

Samenloop van ideële en collectieve belangenbehartiging: de ontvankelijkheidsbeslissing in FNV & CNV/Temper

Citation for published version (APA):

Sillen, J. (2023). Samenloop van ideële en collectieve belangenbehartiging: de ontvankelijkheidsbeslissing in FNV & CNV/Temper. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, (6), 256-262. Article 26.

Document status and date:

Published: 01/01/2023

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 06 Nov. 2024

Samenloop van ideële en collectieve belangenbehartiging: de ontvankelijkheidsbeslissing in FNV & CNV/Temper

Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035 (FNV & CNV/Temper BV e.a.)

NTBR 2023/26

Deze bijdrage beprekt de ontvankelijkheidsbeslissing van de Amsterdamse rechtbank in de zaak tussen FNV/CNV en Temper BV e.a. Dit is een van de eerste uitspraken waarin het in art. 3:305a BW vervatte onderscheid tussen groepsacties en ideële acties op scherp wordt gesteld. FNV/CNV hebben volgens Temper namelijk een groepsactie opgestart ten behoeve van Temperwerkers, terwijl FNV en CNV stellen dat aan hun vordering mede een ideëel doel ten grondslag ligt, namelijk: de bescherming van het arbeidsmarktbelang van alle werkenden in Nederland. In deze bijdrage bespreken wij dat onderscheid en de procesrechtelijke consequenties.

1. Inleiding

Temper B.V. biedt een internetplatform aan waarop ondernemers klussen kunnen aanbieden waarvoor zelfstandig werkende professionals zich vervolgens kunnen aanmelden. Als de ondernemer een van de aangemelde professionals uitkiest, sluiten beiden een overeenkomst van opdracht op basis van een door Temper aangeboden model. Als de afgesproken klus eenmaal is geklaard, produceert het platform een factuur op basis van de gewerkte uren. Temper ontving daarbij € 1 per gewerkt uur.² Ten tijde van het instellen van de vordering hadden bijna 30.000 personen via deze weg zo'n 250.000 zeer diverse klussen verricht.

De vakbonden FNV en CNV keren zich met een 3:305a-actie tegen deze werkwijze van Temper en het bijbehorende verdienmodel. Volgens deze vakbonden is er bij de professionals die via het Temperplatform werk aanvaardden sprake van schijnzelfstandigheid. In werkelijkheid sluiten zij volgens de bonden geen overeenkomst van opdracht, maar een uitzendovereenkomst (waarop de CAO Uitzendkrachten van toepassing zou zijn), dan wel een arbeidsovereenkomst. Deze (volgens de bonden door Temper gecreëerde) schijnzelfstandigheid zou benadelend zijn voor de werkers van Temper, van wie er sommigen ook van de genoemde bonden lid zouden zijn. Bovendien zou de werkwijze van Temper benadelend zijn voor alle (andere) werkenden in Nederland,

omdat deze constructie zou leiden tot oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Daardoor wordt de door het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht geboden bescherming aangetast. Daarom stellen beide bonden een collectieve actie in op basis van art. 3:305a BW. Daarin vorderen zij onder meer dat de burgerlijke rechter voor recht verklaart dat hier sprake is van uitzendovereenkomsten en niet van opdrachtovereenkomsten.

Op basis van art. 1018c lid 5 Rv beslist de rechter in 3:305a-acties pas ten gronde nadat hij uitdrukkelijk de ontvankelijkheid heeft beoordeeld van de organisatie die de collectieve actie instelt. Desgewenst mag de verweerder zich in eerste instantie beperken tot een verweer tegen de ontvankelijkheid van de organisatie die als eiser optreedt (zie art. 1018c lid 5 Rv, slot). Temper heeft van die mogelijkheid gebruikgemaakt. Daarom bevat de hier centraal gestelde uitspraak uitsluitend een beslissing over de ontvankelijkheid van beide bonden.

De uitspraak is om drie redenen het bespreken waard. Ten eerste is zij een van de eerste waarin het in art. 3:305a BW vervatte onderscheid tussen groepsacties en ideële acties op scherp wordt gesteld, nu FNV en CNV volgens Temper een groepsactie hebben opgestart ten behoeve van Temperwerkers, terwijl FNV en CNV stellen (mede) een ideële actie te hebben ingesteld ter bescherming van het arbeidsmarktbelang van alle werkenden in Nederland. Wij gaan op dat onderscheid – en zijn procesrechtelijke consequenties – in onder nr. 2. Ten tweede is de uitspraak interessant vanwege de wijze waarop de rechter beslist dat hij het – sinds 2020 bestaande – lichtere ontvankelijkheidsregime voor ideële acties van toepassing verklaart. Wij maken daarover enkele opmerkingen onder nr. 3. Ten derde vult de rechtbank, als wij het goed zien, de representativiteitseis die voor alle collectieve acties geldt, voor ideële acties anders en daardoor laagdrempeliger in dan voor collectieve acties. Dat lijkt ons een verstandige keuze. Zie daarover nr. 4. Tot slot gaan wij kort in op het later gewezen tussenvonnis in deze zaak, waarin de rechtbank beslist over de mogelijkheid van (met name) een *opt-out* voor Temperwerkers (nr. 5).

2. Het wettelijke onderscheid tussen groepsacties en ideële acties

FNV en CNV baseren hun procesbevoegdheid op art. 3:305a BW, dat de 'collectieve actie' regelt. Kort gezegd kunnen stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid op grond van deze bepaling bij de burgerlijke rechter

¹ Citeerwijze: R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'Samenloop van ideële en collectieve belangenbehartiging: de ontvankelijkheidsbeslissing in FNV & CNV/Temper', *NTBR* 2023/26, afl. 6. Prof. mr. R.J.B. (Roel) Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit. Prof. mr. drs. J.J.J. (Joost) Sillen is hoogleraar Staatsrecht aan de Universiteit Maastricht.

² In elk geval tot 1 april 2019, zie r.o. 3.1.

opkomen voor de “*gelijksoortige belangen van andere personen*” als zij die belangen volgens hun statuten behartigen. Kenmerkend voor zulke collectieve acties is dat de vordering niet hoeft te strekken tot bescherming van een aan de rechtspersoon toekomend *eigen* belang. Een eigen belang is een belang dat is afgeleid van een vermogensrecht of fundamenteel recht van die stichting of vereniging zelf.³ Met een 3:305a-actie kan de eisende stichting of vereniging (hierna ook: ‘de belangenbehartiger’) juist voor *andermans* belangen in rechte opkomen, mits zij die belangen statutair behartigt. Welk belang een belangenbehartiger in rechte kan verdedigen, hangt dus af van de in haar statuten opgenomen doelstellingen, die zij zelf in de hand heeft.

De via art. 3:305a BW te behartigen belangen van anderen, kunnen – in ieder geval ideaaltypisch – in twee subcategorieën worden verdeeld: groepsbelangen en ideële belangen. De eiser behartigt een groepsbelang als hij opkomt voor de gebundelde eigen belangen van een groep individualiseerbare personen. Bij een groepsactie onderscheidt de groep wier belangen wordt behartigd zich dus duidelijk van willekeurige medeburgers. Voorbeelden daarvan zijn de belangen die de huurders van studentenwoningen in een bepaalde flat hebben bij de aanleg van een glasvezelnetwerk⁴ of een groep personen die slachtoffer zijn van een massaschadegebeurtenis. Acties ter bescherming van ideële belangen (ook wel ‘algemene belangen’) zijn daarentegen juist niet terug te voeren tot een individualiseerbare groep personen. Een ideëel belang raakt de samenleving als geheel, maar niemand in het bijzonder. Een bekend voorbeeld van een rechterlijke uitspraak waarin een ideëel of algemeen belang centraal stond is de *Urgenda*-zaak. Daarmee wilde stichting Urgenda bijdragen aan het ideële belang van het tegengaan van klimaatverandering; een belang dat iedere inwoner van ons land raakt. Andere voorbeelden van ideële acties zijn de vele rechtszaken die worden aangespannen ter bescherming van de belangen van dieren.⁵

Van 1994 tot de inwerkingtreding van de WAMCA in 2020 konden belangenbehartigers slechts een rechterlijk bevel of een verklaring voor recht vorderen. Vorderingen tot schadevergoeding waren uitgesloten.⁶ De WAMCA bracht daarin verandering. Via deze wet werd art. 3:305a BW uitgebreid met de mogelijkheid dat belangenbehartigers schadevergoeding konden vorderen ten behoeve van hun achterban. Tegelijkertijd zag de wetgever het gevaar dat deze nieuwe mogelijkheid om (aanzienlijke) schadevergoedingen te vorderen, malafide belangenbehartigers zou aantrekken die meer door eigen commerciële motieven worden gedreven

dan door de wens om zich sterk te maken voor een bepaalde slachtoffergroep. Daarom gaf de wetgever via de WAMCA een nadere uitwerking aan het (reeds sinds 2013 bestaande)⁷ wettelijke vereiste dat de met de vordering behartigde belangen bij de eisende stichting of vereniging “*voldoende gewaarborgd*” moeten zijn (zie nog altijd art. 3:305a lid 1 BW). Deze waarborg werd via de WAMCA nader ingevuld met, ten eerste, een representativiteitseis en, ten tweede, extra eisen ten aanzien van de *governance* van de organisatie, inclusief haar financiële stabiliteit.

In de huidige, sinds de WAMCA bestaande versie van art. 3:305a BW is de representativiteitseis te vinden in de stam van lid 2. Hij houdt in dat een vereniging of stichting uitsluitend voor collectieve belangen kan opkomen als zij “*voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen*”. De *governance*-eisen worden daarna genoemd, zie art. 3:305a BW, lid 2 sub a t/m e en lid 5. Kort gezegd houden deze eisen in dat de eiser-rechtspersoon een toezichhoudend orgaan moet hebben, “*passende en doeltreffende mechanismen*” kent voor inspraak van de personen wier belangen de rechtspersoon behartigt, beschikt over “*voldoende middelen*” om de rechtszaak tot een goed einde te brengen, een “*algemeen toegankelijke internetpagina*” heeft waarop allerlei informatie over de rechtspersoon is te vinden, zoals de statuten en de bestuursstructuur, en beschikt over “*voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van een rechtsvordering*”.

Hoewel de representativiteitseis en de *governance*-eisen in beginsel gelden voor alle belangenbehartigers, bepaalt het zesde lid van art. 3:305a BW dat de rechter de *governance*-eisen – maar dus niet de representativiteitseis – buiten toepassing kan laten als “*de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang*” én de rechtsvordering niet strekt “*tot schadevergoeding in geld*”. Daarmee heeft het tot 2020 vooral theoretisch interessante onderscheid tussen ideële acties en groepsacties inmiddels rechtsgevolg. Aan de ontvankelijkheid van ideële acties kunnen immers lagere eisen worden gesteld dan aan de ontvankelijkheid van groepsacties, doordat de rechter voor ideële belangenbehartigers de *governance*-eisen kan uitschakelen.

3. Het onderscheid tussen ideële acties en groepsacties nader bezien: de toepassing van lid 6

Nu zijn groepsacties en ideële acties als ‘ideaaltypen’ prima van elkaar te onderscheiden, maar de praktijk is weerbarstiger. Een groepsactie kan bedoeld of onbedoeld mede een ideëel belang beschermen. Wij vermoeden dan ook dat ideële acties vaak ook best ingestoken kunnen worden als een groepsactie (en andersom). Zo had de vordering in de *Urgenda*-zaak – die duidelijk strekte tot bescherming van *eenieder*

3 Vgl. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter’, in: *De algemeenbelangactie en de civiele rechter* (preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 158.

4 Rb. Rotterdam (ktr.) 29 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BF0082.

5 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3122 (*Stichting Welzijn Dieren Oostvaardersplassen/Staat & Staatsbosbeheer*) over het niet bijvoederen van grote grazers in de wintermaanden.

6 Art. 3:305a lid 3 BW (oud) luidde: “Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 [...] kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.”

7 *Stb.* 2013, 255.

rakende klimaatbelangen – in plaats daarvan waarschijnlijk ook heel goed ingestoken kunnen worden als een actie ter bescherming van een specifieke groep, bijvoorbeeld door een stichting of vereniging die in het bijzonder opkomt voor de bewoners van laaggelegen gebieden langs de Nederlandse kust. Deze groep onderscheidt zich duidelijk van willekeurige andere Nederlanders doordat zij eerder wordt geraakt door zeespiegelstijging. Dezelfde onrechtmatige daad (in het geval van *Urgenda*: het onvoldoende terugbrengen van de Nederlandse CO₂-uitstoot) kan heel goed zowel de belangen van eenieder raken als, daarnaast (of in nog iets sterkere mate) die van een specifieke groep. Het kan dus voorkomen dat de belangenbehartiger een 3:305a BW-actie tegen een en dezelfde onrechtmatige daad kan insteken hetzij als een groepsactie, hetzij als een ideële actie, hetzij als een combinatie van beide. Echter, wil de rechter de *governance*-eisen kunnen uitschakelen (de rechtbank noemt dat toepassing van ‘het lichte regime’), dan moet voldoende zijn komen vast te staan dat er ook echt van een ideële actie sprake is.

In r.o. 4.11–4.18 van de hier besproken zaak beziet de rechtbank met het oog op de toepasselijkheid van ‘het lichte regime’ dan ook, van welk type actie er hier sprake is. Blijkens de dagvaarding zijn de bonden voor twee ankers gaan liggen. Zij stellen dat zij met hun actie, gericht tegen de werkwijze van Temper, een groepsactie voeren ten faveure van de Temperwerkers en tegelijkertijd een ideële actie ten behoeve van het veel abstractere en diffuse belang van het tegengaan van concurrentievervalsing en uitholling van arbeids- en sociaalrechtelijke bescherming op de Nederlandse arbeidsmarkt. Met dat laatste komen de bonden ook op voor de belangen van alle werkers in Nederland. De rechtbank op haar beurt acht het voldoende duidelijk dat de bonden ‘mede’ met een ideëel doel procederen. Zij leidt dat af uit het feit dat de acties niet alleen de Temperwerkers beschermen, maar ook het “overstijgende, ideële belang van een rechtvaardige arbeidsmarkt, waar rechten van werkenden in het algemeen worden beschermd” (r.o. 4.16). Omdat de vordering *mede* dit ideële doel dient, verklaart de rechtbank het lichte regime van toepassing (r.o. 4.18). Op de vraag of de bonden ook voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat er tevens sprake is van een ontvankelijke groepsactie, gaat de rechtbank niet verder in.

Ons vallen twee zaken in de redenering van de rechtbank op, die wij beide onderschrijven. Ten eerste: gelet op het herhaalde gebruik van het woord ‘mede’ acht de rechtbank het dus mogelijk dat een en dezelfde 3:305a BW-actie, gericht tegen één (of een type) onrechtmatige handeling, tegelijkertijd zowel een ideëel als een groepsbelang dient (Temper had die mogelijkheid tevergeefs bestreden, zie r.o. 4.12). Ten tweede geldt dat als een 3:305a-actie het genoemde dubbele doel dient, de rechter kan besluiten toch het lichte regime van lid 6 toe te passen. Dat lijkt ons terecht: als de eiser bewijst dat er sprake is van een ideële actie, is *daarvan* het rechtsgevolg dat dat lichte regime in werking kan worden gesteld. Het parallelle spoor van de groepsactie is dan niet

meer ‘nodig’ voor het vaststellen van de ontvankelijkheid van de eiser.

Wij wijzen overigens op het volgende. Voor zover een organisatie een 3:305a-actie instelt die gericht is op het verkrijgen van schadevergoeding, is er – gelet op lid 6 – zonder meer sprake van een zuivere groepsactie en moet het ‘zware’ ontvankelijkheidsregime worden toegepast.⁸ Stelt een organisatie daarentegen een 3:305a-actie in die niet op schadevergoeding is gericht, dan kan het dus een goede processtrategie zijn om voor de genoemde twee ankers te gaan liggen.⁹ Vooropgesteld dat er een redelijk verhaal is te vertellen over de vraag waarom de ingestelde actie ook een algemeen belang raakt, zou de dagvaarding op dit punt een primair/subsidiair structuur kunnen krijgen. Primair stelt de eiser dan, met zijn vordering op te komen voor een ideëel belang. Daarvan zal hij dan aannemelijk moeten maken dat het speelt, aansluit bij zijn statuten en dat hij ten aanzien daarvan aan de overige ontvankelijkheidsvereisten voldoet. Slaagt de eiser daarin, dan kan de rechter het lichte ontvankelijkheidsregime toepassen. Tegelijkertijd kan de eiser dan geen schadevergoeding (meer) eisen. Slaagt de genoemde opzet niet, dan kan worden teruggevallen op het subsidiaire spoor van de groepsactie. In de onderhavige zaak heeft een dergelijke dubbelspoor-strategie (of wellicht beter: de ambiguïteit over de exacte aard van de ingestelde vordering) goed uitgediend voor de bonden.

4. De representativiteitseis

Het lijkt erop dat beide bonden niet alleen ten aanzien van het uitschakelen van de *governance*-eisen, maar ook bij de beoordeling van hun representativiteit profiteren van het feit dat hun vordering mede als ideële actie kan gelden. Weliswaar geldt de representativiteitseis voor ideële acties evenzeer, maar aan die eis lijken de beide bonden eenvoudiger te kunnen voldoen nu hun vordering niet is gekwalificeerd als een zuivere groepsactie. Wij leggen dat uit in punt 4.2. Eerst maken wij enkele algemene opmerkingen over de representativiteitseis in punt 4.1.

4.2 De invulling van de representativiteitseis bij ideële acties

Zoals gezegd, geldt sinds 2020 voor alle typen collectieve acties de representativiteitseis van het tweede lid van art. 3:305a BW. Hoewel deze representativiteitseis dus ook voor ideële acties geldt, is hij tekstueel vooral toegesneden op groepsacties. De representativiteit wordt immers beoordeeld ten opzichte van “de achterban” en “de omvang van de

8 Voor de duidelijkheid: de bonden vorderden tevens elk een schadevergoeding van € 100.000, zie primaire vordering onderdeel VII (r.o. 3.1). Het gaat daarbij echter niet om een vordering ten behoeve van de gedupeerden, maar om een vordering tot vergoeding van eigen schade van de bonden, zie r.o. 4.17. Daarom doet deze bijkomende vordering niet af aan de mogelijkheid om het lichte ontvankelijkheidsregime toe te passen.

9 Wij sluiten niet uit dat bij een ‘gemengde’ actie, waarin schadevergoeding wordt gevorderd voor een groep én een verklaring voor recht die tevens een algemeen belang dient, de actie als het ware wordt gesplitst, waarbij het lichte regime slechts voor het tweede deel wordt toegepast.

vertegenwoordigde vorderingen”. De wettekst veronderstelt of suggereert dus de aanwezigheid van een concreet af te bakenen groep potentieel begunstigen, waarbij de representativiteit ten opzichte van die groep moet worden bepaald. Deze formulering is onzes inziens minder geschikt voor echte ideële acties, die eenieder raken – tenzij men haar, (maar dat lijkt ons niet reëel, zie punt 4.2) zo zou opvatten dat een substantieel gedeelte van alle Nederlanders vertegenwoordigd zou moeten worden door een organisatie die een ideële vordering instelt. Het gegeven dat de wettelijke formulering van de representativiteitseis minder goed past voor ideële acties, is te verklaren doordat het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de WAMCA regelde dat bij ideële acties niet alleen de *governance*-eisen, maar ook de representativiteitseis ‘uitschakelbaar’ waren. De representativiteitseis was oorspronkelijk uitsluitend voor groepsacties bedoeld en was daarop ook tekstueel toegesneden. Als gevolg van een amendement-Van Gent is de representativiteitseis ook voor ideële acties toepasselijk geworden.¹⁰ De tekst van de bepaling is daarbij echter niet gewijzigd. De toelichting op het amendement is dun. Zij geeft daarvoor geen aanwijzingen over de vraag hoe de representativiteitseis moet worden ingevuld bij ideële acties. Zeker bij ideële acties die een heel abstract belang dienen (klimaat, dierenrechten etc.) en daarmee in wezen de belangen van alle 17,5 miljoen inwoners van ons land, stelt dat de rechter voor een lastige opgave. Sterker nog, en zoals wij reeds elders hebben betoogd,¹¹ zien wij niet goed hoe de rechter aan de representativiteitstoets bij ‘echte’ ideële acties op een zinvolle wijze invulling zou kunnen geven zónder het kind met het badwater weg te gooien. Wij leggen dat uit.

Als de rechter zou menen invulling te moeten geven aan de representativiteitseis bij ideële acties, kan hij die eis op formele of materiële wijze invullen.¹² In beide opties zien wij weinig.

Bij een formele invulling zou de belangenbehartiger moeten kunnen aantonen te beschikken over een aantal leden of, met het oog op stichtingen, ondersteuningsverklaringen. Daarbij zou de rechter in absolute zin een heel hoog aantal moeten eisen, wil de organisatie een substantieel deel van alle 17,5 miljoen inwoners van dit land vertegenwoordigen. Dat zou vervolgens kunnen leiden tot geweldige rompslomp (de rechter zou mogelijk talloze ondersteuningsverklaringen moeten bekijken), maar naar alle waarschijnlijkheid ook tot het uitsluiten van ‘gevestigde’ en gewaardeerde belangenbehartigers die (desondanks) niet over zulke ledenaantallen of ondersteuningsverklaringen kunnen beschikken.

Het noemen van een laag getal (zeg: vijftig ondersteuningsverklaringen) zou dat probleem oplossen, maar zou de deur waarschijnlijk ook weer openzetten voor belangenbehartigers met ‘niet representatieve opvattingen’. Wij gaan er dan nog aan voorbij dat het voor de rechter lastig is om, zonder enige grondslag in de wet of de toelichting daarop, een concreet getal te kiezen als grens voor de representativiteit.

Bij een materiële invulling van de representativiteitseis zou de rechter kunnen pogen te toetsen of de door de belangenbehartiger ingeroepen belangen voldoende weerklank vinden in de samenleving. Ook dat lijkt ons geen aanrader. Juist bij mogelijk dubieuze, controversiële, algemeenbelangacties (‘de waarheid over corona’¹³) zal het voor de rechter die bepaalde belangen of opvattingen als onvoldoende maatschappelijk gedragen kwalificeert, in onze ogen soms heel lastig zijn om de schijn te vermijden dat hij een belangenbehartiger buiten de deur houdt, omdat die rechter zelf de opvattingen van die belangenbehartiger niet deelt.

Nu is de representativiteitseis geldend recht en dus moet de rechter proberen daaraan een serieuze invulling te geven. Wij raden hem aan om bij ideële acties slechts een lichte toets aan die eis te verrichten. Hij zou er bijvoorbeeld van uit kunnen gaan dat de representativiteit van een ideële belangenbehartiger is gegeven, tenzij de verweerder het tegendeel aannemelijk maakt. Een strenge toets, die de nodige belangenbehartigers categorisch bij de rechter zou weghouden, zou de rechter in onze ogen kwetsbaar maken door de combinatie van de potentiële maatschappelijke gevoeligheid van dergelijke keuzes keuze én van de vaagheid van de norm waarop die keuzen zouden berusten.

Gelet op het voorgaande zien wij ook weinig aanknopingspunten om nadere eisen te stellen ‘met het oog op de representativiteit’ van ideële belangenorganisaties, zoals de recent in de Tweede Kamer aangenomen motie-Stoffer c.s. de regering vraagt.¹⁴ Wij zouden er eerder voor pleiten dat de representativiteitseis voor ideële acties juist wordt geschrapt. Ideële acties strekken volgens ons namelijk niet tot *representatie*. Ideële acties zijn bedoeld als een extra instrument om de naleving van het geldend recht (de regels die wij met elkaar hebben afgesproken) af te dwingen ten faveure van belangen die geen stem hebben of althans maar moeizaam te organiseren zijn. Voor zover een belangenorganisatie al te excentrieke, aan onze samenleving vreemde doelen nastreeft, kan dat meewegen bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering. Als het goed is, is het (via art. 3:305a BW te handhaven) recht zélf zo evenwichtig dat *onevenwichtige* vorderingen moeten stranden. Is dat niet het geval, dan kan de wetgever beter het materiële recht wijzigen dan op gekunstelde wijze de toegang tot de rechter voor bepaalde ideële belangenbehartigers moeilijker te maken.

10 *Kamerstukken II 2018/19*, 34608, nr. 14. De regering heeft de toepasselijkheid van deze eis bij ideële acties nogmaals onderstreept in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten (*Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3, p. 25-26).

11 R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter’, in: *De algemeenbelangactie en de civiele rechter* (preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 184-186.

12 Zie ook T.M. Sweerts & J.F. Hackeng, ‘Eén voor allen en allen door één: over representativiteit in het collectieve actierecht’, *NTBR 2022/33*, p. 284-294.

13 Vgl. Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5.

14 *Kamerstukken II 2022/23*, 36169, nr. 37. Ook de regering zag daar weinig in: *Kamerstukken II 2022/23*, 36169, nr. 39. Zie over deze problematiek ook: R. Stolk, ‘De algemeenbelangactie in strijd met het algemeen belang?’, *NJB 2023*, p. 1064-1071.

4.2 Toepassing representativiteitseis op FNV en CNV

Temper bestreed de ontvankelijkheid van de bonden met de (in elkaars verlengde liggende) stellingen dat de belangen van “de vertegenwoordigde groep van Temper-Werkers” niet voldoende zouden zijn gewaarborgd en dat FNV en CNV onvoldoende representatief zouden zijn “ten aanzien van Temper-Werkers”. Temper beroept zich daarbij onder andere op een door haar gehouden enquête onder Temperwerkers, waaruit zou blijken dat 85% van deze groep vindt dat de actie van de bonden nu juist niet in hun belang is.¹⁵ Bovendien hebben de bonden volgens Temper onder Temperwerkers nauwelijks leden. Ook hebben zij “nooit iets aan belangenbehartiging voor deze groep gedaan”.

Ervan uitgaande dat deze stellingen juist zijn (de rechtbank komt aan beoordeling daarvan niet toe), lijkt het ons dat de ontvankelijkheid van de bonden geen gelopen race was geweest als de rechtbank de representativiteit van CNV en FNV had moeten beoordelen als belangenbehartiger van benadeelde Temperwerkers. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn geweest als CNV en FNV ook schadevergoeding voor deze groep had gevorderd. Ten aanzien van deze specifieke groep lijkt het ons op basis van het door Temper aangevoerde inderdaad geen uitgemaakte zaak dat de bonden voldoende representatief zijn. Omdat zij echter ook voor een ideëel, algemeen arbeidsmarktbelang opkomen – “een rechtvaardige arbeidsmarkt” (r.o. 4.16) – hoeft de rechter die vraag niet aanstonds te beantwoorden.

Wordt dat ideële arbeidsmarktbelang door FNV en CNV voldoende gerepresenteerd en gewaarborgd? Voor de beantwoording van die vraag doet Tempers stelling dat het merendeel van de Temperwerkers niet op deze rechtszaak zit te wachten – of zelfs dat de belangen van FNV en CNV en hun achterbannen tegengesteld kunnen zijn aan de belangen van de Temperwerkers – niet ter zake. De rechtbank verwijst terecht naar de SGP-zaak van een jaar of tien geleden. Daarin eiste Clara Wichmann, een stichting die de belangen van alle vrouwen in Nederland vertegenwoordigt, dat de Staat zou optreden tegen de Staatskundig Gereformeerde Partij die principieel geen vrouwelijke kandidaten opnam op de lijsten die zij indiende voor verkiezingen. In die kwestie voerde de SGP (als gevoegde partij) aan dat de groep vrouwen die de principes van de SGP onderschrijven, blijkbaar niet op deze vordering zaten te wachten. Clara Wichmann kon in ieder geval geen concrete vrouwen uit SGP-kringen noemen die zich door de genoemde praktijk daadwerkelijk gediscrimineerd voelden. De Hoge Raad schoof dat argument echter terzijde, omdat Clara Wichmann opkwam voor het algemene belang (van alle vrouwen én mannen in Nederland) van het tegengaan van discriminatie bij de verkiezingen. Kortom: het gegeven dat een specifieke groep niet zit te wachten op een bepaalde vordering die hun belangen direct raakt, hoeft niet af te doen aan de ontvankelijkheid van de

belangenbehartiger als die (tevens of slechts) een algemeen belang met zijn vordering dient – een algemeen belang dat mogelijk botst met de opvattingen van een deel van de specifiekere groep.¹⁶

Nu niets *verhindert* dat de rechtbank het lichte ontvankelijkheidsregime op FNV en CNV van toepassing verklaart, *besluit* de rechtbank daar ook toe (r.o. 4.18). Dat de bonden dus mogelijk niet representatief zijn voor de groep van Temperwerkers (of dat er mogelijk zelfs een tegenstelling is tussen het behartigde ideële belang en het groepsbelang van een deel van de Temperwerkers) doet volgens de rechtbank dus niet af aan de representativiteit van de bonden als behartigers van het ideële, algemene arbeidsmarktbelang. Dat lijkt ons terecht. Overigens merken wij nog op dat de rechtbank ook overweegt dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met de introductie van strengere ontvankelijkheidsvoorwaarden in art. 3:305a BW “geen wijziging heeft willen aanbrengen wat betreft de toegang tot de burgerlijke rechter voor bestaande belangenbehartigers die reeds een lange staat van dienst hebben en veelal als verenigingen zijn georganiseerd, zoals FNV en CNV” (r.o. 4.7). De rechtbank lijkt, anders gezegd, ten aanzien van gevestigde belangenbehartigers een presumptie van ontvankelijkheid te hanteren. Voor andere minder gevestigde belangenbehartigers geldt die presumptie kennelijk niet. Zoals uit onze bespreking van de representativiteitseis volgt, zien wij echter weinig ruimte voor een zinvolle, niet-willekeurige, strengere beoordeling van de ontvankelijkheid van die laatste organisaties, indien zij een ideëelbelangactie instellen – in ieder geval voor zover het gaat om de beoordeling van de ontvankelijkheid op basis van de waarborg- en de representativiteitseis.

5. De ‘opt-out’-regeling

Tot slot enkele woorden over het tweede tussenvonnissen, dat op 12 december 2022 in deze zaak werd gewezen.¹⁷ Daarin beslist de rechtbank voor welke personen de ‘opt-out’-regeling wordt opengesteld. Zo’n ‘opt-out’ houdt in dat individuele personen wier belangen een collectieve actie beoogt te behartigen, de mogelijkheid krijgen om zich te onttrekken aan de binding van het vonnis. Vóór de inwerkingtreding van de WAMCA was de *opt-out*-regeling opgenomen in art. 3:305a BW, vijfde lid. Bij de totstandkoming van de WAMCA is de regeling verplaatst naar art. 1018f Rv en is zij verder uitgewerkt. Desondanks kwam bij die gelegenheid – vreemd genoeg – één aspect van de *opt-out*-oude stijl te vervallen. In de oude bepaling was de *opt-out* namelijk (op haar beurt) van een ontsappingsclausule voorzien. Een individu dat niet gebonden wenste te worden kon zich destijds aan de werking van de collectieve actie onttrekken “*tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten*”. Art. 1018f

¹⁵ NB strikt genomen voerde Temper de genoemde enquête aan om te bestrijden dat de belangen voldoende gewaarborgd waren, en niet uitsluitend om de representativiteit van de bonden te bestrijden (zie r.o. 3.6.2). De representativiteitseis is echter een deelaspect van de waarborgseis.

¹⁶ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, JB 2010/115, m.nt. Schutgens & Sillen.

¹⁷ Rb. Amsterdam 12 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7764.

Rv kent niet langer zo'n uitzondering voor de aard van de vordering. De nieuwe bepaling rept niet langer van enige uitzondering op de toepassing van de *opt-out*-regeling. Voor collectieve acties die zuiver zijn gericht op financiële afhandeling van aansprakelijkheid voor massaschade (de, naar het soms lijkt, vrijwel allesbepalende context die de totstandkoming van de WAMCA heeft gekleurd) ligt het inderdaad zeer voor de hand om in beginsel alle individuele gedupeerden die liever hun eigen aansprakelijkheidsrechtelijke boontjes doppen van een *opt-out*-mogelijkheid te voorzien. Echter, voor ideële of collectieve acties die niet zien op geldelijke schadevergoeding, maar die erop gericht zijn via een gebodsactie of een declaratoir de gedaagde te bewegen om in de 'werkelijke wereld' zijn gedrag of beleid aan te passen – zoals in de *Temper*-zaak en vele (andere) ideële acties – kon en kan het nog altijd goed voorkomen dat een *opt-out* voor het individu zich lastig verdraagt met die bedoeling van de vordering. Voor deze, vooral bij ideële acties vaak spelende, thematiek was bij de totstandkoming van de WAMCA weinig oog.

In casu beziet de rechtbank enigszins buiten de tekst van art. 1018f Rv om, of en in hoeverre openstelling van de *opt-out* voor verschillende subgroepen een "reële mogelijkheid" is (zie o.a. r.o. 2.2 en 2.3). Daartoe grijpt de rechtbank terug op het reeds in het eerste tussenvonniss aangebrachte onderscheid tussen de twee typen belangen die FNV en CNV met hun collectieve actie willen dienen: het groepsbelang van verschillende *Temper*werkers en het algemene arbeidsmarktbelang.

Ten aanzien van de groep (mogelijke) *Temper*werkers biedt de rechtbank de *opt-out* niet aan eenieder die dat wenst. Slechts degenen die hetzij in het verleden, hetzij per datum vonnis nog bij *Temper* werkten krijgen een *opt-out*. De rechtbank besluit daartoe, omdat deze betrokkenen fiscale nadelen (in de vorm van naheffingen) zouden kunnen ondervinden van een herkwalificatie van hun werkzaamheden als een arbeidsverhouding. De rechtbank heeft dus consideratie met de financiële belangen van deze groep personen en dat lijkt ons billijk. Aan "nieuwelingen" (zie r.o. 2.16), die zich ná het tweede tussenvonniss van 12 december 2022 nog inschrijven bij *Temper* (zie r.o. 2.17) biedt de rechtbank echter (terecht) geen *opt-out*. De rechtbank overweegt dat de *opt-out* blijkens art. 1018f Rv nu eenmaal in de tijd begrensd moet worden en dat de "nieuwelingen" bij hun beslissing om via *Temper* te gaan werken, rekening kunnen houden met de reeds bekende collectieve actie (r.o. 2.17).

Ten aanzien van de personen die niet behoren tot de groep van (verleden, huidige of toekomstige) *Temper*werkers, maar die slechts worden geraakt door het ideële belang van "werkenden in het algemeen" (het 'ideële deel' van de actie van FNV en CNV) biedt de rechtbank überhaupt geen *opt-out*. Het gaat (per definitie) om een nauwelijks te identificeren groep, en het is maar zeer de vraag hoe deze personen

nadelen kunnen ondervinden van een veroordelend vonnis tegen *Temper* (r.o. 2.8).

De redenering op grond waarvan de rechtbank tot deze beslissing komt, kan ons wat minder overtuigen dan het alleszins billijke resultaat daarvan zelf – al ligt dat mogelijk meer aan de formulering van art. 1018f Rv dan aan de rechtbank. Als gemeld stelt de huidige bepaling over de *opt-out* de mogelijkheid daartoe voorop, zonder de voorwaarden te noemen waaronder de rechter van het bieden van een *opt-out* zou kunnen afzien of zonder zelfs maar van die mogelijkheid te reppen. Nu lijkt ons de *Temper*-zaak juist bij uitstek een kwestie waar het bieden van *opt-out* in strijd zou kunnen komen met de aard of althans de bedoeling van de vordering zelf, in ieder geval voor zover het gaat om een *opt-out* voor toekomstige *Temper*werkers en voor derden (*opt-out*-mogelijkheden die de rechtbank ook afwijst, maar op andere gronden). Immers, het 'ideële deel' van de vordering van de bonden strekt ertoe, uitholling tegen te gaan van de sociale en arbeidsrechtelijke bescherming die werknemers in algemene zin op de arbeidsmarkt genieten. Stel dat de rechtbank te zijner tijd in haar beslissing ten gronde inderdaad zal constateren dat de *Temper*constructie in strijd is met de wet omdat zij een arbeidsverhouding verhuult. Onzes inziens vergt het belang van bescherming van de arbeidsmarkt dan vervolgens ook dat het toepassen van die (in dat geval onrechtmatig verklaarde) constructie in ieder geval vanaf dat moment zoveel mogelijk wordt tegengegaan. Iedere individuele uitzondering die er alsnog wordt gemaakt, kan immers bijdragen aan het verslechteren van de concurrentiepositie op de arbeidsmarkt van personen die wél op grond van een arbeidscontract aan de slag zouden willen. Overigens is zelfs ten aanzien van het mede door de vordering gediende groepsbelang van *Temper*werkers maar zeer de vraag of dat verenigbaar is met het blijven bestaan van *opt-outs*. Het valt immers lastig in te zien hoe het georganiseerd zou moeten worden dat een deel van de toekomstige *Temper*werkers via een arbeidsovereenkomst zou worden ingeschakeld (met de bijbehorende bezoldiging en arbeidsvoorwaarden) en een ander deel, dat kennelijk niet op een arbeidsovereenkomst zit te wachten, via een overeenkomst van opdracht. Het geheel lijkt nauwelijks te organiseren en bovendien blijft de vraag of de 'opt-out-ers' niet de echte werknemers uit de markt zouden blijven drukken – niet alleen op de arbeidsmarkt als zodanig, maar ook binnen de kring van conculega's van *Temper*.

Kortom, het resultaat dat slechts de subgroep van *Temper*werkers in het verleden en *Temper*werkers met lopende contracten een *opt-out* krijgen, is billijk, omdat de mogelijke, onvoorzien fiscale nadelen van een andere keuze voor deze groep te groot zijn. De rechtbank kán deze personen ook een *opt-out* bieden, omdat het 'terugdraaien' van een mogelijk verkeerde kwalificatie van uitgediende en nog lopende contracten weinig meer verandert aan de toestand van de arbeidsmarkt. Voor die groep laat de aard, althans de strekking, van de vordering gewoon een *opt-out* toe. Het feit dat

de rechtbank in alle andere gevallen geen *opt-out* biedt lijkt ons een goede zaak, omdat juist *opt-outs* in die andere gevallen het doel en de strekking van de hele vordering zouden kunnen ondergraven. Ook al expliciteert de rechtbank het niet, het lijkt er in onze ogen op dat de rechtbank slechts voor die gevallen een *opt-out* biedt, waar de aard of althans de strekking¹⁸ van de vordering zich daar niet tegen verzet.

¹⁸ Een kleine nuancering bij het betoog in de hoofdtekst is wellicht gepast. Strikt genomen vorderen de bonden slechts een verklaring voor recht; een bevel aan Temper om de constructie niet meer toe te passen, vorderen zij (nog?) niet. In de memorie van toelichting op art. 3:305a lid 5 BW oud was er vooral sprake van dat de *opt-out*-regeling bij *gebodsacties* kan afstuiten op de aard van de vordering (zie *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 32-33*), terwijl bij declaratoire uitspraken de noodzaak van een *opt-out* niet zo gezien werd. Bovendien scharen wij onder 'de aard' van de vordering ook 'de strekking' daarvan. Wij menen dat dat kan, maar de genoemde toelichting gaat niet op die kwestie in.