

Boilerplates etc.

Modelbepaling Wet aanpak schijnconstructies: OK zo?

Mr. M. Uijen*

1. Inleiding

Het is alweer ruim zes jaar geleden dat er door de wetgever met de Wet aanpak schijnconstructies (WAS) een nieuwe vorm van ketenaansprakelijkheid werd geïntroduceerd: de hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtgevers voor loonbetalingen door hun directe of indirecte opdrachtnemers.¹ Anders dan bij de klassieke varianten van ketenaansprakelijkheid gaat het hierbij niet alleen om belastingen en premies, maar om het *gehele* loon. Daarnaast gaat het ook niet alleen om uitbreiding van de aansprakelijkheid voor degenen die toevallig een keer een aannemer en uitzendbureau willen inhuren, maar voor *iedereen* die bij de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ooit een opdracht verstrekt. Door de WAS zijn de aansprakelijkheidsrisico's voor eigenlijk alle bedrijven in Nederland ongemeen fors toegenomen. Voorlopig lijkt dit vooral een toename op papier. Het aantal procedures waarin de WAS van stal wordt gehaald, was in 2015-2021 praktisch op één hand te tellen.² Eind 2019 constateerde minister Koolmees dat 'het aantal individuele en collectieve claims op basis van de ketenaansprakelijkheid tot op heden gering is'³. Blijkbaar was er bij werknemers of vakbonden in de afgelopen jaren nog weinig behoefte of noodzaak om naast werkgevers ook opdrachtgevers aan te spreken.

Het zou kunnen verklaren waarom de WAS onder bedrijven tot nu toe niet veel deining heeft teweeggebracht; landelijke samenwerkingsverbanden, belangenverenigingen en sectorclubs zijn braaf overgegaan tot het bedenken van protocollen, modeldocumenten en keurmerken waarmee de extra risico's van ketenaansprakelijkheid kunnen worden ondervangen of teruggebracht.⁴ Dat is op het eerste gezicht misschien een enigszins begrijpelijke reactie, want de aansprakelijkheid voor loonbetalingen op grond van de WAS is niet absoluut: zij ontstaat uitsluitend als een opdrachtgever niet zijn best heeft gedaan om erachter te komen of zijn opdrachtnemer netjes met zijn personeel omspringt. Er is dus een disculpatiemogelijkheid. En voor het benutten daarvan steekt de Nederlandse overheid al van meet af aan vriendelijk de helpende hand toe: op allerlei plekken worden suggesties gedaan voor de stappen die opdrachtgevers zouden moeten zetten om hun handen in onschuld te kunnen wassen.⁵ Zo adviseert het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om een 'eerlijke prijs' te betalen voor de uit te voeren werkzaamheden, en om te zorgen voor een 'contract met duidelijke afspraken'.

129

* Mr. M. Uijen is advocaat bij Griffiths Advocaten.

1 Art. 7:616a e.v. BW.

2 Zie ECLI:NL:RBNNE:2017:4888; ECLI:NL:RBMNE:2018:5149; ECLI:NL:RBOVE:2019:1538; ECLI:NL:RBNHO:2019:3086; ECLI:NL:GHARL:2021:796; ECLI:NL:RBMNE:2021:3295.

3 Brief van 2 oktober 2019, zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34108-32.html>.

4 Zie bijv. www.bouwendnederland.nl/media/3656/2017-11-21plusgeamenlijkepluscontractueleplusbepalingenpluswetplusaanpakplusschijnconstructiesplusversieplusbnplussenplusfmeplusdef.pdf en <https://vng.nl/sites/default/files/20150901-vng-model-inkoopvoorwaarden.pdf>.

5 Zie bijv. www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanpak-schijnconstructies/documenten/brochures/2015/09/29/ketenaansprakelijkheid-voorloon.

2. Tekstvoorstel

Met het eerste van deze twee adviezen kan een contractenmaker in het algemeen niet veel, met het tweede wel. De WAS geeft zeker aanleiding tot een specifieke *boilerplate*-clausule voor in algemene inkoopvoorwaarden of modelovereenkomsten. In deze paragraaf doe ik een poging om de aanbevelingen van de overheid om te zetten in een bruikbare tekst. Staat alles wat van belang is in verband met de mogelijke ketenaansprakelijkheid van opdrachtgevers nu inderdaad in deze modelbepaling? En staat dat er omgekeerd op zo'n manier dat een fatsoenlijke en verstandige opdrachtnemer bereid zou moeten zijn om de bepaling zonder al te veel mitsen en maren te accepteren?

Ik nodig de lezers van *Contracteren* van harte uit om te laten weten of de tekst zo oké is!

I. Garanties opdrachtnemer

De opdrachtnemer garandeert de opdrachtgever, in de wetenschap dat de opdrachtgever bij het aangaan van de overeenkomst op de juistheid van elk van de betreffende verklaringen vertrouwt en dat die voor de opdrachtgever tot de kern van de overeenkomst behoren, dat de volgende verklaringen op de datum van ondertekening en gedurende de looptijd van de overeenkomst in alle opzichten juist en volledig zijn en blijven:

1. *voor de door hem bij of ten behoeve van de opdrachtgever in te zetten medewerkers voldoen de opdrachtnemer en zijn opdrachtnemers aan alle bepalingen van:*
 - i. *de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag;*
 - ii. *de Wet arbeid vreemdelingen;*
 - iii. *de Arbeidsomstandighedenwet;*
 - iv. *de Arbeidstijdenwet;*
 - v. *de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs;*
 - vi. *iedere cao die van toepassing is op de werkzaamheden van de betreffende medewerkers;*
2. *er is geen grond voor enige openbaarmaking als omschreven in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Wet arbeid vreemdelingen, de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet of de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs;*
3. *er zijn geen achterstanden bij het voldoen van het loon dat toekomt aan de medewerkers die door de opdrachtnemer bij of ten behoeve van de opdrachtgever worden ingezet (ongeacht of dit loon door de opdrachtnemer zelf dient te worden voldaan);*
4. *alle regelingen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden van de door de opdrachtnemer bij of ten behoeve van de opdrachtgever in te zetten medewerkers zijn nauwkeurig schriftelijk vastgelegd en zijn desgevraagd (met inachtneming van beperkingen die voortvloeien uit de Algemene verordening gegevensbescherming of daarmee*

samenhangende wetgeving) onmiddellijk door de opdrachtgever of de betreffende medewerkers te raadplegen.

II. Bijzondere verplichtingen opdrachtnemer

De opdrachtnemer is verplicht:

- *de opdrachtgever onmiddellijk schriftelijk in te lichten zodra enige hierboven weergegeven garantieverklaring niet langer juist en volledig is;*
- *de opdrachtgever op eerste verzoek in de gelegenheid te stellen om voor eigen rekening de juistheid en volledigheid van de hierboven weergegeven garantieverklaringen te controleren door middel van een onderzoek in de administratie van de opdrachtnemer (waartoe de opdrachtnemer aan de opdrachtgever en zijn adviseurs toegang zal verschaffen tot alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers ten aanzien van de (bedrijfs)activiteiten van de opdrachtnemer die de opdrachtnemer tot zijn beschikking heeft, en alle bedrijfsgebouwen van de opdrachtnemer te bezoeken en de activiteiten, financiën en verslagen van de opdrachtnemer te bespreken met zijn functionarissen en werknemers voor zover deze redelijkerwijs van belang moeten worden geacht voor de betreffende controle);*
- *de hierboven weergegeven garanties en verplichtingen (mede als derdenbeding ten behoeve van de opdrachtgever) in eventueel door hem te sluiten (opdracht)overeenkomsten op te nemen voor zover de betreffende (opdracht)overeenkomsten samenhangen met deze overeenkomst, en iedere door hem ingezette opdrachtnemer te verplichten die garanties en verplichtingen op zijn beurt (mede als derdenbeding ten behoeve van de opdrachtgever) in eventueel door die laatste opdrachtnemer weer te sluiten (opdracht)overeenkomsten op te nemen.*

III. Vrijwaring

Onverminderd de overige bepalingen van deze overeenkomst ten aanzien van vrijwaring en aansprakelijkheid is de opdrachtnemer verplicht de opdrachtgever te vrijwaren voor alle arbeidsrechtelijke vorderingen die derden uit welken hoofde ook geldend zouden kunnen maken tegen de opdrachtgever in verband met de nakoming door de opdrachtnemer van zijn verplichtingen op grond van deze overeenkomst. Als een zodanige derde wordt in ieder geval beschouwd elke medewerker van de opdrachtnemer of zijn opdrachtnemers die ter uitvoering van de overeenkomst door of via de opdrachtnemer is of wordt ingezet bij of ten behoeve van de opdrachtgever (ongeacht of de betreffende medewerker zijn of haar werkzaamheden voor de opdrachtnemer of zijn opdrachtnemers verricht op grond van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst),

en onder zulke vorderingen zijn mede – maar niet uitsluitend – begrepen:

1. vorderingen die gegrond zijn op de stelling dat enige zodanige medewerker door de opdrachtnemer in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking wordt gesteld van de opdrachtgever om krachtens een door deze aan de opdrachtnemer verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de opdrachtgever;
2. vorderingen die gegrond zijn op de stelling dat de opdrachtgever de eigenlijke opdrachtgever of werkgever van enige zodanige medewerker is;
3. vorderingen die zijn gegrond op de stelling dat de opdrachtnemer of enige van diens opdrachtnemers niet voldoet of niet heeft voldaan aan enige bepaling van:
 - i. de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag;
 - ii. de Wet arbeid vreemdelingen;
 - iii. de Arbeidsomstandighedenwet;
 - iv. de Arbeidstijdenwet;
 - v. de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs;
 - vi. de opdrachtovereenkomst of arbeidsovereenkomst met enige zodanige medewerker;
 - vii. enige cao die van toepassing is op de werkzaamheden van enige zodanige medewerker.

De opdrachtnemer erkent en aanvaardt dat:

- hij het volledige arbeidsrechtelijke risico ter zake van de hierboven bedoelde medewerkers draagt en dat zijn aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever ter zake van dat risico op geen enkele wijze is beperkt;
- deze vrijwaring mede betrekking heeft op vorderingen die zijn ontstaan voor de datum van de overeenkomst;
- deze vrijwaring niet geheel of gedeeltelijk door hem kan worden opgezegd, ontbonden, vernietigd of opgeschort;
- deze vrijwaring voor onbepaalde tijd voortduurt, ook als overigens de rechtsverhouding tussen hem en de opdrachtgever geheel of gedeeltelijk eindigt;
- deze vrijwaring prevaleert boven iedere andersluidende overeenkomst tussen hem en de opdrachtgever.

3. Kanttekening en slotopmerking

De voornaamste kanttekening die ik zelf meteen bij deze modelbepaling zou plaatsen, is dat ook de mooiste garanties en vrijwaringen opdrachtgevers natuurlijk maar half beschermen. Het ligt namelijk voor de hand

dat een opdrachtgever juist een aantrekkelijk doelwit wordt voor werknemers en vakbonden in situaties waarin er bij de opdrachtnemer sprake is van betalingsonmacht of betalingsonwil,⁶ en dan zal regres van de opdrachtgever op de opdrachtnemer vermoedelijk evenzeer lastig zijn, terwijl de opdrachtgever ondertussen wel al kosten heeft moeten maken om zich te verweren tegen de acties van werknemers of vakbonden. Met het oog daarop zou in geval van twijfel over een opdrachtnemer de modelbepaling moeten worden uitgebreid met een passende zekerheidsstelling. Omdat het daarbij per definitie gaat om maatwerk, heb ik aan die zekerheidsstelling verder geen tekst gewijd.

Tot slot nog dit: het lijkt me voor alle contractenmakers raadzaam om de WAS bijzonder serieus te nemen, en niet te snel te veronderstellen dat het allemaal zo'n vaart niet zal lopen. De actiebereidheid bij werknemers en vakbonden was vooralsnog misschien tamelijk beperkt, maar dat zou rap kunnen veranderen. De recente successen in procedures over zzp-constructies zoals die van Uber en Deliveroo zouden met name de vakbonden kunnen inspireren om hun pijlen te richten op degenen die samenwerken met zulke bedrijven – al was het maar om de druk op te voeren. *For better or worse*, de WAS biedt daarvoor alle ruimte.

6 Los daarvan ligt er nog een meer principieel gevaar op de loer: dat een vrijwaringsregeling zoals door mij voorgesteld nietig wordt geacht omdat zij strijdig zou zijn met doel en strekking van de WAS. Bij bestuurlijke boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen oordeelde de Hoge Raad in 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3568) nog dat een vergelijkbaar verhaalsbeding door de beugel kon, maar gelet op de ratio van de wet – te weten het aanmoedigen van verscherpte controles op de arbeidsrechtelijke handel en wandel van opdrachtnemers – is het de vraag of ons hoogste rechtscollege bij de WAS tot een soortgelijk oordeel zou komen.