⁵⁹ en de Deliveroo-uitspraak.¹⁶⁰ Bij Temper is sprake van niet onderhandelbare standaardovereenkomsten die eenzijdig door Temper zijn opgesteld en worden opgelegd. De voorwaarden worden eenzijdig opgelegd door Temper,

¹⁵⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing-arrest*); Position paper Verhulp; Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 5.1-5.67.

¹⁵⁸ HvJ EU 3 juli 1986, C-66/85, EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*), r.o. 20; HvJ EU 13 januari 2004, C-256/01, EU:C:2004:18 (*Allonby*), r.o. 70.; HvJ EU 7 september 2004, C-456/02, EU:C:2004:488 (*Trojani*), r.o. 16.

¹⁵⁹ Rechtbank Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:RBNHO:2015:11232, r.o. 4.27.

¹⁶⁰ Rechtbank Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

terwijl de werkers hierover niet kunnen onderhandelen. Niet kan worden gesproken van reële ondernemersvrijheid van de werkers. Mede hierdoor kan voor de werkers geen doorslaggevende betekenis worden gehecht aan de schriftelijke overeenkomst. Hooguit kan worden aangenomen dat de werker voor het verkrijgen van werk bereid is geweest – onder sturing van Temper – aan de voorwaarden van Temper te voldoen door de gebruikersovereenkomst te ondertekenen. Niet kan worden aangenomen dat de werkers hebben willen instemmen met een rechtsverhouding die afwijkt van de feitelijke gang van zaken.¹⁶¹

4.2.3 Feitelijke uitvoering partijen

- 4.6 Bij de analyse van de feitelijke uitvoering van partijen zullen de elementen die tevens zijn beoordeeld in het onderzoek dat in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is uitgevoerd door Arbeidsmarktresearch van de Universiteit van Amsterdam (**productie 19**) worden behandeld. Alhoewel deze rapportage op het moment van het schrijven van deze dagvaarding nog niet gereed is en deze module ook niet onomstreden is, vormt zij wel een kader voor de analyse van de verschillende onderdelen die voortvloeien uit de jurisprudentie. Dit rapport is opgesteld ten behoeve van de ontwikkeling van een vragenlijst die zal worden gebruikt om een webmodule op te zetten. Het is de bedoeling dat met behulp van de vragenlijst uit deze webmodule een inschatting wordt gegeven of sprake is van het werken buiten dienstbetrekking. Getracht zal worden deze webmodule nog in 2020 operationeel te krijgen. Als uit de beantwoording van de vragen in de webmodule volgt dat als zzp'er kan worden gewerkt, dan ontvangt de opdrachtgever een zogeheten opdrachtgeversverklaring. Met deze opdrachtgeversverklaring krijgt de opdrachtgever de zekerheid dat een bepaalde opdracht buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd. In de vijfde voortgangsbrief ten aanzien van de maatregelen op het gebied van 'werken als zelfstandige' van Minister Koolmees van 15 juni 2020 (**productie 20**), wordt een update gegeven over de uitkomst van de tweede testfase van de webmodule. In deze tweede testfase is een steekproef genomen van 84 casussen waarbij de opdrachtgever heeft ingevuld dat hij een zelfstandige heeft ingehuurd. Uit de test is gebleken dat in ongeveer de helft van de gevallen waarin een opdrachtgever een zzp'er inhuurt, er een sterke indicatie is dat eigenlijk sprake is van een dienstbetrekking. Daarnaast bleek dat de webmodule in een kwart van de gevallen niet tot een oordeel kon komen. Minister Koolmees noemt het in zijn voortgangsbrief zorgwekkend

¹⁶¹ Rechtbank Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, r.o. 21.

dat in de geteste groep in ongeveer de helft van de gevallen dus hoogstwaarschijnlijk ten onrechte buiten dienstbetrekking wordt gewerkt.

- 4.7 Ten behoeve van de ontwikkeling van deze vragenlijst is Arbeidsmarktresearch (met onder andere Verhulp) gevraagd de rechtspraak op het punt van de kwalificatievraag te analyseren en in kaart te brengen. De uitkomsten kunnen worden gebruikt om het algoritme, waaraan de vragenlijst ten grondslag ligt, te trainen om op die wijze goede uitkomsten te generen. Arbeidsmarktresearch heeft in dit verband een rapport opgesteld waarin 274 uitspraken (van na 2009) zijn geanalyseerd van zowel civiele rechters, bestuursrechters als belastingrechters. Arbeidsmarktresearch heeft op basis daarvan een databestand aangelegd waarin 242 beslissingen zijn opgenomen waarin over de kwalificatie van een dienstbetrekking wordt beslist. Het databestand is opgedeeld in een aantal (deels overlappende) categorieën. Hier worden de volgende categorieën behandeld.

1. Partijbedoeling
2. Kenmerken onderneming werkende
3. Ondernemersrisico
4. Beloning/loon
5. Vervanging
6. Gezagsverhouding
7. Onderdeel van organisatie

Bij de eerste categorie is reeds stilgestaan. De overige categorieën worden in aangegeven volgorde behandeld.

Ad 2 Kenmerken onderneming werker

a. Inschrijving Kamer van Koophandel

- 4.8 Het ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel als ondernemer en het vervolgens uitvoeren van werkzaamheden in de hoedanigheid van ondernemer kan een indicatie zijn voor het werken buiten dienstbetrekking. Als eveneens sprake is van een eigen website waarop de werker zijn diensten aanprijst en als een eigen bedrijfsnaam wordt gebruikt, geldt deze indicatie des te sterker. Zoals onder meer is geoordeeld in de PostNL-uitspraak en de Deliveroo-uitspraak, is dit echter anders indien de werker zich enkel heeft

ingeschreven bij de Kamer van Koophandel omwille van uitvoeren van de overeenkomst.¹⁶² Zo werd in de PostNL-uitspraak veel gewicht toegekend aan het feit dat de pakketbezorger zich pas kort voor het aangaan van de overeenkomst had ingeschreven als zelfstandige bij de Kamer van Koophandel. Uit deze omstandigheid werd door de kantonrechter afgeleid dat de pakketbezorger dit enkel had gedaan in het kader van deze opdracht en niet daarvoor al werkzaam was als zelfstandige.

- 4.9 De meeste werkers die voor Temper werken zijn niet gehouden zich bij de Kamer van Koophandel in te schrijven. De website vermeldt hierover dat indien de werker regelmatig via Temper gaat werken het zo kan zijn dat de werker zich verplicht dient in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Onduidelijk blijft echter vanaf wanneer de verplichting om zich bij de Kamer van Koophandel bestaat. In de praktijk blijkt dat het merendeel van de werkers enkel het zogenaamde formulier Opgaaf Startende Onderneming gebruikt om een btw-nummer aan te vragen. Zij hoeven zich dan vervolgens niet meer in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Volgens de website van de Belastingdienst is dit formulier bedoeld voor: *“startende ondernemingen die niet kunnen worden ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. In die gevallen moet u de onderneming zelf bij ons aanmelden. Het gaat dan om:*

(..)

- *Eenmanszaken met activiteiten die volgens het Handelsregister niet gelden als onderneming*

(..).”

Ook de Kamer van Koophandel beschouwt deze werkers dus niet als echte zelfstandigen.

- 4.10 De werkers die zich wel inschrijven bij de Kamer van Koophandel doen dit enkel omdat deze inschrijving door Temper wordt geëist. Temper blokkeert namelijk in die gevallen het profiel van de werker totdat de werker zich inschrijft bij de Kamer van Koophandel. Kortom, als al werd ingeschreven, werd deze inschrijving enkel verricht zodat de werkers werkzaamheden voor Temper kunnen verrichten. Temper biedt zelfs via haar eigen website hulp aan bij de inschrijving in de Kamer van Koophandel. Hierdoor kan aan de inschrijving van een deel van de werkers bij de Kamer van Koophandel niet de gevolgtrekking worden verbonden dat die werkers (anders dan degene die zich niet inschreven) daadwerkelijk de

¹⁶² Rechtbank Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198; Rechtbank Amsterdam 14 januari 2016, AR 2016/139.

bedoeling hadden om als zelfstandig ondernemer te gaan werken. Bovendien profileren zij zich ook niet als zelfstandig ondernemer via bijvoorbeeld een eigen website of sociale media. De werkers zijn in 99,9% van de gevallen nog niet ingeschreven bij de Kamer van Koophandel voordat zij via Temper zijn gaan werken. Daarnaast hebben de werkers vaak het verrichten van werkzaamheden voor Temper in hun doelomschrijving opgenomen. Uit de inschrijving van een beperkt deel van de werkers in de Kamer van Koophandel op zich kan, gelet op het voorgaande, derhalve volstrekt geen betekenis worden gehecht.

b. Facturatie

- 4.11 In de rechtspraak wordt vaak van belang geacht dat een zelfstandige de werkzaamheden voor eigen rekening en risico verricht. Een aanwijzing hiertoe is dat de werker per factuur wordt betaald.¹⁶³ In Deliveroo-II stapt de rechter – terecht – over deze indicatie voor een opdrachtovereenkomst heen.¹⁶⁴ In casu kunnen noch mogen de werkers van Temper zelf facturen sturen voor de verrichte werkzaamheden. Het ontbreken van de vrijheid hierin duidt erop dat de werkers veel minder zelfstandig zijn dan Temper doet voorkomen. Zodra de gewerkte uren zijn geaccepteerd door de opdrachtgever, stuurt Temper namens de werkers een factuur aan Finkle. Finkle is de ‘onafhankelijke’ factoringmaatschappij¹⁶⁵ die namens Temper de facturen betaalt aan de werkers. Voor de werkers die werkzaamheden verrichten via Temper bestaat geen enkele mogelijkheid om zelf facturen te sturen, integendeel deze mogelijkheid is zelfs uitgesloten in de opdrachtovereenkomst. Onder 4.4.4 van de opdrachtovereenkomst (zie productie 8) staat hierover het volgende: *“Opdrachtgever kan de Opdrachtvordering slechts bevrijdend betalen aan Finkle”*. Vooral opvallend hieraan is dat de opdrachtgever bij wie de werker werkzaamheden verricht geen factuur ontvangt van deze werker en ook niet rechtstreeks betalingen verricht aan de werker. Het eenzijdig opleggen van een facturatieproces is niet te rijmen met een (echte) opdrachtovereenkomst en duidt juist op sturing en gezag door Temper. Bovendien is het feit dat de betaling niet rechtstreeks van de opdrachtgever aan de Temperaar plaatsvindt op basis van jurisprudentie van het Europese Hof een indicatie dat geen sprake is van ondernemerschap.
- 4.12 De factoringmaatschappij Finkle is een factoringmaatschappij die ‘american’ factoring aanbiedt. American factoring houdt in dat per factuur een percentage moet worden afgedragen aan de factoringmaatschappij waarna deze het debiteurenrisico draagt. Bij

¹⁶³ Hof Amsterdam 23 juni 2015, AR 2015/1220.

¹⁶⁴ Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, JAR 2019/23.

¹⁶⁵ Factoring is het uitbesteden van de facturatie en het debiteurenrisico van een ondernemer aan een gespecialiseerd bedrijf.

Temper hoeven de werkers enkel indien zij kiezen voor het uitbetalen van hun factuur binnen drie dagen een percentage van 2,9% te betalen aan Finkle. Indien de werkers ervoor kiezen te wachten op de uitbetaling van hun factuur totdat de opdrachtgever betaalt, hoeven zij niks af te dragen. Voor het overige verloopt het innen van de facturen indien wordt gekozen voor uitbetaling van de factuur totdat de opdrachtgever heeft betaald hetzelfde: ook hier dient de opdrachtgever de factuur aan Finkle te voldoen, waarna Finkle deze factuur vervolgens uitbetaalt aan de werkers. De vraag die nu gesteld kan worden is wie in dat geval voor de dienst van Finkle betaalt. Slecht voorstelbaar is dat Finkle deze dienst van het versturen en innen van de factuur en het vervolgens uitbetalen van de werkers gratis verleent. Het is volgens FNV en CNV zeer aannemelijk dat Temper voor deze dienst een bedrag betaalt aan Finkle (en de kosten hiervan doorbelast aan de opdrachtgevers door middel van de gebruikskosten à € 3,- per uur).

- 4.13 Daarbij komt dat het debiteurenrisico in dat geval niet overgaat op Finkle. Er wordt immers pas uitbetaald door Finkle zodra de opdrachtgever de factuur heeft voldaan. Temper heeft Finkle derhalve enkel ingeschakeld om voor haar de betalingen te verrichten. Zonder de door Temper aangeleverde gegevens kan Finkle de werkers ook niet betalen. Hiermee is Temper verantwoordelijk voor het betalen van het loon aan de werkers die werkzaamheden verrichten via Temper en kan Finkle worden aangemerkt als het bedrijf dat de salarisadministratie voor Temper doet oftewel: payrolled. Door Finkle op deze manier als het ware tussen Temper en de werkers te 'schuiven' wordt bewerkstelligd dat het loon van de werkers niet rechtstreeks door Temper aan de werker wordt betaald. Gelet op de feitelijke gang van zaken is dit gegeven volstrekt geen contra-indicatie voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst.

c. Onderhandeling over uurtarief

- 4.14 Een belangrijk element is voorts of de werker zelf de hoogte van het te hanteren tarief bepaalt of in ieder geval het initiatief heeft getoond in de onderhandeling. Indien dit het geval is, vormt dit een contra-indicatie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bij het ondernemerschap past het kunnen bepalen van het eigen tarief op basis van vraag en aanbod.
- 4.15 Volgens de website van Temper bestaat de mogelijkheid voor werkers om te onderhandelen over het uurtarief. De werkers kunnen de opdrachtgevers theoretisch bij het inschrijven op de klus een tegenbod doen voor een hoger uurtarief, waarbij zij kunnen

aangeven waarom zij dit uurtarief 'waard' zijn (zie paragraaf 3.5). Buiten het feit dat het onderhandelen over het uurtarief door Temper op haar website wordt afgeraden ("*... denk goed na voordat je onderhandelt. Het kan de kans verkleinen dat je gekozen wordt*"), blijkt in de praktijk dat werkers zelden over het uurtarief onderhandelen. Wat nog zeldzamer voorkomt, is de situatie dat - als de werker er al voor kiest over het uurtarief te 'onderhandelen' – hij vervolgens daadwerkelijk voor dit onderhandelde uurtarief wordt gekozen. De spoeling is immers enorm dun. Een werker moet zich volgens Temper gemiddeld voor vijftien klussen inschrijven om gekozen te worden voor een klus. In de praktijk blijkt dit aantal echter nog hoger te liggen. De oorzaak hiervan is dat op populaire klussen soms wel zeventig werkers tegelijk zich inschrijven.

- 4.16 Het is volstrekt onaannemelijk dat werkers onder deze omstandigheden daadwerkelijk kunnen en zullen onderhandelen over het uurtarief. De opdrachtgever heeft immers de keuze uit vijftien tot zeventig ingeschreven werkers. De kans dat deze opdrachtgever de werker zal kiezen die onderhandelt over zijn uurtarief in plaats van één van de werkers die ervoor kiest dit niet te doen is nihil. Dit weten de werkers ook en om deze reden proberen de meesten ook niet (meer) te onderhandelen. Het op schrift opnemen van een mogelijkheid te onderhandelen over het uurtarief is hiermee slechts een papieren werkelijkheid. Met andere woorden: er is geen sprake van een reële onderhandelingspositie van de werkers die via Temper werken, hetgeen duidt op werknemerschap.¹⁶⁶

Ad 3 Ondernemersrisico

Eigen hulpmiddelen en materialen

- 4.17 De mate waarin de werker gebruik maakt van eigen hulpmiddelen en materialen bepaalt de mate van het ondernemerschap van de werker. De omstandigheid dat eigen materiaal moet worden aangeschaft, vormt een indicatie dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. Het doen van investeringen geeft blijk van de omstandigheid dat de werker de werkzaamheden voor eigen rekening en risico verricht.¹⁶⁷ De aard van de werkzaamheden die worden verricht via Temper brengen met zich dat geen noodzaak bestaat om eigen hulpmiddelen en materialen te gebruiken. Het is diezelfde aard van de functie die ervoor zorgt dat geen sprake is van een zzp'er, maar van een

¹⁶⁶ Rb Amsterdam 15 januari 2019, JAR 2019/23.

¹⁶⁷ Hof Den Haag 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ5984.

arbeidsovereenkomst. In dat opzicht lijkt Temper op de reguliere werknemer die ook niks meebrengt behalve zijn favoriete balpen.

- 4.18 Uit de als productie 9 tot en met 15 overgelegde getuigenverklaringen blijkt dat ofwel geen bijzondere kledingseisen worden gesteld ofwel (bedrijfs)kleding wordt verstrekt door de opdrachtgevers. Zie ter illustratie een aantal willekeurige klussen die op Temper zijn geplaatst.

Je wordt minimaal een kwartier voor aanvang van de dienst verwacht en kunt je melden bij de Eric Smeulders of de hoofd chauffeur. Je ontvangt een set kleding (polo, broek, trui en veiligheidsschoenen).

Overige informatie:

- Op locatie krijg je nog een polo/overhemd om in te werken, en indien nodig nog veiligheidsschoenen;

- 4.19 Hierdoor blijft het doen van – eventuele – investeringen beperkt tot het aanschaffen van een (nette) broek, (nette) schoenen en bij sommige opdrachtgevers een overhemd, dit terwijl je (zelfs) die ‘bedrijfsmiddelen’ door de opdrachtgever verstrekt krijgt. De aanschaf van dergelijke kleding kan niet aangemerkt worden als een indicatie dat sprake is van een opdrachtovereenkomst en daarmee ‘ondernemerschap’. In Deliveroo-II is in dat kader over de aanschaf van het materiaal geoordeeld dat het grootste gedeelte van het materiaal (met uitzondering van de maaltijdbox) ook in het dagelijks leven gebruikelijk is. Bij Deliveroo ging het daarbij om het gebruik van een smartphone en een fiets, die de bezorgers overigens ook al toen zij nog op basis van een arbeidsovereenkomst werkten zelf moesten aanschaffen. Vertaald naar Temper: ook indien op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt in de horeca is het gebruikelijk een broek en nette schoenen te dragen die zelf zijn aangeschaft. Dit kan niet worden aangemerkt als het doen van investeringen. Overigens werd in de PostNL-uitspraken waarin een arbeidsovereenkomst met de bezorgers is vastgesteld, de omstandigheid dat geïnvesteerd moest worden in een bus juist meegenomen in het oordeel dat de bezorgers economisch afhankelijk waren van PostNL.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Rb. Amsterdam 14 januari 2016, AR 2016/139; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, JAR 2016/6.

Ad 4 Beloning/loon

Beloning is significant hoger of lager

- 4.20 Indien de beloning significant hoger (of lager) is dan de beloning die een werknemer met een arbeidsovereenkomst in dezelfde functie zal ontvangen vormt dat een contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De beloning die de werkers die via Temper werkzaam zijn ontvangen is niet substantieel hoger of lager dan de beloning die een werknemer met een arbeidsovereenkomst zal ontvangen voor vergelijkbaar werk. Op het eerste gezicht lijken de uurtarieven van Temper hoger te liggen dan de – netto – uurlonen van de uitzend- of horeca-cao. Dit is echter geen goede vergelijking. Een werknemer heeft naast het basisuurloon ook nog extra rechten, zoals vakantiegeld, vakantiedagen, loondoorbetaling bij ziekte en pensioenopbouw. Van een Temperaar wordt verwacht dat die hiervoor zelf geld reserveert. Door de onjuiste kwalificatie als zzp'er is de werker van Temper ook verplicht geld te reserveren voor gevallen waar hij, als hij goed gekwalificeerd zou worden als werknemer, geen geld voor zou hoeven te reserveren, zoals de aansprakelijkheidsverzekering die Temper aanbiedt. Gelet op de lage beloning (de meeste werkers ontvangen via Temper een uurtarief dat tussen de € 13,- en € 15,- ligt), is het voor de werkers onmogelijk reserves op te bouwen voor werkloosheid, pensioen en arbeidsongeschiktheid of om zich tegen deze risico's te verzekeren. Laat staan dat men in staat is om bedrijfsinvesteringen te doen.
- 4.21 In zijn voortgangsbrief van 22 november 2019 (**productie 21**) heeft minister Koolmees uiteengezet dat zzp'ers minimaal een uurtarief moeten verdienen van € 25,20 (op basis van 46 weken, 40 uur per week, 67% declarabel) om een netto beschikbaar inkomen (na reserveringen) ter hoogte van het netto WMM over te houden. Hierbij wordt rekening gehouden met een opslag van 15% voor algemene kosten en met reserveringen voor arbeidsongeschiktheid, leegloop en ziekte. Voor de hoogte van deze reserveringen is uitgegaan van de kosten van vergelijkbare verzekeringen voor werknemers. Bij de bepaling van de hoogte van het tarief is tevens rekening gehouden met het feit dat een zelfstandige niet alle uren die hij werkt ook daadwerkelijk bij de opdrachtgever kan declareren.
- 4.22 De FNV heeft in haar witboek (zie productie 16) aan de hand van deze uitgangspunten een vergelijking gemaakt tussen het uurtarief dat bij Temper gemiddeld verdiend wordt en wat hiervan overblijft nadat de kosten en reserveringen zijn afgetrokken. Daar waar Koolmees ervan uitgaat dat een zelfstandige 33% van de uren die hij aan zijn bedrijf besteedt niet kan

declareren bij de opdrachtgever, is FNV uitgegaan van een percentage van slechts 10%. Het voorgaande is als uitgangspunt gebruikt aangezien de werkers die via Temper werken over het algemeen minder tijd kwijt zijn aan administratie, training, zoeken van werk, reistijd etc. Zie de onderstaande tabel voor een overzicht van de kosten en reserveringen die FNV als uitgangspunt heeft gebruikt bij haar berekeningen.

Soort Kosten	Gebruikt in vergelijking	Volgens ministerie SZW
Uren wel werken, geen beloning (administratie, training, zoeken van werk, reistijd etc.)	10%	33%
Vakantiedagen	CAO vakantiedagen + feestdagen	6 weken
Ziekte dagen	2 weken	2 weken
Arbeidsongeschiktheidsverzekering	€2313 per jaar	€2313
Administratie en overige kosten	15%	15%

Tabel 4: kosten van een Temperaar

- 4.23 Vervolgens heeft de FNV alle kosten en reserveringen van het gemiddelde uurtarief onderverdeeld naar functie, afgetrokken en vergeleken met het uurloon volgens de uitzend-cao respectievelijk het WMM.

Soortfunctie	Uurtarief Temper	uurtarief na aftrek reserveringen en kosten	Uurloon volgens uitzend-cao	Wettelijk Minimumloon
Magazijnmedewerker	€ 15,57	€8,16	€11,40	€9,54
Bediening	€15,52	€7,70	€10,93	€10,05
Schoonmaak	€14,15	€6,85	€11,59	€10,05
Zelfstandige kok	€22,50	€11,61	€13,17	€10,05

Tabel 5: werkelijke vergelijking Temperaar en in dienst

- 4.24 Uit voorgaande berekeningen blijkt duidelijk dat de werkers via Temper geen significant hogere beloning ontvangen dan werknemers die dezelfde functie uitoefenen. Het uurtarief na aftrek van de kosten en reserveringen is in alle gevallen lager dan het uurloon waarop de werker recht zou hebben op basis van de uitzend-cao en in sommige gevallen duikt dit uurtarief zelfs onder het WMM. Kortom er is geen sprake van significant hogere beloning die het aanwezig achten van zelfstandig ondernemerschap en een overeenkomst van opdracht rechtvaardigt, in tegendeel. Na alle woorden van Temper over energieke, fitter en blijer werken en haar droom de waarde van flexibel werk, resteert slechts de conclusie dat sprake is van onderbetaling en een daarop gebaseerd verdienmodel. Deze keer in combinatie met een app.

Ad 5 De verplichting om arbeid te verrichten

Arbeid

- 4.25 Eén van de voorwaarden die is neergelegd in artikel 7:610 BW betreft de verplichting om arbeid (persoonlijk) te verrichten. In deze zaak is tussen partijen in confesso dat sprake is van het verrichten van arbeid.

a. Verplichting

- 4.26 De Temperaar lijkt afgaand op de overeenkomst geen *verplichting* te hebben om arbeid te verrichten. Het lijkt of het de Temperaar vrij staat zelf te bepalen wanneer hij het platform gebruikt en dus wanneer hij arbeid verricht. De verplichting om arbeid te verrichten lijkt pas te ontstaan zodra de Temperaar wordt geaccepteerd door de opdrachtgever en (automatisch) een opdrachtovereenkomst tot stand komt tussen de opdrachtgever en de werker. Bij deze beoordeling dient echter opnieuw te worden gekeken naar de feitelijke uitvoering van partijen, immers: wezen gaat voor schijn.¹⁶⁹ Daarom zal moeten worden getoetst of de Temperaar feitelijk ook vrij is in het kiezen wanneer gewerkt wordt en in het weigeren van klussen.
- 4.27 Als gezegd is de spoeling op het platform erg dun, waardoor werkers zich, om kans te maken om geaccepteerd te worden, op meerdere klussen tegelijkertijd inschrijven (zie paragraaf 3.4). Omdat de klussen vaak al weken of zelfs maanden van te voren op Temper worden geplaatst, zullen de werkers zich ver van te voren moeten inschrijven op een klus. Vervolgens wordt de werker veelal pas op het laatste moment geaccepteerd voor een klus. Het komt er feitelijk op neer dat een werker die in aanmerking wil komen voor een klus zich al ver van te voren zal moeten inschrijven op een klus op een bepaalde dag en op een bepaald tijdstip en dus al (ver) vooraf beschikbaar moet zijn om arbeid te verrichten. In wezen is deze werkwijze dan ook aan te merken als een inroostersysteem voor de werkers die via Temper werken.
- 4.28 Het generen van voldoende inkomen houdt verband met het verrichten van werkzaamheden en dus met het je beschikbaar stellen (het inschrijven op een klus). Van een algehele vrijheid is derhalve geen sprake, indien de werker (voldoende) inkomen wil generen via Temper. Gelet op het grote aantal werkers dat zich inschrijft op een klus is het een voorwaarde voor het verkrijgen van werk via Temper om (ver) van te voren en op

¹⁶⁹ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 9.30.

meerdere klussen tegelijk in te schrijven. Temper adverteert op haar website met: “*werk waar en wanneer je wil*”. In de praktijk klopt dit niet. De werker kan niet zomaar zelf bepalen waar en wanneer hij werkt. De werker is alleen gegarandeerd van een klus als hij zich al (ver) van te voren – op heel veel klussen – heeft ingeschreven en tevens wordt gekozen. Als de werker op goed geluk last minute op zoek gaat naar een klus, is de kans groot dat er geen klus meer is. Dit geldt in ieder geval voor de populaire klussen. Deze zijn inmiddels vergeven (zie paragraaf 3.4).

- 4.29 Voorts staat het de werker niet vrij een klus te annuleren. Althans, niet zonder nadelige gevolgen. Een werker kan een klus immers enkel annuleren buiten de geldende annuleringstermijn. Als de werker de klus binnen de geldende annuleringstermijn toch annuleert heeft dit grote gevolgen. Het profiel van de werker zal worden geblokkeerd (1) en er wordt een boete opgelegd van € 100,- (2). Daarnaast zal de no-show rate op het profiel van de werker toenemen, hetgeen grote gevolgen heeft voor de werker (3). Een hoge no-show rate leidt er namelijk toe dat de betreffende werker in het vervolg (nog) minder kans heeft om te worden gekozen door een opdrachtgever. De opdrachtgever heeft immers de keuze uit één van de andere 15 tot 70 werkers die zich op dezelfde klus hebben ingeschreven en een lagere no-show rate hebben.
- 4.30 Kort en goed: de vrijheid van de werker om te werken is aanzienlijk minder groot dan Temper op haar website suggereert.

b. Vervangbaarheid

- 4.31 Daarnaast wordt aangenomen dat de werker, om een arbeidsovereenkomst te kunnen aannemen, verplicht is om deze arbeid *persoonlijk* te verrichten (zie onder randnummers 2.6 tot en met 2.12). Zoals De Bock tevens heeft betoogd in haar conclusie is hierbij zeer de vraag of de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten überhaupt beschouwd zou moeten worden als een element van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst aangezien artikel 7:610 BW deze eis niet stelt (zie tevens randnummer 2.7).¹⁷⁰ Uit het voorgaande volgt dat een vrije vervangingsclausule op zichzelf niet in de weg staat aan de kwalificatie als arbeidsovereenkomst; de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten is daarvoor namelijk geen vereiste. De vraag is of de mogelijkheid van een werker om zich te laten vervangen wel een voldoende relevant gezichtspunt oplevert bij de invulling van het gezagscriterium.

¹⁷⁰ Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 7.11-7.15.

- 4.32 In de lagere rechtspraak wordt over het algemeen veel waarde gehecht aan de omstandigheid dat een werker zich mag laten vervangen. Indien een werker zich vrijelijk mag laten vervangen is dat in voorkomende gevallen een indicatie dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkers die via Temper werkzaamheden verrichten lijken op basis van de gebruikersovereenkomst de vrijheid te hebben om de arbeid niet persoonlijk te verrichten. Hierbij moeten echter een aantal kanttekeningen worden geplaatst.
- 4.33 Allereerst verloopt de selectie van de werkers op basis van openbare profielen. De klant kiest een werker voorafgaand aan de klus op basis van de werkervaring, de foto, de beoordelingen, het no-show percentage en het op tijd percentage van de werker. Dit maakt het noodzakelijk voor de uitvoering van de opdracht dat de werker de opdracht persoonlijk verricht.
- 4.34 Dat de mogelijkheid voor een werker bestaat zich te laten vervangen, betekent bovendien niet zonder meer dat geen arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen.¹⁷¹ Ook in Deliveroo-II heeft de rechter een arbeidsovereenkomst aangenomen, ondanks dat in de overeenkomst de mogelijkheid van vervanging was opgenomen. De kantonrechter achtte hier onder meer van belang dat er objectieve eisen werden gesteld aan de vervanger. De vervanger moest zijn legitimatiebewijs en het bewijs om in Nederland te mogen werken tonen.¹⁷² De bezorgers mochten zich dus enkel laten vervangen met goedkeuring van de werkgever (zoals is bedoeld in artikel 7:659 BW). Indien het recht van de werker om zich te laten vervangen beperkt is tot door de opdrachtgever goedgekeurde werkers, staat die vervanging er niet aan in de weg aan te nemen dat de werker de arbeid altijd persoonlijk moet verrichten.¹⁷³
- 4.35 De werkers die werkzaamheden verrichten via Temper kunnen zich laten vervangen door een ander, *“al dan niet via het digitale platform van Temper”*, zo vermeldt de gebruikersovereenkomst. Temper zou hierbij niet het recht hebben de vervangers te weigeren. Zoals uiteengezet in het hoofdstuk over de werkwijze van Temper in paragraaf 3.7 is dit onjuist. Als de vervanger volgens de opdrachtgever niet aan de vereisten voldoet, kan deze naar huis worden gestuurd en wordt een no-show gegeven. Dit betekent dat het profiel van de Temperaar wordt geblokkeerd en tevens een boete van € 100,- wordt opgelegd. Bovendien stellen opdrachtgevers vaak (aanvullende) eisen aan vervangers. Zie

¹⁷¹ Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 (pilot). Dit betrof een fiscale zaak.

¹⁷² Rechtbank 15 januari 2019, JAR 2019/23.

¹⁷³ Zie voor een gelijkkluidend oordeel van de Engelse rechter: Supreme Court 13 June 2018, Judgement Pimlico Plumbers vs Smith (2018) USKC 29, r.o. 34

bijvoorbeeld productie 17 waar ten aanzien van vervanging het volgende in acht genomen dient te worden: *“Graag vervanging door personen met dezelfde rating voor de bediening als jijzelf. Daarnaast ook minimaal hetzelfde gewerkte aantal uren”*. Andere opdrachtgevers willen eerst gebeld worden om te overleggen of zelf een vervanger moet worden gezocht of om te overleggen welke vervanger daarvoor geschikt is:

- Als je onverhoopt toch niet kan werken (ook binnen de annuleringstermijn), bel dan altijd met ons. Dan kunnen we overleggen of je zelf een vervanger regelt;

Bij afmelden en rullen eerst bellen op het mobiele nummer van Smaak 06 40230868 om te overleggen wie er geschikt is om de shift over te nemen, aangezien niet iedereen zelfstandig kan werken.

Kortom, hier is bij uitstek sprake van het zich incidenteel laten vervangen door een door de werkgever goedgekeurde vervanger zoals is bedoeld in artikel 7:659 BW. Van volledig vrije vervanging kan niet worden gesproken.

- 4.36 De gebruikersovereenkomst vermeldt tevens dat het de werkers is toegestaan om zich ook te laten vervangen door iemand buiten het platform. In de praktijk komt het echter nooit voor dat een werker zich laat vervangen door iemand buiten het platform (zie de getuigenverklaringen, productie 9 tot en met 15). De realiteit is dat, als er al sprake zou zijn van vervanging, een vervanger altijd via het platform wordt gezocht. Hierbij is tevens van belang dat de opdrachtgevers de werkers over het algemeen vrij kort van te voren accepteren voor een klus. Vanwege de korte termijn is het dan vrijwel onmogelijk nog een vervanger te vinden. Andermaal een reden waarom de ‘vrije vervangbaarheidsclausule’ bij Temper een papieren werkelijkheid is. Daarbij heeft te gelden dat enkel vervangers kunnen reageren op de klus die de – door de opdrachtgever vereiste – vaardigheden bezitten in die zin dat deze door vorige opdrachtgevers zijn bevestigd. Een opdrachtgever kan normaliter ook iemand kiezen die de vereiste vaardigheden nog niet bevestigd heeft gekregen in zijn profiel. In het geval iemand zich laat vervangen kan daarentegen enkel worden gekozen uit werkers die deze vaardigheden al bevestigd hebben gekregen door vorige opdrachtgevers. Opnieuw is hier sprake van een (formele) gezagsverhouding van Temper in relatie tot de werkers. De vervanger kan enkel worden gekozen uit een door Temper samengestelde pool van werkers. Indien hiervan sprake is, kan niet worden gesproken van vrije vervanging. Ook dit kan worden aangemerkt als het zich laten

vervangen door een door de werkgever goedgekeurde vervanger zoals bedoeld in artikel 7:659 BW.

- 4.37 Leidt de vrije vervangbaarheid ertoe dat een werker met zijn opdrachten andere werkers aan de slag kan houden – en hier ook iets aan kan overhouden – dan zit daar een element van ondernemerschap in. Hiervan kan sprake zijn indien een werker zich volledig laat vervangen. Op deze manier oordeelde de rechter in Deliveroo-II ook dat het niet ondenkbaar is dat bezorgers in de praktijk toch mogelijkheden vinden om het werk om te zetten in bedrijfsuitoefening waardoor het karakter van een overeenkomst van opdracht wel gaat overheersen. Op deze manier is ook in een aantal PostNL-zaken geoordeeld dat de pakketbezorgers opdrachtnemers waren, mede omdat zij zoveel werk aannamen dat zij daarmee anderen aan het werk konden houden en in feite een 'businessmodel' hadden gecreëerd.¹⁷⁴
- 4.38 Het systeem dat Temper hanteert zorgt ervoor dat de werkers, als zij dat überhaupt al zouden willen, geen 'business-model' kunnen opzetten via Temper. Overlappende klussen (of klussen waar minder dan een uur tussen zit) waarvoor een werker is geaccepteerd, worden namelijk door Temper geannuleerd. Dit betekent dat het voor een werker praktisch onmogelijk is meerdere personen tegelijk te laten werken op hetzelfde account. Hierdoor kan geen sprake zijn van een situatie waarin de werker ook andere werkers aan de slag houdt en kan van daadwerkelijke vrije vervangbaarheid geen sprake zijn. Het element van ondernemerschap ontbreekt hier. Bovendien is de reden dat een werker zich laat vervangen in plaats van de klus te annuleren gelegen in het feit dat het zich alsnog afmelden nadelige gevolgen heeft. Ten eerste zorgt het binnen de annuleringstermijn annuleren van een klus ervoor dat de werker een boete moet betalen en zijn account wordt geblokkeerd totdat deze boete is betaald. Daarnaast zorgt het annuleren van de klus voor een hoger no-show percentage op het profiel van de werker, hetgeen ertoe leidt dat hij minder snel zal worden gekozen. Beide zaken houden verregaande sturing door middel van sanctivering in en wijzen op een gezagsverhouding met Temper.
- 4.39 Tot slot dienen ook andere elementen een rol te spelen bij de beoordeling in hoeverre de mogelijkheid om zich te kunnen laten vervangen relevant is bij het kwalificeren van de arbeidsverhouding als een arbeidsovereenkomst. Hierbij dient onder meer acht te worden geslagen op de aard van de arbeid. Het kan enerzijds voorkomen dat voor een functie een

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686.

bepaalde mate van kennis is vereist, waardoor vervanging niet vaak voorkomt. Immers, hoe complexer de arbeid is, des te sneller bestaat een indicatie dat sprake moet zijn van persoonlijke arbeid. Dit volgt uit de omstandigheid dat het haast onmogelijk is om voor bepaalde functies een willekeurige derde in te zetten ter vervanging.

- 4.40 Bij Temper is sprake van het tegenovergestelde: er is veelal sprake van eenvoudig en ongeschoold werk. Deze omstandigheid impliceert dat de vereiste training en vaardigheden niet veel voorstellen en dat de werkers zich in theorie al snel kunnen laten vervangen. De pool waaruit zij zich kunnen laten vervangen, is hierdoor zeer groot. Een werkgever maakt het in het geval van laaggeschoolde arbeid minder uit wie de arbeid verricht, zodat hij (vrije) vervanging door een derde eerder zal toestaan. Dit is overigens ook gebruikelijk binnen de horeca. Ook werknemers met een arbeidsovereenkomst zijn binnen de horeca veelal vrij in het zich laten vervangen door een andere werknemer, al dan niet door middel van het aanbieden van de dienst via een app als Nostradamus aan en ander en al dan niet met toestemming van de werkgever. Als dit knelpunt niet mee zou worden gewogen, zou dit er dus toe leiden dat (de vaak economisch afhankelijke) laaggeschoolde werkers minder snel arbeidsrechtelijke bescherming genieten dan de meer hoogopgeleide, gespecialiseerde werkers doordat zij meer vrijheid hebben zich te laten vervangen. Dit resultaat is onverenigbaar met de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan het arbeidsrecht. Gelet hierop mag de vrije vervanging niet als een essentieel element binnen de holistische weging voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst worden gezien.
- 4.41 In dit kader is tevens van belang wie ten aanzien van de vervanger gezag kan uitoefenen. Ten tijde van het verrichten van de werkzaamheden door de vervanger wordt middels de instructies van de opdrachtgevers op de werkvloer hetzelfde gezag uitgeoefend op de vervanger als op de werker die zich heeft laten vervangen. De werker die zich op dat moment heeft laten vervangen is geheel afwezig en er is dus geen sprake van een situatie waarin hij toezicht houdt. Andermaal een indicatie dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de werkers, Temper en/of de opdrachtgevers. Bovendien wordt door de opdrachtgevers middels de gebruikersovereenkomst die is gesloten met de Temperaar dezelfde eisen gesteld aan de vervanger als aan de Temperaar. Ook door het stellen van eisen aan de vervanger wordt gezag uitgevoerd door Temper en/of de opdrachtgever.

Ad 6 Gezagsverhouding

a. Kernactiviteit van de onderneming (onderdeel van de organisatie)

- 4.42 Indien de uitgevoerde werkzaamheden door de werker een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer vormt, vormt dit een indicatie voor een dienstbetrekking. De kernactiviteit van Temper is het ter beschikking stellen van werkers aan derden, de opdrachtgevers. Dit blijkt ook uit haar website: *“Via ons platform vind je razendsnel freeflexers die werken in de retail- en horecabranche. Bouw een krachtige schil aan flexibele professionals op, zodat onderbezetting verleden tijd wordt”*. Dat Temper haar uitzenddiensten via een digitale tool vormgeeft, maakt niet dat Temper (slechts) een technologiebedrijf is en niet aan uitzending doet. De activiteiten van Temper zijn in hoofdzaak gericht op het uiteindelijke doel: het ter beschikking stellen van werkers aan opdrachtgevers. De digitale omgeving die Temper heeft ontwikkeld vervult om deze reden niet alleen een prikboardfunctie. De gebruikskosten à € 3,- per uur die de opdrachtgever moet betalen voor elke werker die zij inschakelt hangt samen met de ter beschikkingstelling van de werkers. Op deze wijze wordt de dienst ook voorgesteld aan de opdrachtgevers en door hen als zodanig ervaren. Bij de opdrachtgevers wordt door Temper een verwachting gewekt over de kwaliteit van de werkers.¹⁷⁵ Om deze kwaliteit te kunnen garanderen is het voor Temper noodzakelijk de werker te ‘monitoren’. Temper heeft immers belang bij een goede kwaliteit van de werkers. Deze monitoring van de werkers gebeurt daarom ook in grote mate, waarover later meer.
- 4.43 Het gebruiken van een digitale omgeving is overigens geen nieuw fenomeen voor uitzendbureaus. Ook andere uitzendbureaus maken gebruik van de digitale mogelijkheden en bieden een platform aan dat gebruikers toelaat om in contact te komen met potentiële ‘klanten’, waarna de gebruiker van het platform bij de ‘klant’ wordt tewerkgesteld.
- 4.44 De werkers die door Temper ter beschikking worden gesteld aan de opdrachtgevers voeren op hun beurt werkzaamheden uit die tot de kernactiviteit van de opdrachtgevers behoren. Zo zal een horecagelegenheid via Temper een werker zoeken die binnen zijn horecagelegenheid werkzaamheden zal verrichten in de bediening, in de keuken of

¹⁷⁵ Zie in dit kader de conclusie van A-G Szpunar bij HvJ EU 20 december 2017, C-434/14 (*Elite Taxi-Uber*), waarin Szpunar concludeerde dat de activiteit van Uber uit één vervoersprestatie bestaat; er wordt een voertuig gevonden en besteld met behulp van de Uber-app en deze dienst wordt economisch door of namens Uber verricht. De kernactiviteit van Uber is hiermee het aanbieden van vervoersdiensten. Voorts concludeert Szpunar dat Uber veel meer doet dan het bij elkaar brengen van vraag en aanbod: zij heeft dat aanbod zelf gecreëerd. Zij regelt eveneens de belangrijkste kenmerken en organiseert de werkwijze ervan.

bijvoorbeeld in de afwas. Deze werkzaamheden behoren allen tot de kernactiviteit van deze opdrachtgever. Dit vormt een sterke, in de ogen van eisers, doorslaggevende indicatie dat sprake is van gezag en dus van een dienstbetrekking. De echte zelfstandige verricht namelijk veelal gespecialiseerd werk dat niet tot de kernactiviteit van de onderneming behoort. De zelfstandige heeft in dat geval veelal specifieke kennis/vaardigheden die werknemers binnen de organisatie niet hebben. Denk aan de ICT-er die door een advocatenkantoor wordt ingehuurd. Het is moeilijk voorstelbaar dat geen sprake is van gezag bij werkzaamheden die de kernactiviteit vormen van de opdrachtgever.

- 4.45 Geconcludeerd dient te worden dat de werkers onderdeel uitmaken van de organisatie van de werkgevers (Temper en de opdrachtgevers), in die zin dat de arbeid die de werkers verrichten behoort tot de kernactiviteit van de onderneming. Deze omstandigheid legt een zwaar gewicht in de schaal ten gunste van de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst, en in dit geval meer in het bijzonder als uitzendovereenkomst.¹⁷⁶

b. Locatiegebonden werk en werkuren ingepland op initiatief van werkverschaffer

- 4.46 Indien een werker de vrijheid heeft om de locatie te kiezen waar hij de werkzaamheden uitvoert of verricht, vormt dat een indicatie voor de aard van de arbeidsrelatie. Indien een werkverschaffer aangeeft waar de werkzaamheden moeten worden verricht, vormt dat een indicatie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een zelfstandige zou zelf moeten kunnen bepalen waar en op welk tijdstip hij de werkzaamheden verricht. Een onderscheidend element ten opzichte van een zelfstandige is dat een werknemer niet meer beschikt over 'eigen' tijd. In die zin beschikt de werkgever over 'een zekere tijd' waarbinnen hij de werknemer werkzaamheden kan laten verrichten. Binnen deze 'zekere tijd' is dan geen sprake van 'zelf in te delen tijd' voor de werknemer, in tegenstelling tot de echte zelfstandige die doorgaans zelf zeggenschap heeft over de door hem te werken uren.
- 4.47 De aard van de werkzaamheden die via Temper worden verricht, brengt met zich dat de werkzaamheden op een bepaalde plek én op een bepaald tijdstip moeten worden verricht. De werker die werkzaamheden wil verrichten via Temper dient zich vooraf in te schrijven op een klus welke op het platform is geplaatst door de opdrachtgever. Deze klus moet noodzakelijkerwijs op de plek en het tijdstip worden verricht zoals door de opdrachtgever is aangewezen. Het aanmelden op een klus met een bepaalde begin- en eindtijd lijkt te impliceren dat de werker zelf kiest wanneer gewerkt wordt. In de praktijk is het echter de

¹⁷⁶ Zie ook position paper Verhulp 18 augustus 2018.

opdrachtgever die bepaalt wanneer de dienst is volbracht en wanneer de dienst dus daadwerkelijk is afgelopen. Het Hof van Justitie heeft in deze lijn geoordeeld dat één van de voorwaarden om zelfstandigheid aan te kunnen nemen is dat de werker vrij is zijn eigen werktijden samen te stellen.¹⁷⁷ Hiervan is bij Temper geen sprake. Vaak geven opdrachtgevers in de omschrijving van de dienst reeds aan dat de eindtijd nog niet vaststaat.

De tijden voor deze dienst staan vrijwel vast. Je zult negen van de tien keer de geplande tijden in ieder geval werken; daarnaast moet het werk iedere avond af en komt het geregeld voor dat je nog een half uur doorgaat met elkaar om de laatste orders af te ronden.

Wat verwachten wij van jou? (Belangrijk!!)

//Draai je een dienst van 12:00 tot 18:00? Bij drukte verwachten we dat je tot maximaal 21:00 kunt blijven. Hou hier rekening mee als je je aanmeldt :)

LET OP: In verband met drukte kan het voorkomen dat de dienst een uurtje langer duurt dan gepland. Houd hier rekening mee!

c. Leiding en toezicht door opdrachtgevers (uitvoering arbeid)

- 4.48 Eén van de onderdelen van de uitzendovereenkomst is dat de werknemer onder leiding en toezicht van de inlener arbeid verricht. De Hoge Raad neemt de aanwezigheid van een gezagsrelatie tamelijk snel aan. Zo staat een grote mate van vrijblijvendheid met betrekking tot de taakvervulling door de werknemer een arbeidsovereenkomst niet in de weg, en evenmin dat de werkgever niet het recht heeft specifieke handelingen aan de werknemer op te dragen. Niet is vereist dat daadwerkelijk aanwijzingen en instructies kunnen worden gegeven, leiding en toezicht kan al bij de opdrachtgever liggen wanneer hij slechts *bevoegd* is aanwijzingen te geven (zie onder randnummers 2.12 t/m 2.19). Bij Temper is dit alles juist wel duidelijk aanwezig. Alle getuigen verklaren 100% gelijklopend als het aankomt op de leiding en het toezicht dat plaatsvindt. Op materiele zaken door de inlener op formele zaken ook door Temper. Precies zoals het bij elke uitzendbureau geldt. De werkers die via Temper werken krijgen duidelijke en specifieke instructies ten aanzien van de werkzaamheden die zij moeten vervullen. Gelet op de aard van de werkzaamheden die bij de opdrachtgevers worden verricht zijn verdergaande instructies dan welke door de opdrachtgevers reeds worden gegeven niet denkbaar.

- 4.49 De heersende lijn in de jurisprudentie is nog steeds dat, indien sprake is van eenvoudig

¹⁷⁷ HvJ EU 22 april 2020, JAR 2020/145.

werk, aan het leiding en toezicht vereiste (nog) sneller zal zijn voldaan. Bij eenvoudig werk hebben de werkers immers geen invloed op de wijze waarop het werk wordt uitgevoerd en kan om die reden niet worden gesproken van ondernemerschap. In deze zaak is in hoofdzaak sprake van het werken in de horeca (uiteenlopend van bediening tot afwasser), maar ook in de schoonmaak, bezorging, magazijnmedewerker, orderpicker en bij de klantenservice. Uit de aard van de werkzaamheden volgt dat het ondenkbaar dat een werker in bijvoorbeeld de horeca als zelfstandige arbeid verricht omdat zijn individuele arbeidsprestatie in het restaurant zonder de organisatie en medewerking van de opdrachtgever niet te vermarkten is en de opbrengst van zijn arbeid dus niet volledig en rechtstreeks aan hem kan worden betaald.¹⁷⁸ Dit brengt met zich dat het economische risico voor het resultaat van de arbeid van de werkers bij de opdrachtgevers (de inleners) ligt, hetgeen een gezagsverhouding impliceert.¹⁷⁹

De concrete werkzaamheden voor deze klus zijn de volgende: stofzuigen, poetsen van sanitair, tafels etc. Het algemene schoonmaakwerk. Niks ingewikkelds, wel belangrijk. We vinden het belangrijk dat je representatief bent, want je vertegenwoordigt ons bedrijf op locatie.

(onderstreping door ons, advocaten)

- 4.50 Ook de omstandigheid dat een werker zonder arbeidsovereenkomst dezelfde werkzaamheden verricht als een werker met arbeidsovereenkomst bij dezelfde werkverschaffer, vormt een sterke indicatie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkzaamheden die de werkers via Temper verrichten bij de opdrachtgevers, worden bij deze opdrachtgever ook verricht door mensen in dienstbetrekking en overigens ook door andere uitzendkrachten. Al deze werknemers doen hetzelfde werk en werken zij aan zij.
- 4.51 Naast voornoemde factoren achten eisers met betrekking tot het criterium 'leiding en toezicht' van de opdrachtgevers ook de volgende hiervoor in andere kaders reeds (uitvoeriger) besproken factoren nog van belang.
- De opdrachtgever bepaalt wat de werktijden zijn van de werker. Ook indien de werker langer moet doorwerken wordt dit bepaald door de opdrachtgever. Pas als het werk naar het oordeel van de opdrachtgever is afgerond, mag de werker zich uitchecken.
 - De opdrachtgevers bepalen vaak dat de werkers 15 minuten van te voren aanwezig moeten zijn zodat zij op tijd zijn voor de briefing waarin exact wordt verteld wat de werker die dag

¹⁷⁸ Hof 's-Gravenhage 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

¹⁷⁹ Position paper Zwemmer 24 augustus 2018.

gehouden is te doen.

- De opdrachtgevers bepalen de exacte werkzaamheden van de werkers. Bij de briefing wordt verteld wat er die dag van de werkers wordt verwacht en op welke manier de werkzaamheden verricht moeten worden. Tijdens de dienst worden tevens instructies en aanwijzingen gegeven door de opdrachtgevers (zie paragraaf 3.8).
- De opdrachtgevers zijn vrij om aanvullende eisen te stellen aan de vervangers van de werkers die werkzaamheden via Temper verrichten. Als de vervanger niet voldoet aan deze eisen, kan de opdrachtgever de vervanger naar huis sturen. Hierdoor ontvangt de werker een no-show en is hij tevens gehouden een boete van € 100,- te betalen waarbij zijn account wordt geblokkeerd totdat de boete voldaan is. Het staat de werkers hierdoor niet vrij zich door een willekeurige derde te laten vervangen.
- De opdrachtgever bepaalt het tarief waarvoor de werker werkt. Zoals is overwogen onder randnummers 4.14 tot en met 4.16 bestaat voor de werker geen reële onderhandelingsvrijheid ten aanzien van het uurtarief.
- De opdrachtgever controleert de werkzaamheden van de werker.
- De opdrachtgever bepaalt de exacte kledingvoorschriften van de werkers. Indien een werker hier niet aan voldoet, staat het de opdrachtgever vrij de werker naar huis te sturen en de boete van € 100,- op te leggen (*“Wij hanteren strenge kledingvoorschriften. Voldoe je niet aan onze voorschriften moeten we je helaas naar huis sturen. Het is bij ons van belang dat iedereen er gelijk en verzorgd uitziet om kwaliteit en service te waarborgen naar onze gasten”*).
- De opdrachtgever keurt de gewerkte uren goed na afloop van de dienst goed.
- De opdrachtgever beoordeelt de werker op zijn kwaliteit middels de beoordeling die wordt gegeven na afloop van iedere klus. Het hebben van een goede beoordeling is een voorwaarde voor het bemachtigen van een volgende klus. Hoewel de beoordeling dus van groot belang is voor de werker, kan niks worden gedaan tegen een slechte beoordeling.
- Indien de werker binnen de annuleringsstermijn annuleert of ziek is en niet kan komen, wordt dit aangemerkt als een no-show en gaat de no-show rate van de betreffende werker omhoog. Deze no-show rate heeft (ernstige) gevolgen voor de aantrekkelijkheid van het profiel van de werker en daarmee de kans dat hij wordt gekozen door een opdrachtgever voor een volgende klus.

d. Overig (uitzend)werkgeversgezag Temper

- 4.52 Dat de werkers onder de feitelijke leiding en het toezicht van de opdrachtgevers werken, laat onverlet dat ook Temper ('uitzend')werkgeversgezag uitoefent op de werkers. De

gezagsrelatie is het meest onderscheidende aspect van een arbeidsovereenkomst (en uitzendovereenkomst) ten opzichte van de overeenkomst van opdracht. De 'moderne gezagsrelatie' bestaat daarin dat de werker deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever en de toepassing van de door de organisatie uitgevaardigde regels, en de daar geldende gebruiken en gewoonten, aanvaardt.¹⁸⁰

- 4.53 Zoals reeds vermeld kan de uitzendwerkgever de feitelijke gezagsuitoefening 'overlaten' aan de opdrachtgever waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht (de 'inlener'). Dit is gebeurd bij Temper zoals blijkt uit hetgeen hierover is uiteengezet. Temper heeft geen, althans weinig, gezag over de feitelijke arbeid van de uitzendwerknemers; de leiding en het toezicht van de feitelijke arbeid ligt bij de opdrachtgevers. Wél heeft de uitzendwerknemer zich jegens Temper verplicht arbeid te verrichten onder de voorwaarden van Temper en onder toezicht en leiding van de opdrachtgevers van Temper. Hier kan worden gesproken van een contractuele gezagsverhouding.¹⁸¹ Het werkgeversgezag ten aanzien van andere verplichtingen die kunnen voortvloeien uit de uitzendovereenkomst blijft bij Temper.
- 4.54 Temper maakt het voor de werkers en opdrachtgevers mogelijk om in te loggen op haar platform en op deze manier de vraag en het aanbod van arbeid bij elkaar te laten komen. Dit gebeurt onder de door Temper gestelde voorwaarden, waaraan de werkers (en opdrachtgevers) zijn gebonden middels de gesloten (gebruikers)overeenkomst. Met betrekking tot het werkgeversgezag dat Temper uitoefent achten eisers de volgende voorwaarden en aspecten van belang.
- Om in aanmerking te komen voor een klus moet de werker een profiel aanmaken via Temper. De informatie die zij hierop plaatsen moet worden goedgekeurd door Temper alvorens het profiel zichtbaar wordt.
 - De werkers dienen ofwel een BTW-nummer aan te vragen ofwel zich in te schrijven bij de Kamer van Koophandel. Vaak hoeven de werkers enkel een BTW-nummer aan te vragen. De gevallen waarin de werkers zich wel inschrijven bij de Kamer van Koophandel, doen zij dit enkel omdat deze voorwaarde wordt gesteld door Temper. Daarnaast biedt Temper via hun website hulp aan bij het aanvragen van een BTW-nummer en het inschrijven bij de Kamer van Koophandel.
 - Temper legt per functie dwingend een minimum uurtarief op aan de opdrachtgevers en bepaalt hiermee het (minimum)uurtarief. In theorie wordt de werkers een

¹⁸⁰ Position paper Verhulp 18 augustus 2018.

¹⁸¹ Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, p. 91.

keuzemogelijkheid gegeven om te onderhandelen over het uurtarief, maar zoals tevens is uiteengezet onder randnummers 4.14 tot en met 4.16 is dit slechts een papieren werkelijkheid, waar geen gebruik van wordt gemaakt.

- Temper heeft vanaf haar oprichting tot 1 april 2019 gebruikskosten ter hoogte van € 1,- per uur van de werkers ingehouden.
- Indien de werker een klus wil annuleren binnen de annuleringstermijn (dit verschilt tussen 24, 48, 72 en 168 uur van te voren) legt Temper een boete op van € 100,- en blokkeert tevens het profiel van de desbetreffende werker. De werker kan hierdoor niet meer reageren op klussen. Pas zodra de werker de boete heeft betaald, wordt het profiel gedeblokkeerd.
- Ook indien de werker ziek is of tijdens een klus ziek wordt, legt Temper een boete op van € 100,- en wordt het profiel geblokkeerd totdat deze boete is voldaan.
- Indien de werker binnen de annuleringstermijn annuleert of ziek is en niet kan komen, wordt dit aangemerkt als een no-show en gaat de no-show rate van de betreffende werker omhoog. Deze no-show rate heeft (ernstige) gevolgen voor de aantrekkelijkheid van het profiel van de werker en daarmee de kans dat hij wordt gekozen door een opdrachtgever voor een volgende klus. Dit duidt op verregaande sturing door middel van sanctionering en wijst op een gezagsverhouding met Temper.
- Het Temper-platform biedt de mogelijkheid aan de opdrachtgevers beoordelingen te geven. Wanneer de beoordelingen gemiddeld lager zijn, heeft dit grote gevolgen voor de werkers. Een lagere beoordeling vermindert in grote mate de kans om gekozen te worden door een opdrachtgevers. Op deze manier voert Temper – zij het indirect – controle uit op de kwaliteit van de prestaties van de werkers.
- Temper heeft personeel in dienst die de functie van accountmanager uitvoert. Dit houdt in dat zij regelmatig contact hebben met de (grotere) opdrachtgevers of alles volgens wens verloopt. Daarnaast kunnen de opdrachtgevers contact met hen opnemen als de diensten niet vervuld worden, het personeel van Temper zal in dat geval actief werkers benaderen om de diensten te laten vervullen.
- Temper verstuurt namens de werkers de facturen aan de opdrachtgevers. Deze manier van versturen van facturen staat bovendien niet ter vrije keuze van partijen, maar is een door Temper opgelegde verplichting.
- Tot juni 2018 had Temper een verbod opgenomen voor de werker en de opdrachtgever om na de dienstverlening bij de opdrachtgever als werknemer in dienst te treden.

4.55 Zoals blijkt uit het voorgaande oefent Temper controle uit op alle aspecten die relevant zijn

voor de in het kader van het platform aangeboden uitzenddienst. De omstandigheid dat deze controle niet plaatsvindt volgens een hiërarchische ondergeschiktheid naar klassiek model, maakt niet dat geen sprake is van werkgeversgezag vanuit Temper. Zoals eerder gezegd kan de moderne gezagsuitoefening zich op meerdere manieren manifesteren. Met een indirecte controle die is gebaseerd op financiële stimulansen en een gedecentraliseerde beoordeling is, door het schaafeffect een even doelmatige, zo niet doelmatiger beheer mogelijk dan het beheer dat is gebaseerd op formele opdrachten van een werkgever aan zijn werknemers en de directe controle op de uitvoering daarvan.¹⁸²

- 4.56 Dit is precies wat bij Temper gebeurt. De indirecte controle die Temper uitoefent op de toegang en uitsluiting tot het platform, de eisen die worden gesteld aan de werkers, op de prijs en op het gedrag van de werkers door middel van het beoordelingssysteem zijn even doelmatig, zo niet doelmatiger. Een slechte dag hebben bij Temper is funest, een slechte beoordeling zorgt er immers voor dat je in het vervolg moeilijk een klus kunt bemachtigen. Journalist Ron van Gelderen, die noodgedwongen werkzaamheden verricht als schoonmaker via het platform Helpling, beschrijft deze schrijnende situatie in een artikel in de Volkskrant als volgt: *“Terwijl geen zinnig mens al na één werkdag van een nieuwe werkgever een functioneringsgesprek verwacht, ligt voor Helpling-schoonmaker vaak al na enkele uren een oordeel klaar. De beoordeling is direct online voor iedereen zichtbaar, als ware ik een via Booking.com geboekte hotelkamer in Parijs. Zelfs bij zeer lovende woorden is het een dubieus genoeg op basis van hooguit drie uur boenen keurstempels als ‘excellent’ en ‘integer’ opgedrukt te krijgen. De klant is koning, geen God. Het blijft elke keer spannend hoe klanten zullen oordelen. Als ik door de laatste klant slecht word beoordeeld, krijg ik minder opdrachten van mogelijk nieuwe klanten”*.¹⁸³ Onverwacht ziekmelden leidt tot een boete van € 100,- en uitsluiting van het platform tot deze boete is betaald.

e. Incidentele opdracht

- 4.57 Bij Temper/de opdrachtgevers is sprake van (vergaand) gezag. Alleen indien hiervan geen (voldoende) sprake zou zijn geweest, kan de duur van de werkrelatie van belang zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat de duur van een werkrelatie de arbeidsovereenkomst van de overeenkomst van opdracht kan onderscheiden.
- 4.58 Bij Temper bestaat voor de opdrachtgevers de mogelijkheid om werkers die naar hun

¹⁸² Conclusie A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 9.30; Conclusie A-G Szpunar bij HvJ EU 11 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:364), randnrs. 43-56.

¹⁸³ R. van Gelderen 21 augustus 2020 in: Volkskrant.

tevredenheid hebben gewerkt uit te nodigen voor hun flexpool. Als een opdrachtgever in het vervolg een klus plaatst en een werker uit de flexpool reageert, wordt deze werker automatisch geaccepteerd. Hiermee kan een vaste groep werkers worden gecreëerd die op structurele basis bij dezelfde opdrachtgever komen werken.

- 4.59 Uit de klussen die op Temper worden geplaatst blijkt vaak dat de opdrachtgevers niet op zoek zijn naar een werker die een incidentele opdracht komt verrichten, maar dat zij juist een vaste groep werkers willen creëren in hun flexpool die zij structureel kunnen inzetten. Veel opdrachtgevers plaatsen dezelfde dienst voor een langere periode op Temper. Ook hieruit blijkt dat de opdrachtgevers op zoek zijn naar werkers die zij structureel kunnen inzetten.

We zijn opzoek naar zelfstandig werkende koks die echt vaker, vaste dagen, de komende periode bij ons aan de slag kunnen. Wij voegen je graag toe aan onze Flexpool!

Voor de aankomende maanden, zoeken wij een vaste groep Freeflexers die vaker bij ons wil komen werken. Wij verwachten het hele jaar diensten beschikbaar te hebben.

Voor de komende periode zoeken wij versterking in onze Outlet store in Maastricht. Wij zoeken FreeFlexers die vaker bij ons willen komen werken, tijdens de eerste shift zullen we je wegwijls maken binnen ons filiaal.

// Je bent 3 a 4 dagen in de week beschikbaar, ongeveer dagen van 8 uur. Je kunt jezelf aanmelden op welk van de drie verschillende diensten, je per dag wilt werken. Komen alle drie de tijden voor jou uit? Meldt je dan voor alle diensten aan, dan bespreken wij met jou welke diensten worden ingevuld.

- 4.60 Sommige opdrachtgevers zullen een werker enkel accepteren voor de klus als de betreffende werker meer dan één dienst wil werken, minstens tien diensten of zelfs beschikbaar is voor een periode van minimaal drie maanden.

Wie je bent?

Lekker fit! Een packer is niet bang om een beetje te sjouwen. Verder ben je:

- Beschikbaar voor minstens 10 diensten
- Inzetbaar in ploegendiensten

Voor de aankomende maanden, zoeken wij een vaste groep Freeflexers die vaker bij ons wil komen werken. Wij zullen sowieso het hele jaar diensten beschikbaar hebben. Dus wij accepteren niet iemand die maar een enkele dienst wil komen werken.

Wij zijn op zoek naar 2 enthousiaste en spontane kandidaten die voor een langere periode willen helpen om deur aan deur te enquêteren. Doel van de enquête is om mensen enthousiast te krijgen voor duurzame energie en hun NAW gegevens te noteren voor een adviesgesprek. Dit is een opdracht voor langere duur en omdat het enige ervaring vereist zoeken wij het liefst dan ook mensen die dit graag voor een langere tijd zouden willen doen. Het liefst gewoon 2 kandidaten die in regio Leeuwarden voor ons op pad gaan en het liefst op dagelijkse basis tot in ieder geval eind september en waarschijnlijk langer.

- 4.61 Voorgaande werkwijze is ook niet erg verwonderlijk. Het is voor een opdrachtgever niet efficiënt elke dienst opnieuw een nieuwe werker in te werken en uit te leggen hoe alles binnen het bedrijf werkt. Het is veel efficiënter een vaste groep of een flexpool aan te leggen van een aantal werkers. Deze werkwijze is zeer vergelijkbaar met de werkwijze die door uitzendbureaus wordt gehanteerd. Uitzendkrachten werken ook veelal meerdere uren en diensten per week bij dezelfde opdrachtgever.

4.2.4 Conclusie ten aanzien van primaire vordering

- 4.62 Uit het voorgaande blijkt dat Temper tracht het wettelijke regime van een arbeidsovereenkomst te omzeilen door te werken met gebruikersovereenkomsten en opdrachtovereenkomsten waarin bepaalde constructies en papieren werkelijkheden zijn gecreëerd. De praktische uitvoering sluit daar echter niet bij aan. Zoals tevens is geconcludeerd in het door FNV opgestelde witboek (zie productie 16) heeft Temper alle kenmerken van een uitzendbureau, maar ontduikt Temper regels, wetgeving en CAO door zichzelf anders te noemen. *“If it looks like a duck, swims like a duck and quacks like a duck, then it probably is a duck”*. De door Temper opgezette constructie wijkt niet af van die van een uitzendbureau. Een belangrijk onderdeel daarvan is dat de werkers die via Temper werken niet bewust voor het zelfstandig ondernemerschap hebben gekozen. Als de werkers zich al inschrijven bij de Kamer van Koophandel, is dit enkel doordat deze voorwaarde door Temper wordt gesteld om werkzaamheden via het platform te verrichten. De werkers hoeven geen, althans zeer weinig, investeringen te doen of materialen aan te schaffen. De uurtarieven van Temper liggen te laag om, zoals een echte zelfstandige dat doet, zelf geld opzij te leggen voor zaken als werkloosheid, ouderdom en arbeidsongeschiktheid en voor het doen van bedrijfsinvesteringen en bovendien bestaat geen reële mogelijkheid om over dit uurtarief te onderhandelen. Voorts bestaat voor de werkers geen mogelijkheid zelf facturen te sturen aan hun opdrachtgevers, hetgeen zeer atypisch is voor een echte zzp'er. Een ander belangrijk onderdeel is dat de werkers via Temper werkzaamheden verrichten die tot de kernactiviteit van Temper behoren, namelijk: het uitzenden van personeel. Temper oefent controle uit op alle aspecten die relevant zijn voor de in het kader van het platform aangeboden uitzenddienst. Temper oefent gezag op

de volgende (niet uitputtende) wijze: het bepalen van een minimumuurtarief per functie, het opleggen van een boete van € 100,- bij ziekte en annuleren en het uitoefenen van (indirecte) controle door middel van de beoordelingen die gegeven kunnen worden aan de werkers. Deze feitelijke uitvoering, hetgeen op grond van de hiervoor genoemde literatuur en jurisprudentie van doorslaggevend belang is voor de kwalificatie, duidt op het bestaan van een uitzendovereenkomst.

- 4.63 Kortom, in de driehoeksrelatie Temper, werker en opdrachtgevers wordt aan alle voorwaarden van de uitzendovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:690 BW voldaan. De (gebruikers)overeenkomsten die zijn gesloten tussen Temper en de werkers die via Temper werkzaamheden verrichten, kwalificeren om deze reden als een uitzendovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat de werkers vorderingen hebben op Temper, die hierna in het hoofdstuk 'toelichting vorderingen' zullen worden beschreven.

4.3 Subsidiair: arbeidsovereenkomst met de opdrachtgevers

4.3.1 Inleiding

- 4.64 Enkel voor zover uw Rechtbank van oordeel is dat het primaire standpunt van eisers niet gevolgd kan worden, stellen eisers zich subsidiair op het standpunt dat alsdan sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen alle werkers die werkzaamheden verrichten via Temper en de opdrachtgevers die deze werkers inschakelen via Temper.

4.3.2 Werkgeversgezag opdrachtgevers

- 4.65 Om een uitzendovereenkomst te kunnen aannemen dient eerst te zijn voldaan aan de voorwaarden van een arbeidsovereenkomst. Om deze reden dient al hetgeen is overwogen in voorgaande paragrafen te worden beschouwd als herhaald en ingelast. In de relatie tussen de opdrachtgevers en de werker die zij via het platform van Temper inzetten in hun onderneming om werkzaamheden voor hen te verrichten, is voldaan aan alle vereisten van een arbeidsovereenkomst zoals is bedoeld in artikel 7:610 BW. Hierbij is opnieuw van belang dat de door partijen gekozen contractsvorm niet relevant is, maar dat het gaat om de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering geven aan de overeenkomst.
- 4.66 Meer concreet stellen eisers het volgende met betrekking tot de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst tussen de werkers en de opdrachtgevers. Van groot belang is ten

eerste dat de werkers werkzaamheden uitvoeren die tot de kernactiviteit van de opdrachtgevers behoren. In de ogen van eisers vormt dit een doorslaggevende indicatie dat sprake is van gezag en dus van een dienstbetrekking tussen de werkers en de opdrachtgevers. Zoals tevens Verhulp heeft betoogd bestaat de moderne gezagsrelatie eruit dat de werker deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever en de toepassing van de door de organisatie van de werkgever uitgevaardigde regels, en de daar geldende gebruiken gewoonten, aanvaardt.¹⁸⁴ Aan het leiding en toezichtvereiste is tamelijk snel voldaan. De heersende lijn in de jurisprudentie is nog steeds dat, indien sprake is van eenvoudig werk, aan het leiding en toezicht vereiste (nog) sneller zal zijn voldaan. Bij eenvoudig werk hebben de werkers immers geen invloed op de wijze waarop het werk wordt uitgevoerd en kan om die reden niet worden gesproken van ondernemerschap. In casu is bij uitstek sprake van eenvoudige werkzaamheden waardoor aan het leiding en toezichtvereiste snel zal zijn voldaan.

- 4.67 Uit de feitelijke uitvoering van partijen blijkt duidelijk dat de werkers onder de leiding en het toezicht, lees: gezag, van de opdrachtgevers, lees: werkgevers, hun werkzaamheden uitvoeren. Verwezen wordt allereerst naar hetgeen de getuigen hierover hebben verklaard in hun verklaringen (zie productie 9 tot en met 15). Hierin komt duidelijk naar voren dat de werkers voortdurend instructies krijgen van de opdrachtgevers. Bovendien bepaalt de opdrachtgever het uurtarief, op welke locatie de werkzaamheden worden verricht, wat de werktijden zijn en welke kledingvoorschriften gelden. Daarnaast keurt de opdrachtgever de gewerkte uren van de werker goed en geeft hij de werker achteraf een beoordeling.
- 4.68 Kortom, de overeenkomsten die via het platform van Temper worden gesloten tussen de opdrachtgevers en de werkers (indien en voor zover er volgens uw Rechtbank geen is van een) uitzendovereenkomst met Temper, zijn slechts nog kwalificeren te als arbeidsovereenkomst met de werkgever die via de bemiddeling van Temper de werknemer heeft geworven. Dit heeft tot gevolg dat de werkers vorderingen hebben op de opdrachtgevers, die hierna in het hoofdstuk 'Toelichting vorderingen' zullen worden beschreven. Dit betekent ook dat Temper alsdan kwalificeert als bemiddelaar, zulks net als Helping in de ogen van de Kantonrechter aldaar.

¹⁸⁴ Zie Verhulp XX ; Tevens in deze zin: HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, JAR 2015/133 (*Kriterion*).

4.4 Uiterst subsidiair: toepasselijkheid Waadi

4.4.1 Inleiding

- 4.69 Enkel voor zover uw Rechtbank van oordeel is dat het primaire en subsidiaire standpunt van eisers niet gevolgd kan worden, stellen eisers zich uiterst subsidiair op het standpunt dat sowieso sprake is van terbeschikkingstelling door Temper van de werkers aan de verschillende opdrachtgevers in de zin van de Waadi. Dit betekent dat alle artikelen uit de Waadi van toepassing zijn op Temper en de werkers, waaronder het loonverhoudingsvoorschrift van artikel 8 Waadi. Vermeld zij dat FNV en CNV van mening zijn dat na hetgeen zij hierboven hebben aangevoerd aan deze vordering niet meer zou moeten worden toegekomen.

4.4.2 Ter beschikking stellen van arbeidskrachten

- 4.70 Onder verwijzing naar hetgeen hierover is opgemerkt onder paragraaf 2.5 is de conclusie dat alle artikelen uit de Waadi, zulks met uitzondering van de artikelen die zien op arbeidsbemiddeling (waaronder artikel 3, dat bepaalt dat bij de arbeidsbemiddeling geen tegenprestatie van de werkzoekende mag worden bedongen), mede van toepassing zijn op arbeidsrelaties die in Nederland (wel) kwalificeren als zelfstandige zonder personeel. Ten eerste omdat de Waadi zelf geen eis stelt over de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst bij terbeschikkingstelling. Ten tweede gezien het feit dat de Uitzendrichtlijn spreekt over zowel arbeidsovereenkomst als arbeidsverhouding, waarbij deze laatste ook de zelfstandige zonder personeel omvat, hetgeen door de Hoge Raad in zijn arrest van 14 april 2017 is bevestigd. Een arbeidskracht in de zin van de Waadi is dan ook een ieder die een arbeidsverhouding heeft die aan de voorwaarden zoals uiteengezet in het Ruhrlandkliniek-arrest voldoet (*“een persoon die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn”*). De enorme implicatie van het voorgaande is nog door weinigen onderkend. Die implicatie is dat essentiële artikelen uit de Waadi ook van toepassing zijn op zzp'ers, in zoverre die ter beschikking worden gesteld, zoals dat geschiedt door zoveel platformen, waaronder in casu Temper. Voor de toepasselijkheid van de Waadi (en de Richtlijn) is wel vereist dat de inlener toezicht en leiding uitoefent, hetgeen al snel wordt aangenomen. De instructiebevoegdheid of mogelijkheid om opdrachten over de te verrichten werkzaamheden te geven, volstaat al om over toezicht en leiding te kunnen

spreken.¹⁸⁵ Verwezen wordt naar hetgeen hierover in het voorgaande is uiteengezet, waaruit blijkt dat de opdrachtgevers ontegenzeggelijk leiding en toezicht uitoefenen over de werkers die via Temper bij hen ter beschikking zijn gesteld.

- 4.71 Ook Verhulp bepleit dat bij Temper, als geen sprake is van de in casu subsidiair bepleite aanwezigheid van arbeidsbemiddeling (in welk geval een arbeidsovereenkomst tussen de werker en de inlener tot stand komt) het duidelijk lijkt dat dit Platform arbeidskrachten ter beschikking stelt als bedoeld in de Waadi en dat de Waadi (dus) in ieder geval van toepassing is. Temper overtrad lange tijd het bepaalde in artikel 3 Waadi (in de situatie dat er een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen tussen de werker en de inlener) of artikel 9 Waadi (in het geval sprake is van ter beschikking stelling en - in ieder geval - een arbeidsverhouding) door tot april 2019 van de ter beschikking gestelde respectievelijk bemiddelde arbeidskracht betaling voor de terbeschikkingstelling respectievelijk arbeidsbemiddeling te bedingen. Verhulp noemt in zijn artikel ook expliciet de toepasselijkheid van de voorschriften uit respectievelijk artikel 8 en 8a van de Waadi.
- 4.72 Onder de essentiële artikelen valt derhalve ook het cruciale artikel 8 Waadi dat bepaalt dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht recht heeft op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de ter beschikking plaatsvindt. In het geval van Temper betekent dat het arbeidsvoorwaardenregime van de (AVV) KHN (horeca) cao voor het geval de inlener een horecaonderneming is of de (AVV) cao Bouw & Infra voor het geval de inlener een bouwonderneming is enzovoort enzoverder. Ook het bepaalde in de artikelen 8a, 8b, 9 en 9a Waadi zijn om dezelfde reden toepasselijk voor een zelfstandige.
- 4.73 Blijkens de omschrijving van Temper in de KVK (zie productie 3) is Temper actief met SBI code 82999: overige zakelijke dienstverlening. De verdere omschrijving is: *"online platform ten behoeve van het drijven van een onderneming – opdrachten plaatsen en opdrachten zoeken"*. Hiermee staat vast dat Temper het bepaalde in artikel 7a of artikel 7b Waadi heeft overtreden en zij heeft verzuimd op te nemen als activiteit het (mede) ter beschikking stellen van arbeidskrachten of arbeidsbemiddeling. Hiermee staat ook vast dat in het geval van terbeschikkingstelling de inlener in strijd handelt met het verbod uit artikel 7a lid 2 Waadi. Conform artikel 16 Waadi kwalificeert het niet naleven van deze artikelen als overtreding in

¹⁸⁵ Zie bijv. Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034, JAR 2017/169, m.nt. van M. Hoogeveen en Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, JAR 2017/267, m.nr. van J.P.H. Zwemmer

welk geval de Inspectie bevoegd is ex artikel 18 Waadi een boete op te leggen. Bij meer dan 30 arbeidskrachten loopt deze boete reeds op tot € 32.000,--. Bij Temper werken als gezegd in 2019 reeds 33.000 'Free flexers'.

V. ONTVANKELIJKHEID EN BEVOEGDHEID EX ARTIKEL 3:305 BW

5.1 Formele vereisten

- 5.1 FNV en CNV zijn verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid. Beide vakorganisaties behartigen blijkens hun Statuten de materiële en immateriële belangen van werkenden en niet-werkenden.
- 5.2 Beide vakorganisaties trachten hun doelen te bereiken onder meer door het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden en/of niet-werkenden of groepen van werkenden en/of niet-werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie, als bedoeld in artikel 3:305a BW.
- 5.3 De belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de onderhavige rechtsvorderingen strekken, zijn bij deze twee grootste bonden in Nederland voldoende gewaarborgd. Zo heeft FNV circa 1.000.000 en CNV circa 361.000 leden in Nederland, waaronder – uiteraard – ook leden die werkzaam zijn voor Temper. Eisers voldoen derhalve aan de eisen zoals opgenomen in artikel 3:305a lid 1 en lid 2, aanhef BW.
- 5.4 Onderhavige rechtsvorderingen worden ingesteld met een ideëel doel, passend binnen de ideële doelstellingen van beide bonden. Naar hun aard behoren onderhavige rechtsvorderingen tot het werkveld van beide bonden. De vorderingen strekken tot bescherming van de belangen van de werkers van gedaagde, waaronder leden van beide bonden. Naast het ideëel doel van de vorderingen, maakt derhalve ook de aard van deze vorderingen dat, voor de ontvankelijkheid van deze vorderingen, beide bonden niet hoeven te voldoen aan de vereisten van artikel 3:305a lid 2, subonderdelen a t/m e, en lid 5 (zie artikel 3:305a lid 6 BW). Het is aan uw rechtbank om te beoordelen of, gelet op het ideëel doel en gelet op de aard van de vorderingen, beide bonden in aanmerking komen voor de uitzondering van lid 6.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Zie MvT, 2016-2017, 34608, nr. 3, pagina 29.

- 5.5 De vordering van beide bonden, in zoverre die is gebaseerd op artikel 3:305a BW, strekt niet tot schadevergoeding in geld en betaling van buitengerechtelijke incassokosten ex artikel 6:96 lid 2 sub b en c BW.
- 5.6 FNV en CNV wijzen er op dat zij in ieder geval voldoen aan de vereisten van lid 2, subonderdelen a t/m e en lid 5. Zij lichten dit hierna nader toe.
- 5.7 Voor wat betreft het vereiste dat de rechtspersoon beschikt over een toezichthoudend orgaan (vereiste sub a), geldt het volgende. Het bestuur van FNV bestaat uit een Algemeen Bestuur van 17 personen, waarvan een Dagelijks Bestuur van 7 personen, deel uitmaakt. Op grond van artikel 23.2 Statuten houden de leden van het algemeen bestuur, die niet behoren tot het dagelijks bestuur, toezicht op het beleid en de taakuitoefening van de leden van het dagelijks bestuur en op de algemene gang van zaken in de FNV. Het hoogste orgaan van de CNV, de algemene vergadering, is de bondsraad bestaande uit 24 vertegenwoordigers van zes sectorraden, raden voor senioren, anders actieven en zelfstandige professionals (artikel 11 van de Statuten). De belangrijkste taak van de bondsraad is het vaststellen van het bondsbeleid op hoofdlijnen. Daarbij gaat het onder meer om het algemene arbeidsvoorwaardebeleid (artikel 38 van het Huishoudelijk Reglement). Dat vormt de basis voor de diverse cao-onderhandelingen. Het bondsbestuur van CNV bestaat op grond van artikel 19 van de Statuten uit een door de bondsraad vast te stellen aantal van tenminste twee bestuurders. Het bondsbestuur is belast met het besturen van CNV en met de voorbereiding en de uitvoering van het bondsbeleid. Op grond van artikel 22 jo. 23 van de Statuten wordt CNV vertegenwoordigd door het bondsbestuur. Daarnaast bestaat binnen CNV een Raad van Toezicht, benoemd door de bondsraad, bestaande uit ten minste drie en ten hoogste vijf personen die op grond van artikel 15 jo. 17 van de Statuten tot taak heeft integraal toezicht te houden op het beleid van het bondsbestuur en op de algemene gang van zaken binnen CNV.
- 5.8 Voor wat betreft het vereiste dat de rechtspersoon beschikt over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt (vereiste sub b), merkt FNV het volgende op. Op grond van artikel 28.3 Statuten behoort ieder lid-natuurlijke persoon tot één directe sectorale afdeling en kan ieder lid daarbinnen tot één subsector behoren. Ten aanzien van ieder lid-natuurlijke persoon zal worden vastgesteld tot welke directe sectorale afdeling hij behoort. Op grond van artikel 29.1 Statuten heeft ieder lid-

natuurlijke persoon in een vergadering van een directe sectorale afdeling dat tot die directe sectorale afdeling behoort, één stem, waarbij op grond van artikel 29.2 besluiten van een directe sectorale afdeling worden genomen met gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen (voor Reglement Directe Sectorale Afdelingen en Reglementen per sector zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag>). Naast de Statuten geldt bij FNV een 'Huishoudelijk Reglement' (**productie 22**) waarin onder meer is geregeld wanneer en hoe leden dienen te worden geraadpleegd, alsook hoe vervolgens besluiten worden genomen. Voorts heeft FNV een ledenparlement waaraan alle bevoegdheden toekomen die niet door de wet of de statuten aan andere organen van de FNV zijn opgedragen (zie artikel 31 Statuten). CNV merkt ten aanzien van dit vereiste op dat artikel 25 van de Statuten bepaalt dat CNV uit ten minste zes sectoren bestaat ter behandeling van aangelegenheden van leden die in dezelfde bedrijfstakken, sectoren of ambachten werkzaam zijn of laatstelijk werkzaam zijn geweest en van leden die een beroepsopleiding volgen binnen het aandachtsgebied van één van de sectoren. Iedere sector heeft voorts een sectorraad. Binnen de sectorraad worden onder meer besproken: de algemene economische situatie binnen de sector, de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid binnen de sector en de profilering en positionering van CNV in de betreffende sector. Ieder lid wordt op grond van artikel 7 lid 5 van de Statuten door het bondsbestuur ingedeeld bij de sector waarin het betreffende lid werkzaam is of bij de sector waarin het betreffende lid laatstelijk werkzaam is geweest. Ieder lid kan zich op grond van artikel 26 van de Statuten kandidaat stellen voor deelname aan de sectorraad. Iedere sectorraad benoemt uit zijn midden drie leden die zitting hebben in de bondsraad als afgevaardigde van de desbetreffende sector. Daarnaast kent CNV cao-commissies met een centrale- of decentrale overlegstructuur met bijbehorende kaderstructuur waarbinnen kaderleden actief zijn (art. 32. Van de Statuten). FNV en CNV beschikken aldus over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt.

- 5.9 Beide bonden beschikken over ruimschoots voldoende middelen om de kosten voor het instellen van onderhavige rechtsvordering te dragen (vereiste sub c). De zeggenschap over de rechtsvordering ligt in voldoende mate bij FNV en CNV.
- 5.10 FNV heeft een algemeen toegankelijke internetpagina waarop de volgende vereiste informatie beschikbaar is (vereiste sub d):

1. de statuten (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
2. de bestuursstructuur (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
3. de laatstelijk vastgestelde jaarlijkse verantwoording van het toezichthoudend orgaan (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
4. het laatstelijk vastgestelde bestuursverslag: het bestuursverslag van FNV wordt vastgesteld in de bestuursvergadering in juni van elk jaar en binnen 8 dagen na vaststelling gepubliceerd op de internetpagina van FNV (zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en voor CNV zie <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
5. de bezoldiging van de bestuurders en de leden van het toezichthoudend orgaan: op de website is opgenomen (voor FNV zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en voor CNV zie <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
6. de doelstellingen en werkwijzen van de rechtspersoon (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/meerjarenbeleid-2017-2021> en <https://www.fnv.nl/doelen> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/visie> en <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance> onder downloads in de pdf statuten en reglementen);
7. een overzicht van de stand van zaken van de lopende procedures (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/fnv-advocaten> bij CNV zijn momenteel geen lopende procedures <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
8. wanneer een bijdrage wordt gevraagd van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt, is vereist inzicht in de berekening van deze bijdrage: de leden van FNV en CNV betalen contributie (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/service-contact/contributie> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance> onder downloads artikel 9 van de Statuten en reglementen);
9. een overzicht van de wijze waarop personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen (zie voor FNV www.fnv.nl/lidmaatschap/voordelen-van-het-lidmaatschap?formstep=contributie en

www.fnv.nl/service-contact/opzeggen en zie voor CNV
<https://www.cnvvakmensen.nl/lidworden> en
<https://www.cnvvakmensen.nl/lidworden/opzeggen>).

- 5.11 Beide bonden beschikken over voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering (vereiste sub e).¹⁸⁷ Bij beide bonden zijn zeer veel juristen en/of advocaten werkzaam. Beide bonden laten zich in deze procedure vertegenwoordigen door externe advocaten.
- 5.12 Artikel 3:305a lid 3 BW stelt nog een aantal aanvullende eisen aan de ontvankelijkheid (sub a t/m c). Beide bonden voldoen ook aan deze eisen. Zo zijn beide ideële organisaties zonder winstoogmerk (vereiste sub a).
- 5.13 En onderhavige rechtsvordering heeft een voldoende nauwe band met de Nederlands rechtssfeer (vereiste sub b) nu, (1) het merendeel, zo niet alle van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt de gewone verblijfplaats in Nederland heeft, (2) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer en (3) de gebeurtenis(sen) waarop de rechtsvordering betrekking heeft in Nederland heeft, dan wel hebben plaatsgevonden.
- 5.14 Tot slot hebben bonden in de gegeven omstandigheden voldoende getracht het gevorderde door het voeren van overleg met gedaagde(n) te bereiken (vereiste sub c), zie hierna in hoofdstuk VI.
- 5.15 Tot slot eist artikel 3:305a lid 5 BW dat de rechtspersoon een bestuursverslag en een jaarrekening opstelt overeenkomstig het bepaalde voor verenigingen en stichtingen in respectievelijk de artikelen 49 en 300 en in Titel 9 van Boek 2. Onverminderd het in titel 9 bepaalde, wordt het bestuursverslag binnen acht dagen na vaststelling op de algemene toegankelijke internetpagina van de rechtspersoon gepubliceerd.
- 5.16 Ook hieraan voldoet FNV. Het bestuursverslag wordt vastgesteld in de bestuursvergadering in juni van elk jaar en binnen 8 dagen na vaststelling gepubliceerd op

¹⁸⁷ Zie 'Collectief procederen door de vakbond', mrs Van den Bor en Bij de Vaate, TRA 2020/12: van de 103 door de schrijvers onderzochte collectieve acties, waren 91 ingesteld door een vakbond, waarvan het overgrote deel door FNV.

de internetpagina van FNV (zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag>). Bij CNV wordt het bestuursverslag tevens gepubliceerd op de internetpagina van CNV (zie <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>).

- 5.17 Kortom, ofschoon beide bonden menen in aanmerking te komen voor de uitzondering van artikel 3:305a BW lid 6 en daarom niet hoeven te voldoen aan de vereisten van artikel 3:305a lid 2, subonderdelen a t/m e, en lid 5, wordt aan álle in artikel 3:305a BW opgenomen eisen voldaan. Onderhavige vorderingen zijn, ook in zoverre zij (mede) zijn gebaseerd op artikel 3:305a BW, reeds daarom ontvankelijk.

5.2 Aantekening in centraal register

- 5.18 Artikel 3:305a lid 7 BW stelt dat er een centraal register is voor collectieve vorderingen als bedoeld in dat artikel. Artikel 1018c lid 2 Rv bepaalt dat, op straffe van niet ontvankelijkheid, het exploit van dagvaarding binnen twee dagen na de dag van dagvaarding ter griffie wordt ingediend, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties. Deze aantekening gaat vergezeld van een afschrift van de dagvaarding.
- 5.19 Onderhavige dagvaarding zal binnen 2 dagen na de dag van de dagvaarding bij de griffie van Uw Rechtbank worden ingediend, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register, dit met opname van een afschrift van de dagvaarding.

5.3 Overig

- 5.20 In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet waarom namens de twee grootste bonden in Nederland deze collectieve vordering wordt ingesteld. Het voorleggen van deze collectieve eis in één enkele procedure is uiteraard vele malen efficiënter en effectiever dan het instellen van 33.000 of meer individuele vorderingen namens de thans werkende populatie voor Temper. Gezien de uniforme werkwijze van Temper zoals omschreven in hoofdstuk III is duidelijk dat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn.
- 5.21 Voor zover een andere rechtspersoon binnen drie maanden na de aantekening in het centraal register een collectieve vordering instelt voor dezelfde gebeurtenis(sen) waarop onderhavige collectieve vordering betrekking heeft over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen, verzoeken eisers u hen aan te wijzen als de Exclusieve Belangenbehartigers

in de zin van artikel 1018^e Rv nu eisers de grootste vakbonden van Nederland zijn en opkomen voor de grootste groep van personen die tezamen het grootste financiële belang vertegenwoordigen.

- 5.22 Eisers dienen ook als Exclusieve Belangenbehartigers te worden aangewezen gelet op de andere werkzaamheden die de bonden verrichten voor de personen voor wie zij opkomen, alsook de eerder door hen verrichte werkzaamheden en ingestelde vorderingen.

5.4 Bevoegdheid rechtbank

- 5.23 Op grond van artikel 1018b lid 3 Rv is artikel 93 Rv, alwaar de absolute bevoegdheid van de kantonrechter is geregeld, niet van toepassing. Derhalve is de rechtbank Sector civiel (handelsrecht) bevoegd kennis te nemen van deze zaak. Gedaagde is gevestigd binnen het rechtsgebied van Rechtbank Amsterdam. De rechtbank Amsterdam, sector Civiel recht (handelsrecht) is bevoegd om van de ingestelde vorderingen kennis te nemen.

VI. VOORTRAJECT DAGVAARDING EN VERWEER TEMPER

6.1 Sommatie

- 6.1 FNV heeft in 2019 en 2020 onderzoek gedaan naar de wijze waarop Temper werkt. Dit onderzoek is neergelegd in het door FNV opgestelde witboek (zie productie 16). Uit dit onderzoek blijkt dat de werkers waardoor Temper de arbeid laat verrichten, kwalificeren als werknemers, hetgeen betekent dat feitelijk sprake is van arbeidsovereenkomsten en/of uitzendovereenkomsten.
- 6.2 FNV en CNV hebben Temper per brief van 22 juni 2020 (**productie 23**) gesommeerd medewerking te verlenen c.q. zorg te dragen voor correcte nabetaling en verloning van de werkers alsmede betaling van de door henzelf geleden schade ad in totaal € 200.000,-

6.2 Onderhandelingen

- 6.3 Naar aanleiding van deze brief heeft tussen partijen overleg plaatsgevonden. Dit overleg heeft niet geleid tot een minnelijke oplossing. Temper heeft geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen de standpunten zoals uiteengezet in de sommatiebrief van 22 juni 2020. Temper houdt vast aan haar standpunt dat de werkers die via haar platform werkzaamheden kwalificeren als zzp'ers en dat zij het beste voor heeft met haar 'Freeflexers'. In het voorgaande is dit standpunt van Temper uitvoerig behandeld.

VII. TOELICHTING VORDERINGEN

7.1 Primaire vorderingen

Uitzendovereenkomst met Temper

- 7.1 Eisers vorderen primair een verklaring voor recht dat sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW tussen Temper en alle werkers die werkzaamheden verrichten via Temper bij verschillende opdrachtgevers. Deze kwalificatie volgt uit hetgeen in paragraaf 4.2 is uiteengezet. Aangezien Temper aldus 100% uitzendt, is daarmee ook de CAO voor de Uitzendkrachten van toepassing gedurende de periodes dat deze algemeen verbindend verklaard is. Ook hiervan wordt een verklaring voor recht gevraagd. In de CAO voor de Uitzendkrachten is geregeld dat uitzendkrachten vanaf dag 1 recht hebben op het loon zoals dat verdiend wordt door werknemers in dienst van de opdrachtgever.

Artikel 8 Waadi

- 7.2 Ook op grond van artikel 8 Waadi hebben ter beschikking gestelde arbeidskrachten recht op gelijke behandeling als de werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, zulks derhalve ook in periodes dat de CAO voor de Uitzendkrachten niet algemeen verbindend is. Met dit artikel is Richtlijn 2008/104/EG geïmplementeerd. De gelijke behandeling heeft volgens artikel 8 Waadi betrekking op a. lonen en overige vergoedingen, b. alle essentiële arbeidsvoorwaarden, die op basis van binnen de inlenende onderneming van kracht zijnde cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking gelden. Volgens artikel 5 van de hiervoor genoemde richtlijn gaat het om vakantieduur, feestdagen, arbeidstijden, pauzes, rusttijden, nachtarbeid en overuren.
- 7.3 Gelet op het voorgaande vorderen eisers een verklaring voor recht dat Temper het loonverhoudingsvoorschrift uit artikel 8 Waadi heeft geschonden en gehouden is de werkers die zij via haar platform ter beschikking heeft gesteld vanaf heden en tevens met terugwerkende kracht conform de van toepassing zijnde CAO's te verlonen. Dit betekent dat Temper de werkers op basis van artikel 8 Waadi in samenhang met de (AVV) KHN (horeca) CAO dient na te betalen voor het geval de opdrachtgever een horecaonderneming is, de (AVV) CAO Bouw & Infra voor het geval de opdrachtgever een bouwonderneming is, de (AVV) CAO beroepsgoederenvervoer voor het geval de opdrachtgever een

bezorgdienst is, de (AVV) CAO voor het Levensmiddelenbedrijf voor het geval de opdrachtgever een supermarkt is etcetera.

Hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van de Wet Aanpak Schijnconstructies

- 7.4 Voorts vorderen eisers primair een verklaring voor recht dat de opdrachtgevers die via Temper uitzendkrachten hebben ingeleend hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het achterstallige loon zoals uiteengezet in voornoemde paragraaf op grond van de Wet Aanpak Schijnconstructies (hierna tevens te noemen: 'de WAS'). Voor de vestiging van deze aansprakelijkheid kunnen de opdrachtgevers die uitzendkrachten hebben ingeleend via Temper worden aangemerkt als opdrachtgever in de zin van artikel 7:616a BW.
- 7.5 Het doel van de WAS is onder andere het versterken van de rechtspositie van werknemers en het bijdragen aan een beloning voor werknemers, conform wet- en regelgeving, cao of afspraken bij individuele arbeidsovereenkomst.¹⁸⁸ Dit wordt onder meer bewerkstelligd door het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en diens opdrachtgever ter zake van onderbetaling van het verschuldigde loon. Door deze hoofdelijke aansprakelijkheid worden ook andere partijen in de keten geprikkeld om maatregelen te nemen om betaling onder het WMM, dan wel cao of een ander loon dat is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst, te voorkomen.
- 7.6 De hoofdregel van artikel 7:616a lid 1 BW is dat de opdrachtgever naast de werkgever hoofdelijk aansprakelijk is voor het (achterstallige) loon van de werknemer. De werknemer kan derhalve ook de opdrachtgever direct aanspreken tot betaling van zijn (achterstallige) loon. De werknemer is hierbij niet gehouden eerst zijn eigen werkgever aan te spreken. De werknemer mag derhalve direct bij het ontstaan van betalingsachterstand kiezen wie hij aanspreekt tot loonbetaling en kan dus ook allebei tegelijk aanspreken. De opdrachtgever is enkel niet hoofdelijk aansprakelijk indien hij zich jegens de werknemer kan beroepen op niet-verwijtbaarheid.
- 7.7 In deze zaak is Temper de (uitzend)werkgever en worden de werkers ingeleend door verschillende opdrachtgevers. Hiermee is ieder van deze opdrachtgevers hoofdelijk aansprakelijk voor het achterstallige loon dat Temper als (uitzend)werkgever (had) moet(en) betalen.

¹⁸⁸ Kamerstukken // 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 1.

- 7.8 In casu komen de opdrachtgevers geen beroep op het niet-verwijtbaarheidsverweer zoals is vastgelegd in artikel 7:616a lid 2 BW. De opdrachtgevers wisten althans behoorden te weten dat de werkers die zij inschakelden via Temper in feite uitzendkrachten waren die werden ingeleend en hierdoor recht hadden op gelijke betaling zoals is bedoeld in artikel 8 Waadi. Alle opdrachtgevers waren zich bij uitstek bewust van het feit dat de werkers van Temper niet kwalificeren als zelfstandig ondernemers. De directe aansturing door juist die opdrachtgevers zelf is daarbij illustratief. Dat exact dezelfde werkzaamheden (ook) gedaan worden door vaste werknemers en andere uitzendkrachten is daarbij doorslaggevend. De opdrachtgevers hebben niks gedaan om te bewerkstelligen dat de uitzendkrachten van Temper op correcte wijze werden verloned. Zij hebben doelbewust een risico genomen in zee te gaan met een dergelijk vehikel. Door de verschillende geruchtmakende juridische procedures tegen platforms en de maatschappelijke en politieke discussie was en is het overduidelijk dat het zwaard van Damocles boven hun hoofd hangt. Sterker nog: zij hebben van de door Temper opgezette constructie geprofiteerd door goedkoop en hyperflexibel personeel in te zetten. De loonkosten zo laag mogelijk houden door de CAO's te ontduiken is het enige doel van deze constructie. Disculpatie is dan uitgesloten.

Artikel 7a lid 1 Waadi

- 7.9 Conform het bepaalde in artikel 7a Waadi is het verboden werkers ter beschikking te stellen zonder zich in het Handelsregister in te schrijven als uitzendbureau. Blijkens de omschrijving van Temper in de KVK (zie productie 3) is Temper actief met SBI code 82999: overige zakelijke dienstverlening. De verdere omschrijving is: *“online platform ten behoeve van het drijven van een onderneming – opdrachten plaatsen en opdrachten zoeken”*. Hiermee staat vast dat Temper het bepaalde in artikel 7a Waadi heeft overtreden en zij heeft verzuimd op te nemen als activiteit het (mede) ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Hiermee staat ook vast dat de inlener in strijd handelt met het verbod uit artikel 7a lid 2 Waadi. Conform artikel 16 Waadi kwalificeert het niet naleven van deze artikelen als overtreding in welk geval de Inspectie bevoegd is ex artikel 18 Waadi een boete op te leggen. Bij meer dan 30 arbeidskrachten loopt deze boete reeds op tot € 32.000,--. Bij Temper werken in 2019 reeds 33.000 ‘Free Flexers’.
- 7.10 Gelet op het voorgaande vorderen eisers verklaringen voor recht dat Temper in strijd handelt met artikel 7a Waadi respectievelijk dat de opdrachtgevers op hun beurt in strijd handelen met het bepaalde in artikel 7a lid 2 Waadi.

Artikel 9 Waadi

- 7.11 Op grond van artikel 9 Waadi is het niet toegestaan een tegenprestatie te bedingen van de arbeidskracht die ter beschikking wordt gesteld. In dat kader vorderen eisers een verklaring voor recht dat, nu Temper werkers ter beschikking stelt is als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder c Waadi, Temper in strijd met de voorschriften op grond van de Waadi een vergoeding ter hoogte van € 1,- per gewerkt uur heeft gevraagd van de werkers vanaf 1 januari 2016 tot aan 1 april 2019.

Schadevergoeding FNV en CNV

- 7.12 Omdat Temper haar verplichtingen op grond van de (AVV) ABU CAO niet is nagekomen, maken FNV en CNV op grond van de artikel 15 en 16 Wet CAO jl. artikel 3 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: 'Wet AVV') aanspraak op een vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade. Artikel 3 lid 4 van de Wet AVV bepaalt dat vakbonden die partij zijn bij een algemeen verbindend verklaarde cao schadevergoeding kunnen vorderen van werkgevers die in strijd handelen met deze cao. In de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (wet CAO) staat een parallelle bepaling in artikel 16. De vergoeding voor immateriële schade wordt naar billijkheid vastgesteld. Het gaat onder meer om reputatieschade, verlies aan werfkracht en door haar gemaakte kosten. In deze zaak heeft FNV,- en CNV-personeel vele uren moeten besteden, die zij voor andere activiteiten had kunnen inzetten. Door medewerkers van FNV en CNV is in de afgelopen jaren veel tijd besteed aan onderzoek, voorbereiding en onderhandelingen. Als **productie 24** worden bijgaand overzichten overgelegd van de door FNV en CNV aan deze zaak bestede uren.
- 7.13 In 1979 heeft de Hoge Raad al onderkend dat deze schade voor vergoeding in aanmerking komt en destijds werd deze vergoeding al gecijferd op 50.000,- gulden.¹⁸⁹ Nadien zijn in de negentiger jaren vergelijkbare jaren in lagere rechtspraak toegewezen.¹⁹⁰ Ondertussen zijn er vele honderden uitspraken door kantonrechters, Gerechtshoven en de Hoge Raad met bedragen oplopend tot € 100.000,- en meer.¹⁹¹ In veel van deze zaken was het de SNCU die als paritair handhaver in de uitzendbranche deze bedragen incasseerde. Niet valt in te zien waarom FNV en CNV als partijen die SNCU deze bevoegdheden in de uitzendbranche

¹⁸⁹ HR 2 november 1979, NJ 1980, 227.

¹⁹⁰ Kantonrechter Zwolle 19 april 1996, JAR 1996, 133; Kantonrechter Utrecht 23 december 1998, JAR 1999, 36.

¹⁹¹ HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3458 (SNCU/Tido Vesta); Hof 's-Hertogenbosch 29 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5277 (SNCU/Vakwerk Drenthe); Hof Amsterdam 18 december 2012, 200.088.230/01 (SNCU/Arbeidsbemiddeling Interpool); Hof Den Bosch 29 mei 2012, 200.088.234 (SNCU/Daxxa); Hof Amsterdam 18 januari 2011, 200.079.026/01 (SNCU/MCK Labour); Hof Arnhem 31 augustus 2010, 200.042.938.01 (SNCU/JTT Services).

hebben gedelegeerd, bij eigen optreden met een lager bedrag dan € 100.000,- genoeg zouden moeten nemen. De door de FNV en CNV geleden schade in deze zaak, zowel materieel als immaterieel, overstijgt dit bedrag in hoge mate.

- 7.14 Temper dient deze geleden schade te vergoeden. In de systematiek die door SNCU, als paritaire handhaver in de uitzendbranche, wordt gehanteerd, geldt een maximering van € 100.000,-. De geleden schade van FNV en CNV in deze zaak dient voor zowel FNV als voor CNV te worden begroot op elk € 100.000,-.
- 7.15 In verband met het voorgaande vordert FNV en CNV veroordeling van Temper tot betaling van deze schade.

7.2 Subsidiaire vorderingen

Arbeidsovereenkomst met opdrachtgevers

- 7.16 Eisers vorderen subsidiair een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen alle werkers en de opdrachtgevers door wie zij zijn ingeschakeld via Temper. Deze kwalificatie volgt uit hetgeen in paragraaf 4.3 is uiteengezet.

Onrechtmatige daad Temper

- 7.17 Indien wordt uitgegaan van een arbeidsrelatie tussen de opdrachtgevers en werkers die via Temper bemiddeld zijn, is sprake van een onderbetaling uit hoofde van de verschillende arbeidsvoorwaardenregimes bij die opdrachtgevers waaronder in veel gevallen AVV CAO's. Eisers vorderen in dat kader subsidiair een verklaring voor recht dat Temper aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad voor het achterstallige loon. Dit op basis van het faciliteren – en dus profiteren – van de wanprestatie van de opdrachtgevers. Ten aanzien van de aansprakelijkheid van Temper op grond van onrechtmatige daad voeren eisers nog het navolgende aan.
- 7.18 Reeds in 1967 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het uitlokken tot het plegen van een wanprestatie een onrechtmatige daad kan opleveren.¹⁹² Deze kwestie zag op de arbeidsverhouding tussen een werknemer en zijn werkgever (Rekko). De schriftelijke arbeidsovereenkomst bevatte een concurrentie- en geheimhoudingsbeding. Na

¹⁹² HR 26 mei 1967, *NJ* 1967, 331.

beëindiging van het dienstverband met Rekko trad de werknemer in strijd met het concurrentiebeding in dienst bij Herschi, terwijl Herschi op de hoogte was van het tussen de werknemer en Rekko geldende concurrentiebeding. Herschi werd vervolgens door Rekko aansprakelijk gesteld wegens onrechtmatige daad, aangezien Herschi wist van het concurrentiebeding dat tussen de Rekko en de werknemer bestond (1), doch de werknemer bewust in de gelegenheid had gesteld het beding te overtreden (2) en Herschi hiervan had geprofiteerd (3).

- 7.19 In het verlengde van voornoemde uitspraak heeft de Hoge Raad in 2007 opnieuw een arrest gewezen waarin het uitlokken van wanprestatie centraal stond.¹⁹³ In die casus was tussen pachters en de eigenaar van de gepachte grond een clause overeengekomen waarin een voorkeursrecht voor de pachters stond opgenomen tot het kopen van de desbetreffende percelen grond die zij pachtten als de eigenaar zou komen te overlijden. Nadat de eigenaar was overleden sloot een derde een koopovereenkomst met betrekking tot de percelen, zonder daarin de pachters te (er)kennen. De Hoge Raad oordeelde dat sprake is van onrechtmatig handelen indien de aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst wanprestatie pleegt jegens een derde en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest ook geoordeeld dat dezelfde normen te gelden hebben wanneer op de wederpartij niet een verbintenis uit overeenkomst rust (zoals een arbeidsovereenkomst met concurrentiebeding of een pachtovereenkomst met voorkeursrecht), maar een verbintenis uit de wet (onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW). Ergo: indien het handelen van de verschillende opdrachtgevers (ook) kwalificeert als een onrechtmatige daad is het ge/misbruik hiervan maken door Temper wederom een onrechtmatige daad.

- 7.20 De lijn uit voornoemde arresten heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden voortgezet. Het Hof heeft in dit arrest bepaald dat de situatie waarin de inlener een situatie van onderbetaling van uitzendkrachten heeft uitgelokt en/of deze voor haar profijtelijke situatie willens en wetens in stand heeft gehouden, onrechtmatig handelen door de inlener kan opleveren.¹⁹⁴ Voor de vraag of de inlener wist of in redelijkheid kon weten dat feitelijk te weinig werd verloond, merkte het Hof op dat de inlener zicht had op de inroostering van de uitzendkrachten, zodat zij goed zicht moet hebben gehad op het aantal uren dat de

¹⁹³ HR 27 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (Pos/Van den Bosch).

¹⁹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 16 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5161.

uitzendkrachten bij haar werkzaamheden verrichten en het dus duidelijk moet zijn geweest op welk uurtarief de periodieke declaraties van het uitzendbureau waren gebaseerd. Slechts bij heel geringe verschillen kan dit naar het oordeel van het hof de inlener zijn ontgaan. Het Hof concludeert in rechtsoverweging 4.6 als volgt:

“Van [geïntimeerde] mag, als professioneel werkgever en mede gelet op de omvang van haar onderneming ook verwacht worden dat zij dit soort gegevens expliciet in haar administratie verwerkt, al was het maar omdat zij aan haar eigen CAO-partners dient te kunnen verantwoorden dat haar werknemers niet door uitzendkrachten worden verdrongen.”

7.21 Meer recent heeft de Rechtbank Overijssel op 7 mei 2019 geoordeeld dat PostNL onrechtmatig heeft gehandeld door bewust te profiteren van de onderbetaling aan de bij PostNL ingezette arbeidskrachten.¹⁹⁵ De kantonrechter hechtte er onder andere belang aan dat het initiatief voor de samenwerking tussen PostNL en het uitzendbureau bij PostNL lag. Ook de wijze waarop is samengewerkt en dan met name de overeenkomsten die daarvoor zijn gebruikt, kwamen uit de koker van PostNL. Daarnaast werd van belang geacht dat PostNL invloed had op de door het uitzendbureau aan haar werknemers te betalen salaris.

7.22 Gezien het bovenstaande heeft ook Temper onrechtmatig gehandeld jegens de betrokken werkers, door bewust van deze door haarzelf gefaciliteerde, dan wel opgelegde c.q. uitgelokte wanprestatie te profiteren. Daarom is zij aansprakelijk voor de door de werkers geleden schade, te weten het achterstallige salaris.

Artikel 3 Waadi

7.23 Conform het bepaalde in artikel 3 Waadi is het verboden een tegenprestatie van de werker te vragen voor het verrichten van bemiddelingsactiviteiten. In dat kader vorderen eisers een verklaring voor recht dat Temper een bemiddelingsbureau is als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder b Waadi en dat Temper in strijd met de voorschriften op grond van de Waadi een vergoeding ter hoogte van € 1,- per gewerkt uur heeft gevraagd van de werkers. Eisers verzoeken in dit kader tevens Temper voor de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2019 te veroordelen tot betaling aan alle werkers van de ten onrechte ingehouden gebruikersvergoeding van € 1,- per gewerkt uur.

¹⁹⁵ Rechtbank Overijssel 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538.

7.3 Uiterst subsidiaire vordering

Toepasselijkheid Waadi

- 7.24 Uiterst subsidiair vorderen eisers een verklaring voor recht dat Temper ook indien de primaire en subsidiaire vorderen worden afgegeven nog steeds werkers ter beschikking stelt zoals is bedoeld onder artikel 1 lid 1 sub c Waadi. Deze kwalificatie volgt uit hetgeen in paragraaf 4.4 is uiteengezet. Deze kwalificatie brengt met zich dat de artikelen uit de Waadi waaronder artikel 8 Waadi ook indien de primaire en subsidiaire vorderingen worden afgegeven nog steeds van toepassing zijn op Temper.
- 7.25 Op grond van artikel 8 Waadi hebben ter beschikking gestelde arbeidskrachten als gezegd recht op gelijke behandeling als de werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Met dit artikel is Richtlijn 2008/104/EG geïmplementeerd. De gelijke behandeling heeft volgens artikel 8 Waadi betrekking op a. lonen en overige vergoedingen, b. alle essentiële arbeidsvoorwaarden, die op basis van binnen de inlenende onderneming van kracht zijnde cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking gelden. Volgens artikel 5 van de hiervoor genoemde richtlijn gaat het om vakantieduur, feestdagen, arbeidstijden, pauzes, rusttijden, nachtarbeid en overuren.
- 7.26 Gelet op het voorgaande vorderen eisers uiterst subsidiair een verklaring voor recht dat Temper het loonverhoudingsvoorschrift uit artikel 8 Waadi heeft geschonden en gehouden is de werkers die zij via haar platform ter beschikking heeft gesteld met terugwerkende kracht met inachtneming van artikel 8 Waadi te verlonen. Dit betekent dat Temper de werkers op basis van de (AVV) KHN (horeca) CAO dient na te betalen voor het geval de opdrachtgever een horecaonderneming is, de (AVV) CAO Bouw & Infra voor het geval de opdrachtgever een bouwonderneming is, de (AVV) CAO beroepsgoederenvervoer voor het geval de opdrachtgever een bezorgdienst is, de (AVV) CAO voor het Levensmiddelenbedrijf voor het geval de opdrachtgever een supermarkt is etcetera.

Artikel 9 Waadi

- 7.27 Zoals ook bepleit bij de primaire vordering is het op grond van artikel 9 Waadi niet toegestaan een tegenprestatie te bedingen van de arbeidskracht die ter beschikking wordt gesteld. Ook indien geen arbeidsovereenkomst wordt aangenomen tussen de werkers en Temper en/of hun opdrachtgevers is nog steeds sprake van toepasselijkheid en daarmee

schending van dit artikel. In dat kader vorderen eisers een verklaring voor recht dat Temper werkers ter beschikking stelt is als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder c Waadi en dat Temper in strijd met de voorschriften op grond van de Waadi een vergoeding ter hoogte van € 1,- per gewerkt uur heeft gevraagd van de werkers.

7.4 Primaire, subsidiair en uiterst subsidiaire vorderingen

Buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten

- 7.28 Temper is buitengerechtelijke incassokosten verschuldigd op grond van artikel 6:96 lid 2 BW. De buitengerechtelijke incassokosten worden op grond van artikel 6:96 lid 4 BW begroot op € 3357,75 inclusief BTW. Eisers zijn genoodzaakt geweest tot het maken van de kosten om voldoening buiten rechte te krijgen. De buitengerechtelijke werkzaamheden omvatten in ieder geval uitvoerig overleg met hun advocaten, het sturen van de sommatie en de vergeefse pogingen van eisers en haar raadsman de vorderingen buiten rechte geïnd te krijgen.

7.5 Bewijsaanbod

- 7.29 Eisers zijn van mening dat hun stellingen voldoende zijn onderbouwd met de in deze dagvaarding opgenomen producties. Voor zover eisers daartoe gehouden zouden zijn op grond van artikel 150 Rv, biedt zij bewijs aan van al haar stellingen, onder meer door het verstrekken van nader schriftelijk bewijsmateriaal waaronder onderzoeken van de Inspectie SZW en de Fiscus alsmede door middel van het horen van getuigen, waaronder de in deze dagvaarding reeds geciteerde. Ook overige getuigen kunnen worden gehoord waaronder betrokken vakbondsbestuurders, (voormalig) opdrachtgevers van Temper, personeel van Temper zoals werkend op het hoofdkantoor alsmede concullega's die dezelfde dienstverlening als Temper aanbieden met dien verstande dat zij (wel) erkennen dat sprake is van uitzendarbeid.

VIII. PETITUM

MITSDIEN

Het U.E.A. Rechtbank te Amsterdam behage om bij vonnis, 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. 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 Waadi heeft geschonden door een financiële tegenprestatie te vragen van € 1,- per uur van de werkers voor haar bemiddelingsactiviteiten.

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, subsidiair en uiterst 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.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder