

Goed voorbereid op de Wet Aanpak Schijnconstructies (WAS)?

De ketenaansprakelijkheid voor opdrachtgevers van aanneming van werk of dienstverlening is aanzienlijk uitgebreid. Als de contracten nog op de 'oude leest' zijn geschoeid, lopen opdrachtgevers aanzienlijke risico's. Houd uw modelovereenkomsten daarom goed tegen het licht, als dat nog niet gebeurd is. Daarnaast zullen (hoofd-)opdrachtgevers moeten (kunnen) laten zien meer verantwoordelijkheid te nemen.

Inleiding

Wanneer een opdrachtgever een onderneming inhuurt om diensten te verlenen, en die onderneming huurt weer een derde (onderaannemer) in, ontstaat een keten.

In veel contracten (dienstverlening en aanneming van werk) wordt aandacht besteed aan de werking van de Wet Ketenaansprakelijkheid. Oorspronkelijk was dit een juridisch middel om de belastingdienst en uitvoeringsinstellingen de gelegenheid te geven door schijnconstructies te prikken om loonheffingen te innen. Maar opdrachtgevers (of het nu om dienstverlening, outsourcing of aanneming van werk gaat) hebben door de invoering van de WAS een veel verder reikende aansprakelijkheid dan voorheen.

De WAS heeft tot doel oneerlijke concurrentie te bestrijden, het ontduiken van sociale premies aan te pakken en het op oneerlijke wijze verdringen van Nederlandse werknemers tegen te gaan. De WAS biedt een belangrijke basis voor het bereiken van gelijk loon voor gelijk werk.

Toepassingsbereik van de WAS

Aandachtspunt is dat de WAS voor bijna alle soorten opdrachten en vormen van dienstverlening geldt, zowel in situaties waarin de werknemer de arbeid verricht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever, als in situaties waarin van leiding en toezicht van de opdrachtgever geen sprake is. Derhalve geldt de WAS niet alleen voor aanneming van werk, maar bijvoorbeeld ook voor IT-dienstverlening.

De reikwijdte van de WAS is beperkt tot (ketens van) opdrachten en (ketens van) dienstverlening tussen ondernemingen. Een koopovereenkomst of keten van koopovereenkomsten valt niet onder de WAS en consumenten kunnen als opdrachtgever ook niet worden aangesproken onder de WAS. Gemengde overeenkomsten, waarin diensten en zaken in combinatie worden afgenomen, lijken voor het deel betreffende de diensten tot (verhoogde) WAS-risico's voor de opdrachtgever te kunnen leiden.

Voor IT-dienstverlening is gelet op de huidige praktijk van outsourcing, extended delivery models en inhuur van medewerkers van in het buitenland gevestigde opdrachtgevers interessant wat de internationale reikwijdte van de WAS is. Als de arbeid in Nederland wordt verricht geldt de ketenaansprakelijkheid, ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomsten. Ook wanneer de overeenkomsten naar Nederlands recht zijn gesloten, zijn de artikelen die betrekking hebben op de ketenaansprakelijkheid van toepassing.

Wijziging 1: ketenaansprakelijkheid voor loon in het algemeen

Per 1 juli 2015 zijn opdrachtgevers aansprakelijk voor betaling van het loon van de werknemers in de keten van dienstverleners voor de desbetreffende opdracht. Dit kunnen ook werknemers van een buitenlandse onderaannemer/leverancier zijn, zo lang het werk maar in Nederland wordt uitgevoerd. De aansprakelijkheid geldt niet voor particuliere opdrachtgevers, voor koopovereenkomsten en wanneer ZZP'ers het uiteindelijke werk doen. In het kader van de laatste uitzondering zijn van belang (i) de uitspraken van de rechtbank Noord-Holland (Haarlem) van 18 december 2015, die bepaalde dat enkele zzp'ers als werknemers moesten worden aangemerkt op grond van de feitelijke uitvoering van de overeenkomst én (ii) het voornemen van het kabinet om de VAR-verklaring af te schaffen. Duidelijk is inmiddels dat schijnzelfstandigheid tot het verleden moet behoren.

De werknemer die in een 'keten' niet wordt betaald, zal eerst de eigen werkgever en de directe opdrachtgever aansprakelijk moeten stellen en zo nodig tegen hen moeten procederen om zijn loon alsnog betaald te krijgen. Pas daarna kan de werknemer naar de volgende, hogere schakel in de keten en zo verder. De werknemer kan een schakel 'overslaan' als die schakel: onvindbaar is, niet in het handelsregister ingeschreven is of de schakel failliet is en de boedel onvoldoende verhaal biedt. De werknemer kan bovendien een claim bij de hoofdopdrachtnemer neerleggen, wanneer het achterstallige loon na een jaar nog steeds niet is betaald of, na een half jaar, bij ernstige onderbetaling (minstens 3 maanden minder dan de helft van het afgesproken loon of minder dan 70% van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag).

Wijziging 2: Inlenersaansprakelijkheid

In de uitzendbranche gold al dat een uitzendkracht de mogelijkheid had de inlener aan te spreken als het loon niet of niet volledig werd uitbetaald, de zogenoemde inlenersaansprakelijkheid. Per 1 juli 2015 is de inlenersaansprakelijkheid uitgebreid van het onbetaald gebleven minimumloon naar het volledige (overeengekomen) loon.

Vóór 1 juli 2015 konden inleners zich vrijwaren voor de inlenersaansprakelijkheid door een NEN-certificaat aan te vragen van het betreffende uitzendbureau. Deze vorm van vrijwaring is thans niet meer mogelijk. Een inlener kan nog slechts een beroep doen op niet-verwijtbaarheid om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Het gaat er om maatregelen te nemen die al bij de opdrachtverlening genomen kunnen worden én om maatregelen die bij geconstateerde misstanden genomen kunnen worden. Deze maatregelen laten onverlet dat de rechter zal toetsen aan de omstandigheden van het geval.

Wijziging 3: Girale loonbetaling

Een werkgever moet per 1 januari 2016 een bedrag gelijk aan het minimumloon giraal overmaken aan de werknemer. Alles boven het minimumloon mag contant worden betaald. Girale betalingen zijn natuurlijk essentieel als bewijs van betaling en van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het bij wet eisen van girale betalingen heeft mede als doel het tegengaan van zwarte loonbetalingen en misbruik van groepen werknemers met een informatieachterstand.

Als een werknemer in staat is het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te tonen en zich erop beroept (een deel van) het overeengekomen of minimumloon niet te hebben gekregen, dan zal de werkgever moeten aantonen dat deze het overeengekomen of wettelijk minimumloon giraal heeft betaald. Als dat niet is gebeurd, heeft de werkgever een groot probleem.

Wijziging 4: Specificatie onkostenvergoeding

Het is sinds 1 januari 2016 verplicht voor werkgevers om de onkostenvergoeding op de loonstrook te specificeren. Een algemene omschrijving 'onkostenvergoeding' is onvoldoende.

Wijziging 5: Verrekeningen

Met ingang van 1 juli 2016 mogen werkgevers bepaalde kosten (bijvoorbeeld premies voor een ziektekostenverzekering of kosten van huisvesting) niet meer inhouden of verrekenen met het loon, voor zover dat het minimumloon betreft. Dit geldt niet voor wettelijk verplichte inhoudingen, zoals loonbelasting.

Wijziging 6: Handhaving

De Inspectie SZW zal de namen van gecontroleerde bedrijven bekendmaken en ook de bevindingen ten aanzien van de WAS. Daarnaast zullen werkgeversverenigingen, vakbonden en de Inspectie SZW informatie uitwisselen wanneer zij vermoeden dat er door een bedrijf geen cao-loon wordt uitbetaald. Tenslotte kan de Inspectie SZW bij overtreding van de WAS een boete of een dwangsom opleggen.

Werknemers kunnen zich bovendien (zelf) met een verzoekschrift tot de rechter wenden om hun aanspraken geldend te maken en hoeven hiervoor geen deurwaarder in te schakelen.

Bewijslast

De wetgever heeft weinig aandacht besteed aan de vraag welke stelplicht en bewijslast partijen zullen hebben in een civielrechtelijk geding. Normaal gesproken zal de *werknemer* die claimt onvoldoende betaald te hebben gekregen moeten aantonen:

- het bestaan van de arbeidsovereenkomst (eventueel geholpen door de wettelijke fictie van het bestaan van een arbeidsovereenkomst onder bepaalde omstandigheden),
- de hoogte van het overeengekomen loon en
- het bedrag dat niet betaald is.

In de relatie tot de werkgever wordt daarbij de bewijslast verlicht, indien de werkgever niet heeft zorggedragen voor voldoende bewijsmiddelen zoals die zijn voorgeschreven (schriftelijke arbeidsovereenkomst, loonstroken, jaaropgave, specificatie van onkostenvergoedingen).

Wanneer de werknemer een hogere schakel in de keten aanspreekt, zal de verweerder normaal gesproken geen inzage hebben in de administratie van de werkgever en ligt het niet voor de hand de verweerder met de bewijslast op te zadelen. Wat de werknemer hier enigszins op weg kan helpen is een eventuele publicatie van de uitkomst van het door de Inspectie SZW uitgeoefende toezicht. Duidelijk is wel dat hogere schakels in dienstverleningsketens bedacht moeten zijn op dergelijke claims en zich daartegen moeten wapenen met toereikende dossiers. De (hoofd-)opdrachtgever die als verweer een beroep doet op niet-verwijtbaarheid zal volgens de parlementaire geschiedenis wel moeten stellen en bewijzen dat alles in het werk is gesteld om strijd met de WAS te voorkomen.

Risicobeheersing in twee stappen: overeenkomsten en uitvoering

Hoe kan een opdrachtgever met het verhoogde aansprakelijkheidsrisico omgaan? Het enige inhoudelijke verweer tegen WAS-aansprakelijkheid lijkt te zijn dat 'de hogere schakel' alle mogelijke middelen heeft ingezet (zowel contractueel als feitelijk) om naleving van de loonbetalingsverplichtingen door lagere schakels jegens hun werknemers te waarborgen: het beroep op niet-verwijtbaarheid.

In het verleden zijn vaak uitgebreide bepalingen in aannemings- en dienstverleningsovereenkomsten opgenomen, die met name betrekking hadden op de loonheffingen. In sommige gevallen werd ook opgenomen dat ten minste het minimum- of cao-loon werd betaald en dat de opdrachtnemer de bij en krachtens de toepasselijke wet- en regelgeving uitgevaardigde regels zou nakomen. Maar als de nieuwe wijzigingen niet zijn verdisconteerd, is het de vraag of en hoe deze contracten nu moeten worden uitgelegd. Ons advies is dan ook die contracten tegen het licht te houden.

Bij aannemingsketenconstructies werd vaak met G-rekeningen gewerkt: bankrekeningen waarop een pandrecht ten behoeve van de belastingdienst zijn gevestigd als zekerheid voor de invordering van de loonheffingen. Die G-rekeningen kunnen geen zekerheid bieden voor de nakoming van de loonbetalingen zelf, met name omdat het aantal werknemers en de identiteit daarvan niet op voorhand bepaald is.

Wanneer de werkgever van de desbetreffende werknemers of een tussenschakel in de keten failliet is, kunnen contracten schijnzekerheid bieden. Want regres nemen op een failliete boedel leidt zelden tot daadwerkelijke schadevergoeding. Het is dus zaak om de contracten nog eens goed te onderzoeken en te wijzigen of aan te vullen, waar nodig.

De nakoming van die contracten moet vervolgens ook actief worden opgevolgd door de opdrachtgever en de tussenschakels in de keten. Worden tekortkomingen geconstateerd, dan zal de opdrachtgever actief moeten bijsturen: eisen van de (onder-)opdrachtnemer dat deze alsnog betaalt en daarvan bewijs overlegt of vervanging van de desbetreffende (onder-)opdrachtnemer. Dat laatste is vaak ongewenst vanuit het oogpunt van voortgang van de zakelijke relatie, dus in de overeenkomst

zal moeten worden voorzien hoe partijen in dat geval met elkaar omgaan. Niets doen verhoogt de kans op toewijzing van een WAS-vordering van werknemers van lagere schakels.

Het accent zal derhalve (nog meer) moeten liggen op voorkoming van problemen ten einde aan aansprakelijkheid te ontkomen:

- Aansluiting van opdrachtvoorwaarden op gewijzigde wet- en regelgeving (inclusief kettingbeding)
- Controle van opdrachtnemers in de KvK
- Controle van opdrachtnemers op keurmerken, codes of certificaten
- Betalen van een redelijke prijs voor de werkzaamheden
- Controle van de lijsten gepubliceerd door de Inspectie SZW
- Regelmatig opvragen van verklaringen betreffende betalingsgedrag van loonheffingen en lonen (correcte bedragen en girale betaling; ontbreken van 'verboden' onkostenverrekeningen)
- Ingrijpen bij tekortkomingen en het opnemen van een procedure over de handelwijze bij eventuele misstanden in de overeenkomst of uitvoeringsvoorwaarden
- Dossiervorming ten behoeve van inspecties door de Inspectie SZW.

~

Leiden, 6 januari 2016

Neem voor beantwoording van vragen contact op met:

mr. Robert-Jan van der Wart (advocaat Enterprise & Business), of

mr. Anneloes Korremans (advocaat arbeidsrecht)

via www.declercq.com