

PER GEWONE EN PER AANGETEKENDE POST

Temper B.V.
t.a.v. de Directie
John M. Keynesplein 12
1060 EP Amsterdam

Amsterdam, 22 juni 2020

Onderwerp : FNV / Temper
Onze referentie : D20190895
Uw referentie :

Geachte Directie,

Tot ons wenden zich de verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) en Christelijk Nationaal Vakverbond (CNV) zulks met het verzoek om hen als raadsman bij te staan naar aanleiding van het navolgende.

Zoals bekend zijn beide cliënten vakverenigingen die de belangen behartigen van aangesloten werknemers en ex-werknemers ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en regelingen die verband houden met c.q. voortvloeien uit het werknemerschap, één en ander in brede zin. Cliënten sluiten daartoe CAO's af met werkgeversverenigingen en zien toe op de naleving daarvan.

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. Dat Temper bij de invulling van die allocatiefunctie gebruik maakt van een app, maakt die kernactiviteit niet anders. Het grootste verschil tussen Temper en haar collega uitzendbureaus is de claim van Temper dat zij niet werkt met uitzendkrachten, maar met zelfstandigen.

Door FNV is een onderzoek verricht over de wijze waarop Temper werkt. Uit dit onderzoek blijkt dat de werkers waardoor Temper de arbeid laat verrichten kwalificeren als werknemers. Anders


dan Temper stelt is geen sprake van opvolgende overeenkomsten van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW die zouden worden gesloten tussen de inleners respectievelijk opdrachtgevers en de werkers. Feitelijk is sprake van arbeidsovereenkomsten zoals bedoeld in artikel 7:610 BW en/of uitzendovereenkomsten zoals bedoeld in artikel 7:690 BW.

Als werknemer maakt een werker aanspraak op de beschermende bepalingen van Boek 7 titel 10 BW waaronder de ontslagbescherming. Ook kan hij/zij profiteren van aanvullende bepalingen uit verschillende CAO's en toepasselijke pensioenregelingen zoals 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 Werkloosheidswet, de Ziektewet en de WIA. De wettelijke bescherming die voortvloeit uit werknemerschap dient als ongelijkheidscompensatie tussen economisch ongelijke partijen.

Bijgaand wordt het onderzoek van de FNV als **bijlage 1** overgelegd. De conclusie van dit onderzoek is dat Temper onzelfstandig werkend personeel bemiddelt als ware zij zelfstandigen naar een positie binnen ondernemingen om al dan niet kortstondig arbeid te verrichten, dit onbetwist onder toezicht en leiding van de klant. Het arbeidsrecht is op deze wijze buiten spel gezet.

Er zijn voor cliënten meerdere redenen om deze constructie te bestrijden. Naast de onderbetaling van de werkenden en hun gebrek aan arbeidsrechtelijke bescherming geldt tevens de uitholling van de sociale zekerheid doordat geen WW en Whk-afrachten plaatsvinden, het oneigenlijke kostenvoordeel bij bemiddeling van personeel (premies en belastingen), de loonconcurrentie, de ondermijning van sectorale regelingen (CAO's en pensioenen), het lange termijn werknemers nadeel bij gebreke van opbouwende rechten, zekerheden en arbeidsvoorwaarden, de verschuiving van de machtsbalans tussen werkgever en werkenden, omdat de corrigerende werking van het arbeidsrecht buiten toepassing wordt gelaten en tot slot het einde van gereuleerde arbeidsbemiddeling door uitzendbureaus. Naast de belangen van werkenden en de bonden kunnen ook andere belanghebbenden worden genoemd zoals Ministeries, de Belastingdienst en het UWV. Dit maatschappelijk belang zal door een rechter tevens worden meegewogen.

Door de Commissie Borstlap is in haar recente advies van 23 januari jl. duidelijk gemaakt wat de risico's zijn van de toename van bedrijven die via een digitaal platform diensten laten verrichten,




zulks met bewuste uitsluiting van het arbeidsrecht. Zoals gezegd zullen deze maatschappelijke belangen kunnen en moeten worden meegewogen bij de juridische kwalificatie van deze constructie. De belangen van werkers enerzijds en de maatschappij anderzijds zijn in de afgelopen periode nog eens pijnlijk duidelijk geworden tijdens de coronacrisis toen bleek dat juist de werkers bij Temper tussen wal en schip vielen. De werkers bij Temper voldeden immers veelal niet aan de ureneis van de TOZO en zij konden ook niet op bijstand terugvallen omdat Temper veel werkt met studenten.

Bij gebreke aan het voldoen aan de hierna te formuleren sommatie zullen cliënten een gezamenlijke procedure starten op basis van artikel 15 e.v. Wet CAO, artikel 3 Wet AVV en artikel 3:305a BW.

De primaire vordering van cliënten is gebaseerd op het hiervoor toegelichte uitgangspunt dat Temper de werkgever is van de werkers en derhalve kwalificeert als uitzendbureau. In de driehoeksverhouding Temper/opdrachtgever/werker zijn alle elementen van de arbeids- en uitzendovereenkomsten aanwezig. In de door Temper gehanteerde constructie wordt arbeid verricht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever en verloopt plaatsing en beloning via Temper. Daarnaast ligt de werving en selectie bij Temper. Temper controleert de werkervaring van de werker en plaatst dit samen met de rating van de werker op zijn persoonlijke pagina die, na aanmelding door de werker voor een bepaalde opdracht, toegankelijk is voor de opdrachtgever. Op die persoonlijke pagina wordt naast de rating bijvoorbeeld ook weergegeven of iemand (vaak) te laat komt.

Indien de primaire vordering niet door Temper wordt erkend en tevens door de rechter wordt afgewezen, stellen cliënten zich subsidiair op het standpunt dat alsdan de opdrachtgever als werkgever kwalificeert. De arbeid wordt immers onbetwist onder leiding en gezag van deze opdrachtgever verricht. Deze arbeid wordt verricht door mensen die evident niet kwalificeren als ondernemer en dus werknemer zijn. Ook is de werker in zijn werkzaamheden en uiterlijke verschijning niet te onderscheiden van werknemers in dienst van de opdrachtgever. De opdrachtgever die kwalificeert als werkgever is gebonden aan geldende CAO's.

Uiterst subsidiair zij opgemerkt dat, indien voorbij wordt gegaan aan de hiervoor uiteengezette vorderingen, vaststaat dat in casu sprake is van toepasselijkheid van de WAADI. In dit kader heeft te gelden dat in Europa sprake is van een ruimer werknemersbegrip dat ook gehanteerd wordt in de toepasselijke Uitzendrichtlijn. De Uitzendrichtlijn vormt de basis voor de gelijke



behandelingsnorm (artikel 8) van de WAADI. De reikwijdte van die bepaling dient ook richtlijn conform te worden uitgelegd zoals recentelijk bepaald door de Hoge Raad op 14 april 2018, ECLI:NL:HR:2017:689. In essentie komt het erop neer dat, zelfs indien uit zou worden gegaan van een toegestane vorm van zelfstandigheid die niet kwalificeert als werknemerschap in de zin van artikel 7:610 BW via de weg van de Uitzendrichtlijn en de WAADI nog steeds sprake is van een plicht de gelijke beloning ex artikel 8 van de WAADI te bewerkstelligen.

In dit kader zij opgemerkt dat ongeacht de grondslag die wordt gekozen vaststaat dat tot medio 2018 door de € 1,-- commissie die door Temper in rekening werd gebracht aan haar werkers, in strijd is gehandeld met óf artikel 9 WAADI indien toewijzing van de vordering geschiedt op basis van de primaire dan wel meer subsidiaire vordering dan wel met artikel 3 WAADI indien toewijzing geschiedt op basis van de subsidiaire grondslag.

In zoverre de eisen gebaseerd zijn op de subsidiare (of meer subsidiaire) vordering vloeit de betalingsplicht van Temper voort uit de Wet Aanpak Schijnconstructies zoals weergegeven in artikel 7:616a e.v. BW alsmede uit hoofde van een alsdan door Temper gepleegde onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Het meewerken aan, sterker nog: opzetten van deze onwettelijke constructie door Temper is onrechtmatig jegens de werkers. Temper maakt immers gebruik/misbruik van de wanprestatie en/of de onrechtmatige daad van de verschillende opdrachtgevers en geniet daardoor ook een voordeel. Sterker nog: het ontduiken van de arbeidsrechtelijke verplichtingen lijkt de kern van het businessmodel te vormen. In dit kader zij verwezen naar een recente uitspraak van de rechtbank Overijssel van 7 mei 2019 in de zaak FNV/PostNL.

Temper dient op basis van de WAS en de maatschappelijke zorgvuldigheid die zij in acht dient te nemen vooraf en achteraf maatregelen te nemen ter voorkoming van onderbetaling en misstanden. Aangezien Temper bij uitstek op de hoogte is van de onderbetaling van de werknemers in kwestie, kan Temper zich niet beroepen op niet verwijtbaarheid aan haar zijde. Om die reden houden cliënten Temper voor zover de vordering (mede) gebaseerd wordt op de subsidiaire en meer subsidiaire grondslag tevens (hoofdelijk) aansprakelijk voor alle in dit verband door de werknemers geleden schade en eventueel nog te lijden schade.

Naast de schade bij werkers en andere maatschappelijke schade lijden cliënten ook zelf schade zulks uit hoofde van de schending van verschillende mede door hen afgesloten CAO's die door deze constructie worden ontdoken. Hierdoor lijden CAO partijen schade door verlies van prestige

en werfkracht, die een gevolg is van het niet naleven van deze CAO's. Tevens lijden cliënten materiele schade door de mankracht die benodigd is om deze constructie in kaart te brengen en te bestrijden. Wij verwijzen korthedshalve naar de eerste gezaghebbende uitspraak op dit vlak van de HR op 2 november 1979 (NJ1980,227) alsmede de veelvuldige jurisprudentie over vakbonden alsmede paritaire handhavers die sindsdien op dit vlak is geweest. In dit kader eisen cliënten beide afzonderlijk een bedrag van € 100.000,--.

Gezien het bovenstaande verzoeken, en voor zover rechtens vereist sommeren, cliënten, onder gelijktijdige ingebrekestelling, Temper binnen twee weken na dagtekening van deze brief 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,--. Cliënten zijn bereid in overleg te treden om tot een vergelijk te komen over de exacte nabetaling aan onderbetaalde werkers en betaling van de door cliënten zelf geleden schade. Hierbij bieden zij derhalve uitdrukkelijk overleg aan, zulks mede in het kader van artikel 3:305a BW. Hiervoor geven cliënten Temper een periode van veertien dagen. Blijft (bevestiging van) deze medewerking binnen twee weken na dagtekening dezes uit, dan zijn cliënten genoodzaakt (rechts)maatregelen te (laten) treffen.

Om er zeker van te zijn dat deze brief u (tijdig) bereikt zenden wij u zowel een exemplaar per gewone als per aangetekende post.

Met vriendelijke groet,

M.H.D. Vergouwen en D. op den Velde

