

VU Research Portal

Collectieve handhaving door de vakbonden

Bij de Vaate, DMA; Özkul, Senem

published in

Tijdschrift Recht en Arbeid
2024

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bij de Vaate, DMA., & Özkul, S. (2024). Collectieve handhaving door de vakbonden: mogelijkheden en uitdagingen. *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2024(5), 16-22. Article 2024/47.
https://www.inview.nl/document/id0fb6db23243147cb92715e10c1b5c2d0?ctx=WKNL_CSL_201

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Collectieve handhaving door de vakbonden: mogelijkheden en uitdagingen²

TRA 2024/47

Deze bijdrage gaat in op de mogelijkheden en uitdagingen van collectieve handhaving door de vakbond naar aanleiding van één van de prejudiciële vragen van Gerechtshof Amsterdam aan de Hoge Raad in de Uber-zaak. Wij bespreken de mogelijkheden die art. 3 Wet AVV en art. 3:305a BW bieden voor het handhaven van het arbeidsrecht en cao-aanspraken wanneer daarvoor nodig is de aard van de arbeidsrelatie van een groep potentieel rechthebbende werkenden juridisch te kwalificeren. De conclusie is dat de procedurele waarborgen van art. 3:305a BW aanzienlijke obstakels opleveren voor de collectieve handhaving van het arbeidsrecht.

1. Inleiding

Het arbeidsrecht heeft in de kern een privaatrechtelijk karakter; het regelt primair de contractuele verhouding tussen werkgever en werknemer. Handhaving ligt vooral in handen van de individuele werknemer.³ Voor veel werknemers zal het aanspannen van een juridische procedure tegen de werkgever evenwel een (te) hoge drempel zijn. Een ander deel van de werknemers zal de status van 'werknemer' en de daarbij behorende bescherming ook zelf niet willen afdwingen, bijvoorbeeld omdat zij als 'zelfstandige' meer verdienen.⁴ Een gebrekkige handhaving van het arbeidsrecht maakt echter niet alleen inbreuk op de bescherming van werknemers, maar verstoort ook een goede werking van de arbeidsmarkt. Gebruikmaking van schijnzelfstandigen leidt tot oneerlijke concurrentie en zet het socialezekerheidsstelsel onder druk door de bijbehorende lagere premieafdracht.⁵

Publiekrechtelijke handhaving is zowel juridisch als in de praktijk onvoldoende om dit gat te dichten. Collectieve handhaving is daarom van groot belang voor het arbeidsrecht. Vakbonden hebben daarvoor diverse wettelijke mo-

gelijkheden. Zij kunnen acteren op grond van het cao-handhavingsinstrumentarium als neergelegd in de Wet cao (Wcao) en de Wet AVV (Wavv), en op grond van het algemene collectieve actierecht van art. 3:305a BW. Eén van de recent door het Hof Amsterdam aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen in de zaak FNV tegen Uber richt zich op de mogelijkheden van deze instrumenten.⁶ Het antwoord kan grote gevolgen hebben voor de toekomst van het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht en in het bijzonder voor de handhaving hiervan door vakbonden. Deze bijdrage bevat daarvan een beschouwing. Paragraaf 2 bespreekt de achtergrond van de Uber-zaak en de prejudiciële vragen. Paragraaf 3 gaat in op de mogelijkheden van het cao-handhavingsmechanisme neergelegd in art. 3 Wavv. Vervolgens behandelen wij in paragraaf 4 het collectieve actierecht van art. 3:305a BW. Bijzondere aandacht gaat uit naar de uitdagingen voor vakbonden onder het sinds 2020 gewijzigde regime. Dit illustreren wij in belangrijke mate aan de hand van de door FNV en CNV op grond van art. 3:305a BW aangespannen procedure tegen platform Temper. Afgesloten wordt met een conclusie.

2. Uber-zaak

FNV heeft Uber in rechte betrokken en – kort gezegd – aangevoerd dat de taxichauffeurs niet als zelfstandige werken, maar op basis van een arbeidsovereenkomst, zodat Uber gehouden is tot naleving van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO Zorgvervoer en Taxi (hierna: Taxi-cao) jegens de taxichauffeurs. Kantonrechter Amsterdam heeft FNV in het gelijk gesteld.⁷ Uber en zes aan de zijde van Uber gevoegde taxichauffeurs komen in hoger beroep.⁸ Daar staan twee hoofdvragen centraal: (i) moet de verhouding tussen Uber en de chauffeurs als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd worden? en (ii) biedt art. 3 lid 2 Wavv voldoende juridische grondslag voor de vorderingen van FNV?

Het hof meent dat de werkwijze die Uber aanhoudt, in beginsel kan leiden tot de kwalificatie 'arbeidsovereenkomst'. De in de procedure gevoegde chauffeurs hebben echter onbetwist gesteld dat zij, gezien hun reputatie, acquisitie, fiscale behandeling en aantal opdrachtgevers, als ondernemer moeten worden aangemerkt. Dit zou wellicht de balans kunnen doen omslaan, nu het één van de in het *Deliveroo*-arrest genoemde omstandigheden betreft.⁹ Het hof duidt dit aan als 'extern' ondernemerschap. Als dit ge-

1 Mr. dr. D.M.A. (Vivian) Bij de Vaate en mr. S. (Senem) Özkul zijn werkzaam als universitair hoofddocent respectievelijk docent/onderzoeker arbeidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Deze publicatie maakt deel uit van het project 'Strengthening labour law enforcement by collective redress' (406.XS.03.055) gefinancierd door NWO.

3 D.M.A. Bij de Vaate, C. van den Bor & W.H.A.C.M. Bouwens, 'Handhaving door de vakorganisaties', in: A.R. Houweling & L.C.J. Sprengers (red.), *Transitie en arbeid. Boek ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van de VvA*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 122.

4 Vgl. *Kamerstukken II 2022/23*, 29 544, nr. 1198.

5 Bij de Vaate, Van den Bor & Bouwens (2022), p. 123; concept MVT Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, p. 6-7.

6 Hof Amsterdam 13 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:601.

7 Ktr. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.

8 Hof Amsterdam 19 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:7855.

9 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

zichtspunt voor die chauffeurs inderdaad tot de kwalificatie 'zelfstandige' zou leiden, dan zouden dezelfde werkzaamheden uitgevoerd voor Uber, bij de ene chauffeur niet worden verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, en bij een andere chauffeur wel vanwege het ontbreken van 'extern ondernemerschap'. Het hof ziet dit als onwenselijk en stelt daarom drie prejudiciële vragen over de betekenis van het ondernemerschap als bedoeld in *Deliveroo* en de invloed daarvan op de kwalificatie van de overeenkomst.

In deze bijdrage staat de vierde prejudiciële vraag centraal. Die ziet op de discussie of FNV de juiste juridische grondslag voor haar vorderingen heeft gekozen. Art. 3 lid 2 Wavv lijkt geen onderscheid te kunnen aanbrengen tussen werknemers en zelfstandigen, terwijl art. 3:305a BW daarin wel zou voorzien. Het hof vraagt de Hoge Raad daarom of een collectieve vordering die strekt tot een algemeen oordeel over de kwalificatie van een groep werkers, alle werkzaam bij dezelfde opdrachtgever/werkgever, kan plaatsvinden in het kader van een vordering als bedoeld in art. 3 lid 2 Wavv of dat dit, gelet op de procedurele waarborgen die hiervoor gelden, slechts kan geschieden in het kader van een procedure als bedoeld in art. 3:305a BW.

3. Handhaving op grond van art. 3 Wavv

3.1 De nakomingsvordering van art. 3 lid 2 Wavv

Biedt art. 3 lid 2 Wavv een juridische grondslag voor de vorderingen van FNV en klopt de veronderstelling van het hof dat op grond daarvan geen onderscheid gemaakt kan worden tussen werknemers en zelfstandigen?

Het gevolg van algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen is dat ook werkgevers en werknemers die niet gebonden zijn aan de cao, maar wel onder de werkingssfeer vallen, de bepalingen van de cao moeten naleven. Dit zorgt voor een gelijke rechtspositie van werknemers en voorkomt concurrentie op arbeidsvoorwaarden.¹⁰ De handhaving van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen verloopt grotendeels op dezelfde wijze als bij reguliere cao-bepalingen. Op grond van art. 3 lid 2 Wavv kan een vakbond die partij is bij de cao, nakoming vorderen van die cao door een ongeorganiseerde werkgever. Instemming van de betrokken werknemers is niet vereist.¹¹ Nu FNV partij is bij de Taxi-cao kan FNV zelfstandig een vordering instellen tot nakoming van de cao gedurende de perioden van algemeenverbindendverklaring (hierna: avv-perioden). Een vordering tot nakoming van in de cao opgenomen verplichtingen kan evenwel alleen worden toegewezen indien werknemers (werkers) in hun rechtsverhouding tot de werkgever op die prestatie recht heb-

ben.¹² Dit vereist dat zowel Uber als de chauffeurs onder de werkingssfeer van de Taxi-cao vallen. Dat Uber onder de werkingssfeer valt, heeft het hof reeds vastgesteld.¹³ De chauffeurs vallen gelet op art. 1.5d van de Taxi-cao alleen onder de werkingssfeer als zij een arbeidsovereenkomst hebben. De kwalificatievraag is daarmee relevant voor de toewijzing van de vordering tot nakoming van de cao.

3.2 Het dictum in de art. 3 lid 2 Wavv-procedure

Op dat punt loopt het hof tegen een mogelijk probleem aan. Sommige chauffeurs werken wellicht op basis van een arbeidsovereenkomst en andere niet. Art. 3 lid 2 Wavv zou volgens het hof een dergelijk onderscheid niet kunnen aanbrengen. Wij menen dat die mogelijkheid er wel is. Een eventueel onderscheid binnen de groep chauffeurs (werknemer of niet) kan én moet aangebracht worden in het dictum van de uitspraak. Zoals hiervoor besproken, kan een nakomingsvordering door de vakbond alleen betrekking hebben op de nakoming van een verplichting van de werkgever jegens zijn werknemers (werkers) indien deze werknemers (werkers) in hun rechtsverhouding tot de werkgever op die prestatie recht hebben en aldus daarop aanspraak *kunnen* maken. Dit moet volgens de Hoge Raad tot uitdrukking komen in het dictum van de uitspraak.¹⁴ Het hof kan Uber aldus veroordelen tot nakoming van de Taxi-cao gedurende de avv-perioden jegens de chauffeurs die volgens het hof als werknemer kwalificeren.

Of het mogelijk is een *algemeen oordeel* te vellen over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van de groep Uber-chauffeurs, hangt sterk af van de beantwoording door de Hoge Raad van de eerste drie prejudiciële vragen. Oordeelt de Hoge Raad dat de eventuele aanwezigheid van extern ondernemerschap niet kan meebrengen dat dezelfde werkzaamheden uitgevoerd ten behoeve van dezelfde opdrachtgever/werkgever in het ene geval worden verricht op basis van een arbeidsovereenkomst en in het andere geval niet, dan is een algemeen oordeel over de kwalificatie van de overeenkomsten goed mogelijk. Oordeelt de Hoge Raad daarentegen dat ten aanzien van iedere werkende rekening moet worden gehouden met de mate van 'extern' ondernemerschap en dat dit evenveel gewicht in de schaal legt als de andere in het *Deliveroo*-arrest genoemde omstandigheden, dan is niet goed mogelijk in algemene zin te beslissen over de kwalificatie van de overeenkomst in situaties waarin tussen werkers (grote) onderlinge verschillen bestaan in de mate waarin zij zich als extern ondernemer gedragen. Dat heeft geen invloed op de mogelijkheid voor de vakbond een nakomingsvor-

¹⁰ Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen.

¹¹ HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413 (FNV/X), r.o.v. 3.3.2.

¹² HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532 (CNV/Pennwalt); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980 (FNV/Inretail); HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413 (FNV/X).

¹³ Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220, r.o.v. 5.3.

¹⁴ HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532 (CNV/Pennwalt); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980 (FNV/Inretail); HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413 (FNV/X).

dering op grond van art. 3 lid 2 Wavv in te stellen. Hij is daarin zonder meer ontvankelijk. Het zegt wel iets over de mogelijke uitkomst van de zaak. Het kan betekenen dat de rechter in een procedure als de *Uber*-zaak niet veel verder komt dan een veroordeling van Uber tot nakoming van de Taxi-cao gedurende de avv-perioden, voor zover chauffeurs onder de personele werkingssfeer van de cao vallen, zonder in algemene zin te bepalen voor welke chauffeurs dat geldt.¹⁵ Voor elke chauffeur zal dan nog afzonderlijk moeten worden beoordeeld of deze al dan niet als werknemer gekwalificeerd moet worden en aldus recht heeft op naleving van de cao. Een collectieve vordering op grond van art. 3 lid 2 Wavv heeft in dat geval weinig tot geen toegevoegde waarde.¹⁶ De handhaving ligt weer in handen van de individuele werkers.

4. Handhaving op grond van art. 3:305a BW

4.1 *Procesbevoegdheid ex art. 3:305a BW*

Stel dat de Hoge Raad, anders dan hiervoor betoogd, oordeelt dat art. 3 lid 2 Wavv niet geschikt is voor de vorderingen van FNV in de *Uber*-zaak. Kunnen dan de vorderingen op grond van art. 3:305a BW worden ingesteld? En welke consequenties heeft dit? Het hof lijkt te veronderstellen dat art. 3:305a BW – gelet op de procedurele waarborgen van dat artikel – geschikter is voor een vordering waarvoor een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van een groep werkers vereist is. In de volgende paragrafen gaan wij in op deze aspecten. Eerst zetten wij kort het (gewijzigde) wettelijke kader van art. 3:305a BW uiteen.

Ingevolge art. 3:305a lid 1 BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Collectieve acties op grond van art. 3:305a BW kunnen worden onderscheiden in twee subcategorieën: groepsacties en algemeen-belangacties. Groepsacties zijn gericht op het verdedigen van de gebundelde belangen van een identificeerbare groep personen. Bij algemeen-belangacties gaat het om het behartigen van ideële belangen die niet of niet zonder meer kunnen worden teruggebracht tot een bepaald aantal individuele personen.¹⁷ De meerwaarde voor vakbonden ligt in het feit dat zij art. 3:305a BW kunnen gebruiken om niet in een cao vastgelegde arbeidsrechtelijke normen te handhaven voor een groep werkers, en ter handhaving van

een niet algemeen verbindend verklaarde cao waarbij zij geen partij zijn.¹⁸

Per 1 januari 2020 is art. 3:305a BW ingrijpend gewijzigd als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca).¹⁹ Sindsdien is het mogelijk om op grond van art. 3:305a BW een schadevergoedingsactie in te stellen.²⁰ Bovendien heeft de uitspraak op basis van een dergelijke collectieve vordering niet meer slechts gezag van gewijsde tussen de belangenorganisatie en de wederpartij, maar zijn ook de personen voor wie in de collectieve vordering wordt opgekomen aan de uitspraak gebonden.²¹ Vanwege deze verstrekkende gevolgen hebben belanghebbenden de mogelijkheid gekregen om zich door middel van een opt-out verklaring aan de collectieve vordering te onttrekken en zijn aangescherpte ontvankelijkheidsvoorwaarden ingevoerd.²² Ter uitwerking van het in 2013 ingevoerde vereiste dat de met de vordering behartigde belangen bij de eisende stichting of vereniging ‘voldoende gewaarborgd’ moeten zijn,²³ is art. 3:305a BW uitgebreid met een representativiteitseis en ‘governance’-eisen. Ingevolge het huidige tweede lid van art. 3:305a BW moet de belangenorganisatie ‘voldoende representatief’ zijn ‘gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen’. De ‘governance’-eisen zijn neergelegd in art. 3:305a lid 2 onderdelen a tot en met e respectievelijk lid 5 BW. In beginsel gelden de aangescherpte ontvankelijkheidseisen voor alle belangenorganisaties die een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW instellen. Als het echter gaat om een rechtsvordering met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft, kan de rechter op grond van art. 3:305a lid 6 BW een ‘verlicht’ ontvankelijkheidsregime toepassen. De belangenorganisatie kan dan ontvankelijk verklaard worden zonder dat aan de ‘governance’-vereisten is voldaan. De rechtsvordering kan in dat geval evenwel niet strekken tot schadevergoeding. Daarmee heeft het onderscheid tussen groepsacties en ideële acties inmiddels ook procesrechtelijke consequenties.²⁴

4.2 *Procedurele waarborgen van art. 3:305a BW of struikelblokken voor handhaving?*

Kan een collectieve vordering strekkende tot het kwalificeren van een tussen partijen bestaande verhouding als arbeidsovereenkomst op grond van art. 3:305a BW worden ingesteld en – zo ja – valt die grondslag te prefereren boven art. 3 lid 2 Wavv gelet op de procedurele waarborgen die dat artikel biedt? Het hof geeft, behoudens de ver-

¹⁵ Vgl. N. Jansen & N.M.Q. van der Neut, *JAR* 2023/268.

¹⁶ Vgl. N. Hummel, *TRA* 2024/6.

¹⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 22; R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘Samenloop van ideële en collectieve belangenbehartiging: de ontvankelijkheidsbeslissing in FNV & CNV Temper’, *NTBR* 2023/26. Zie ook: Rb. Den Haag 15 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17145.

¹⁸ C. van den Bor & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Collectief procederen door de vakbond’, *TRA* 2020/12.

¹⁹ Wet van 20 maart 2019, *Stb.* 2019, 130.

²⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 1.

²¹ Art. 1018k lid 1 Rv.

²² *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 6.

²³ Wet van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 255.

²⁴ Vgl. Schutgens & Sillen (2023).

melding van de opt-out mogelijkheid, in zijn arrest niet expliciet aan op welke procedurele waarborgen het doelt. Een vergelijking tussen art. 3 lid 2 Wavv en art. 3:305a BW levert naast de opt-out en de bindende kracht van het vonnis nog een aantal procedurele verschillen op: de eis van gelijksoortigheid en representativiteit.²⁵

4.2.1 Gelijksoortigheidsvereiste

Degene die een collectieve vordering op grond van art. 3:305a BW instelt, is alleen ontvankelijk als de vordering strekt tot bescherming van 'gelijksoortige belangen'. Dit betekent dat de belangen zich moeten lenen voor bundeling, zodat in één procedure geoordeeld kan worden over de vorderingen, zonder daarbij de bijzondere omstandigheden van individuele belanghebbenden te hoeven betrekken.²⁶ Voor de inwerkingtreding van de Wamca werd een zekere 'abstracte toetsing' toegepast op het gelijksoortigheidsvereiste.²⁷ Een treffend voorbeeld daarvan is de uitspraak van de kantonrechter in de *Deliveroo*-zaak, waarin werd geoordeeld dat de vordering van FNV om te verklaren dat tussen Deliveroo en haar bezorgers arbeidsovereenkomsten bestaan, zich leende voor bundeling, ondanks dat denkbaar was dat in individuele gevallen het karakter van een overeenkomst van opdracht kon overheersen.²⁸ Het vonnis had alleen bindende kracht tussen FNV en Deliveroo. In een eventuele individuele procedure, aangespannen door een van de bezorgers, kon rekening gehouden worden met specifieke individuele omstandigheden die een afwijking van de uitspraak in de collectieve vordering rechtvaardigden.²⁹ Sinds 1 januari 2020 is de uitspraak bindend voor alle belanghebbenden voor wie de organisatie opkomt, tenzij zij gebruik hebben gemaakt van de opt-out mogelijkheid.³⁰ Dit dwingt de rechter strikter te beoordelen of de vordering zich leent voor bundeling.³¹ Bestaan binnen de groep van belanghebbenden individuele verschillen die tot een verschillende beoordeling kunnen leiden, dan is de belangenorganisatie niet-ontvankelijk.³² Dit scenario doet zich voor als de FNV de vorderingen in de *Uber*-zaak zou hebben ingestoken op grond van art. 3:305a BW en de Hoge Raad oordeelt dat de mate waarin bepaalde werkers zich naar buiten toe als ondernemer gedragen, kan meebrengen dat precies hetzelfde werk verricht ten behoeve van eenzelfde opdrachtgever/

werkgever in het ene geval wordt verricht op basis van een arbeidsovereenkomst en in het andere geval niet. Het is dan niet mogelijk om in één procedure te oordelen over de vorderingen, zonder daarbij de bijzondere omstandigheden van de individuele werkers te betrekken. De route via art. 3:305a BW is dan uitgespeeld.

4.2.2 Representativiteit

Wanneer de Hoge Raad voldoende ruimte laat voor een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van een groep werkers bij dezelfde opdrachtgever/werkgever, waarmee de uitdaging van gelijksoortige belangen wordt overwonnen, dan staat de vakbond voor een tweede hindernis: de eis van representativiteit. Sinds de *Wamca* moet de vakbond aantonen dat hij 'gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen voldoende representatief is'.³³ Hoewel het wetsvoorstel aanvankelijk voorzag in de mogelijkheid om bij ideële acties af te wijken van de aangescherpte ontvankelijkheidseisen, inclusief het representativiteitsvereiste,³⁴ zijn uiteindelijk slechts de 'governance'-eisen in de onderdelen a tot en met e van lid 2 uitgezonderd van toepassing, en niet het in de aanhef van lid 2 neergelegde representativiteitsvereiste.³⁵ De tekst van lid 2 is echter gericht op groepsacties doordat het de aanwezigheid suggereert van een concreet af te bakenen groep van personen voor wie wordt opgekomen in de collectieve procedure.³⁶ Dat maakt het lastig om de representativiteit te beoordelen bij ideële acties, waarin wordt opgekomen voor een overstijgend algemeen belang. Deze belangen hebben vaak geen stem of zijn zeer moeilijk te organiseren.³⁷

In de eerste jurisprudentie op grond van het nieuwe art. 3:305a BW is de vakbond niettemin steeds representatief geacht.³⁸ Zo oordeelde Rechtbank Amsterdam in de door FNV en CNV aangespannen collectieve actie tegen de door Temper gehanteerde werkwijze, dat de bonden voldoende

25 Daarnaast geldt bij art. 3:305a BW een verplichte wachttijd van drie maanden: art. 1018c lid 3 en 1018d lid 1 Rv. Die eis blijft onbesproken.

26 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting Baas in eigen huis/Plazacasa*).

27 N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 149; N. Frenk, 'Vie d'Or, aandelenlease en de reikwijdte van het collectief actierecht', *NTBR* 2005/7; W.H. van Boom, 'WCA -> WCAM -> WAMCA', *TvCA* 2019/4; Van den Bor & Bij de Vaate (2020).

28 Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

29 Van den Bor & Bij de Vaate (2020). Vgl. Frenk (2005).

30 Art. 1018k lid 1 Rv.

31 Van den Bor & Bij de Vaate (2020).

32 Vgl. Rb. (vzr.) Den Haag 8 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2686 (FNV en CNV niet-ontvankelijk in vordering tegen de staat tot vergoeding van schade voor zorgpersoneel met post-COVID vanwege grote individuele verschillen tussen zorgmedewerkers).

33 Art. 3:305a lid 2 BW.

34 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 8, 18, 29.

35 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 608, nr. 14. Vgl. o.a. T.S.F. Hautvast, 'Representativiteit onder de WAMCA', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2022/3.4; T.M. Sweerts & J.F. Hackeng, 'Een voor allen en allen door een: over representativiteit in het collectieve actierecht', *NTBR* 2022/33; Bij de Vaate, Van den Bor & Bouwens (2022), p. 132; Schutgens & Sillen (2023); E. Bauw, 'Vechten tegen windmolens. Het representativiteitsvereiste bij ideële vorderingen als idee-fixe', *AA* 2023, afl. 6; M.V.E.E. de Monchy & T.D.A. Kluwen, 'De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak', *MvV* 2022/3, p. 85.

36 Schutgens & Sillen (2023).

37 Schutgens & Sillen (2023); Sweerts & Hackeng (2022); De Monchy & Kluwen (2022); Hautvast (2022); F.M. Peters & A.J. van Wees, 'Wachten op Godot - de problematische toepasbaarheid van de Wamca op ideële zaken', *TOP* 2022/241. Vgl. ook de moties Stoffer en Van Dijk, die oproepen te verkennen of strengere eisen moeten worden gesteld aan de representativiteit van belangenorganisaties met een ideële vordering (*Kamerstukken II* 2022/23, 36 169, nr. 37 en 41).

38 Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035; Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995; Rb. Gelderland (vzr.) 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414; Hof Amsterdam 28 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1881.

representatief zijn, ondanks bezwaren van Temper over gebrek aan steun bij de Temper-werkers.³⁹ De bonden verdedigen niet alleen de belangen van Temper-werkers, maar streven ook een ideëel doel na tot bescherming van werkenden op de arbeidsmarkt in het algemeen door het tegengaan van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden en uitholling van de sociale zekerheid. Voor deze werkenden in algemene zin kunnen de bonden niet worden beschouwd als 'een willekeurige organisatie'. Zij beschikken over een aanzienlijke achterban en hebben een lange geschiedenis ter zake de behartiging van deze belangen in Nederland.⁴⁰

Hoewel het voorgaande in lijn is met de parlementaire geschiedenis van de Wamca waarin wordt benadrukt dat de aangescherpte ontvankelijkheidseisen vooral dienen als een filter voor ondeskundige, door commerciële motieven gedreven, belangenbehartigers,⁴¹ betekent dit niet dat de vakbond niet wordt geraakt door de extra ontvankelijkheidsvereisten, in het bijzonder het representativiteitsvereiste. Ingevolge art. 1018c lid 5 Rv vangt de inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering pas aan nadat de rechter heeft beslist dat aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden is voldaan. De praktijk laat zien dat het debat over de ontvankelijkheid lang kan duren.⁴² De strengere ontvankelijkheidseisen stellen de aangesproken opdrachtgever/werkgever in staat veel meer formele verwerpen op te werpen die de procedure onnodig belasten en vertragen.⁴³ Dit laat zich ook weer goed illustreren aan de hand van de *Temper*-zaak, waar FNV en CNV op 22 oktober 2020 de dagvaarding uitbrachten en pas bijna twee jaar later, op 13 juli 2022, ontvankelijk werden verklaard in de collectieve vordering. Naast vertraging en toenemende kosten, bestaat het risico dat wanneer de vakbond een zuivere groepsactie instelt, het representativiteitsvereiste de handhaving kan frustreren. Dit lijkt vooral aan de orde wanneer er een beperkte organisatiegraad is onder de betrokken werknemers en een aanzienlijk deel van hen de collectieve actie niet steunt.⁴⁴

4.3.3 Opt-out-mogelijkheid

4.3.3.1 De opt-out als oplossing voor de Uber-zaak?

Hof Amsterdam ziet vooral een probleem in het feit dat niet uitgesloten is dat sommige Uber-chauffeurs werken op basis van een arbeidsovereenkomst en andere niet, waardoor de ene groep anders moet worden beoordeeld

in het licht van de door FNV ingestelde vorderingen. Art. 3:305a BW en de daarop voortbouwende art. 1018b e.v. Rv voorzien volgens het hof, in tegenstelling tot art. 3 Wavv,⁴⁵ in procedurele waarborgen om een dergelijk onderscheid aan te brengen. Daarmee doelt het hof op de opt-out mogelijkheid van art. 1018f Rv. Personen die behoren tot de door de rechter vastgestelde nauw omschreven groep van personen wier belangen in de collectieve actie worden behartigd, kunnen binnen een door de rechter bepaalde termijn van minstens een maand aangeven dat ze zich willen 'bevrijden' uit de collectieve actie.⁴⁶ Het gevolg daarvan is dat zij niet gebonden raken aan de uitspraak in de collectieve actie. Biedt deze regeling een oplossing voor het door het hof gesignaleerde probleem in de *Uber*-zaak?

De opt-out mogelijkheid van art. 1018f Rv hangt samen met de bindende kracht van de collectieve actie nieuwe stijl. Zij is bedoeld te waarborgen dat belanghebbenden niet tegen hun wil vertegenwoordigd worden en vereist een individuele afweging door de belanghebbende.⁴⁷ In de *Uber*-zaak zou de opt-out alleen kunnen bewerkstelligen dat de chauffeurs die niet gebonden *willen* raken aan de uitspraak zich daarvan bevrijden. Zij biedt geen garantie dat de chauffeurs die niet kwalificeren als werknemer en dus geen aanspraak *kunnen* maken op de collectieve vordering gebruik zullen maken van de opt-out. Na de opt-out periode kunnen zich nog steeds chauffeurs in de groep bevinden die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werken. Het biedt geen oplossing voor het door het hof gesignaleerde probleem. Integendeel, wij zien andere problemen voortvloeien uit de opt-out mogelijkheid van art. 3:305a BW indien de vakbond aangewezen zou zijn op die route. Dit lichten wij toe aan de hand van de *Temper*-zaak.

4.3.3.2 Gespannen verhouding opt-out en dwingend arbeidsrecht

Bij tussenvonnis van 21 december 2022 besliste de rechtbank over de opt-out mogelijkheid in de *Temper*-zaak.⁴⁸ Bij deze beoordeling benadrukte de rechtbank dat de collectieve actie van de bonden zowel de belangen van de Temper-werkers behartigt als ook het bredere ideële belang van een eerlijke en rechtvaardige arbeidsmarkt. De opt-out mogelijkheid werd aangeboden aan de groep Temper-werkers die op dat moment bij Temper werkten of dat in het verleden hebben gedaan, maar niet aan de groep 'werkenden in het algemeen'. In totaal hebben 15.298 Temper-werkers een opt-out verklaring afgelegd. Volgens de rechtbank resulteerde dit in een 'te groot' aantal als bedoeld in art. 1018f lid 1 Rv, hetgeen aanleiding gaf tot het beëindigen van de collectieve actie voor zover de

39 Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035.

40 Zie voor andere voorbeelden van ontvankelijkheid van stichtingen of verenigingen met een ideële doelstelling: Rb. Den Haag 9 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1747; Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3499; Rb. Den Haag 15 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17145.

41 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 18.

42 Vgl. Peters & Van Wees (2022).

43 Bij de Vaate, Van den Bor & Bouwens (2022), p. 135.

44 Bij de Vaate, Van den Bor & Bouwens (2022), p. 134; Schutgens & Sillen (2023); De Monchy & Kluwen (2022), p. 86.

45 Hiervoor concludeerden wij dat ook op basis van art. 3 Wavv een dergelijk onderscheid aangebracht kan worden.

46 Art. 1018e lid 2 en art. 1018f Rv.

47 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 47.

48 Rb. Amsterdam 21 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7764.

ingestelde vorderingen gericht waren op de bescherming van de belangen van de Temper-werkers.⁴⁹

In de eerste plaats roept deze toepassing van art. 1018f lid 1 Rv vragen op. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of sprake is van een 'te groot'⁵⁰ aantal opt-outers, waardoor de voortzetting van de procedure niet (meer) valt te rechtvaardigen.⁵¹ In dit geval legde een kleine kwart een opt-out verklaring af, hetgeen betekent dat ruim 75% van de Temper-werkers (45.696 personen) haar belangen wel behartigd wilde zien door de bonden. Gezien de omvang van deze groep lijkt ons dat er nog steeds sprake is van efficiënte en effectieve geschilbeslechting door middel van een collectieve actie en aldus voldoende belang om de procedure voort te zetten.⁵² Een tweede reden voor terughoudende toepassing van art. 1018f lid 1 Rv in deze zaak, is het argument van de bonden dat Temper op eenzijdige, suggestieve en misleidende wijze Temper-werkers zou hebben aangespoord tot een opt-out. Zonder te bezien of hiervan sprake is geweest, heeft de rechtbank het hierop gerichte verweer van de bonden van tafel geveegd.⁵³ Met name bij collectieve vorderingen ingesteld ter bescherming van de belangen van een kwetsbare groep, zoals werkkenden, kan een dergelijke afstandelijke toetsing misbruik in de hand werken.

Belangrijker is dat het aanbieden van een opt-out mogelijkheid aan Temper-werkers op gespannen voet staat met het dwingende arbeidsrecht en het ideële belang van de collectieve vordering. De kwalificatie van een arbeidsrelatie staat niet ter vrije bepaling van individuen. Art. 7:610 BW is van dwingende aard en de partijbedoeling speelt geen rol.⁵⁴ Toestaan dat werkers kiezen of ze al dan niet gebonden willen zijn aan een vonnis dat hun arbeidsrelatie kwalificeert, ondermijnt dit dwingende recht en het ideële belang van een rechtvaardige arbeidsmarkt dat daarmee wordt gediend. De rechtbank erkent deels dit dilemma. Zo vormt het 'grote' aantal opt-out verklaringen door de Temper-werkers volgens de rechtbank geen aanleiding om ook de collectieve procedure te beëindigen voor zover die strekt ter bescherming van het meer overstijgende ideële belang van een rechtvaardige arbeidsmarkt. Dit betreft de hoofdvorderingen van de bonden waarmee zij de rechtsvraag voorleggen of de Temper-werkers als uitzendkracht of als werknemer kwalificeren.⁵⁵ In

de ingestelde vorderingen die zijn gericht op nabetaaling van het achterstallige loon van de Temper-werkers en andere financiële vergoedingen worden de bonden niet-ontvankelijk verklaard. Deze strekken volgens de rechtbank alleen ter bescherming van de Temper-werkers. Wij kunnen de rechtbank daarin niet volgen. Niet alleen de kwalificatie van de arbeidsrelatie, maar ook de gevolgen daarvan, zoals de nabetaalingen, vloeien dwingendrechtelijk voort uit de wet en dienen een ideële doelstelling. Als de rechtbank de Temper-constructie onrechtmatig verklaart, moeten ook de gevolgen daarvan voor het verleden worden teruggedraaid om eerlijke concurrentie te waarborgen.⁵⁶ Indien de constructie alleen voor de toekomst wordt 'doorgeprikt', vormt dat een vrijbrief voor ondernemingen om ook gebruik te maken van dergelijke constructies en haar werkwijze pas aan te passen nadat zij daartoe door een rechterlijk vonnis gedwongen zijn.

De problematische verhouding tussen de opt-out van art. 3:305a BW en arbeidsrechtelijke procedures, zoals de *Temper*-zaak, wordt benadrukt bij een vergelijking met het cao-handhavingsmechanisme. Stel dat de rechtbank in de *Temper*-zaak in haar eindvonnis verklaart dat de Temper-constructie in strijd is met de wet en eigenlijk sprake is van uitzendovereenkomsten. Dat geeft de bonden geen executeerbaar vonnis. De bonden zouden vervolgens wel een vordering tot naleving van de algemeen verbindend verklaarde uitzendcao kunnen instellen op grond van art. 3 lid 2 Wavv. Met het declaratoire vonnis in de art. 3:305a BW-procedure staat vast dat sprake is van een uitzendconstructie, waardoor Temper en de werknemers onder de werkingssfeer vallen van de uitzendcao. Dat 25% van de Temper-werkers in de art. 3:305a BW-procedure een opt-out verklaring heeft uitgebracht, is niet relevant voor een procedure op grond van art. 3 lid 2 Wavv. Tenzij de cao keuzevrijheid toestaat, is de toewijzing van een nalevingsvordering niet afhankelijk van de wens van werknemers tot nakoming van de cao.⁵⁷ Op deze wijze kunnen Temper en de werkers, inclusief degenen die in de art. 3:305a BW-procedure een opt-out verklaring hebben afgelegd, alsnog via het cao-handhavingsmechanisme worden gedwongen tot naleving van de cao.⁵⁸ In proceseconomisch opzicht een weinig aantrekkelijke constructie.

Wij zouden daarom willen pleiten voor de toevoeging van een uitzonderingsclausule aan art. 1018f Rv, zodat de rechter in procedures met ideële doelstelling, zoals de *Temper*-zaak, de opt-out mogelijkheid achterwege kan la-

49 Rb. Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6389.

50 Nergens in de parlementaire geschiedenis is uiteengezet wanneer sprake is van een 'te groot' aantal personen.

51 Zie ook Rb. Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6389.

52 Opvallend genoeg vraagt de rechtbank bewijs van steun, terwijl de Wamca alleen een opt-in voor personen met verblijfplaats buiten Nederland kent (art. 1018f lid 5 Rv).

53 Rb. Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6389, r.o.v. 2.4.

54 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*).

55 Naast deze hoofdvorderingen worden ook de verklaringen voor recht dat Temper in strijd handelt met art. 7a Waadi en de vordering tot schadevergoeding die FNV voor zichzelf instelt, voortgezet.

56 Anders: Schutgens & Sillen (2023).

57 HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413 (*FNV/X*).

58 Bovendien dient hier benadrukt te worden dat de opt-out verklaringen hen ook niet vrijwaren van aanspraken door bijvoorbeeld de Belastingdienst.

ten.⁵⁹ Voor de inwerkingtreding van de Wamca was een dergelijke regeling opgenomen in het vijfde lid van art. 3:305a (oud) BW. Een individu dat niet door middel van derdenwerking⁶⁰ gebonden wenste te raken aan de werking van de collectieve actie kon zich daartegen verzetten, *tenzij* de aard van de uitspraak meebracht dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kon worden uitgesloten.⁶¹ Deze ontsnappingsclausule is niet teruggekeerd in art. 1018f Rv. Voor zuivere collectieve groepsacties gericht op het verkrijgen van schadevergoeding – waarop de Wamca in het bijzonder het oog heeft gehad⁶² – is het logisch om belanghebbenden steeds de mogelijkheid te bieden zich te bevrijden van de collectieve actie.⁶³ Dat is echter niet het geval voor collectieve acties met een (mede) ideële doelstelling. Een opt-out voor het individu verdraagt zich niet goed met de aard van een dergelijke vordering.⁶⁴ Juist voor dit soort collectieve acties bood de ‘tenzij-clausule’ uit het oude lid 5 van art. 3:305a BW uitkomst.⁶⁵

5. Conclusie

Naar aanleiding van de prejudiciële vragen in de *Uber*-zaak zijn de mogelijkheden tot collectieve handhaving besproken op grond van art. 3 lid 2 Wavv en art. 3:305a BW. Betoogd is dat het mogelijk is om op grond van art. 3 lid 2 Wavv een vordering tot naleving van een algemeen verbindend verklaarde cao in te stellen indien daartoe een oordeel vereist is over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van een groep werkenden. Een eventueel onderscheid tussen de werkers (werknemer of niet) kan gemaakt worden in het dictum van de uitspraak. Of de rechter in zijn uitspraak een algemeen oordeel kan geven over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van een groep werkers is in belangrijke mate afhankelijk van het antwoord door de Hoge Raad op de vraag naar de betekenis van ondernemerschap in het *Deliveroo*-arrest en de invloed daarvan op de kwalificatie van de overeenkomst. Oordeelt de Hoge Raad dat de mate waarin bepaalde werkers zich naar buiten toe als ondernemer gedragen kan meebrengen dat precies dezelfde werkzaamheden uitgevoerd ten behoeve van een opdrachtgever/werkgever, in

het ene geval worden verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, en in het andere geval niet, dan is een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsrelatie niet goed mogelijk in situaties met grote onderlinge verschillen tussen werkers in de mate van ‘extern’ ondernemerschap. In dat geval heeft een collectieve handhavingsvordering op grond van art. 3 lid 2 Wet AVV weinig toegevoegde waarde. Het instellen van een handhavingsactie op grond van art. 3:305a BW lost dit probleem niet op. Een vordering op basis van art. 3:305a BW strekkende tot een algemeen oordeel over de kwalificatie van de overeenkomst van een groep werkers zou reeds stranden in de ontvankelijkheidsfase op het vereiste van ‘gelijksoortigheid’. Collectieve handhaving is dan zinloos. De Hoge Raad kan dit voorkomen door een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van een groep werkers werkzaam bij dezelfde opdrachtgever/werkgever ruimhartig toe te staan, door zoals in de *Uber*-kwesitie geen of slechts gering belang toe te kennen aan het gezichtspunt van ‘extern’ ondernemerschap.

Laat de Hoge Raad voldoende ruimte voor een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van een groep werkers, dan verdient art. 3 lid 2 Wavv vanuit het oogpunt van het handhaven van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen de voorkeur boven art. 3:305a BW. Niet alleen vormen de ontvankelijkheidsvoorwaarden van art. 3:305a BW aanzienlijke obstakels voor vakbonden die proberen handhavend op te treden. Belangrijk is vooral dat de opt-out mogelijkheid de collectieve handhaving aanzienlijk kan frustreren, doordat het aan executeerbaarheid van het vonnis voor een deel van de werknemers in de weg kan staan. Het ondermijnt het dwingende arbeidsrecht en het ideële belang dat met een handhavende vordering is gediend. Gelet daarop zouden wij de wetgever in ieder geval willen aanbevelen om aan de opt-out regeling van art. 1018f Rv de zinsnede toe te voegen ‘tenzij de aard van de vordering zich daartegen verzet’.⁶⁶

59 Vgl. Rb. Den Haag 8 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2657 waar de rechtbank in een ideële actie tegen de Staat de toepassing van – hoewel de wettekst daarin niet voorziet – art. 1018e, 1018f en 1018g Rv achterwege laat. Zie ook: Rb. Amsterdam 21 december 2022,

ECLI:NL:RBAMS:2022:7764 in de hiervoor besproken *Temper*-zaak waar geen opt-out mogelijkheid werd geboden aan de groep ‘werkenden in het algemeen’. Het voorgaande heeft onzes inziens ook gevolgen voor de bindende kracht van de uitspraak, nu ingevolge art. 1018f lid 1 Rv die gebondenheid alleen geldt voor de op grond van art. 1018e lid 2 Rv nauw omschreven groep waarvoor wordt opgekomen in de collectieve procedure die geen gebruik hebben gemaakt van de opt-out.

60 Voor de introductie van de Wamca kon het vonnis feitelijke derdenwerking krijgen voor zover het een veroordelend of constitutief vonnis betrof.

61 Zie art. 3:305a lid 5 slotzin BW (oud).

62 Vgl. Schutgens & Sillen (2023).

63 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 47.

64 Vgl. Schutgens & Sillen (2023).

65 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 32. Vgl. Bauw (2023).

66 Zie voor een aanbeveling aan de wetgever in het kader van art. 3:305a BW en de representativiteitseis ten aanzien van vakbonden: Bij de Vaate, Van den Bor & Bouwens (2022), p. 135.