



Memo

Wet aanpak schijnconstructies: aansprakelijkheid van opdrachtgevers

Ons kenmerk: D1400057

Datum: 11 juni 2015

Medewerker: mr. W.C.J. (Wesley) Driessen

I. INLEIDING

Op 2 juni 2015 is, in navolging van de Tweede Kamer, ook de Eerste Kamer akkoord gegaan met de Wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter verbetering van de naleving en handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers, oftewel de 'Wet aanpak schijnconstructies' (hierna ook wel: 'de wet' genoemd). De wet is onderdeel van het sociaal akkoord tussen de coalitiepartners uit 2013 en kent onder andere een civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het verschuldigde loon.

Misbruik van de bereidheid van arbeidskrachten, bijvoorbeeld uit andere lidstaten van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte, om voor een lager loon te werken dan het toepasselijk minimumloon, is ongewenst voor werknemers en leidt tot verdringing, onderbetaling en soms zelfs uitbuiting, aldus de regering. Het is tevens ongewenst voor bonafide werkgevers en ondernemers omdat er geen gelijk speelveld is voor hen, nu zij concurreren met partijen die op oneigenlijke manier de arbeidskosten verlagen. Het doel van de invoering van de ketenaansprakelijkheid voor loon is de totstandkoming van bonafide ketens waarin werknemers het loon ontvangen waar zij recht op hebben en oneerlijke concurrentie tussen werkgevers wordt voorkomen. Door de aansprakelijkheid krijgen opdrachtgevers die werkzaamheden in een keten laten verrichten instrumenten in handen om ervoor te zorgen dat in de keten het juiste loon wordt betaald. Een goede keuze van opdrachtgevers is in het voordeel van bonafide partijen doordat malafide marktpartijen geen opdrachten meer krijgen. De rechtspositie van de werknemer wordt zo ook verbeterd. Met de invoering van de ketenaansprakelijkheid voor loon onderstreept de regering: het belang van de Nederlandse samenleving bij een stabiel functionerende arbeidsmarkt, waarbij het geldende loon conform afspraken wordt betaald, het belang van werknemers om indien nodig hun achterstallige loon alsnog betaald te kunnen krijgen en het belang voor goedwillende ondernemers en bonafide partijen om scherp in beeld te hebben wat ze kunnen doen om onderbetaling later in de opdrachtketen te voorkomen.

De wet heeft ingrijpende gevolgen voor het Nederlandse (arbeids)recht. In deze memo richt ik me specifiek op de gevolgen van de wet voor opdrachtgevers in het kader van overeenkomsten van opdracht of van aanneming van werk. Ik zal eerst de inhoud van de wet citeren en de wet artikelsgewijs toelichten. Vervolgens bespreek ik de achtergrond en de inhoud van de wet in zijn algemeenheid.

II. INHOUD VAN DE WET EN ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Na artikel 616 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek worden zes artikelen ingevoegd, te weten de artikelen 7:616a BW tot en met 7:616f BW. De artikelen 7:616a BW tot en met 7:616f BW zullen op 1 juli 2015 in werking treden.

Artikel 7:616a

1. *Indien arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk zijn de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon.*



2. *In afwijking van lid 1 is de opdrachtgever, bedoeld in lid 1, niet aansprakelijk indien hij in rechte aannemelijk maakt dat hem, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het loon, bedoeld in lid 1, niet is voldaan.*
3. *Dit artikel is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.*

Artikel 7:616a behelst samen met artikel 7:616b BW een ketenaansprakelijkheid voor iedere opdrachtgever die onderdeel is van een keten waarin op basis van overeenkomsten van opdracht of van aanneming van werk arbeid wordt verricht door een werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst. De keten vangt aan bij de hoofdopdrachtgever. Dit is de opdrachtgever die niet handelt in opdracht van een andere opdrachtgever. Elke opdrachtnemer of aannemer met wie de hoofdopdrachtgever een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk heeft gesloten, kan er voor kiezen (een deel) van de werkzaamheden te laten verrichten door een opdrachtnemer of aannemer. Indien een opdrachtnemer of aannemer kiest voor het, op grond van de overeenkomst van opdracht of aanneming van werk, laten verrichten van werkzaamheden, is de opdrachtnemer of aannemer daarmee tevens opdrachtgever.

In artikel 7:616a BW is in samenhang met artikel 7:616b BW de kern van de ketenaansprakelijkheidsregeling voor het aan werknemers verschuldigde loon neergelegd. In artikel 7:616a BW wordt bepaald dat niet alleen de werkgever, maar ook de opdrachtgever van de werkgever hoofdelijk aansprakelijk is voor het verschuldigde loon, indien de werkgever in gebreke blijft het loon te voldoen. Kenmerkend voor het systeem dat met deze wet wordt geïntroduceerd, is dat de werkgever en de schakel daarboven (de opdrachtgever van de werkgever) hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de voldoening van het verschuldigde, niet betaalde of te weinig betaalde loon. Indien een vordering uit hoofde van artikel 7:616a BW niet slaagt, vanwege een van de gronden die in artikel 7:616b, tweede lid, BW worden genoemd, kan de werknemer zijn vordering instellen bij de naast hogere opdrachtgever in de keten: de opdrachtgever van de opdrachtgever van de werkgever.

In het tweede lid van artikel 7:616a BW wordt tot uitdrukking gebracht dat, in tegenstelling tot de werkgever – die het loon immers is verschuldigd uit hoofde van de arbeidsovereenkomst – de opdrachtgever van de werkgever zich kan disculperen. Hij dient daartoe aannemelijk te maken dat hem, gelet op de omstandigheden van het geval, geen verwijt gemaakt kan worden ter zake van de onderbetaling.

Artikel 7:616b

1. *Indien arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een of meer tussen een opdrachtgever, opdrachtnemer of aannemer gesloten overeenkomsten, is, met inachtneming van de leden 2 tot en met 5, iedere opdrachtgever aansprakelijk voor de voldoening van het door de werkgever aan de werknemer verschuldigde loon.*
2. *Een vordering op grond van lid 1 is telkens alleen mogelijk tegen de naast hogere opdrachtgever, indien een vordering op grond van artikel 616a dan wel een vordering tegen de naast lagere opdrachtgever niet is geslaagd doordat de werkgever of diens opdrachtgever onderscheidenlijk de naast lagere opdrachtgever:*
 - a. *een bekende woonplaats, of bekend werkelijk verblijf heeft;*
 - b. *niet in het handelsregister, bedoeld in artikel 2 van de Handelsregisterwet 2007, of een buitenlands register voor ondernemingen is ingeschreven;*
 - c. *in staat van faillissement is verklaard en het loon, bedoeld in lid 1, niet door vereffening van de overige baten kan worden voldaan;*
 - d. *bij een onherroepelijke rechterlijke uitspraak is veroordeeld tot de voldoening van het loon, bedoeld in lid 1, en de uitspraak niet ten uitvoer kan worden gelegd; of*
 - e. *voor zover het een opdrachtgever betreft, niet aansprakelijk is voor het niet voldoen van het loon, bedoeld in lid 1.*
3. *In afwijking van lid 1 is de opdrachtgever, bedoeld in lid 1, niet aansprakelijk indien hij in rechte aannemelijk maakt dat hem, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het loon, bedoeld in lid 1, niet is voldaan.*



4. *In afwijking van de volgorde op grond van lid 2 kan de werknemer de opdrachtgever die niet handelt in opdracht van een andere opdrachtgever aansprakelijk stellen voor de voldoening van het loon, bedoeld in lid 1, indien*
 - a. *een vordering op grond van artikel 616a niet is geslaagd vanwege een omstandigheid als bedoeld in lid 2;*
 - b. *de werknemer de opdrachtgever, bedoeld in de aanhef, op schriftelijke of elektronische wijze heeft meegedeeld dat hij een vordering op grond van artikel 616a lid 1 heeft ingesteld of dat hij die niet heeft kunnen instellen vanwege een omstandigheid als bedoeld in lid 2 onderdeel a;*
 - c. *de vordering, overeenkomstig lid 2, telkens is ingesteld tegen de naast hogere opdrachtgever; en*
 - d. *die vordering na een jaar niet is voldaan, te rekenen vanaf de dag na de dag waarop de mededeling, bedoeld in onderdeel b, is gedaan.*
5. *In afwijking van lid 4 onderdeel d kan de werknemer zes maanden na de dag waarop de mededeling, bedoeld in lid 4 onderdeel b, is gedaan, de opdrachtgever, die niet handelt in opdracht van een andere opdrachtgever aansprakelijk stellen voor de voldoening van het loon, bedoeld in lid 1, indien de vordering inhoudt dat gedurende ten minste drie opeenvolgende maanden, minder dan de helft van het verschuldigde loon of minder dan 70 procent van het toepasselijke minimumloon, bedoeld in artikel 7 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, is voldaan.*
6. *Dit artikel is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.*

Voor de schakels in een keten die zich boven de opdrachtgever van de werkgever bevinden wordt in artikel 7:616b BW een volgtijdelijke ketenaansprakelijkheid voor het loon opgenomen. Het betreft in tegenstelling tot artikel 7:616a BW derhalve geen hoofdelijke aansprakelijkheid. Voor gevallen waarin in een keten ter uitvoering van overeenkomsten van opdracht of aanneming van werk arbeid wordt verricht, wordt in het eerste lid van artikel 7:616b BW bepaald dat iedere deelnemer aan die keten, onder voorwaarden, aansprakelijk is voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon. De door de werknemer te volgen route van aansprakelijkstelling wordt bepaald in het tweede lid. Daaruit volgt ook dat de werknemer vooreerst op grond van artikel 7:616a BW zijn loon moet vorderen van de werkgever en/of diens opdrachtgever. Indien dit echter bij één of beide partijen niet is geslaagd, kan de werknemer gebruik maken van artikel 7:616b BW en volgtijdelijk de schakels boven de eerste opdrachtgever van de werkgever aansprakelijk stellen. Voor het geval dat een loonvordering bij de werkgever en/of diens opdrachtgever niet slaagt, kan de werknemer telkens de naast hogere opdrachtgever aanspreken. De naast hogere schakel kan echter alleen worden aangesproken in de gevallen zoals genoemd in het tweede lid.

In het derde lid wordt, evenals in het tweede lid van artikel 7:616a BW, bepaald dat de aangesproken opdrachtgever die in rechte aannemelijk maakt dat het hem niet kan worden verweten dat een werknemer te weinig of geen loon heeft ontvangen, niet aansprakelijk is.

In het vierde en vijfde lid wordt geregeld dat de werknemer, nadat een vordering jegens zijn werkgever en/of diens opdrachtgever niet is geslaagd, onder bepaalde omstandigheden direct de hoofdopdrachtgever kan aanspreken. De leden vier en vijf brengen de bijzondere positie van de hoofdopdrachtgever tot uitdrukking. Ook in dit verband moet worden opgemerkt dat een hoofdopdrachtgever die in rechte aannemelijk maakt dat hij niet verwijtbaar heeft gehandeld, op grond van het derde lid niet aansprakelijk is voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon. De werknemer zal overigens ook in dit geval eerst de weg van artikel 7:616a BW moeten bewandelen.

In het vierde lid wordt bepaald dat een werknemer, die de verschillende schakels in de keten na elkaar aansprakelijk stelt en na een jaar het verschuldigde loon nog steeds niet heeft ontvangen, de hoofdopdrachtgever kan aanspreken. De werknemer moet gedurende dit jaar proberen het loon te vorderen bij andere schakels in de keten. Hij dient daartoe, conform het derde lid, telkens een vordering in te stellen bij de naast hogere schakel in de keten. Na een jaar kan de volgtijdelijke aansprakelijkstelling, die in het



tweede lid wordt voorgeschreven, worden doorkruist en kan de hoofdopdrachtgever worden aangesproken. Die opdrachtgever moet dan wel schriftelijk of elektronisch zijn geïnformeerd door de werknemer over het instellen van een vordering op grond van artikel 7:616a, eerste lid, BW bij de werkgever en/of diens opdrachtgever. Op dat moment hoeft overigens nog niet duidelijk te zijn dat de vordering binnen een jaar niet zal slagen bij de werkgever en/of diens opdrachtgever of naast lagere opdrachtgevers van de hoofdopdrachtgever in de keten.

Het vijfde lid bepaalt dat de hoofdopdrachtgever bij langdurige en forse onderbetaling aansprakelijk gesteld kan worden voor de voldoening van het verschuldigde loon, mits een vordering bij de werkgever en/of diens opdrachtgever niet is geslaagd en een wachtperiode van zes maanden in acht is genomen. De volgorde die wordt voorgeschreven in het tweede lid van artikel 7:616b BW wordt derhalve in het vijfde lid doorkruist. Evenals als in het vierde lid is voor de afwijking van het tweede lid vereist dat de werknemer de hoofdopdrachtgever informeert over de vordering op grond van 7:616a BW, of hem informeert over een poging daartoe. Op dat moment hoeft, zoals ook geldt bij toepassing van het vierde lid, nog niet duidelijk te zijn dat er de vordering binnen een jaar niet zal slagen bij de werkgever en/of diens opdrachtgever of naast lagere opdrachtgevers van de hoofdopdrachtgever in de keten. Wanneer de werknemer na het tijdsverloop van zes maanden het verschuldigde loon nog steeds niet heeft ontvangen, kan de hoofdopdrachtgever aangesproken worden.

Artikel 7:616c

Indien de arbeid in Nederland wordt verricht, zijn de artikelen 616a, 616b en 616d tot en met 616f van toepassing, ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk.

In artikel 7:616c BW wordt bepaald dat, als de arbeid in Nederland wordt verricht, de ketenaansprakelijkheid geldt, ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten en de andere overeenkomst(en) die tussen de verschillende schakels in een keten zijn gesloten.

Artikel 7:616d

De opdrachtgever die een vordering op grond van artikel 616b heeft voldaan, heeft verhaal op alle goederen van:

- a. *de werkgever; of*
- b. *de opdrachtgever tegen wie een vordering op grond van artikel 616a of 616b niet is geslaagd vanwege een omstandigheid als bedoeld in artikel 616b lid 2 onderdeel a, b of d.*

Vanwege de bijzondere aard van de in artikel 7:616a en 7:616b BW neergelegde aansprakelijkheid, zijn de verhaalsmogelijkheden voor de aansprakelijk gestelde schakel van een keten geregeld. De hoofdelijke aansprakelijkheid, die in artikel 7:616a BW is neergelegd, kent een eigen systematiek. Een eventueel door de werknemer aangesproken hoofdelijke schuldenaar (de opdrachtgever van de werknemer) heeft regres op de andere hoofdelijke schuldenaar.

Artikel 7:616e

1. *Met het oog op het instellen van een vordering als bedoeld in artikel 616a of artikel 616b verstrekt iedere opdrachtgever, opdrachtnemer, aannemer of werkgever aan de werknemer desgevraagd schriftelijk of elektronisch de gegevens die betrekking hebben op de naam, woonplaats of het werkelijk verblijf van:*
 - a. *de opdrachtgever, opdrachtnemer, aannemer of werkgever, met wie de opdrachtgever, opdrachtnemer, aannemer of werkgever, bedoeld in de aanhef, een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk heeft gesloten; en*
 - b. *de opdrachtgever, die niet handelt in opdracht van een andere opdrachtgever.*
2. *Indien de opdrachtgever, opdrachtnemer of aannemer, niet tevens zijnde de werkgever, de gegevens, bedoeld in lid 1, niet binnen twee weken na het verzoek van de werknemer verstrekt, kan*



de werknemer die opdrachtgever, opdrachtnemer of aannemer, in afwijking van de volgorde op grond van artikel 616b lid 2, aansprakelijk stellen op grond van artikel 616b.

De gedachte achter artikel 7:616e BW is dat het voor een werknemer, met name voor het effectueren van het recht dat hij op grond van artikel 7:616b BW heeft, van groot belang is om te weten hoe een keten is opgebouwd. Om een vordering te kunnen instellen tegen een ander dan de werkgever, moet de werknemer immers weten welke opdrachtgever de naast hogere opdrachtgever is. Een werknemer kan de schakel die de verplichting op grond van artikel 7:616e lid 1 BW niet nakomt, in afwijking van de volgorde die voortvloeit uit artikel 7:616b BW, direct aansprakelijk stellen.

Artikel 7:616f

Elk beding in strijd met de artikelen 616a tot en met 616e is nietig.

Dit artikel is opgenomen om duidelijk te maken dat niet (bij overeenkomst) kan worden afgeweken van de artikelen die betrekking hebben op de ketenaansprakelijkheid voor het aan de werknemer verschuldigde loon. De artikelen 7:616a tot en met 7:616e zijn van dwingend recht.

III. ACHTERGROND EN INHOUD VAN DE WET IN ZIJN ALGEMEENHEID

3.1 Problemen in ketens

Een onderneming (de hoofdopdrachtgever) kan er voor kiezen werkzaamheden uit te besteden aan een andere onderneming (de opdrachtnemer of de hoofdaannemer). Op zijn beurt kan de opdrachtnemer of de hoofdaannemer het werk, of een deel daarvan, dat aan hem is uitbesteed, aan een ander uitbesteden. Zo kan een keten ontstaan van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers die allen verschillende werkzaamheden uitvoeren en laten uitvoeren, maar allen uiteindelijk betrokken zijn bij de uitvoering van (een) werk voor een hoofdopdrachtgever. In een keten is er vaak sprake van meerdere opdrachtgevers, elke schakel die in de keten (een deel van) het werk uitbesteedt aan een andere opdrachtnemer of aannemer is een opdrachtgever. Er kan ook sprake zijn van meerdere aannemers in een keten. Met aannemer wordt zowel de hoofdaannemer bedoeld die de opdracht van de hoofdopdrachtgever krijgt, als de aannemer en onderaannemer aan wie de hoofdaannemer weer een deel van het werk uitbesteedt. Bedrijven specialiseren zich meer en meer op één gebied en laten overige werkzaamheden door anderen uitvoeren. Ketens, waarin werk wordt uitbesteed, worden daardoor steeds langer. Door de langere ketens kan de opdrachtgever een verminderde verantwoordelijkheid voelen voor het adequaat voldoen van de geldende arbeidsvoorwaarden in de keten, omdat hij de feitelijke arbeid laat verrichten door werknemers van een aannemer of opdrachtnemer.

Er zijn ketens waarin het voorkomt dat een werknemer van zijn werkgever te weinig of geen loon ontvangt. Een werknemer die te maken krijgt met een onvindbare, of om andere redenen onaanspreekbare werkgever, blijft dan achter met achterstallig loon en kan het bij niemand anders claimen. Dit terwijl een werknemer wel recht heeft op het loon en andere schakels in de keten meestal baat hebben gehad bij de arbeid die door de werknemer is verricht. De regering acht het wenselijk dat werknemers ruimere mogelijkheden krijgen om in ketens het verschuldigde loon te kunnen ontvangen en dat tevens opdrachtgevers worden geprikkeld om toe te zien op het opzetten van een bonafide keten waarin arbeid wordt verricht. Een bonafide keten begint met een eerlijke opdrachtverlening tegen een sociaal aanvaardbare prijs, waarmee het geldende loon kan worden uitbetaald. Vanwege de zwakke positie van werknemers, met name van werknemers uit andere lidstaten van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte, meent de regering dat alle schakels in de keten toe moeten zien op een bonafide handelswijze in de keten.

3.2 Wanneer is de ketenaansprakelijkheid van toepassing?

De ketenaansprakelijkheid voor voldoening van het verschuldigde loon is van toepassing wanneer in een keten waarin een werknemer arbeid verricht, sprake is van een (of meer) overeenkomst(en) van opdracht of aanneming van werk. De regeling geldt alleen als de arbeid van de werknemer wordt verricht ter



uitvoering van die overeenkomst(en). De ketenaansprakelijkheid geldt dus niet indien door een zelfstandige werkzaamheden worden verricht onderaan een keten. De ketenaansprakelijkheid voor voldoening van het verschuldigde loon is bijvoorbeeld ook niet van toepassing bij een koopovereenkomst. In lijn hiermee is bepaald dat de ketenaansprakelijkheid niet geldt voor particuliere opdrachtgevers indien zij niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Van een particulier kan immers niet worden verwacht dat hij bij deze opdracht specifieke arbeidsvoorwaardelijke eisen of voorwaarden stelt en deze controleert. De ketenaansprakelijkheid geldt wel voor het op grond van de uitzendovereenkomst verschuldigde loon en voor andere vormen van ter beschikking stellen van arbeid (denk aan payrolling of detachering).

3.3 Loonvordering en aansprakelijkheidsstelling: hoe gaat het in zijn werk?

De wet introduceert een hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en diens opdrachtgever ter zake van onderbetaling (of niet betalen) van het verschuldigde loon. Een werknemer moet eerst zijn eigen werkgever aanspreken en een loonvordering instellen. Ook is het mogelijk om de directe opdrachtgever van de werkgever (hoofdelijk) aansprakelijk te stellen. Die opdrachtgever is in zee gegaan met een partij die het loon niet heeft uitbetaald. De werknemer heeft dus de keuze om bij onderbetaling (of niet betalen) van het verschuldigde loon, dat loon te vorderen bij zijn werkgever en/of diens opdrachtgever. Door eerst de werkgever en/of diens directe opdrachtgever aan te spreken wordt bereikt dat de partijen die het meest direct betrokken zijn bij de onderbetaling hier ook in eerste instantie mee worden geconfronteerd.

Alleen indien de vordering niet wordt voldaan via het hoofdelijk aansprakelijk stellen van de werkgever of diens opdrachtgever, kan de werknemer vervolgens, op grond van één van de voorwaarden van artikel 7:616b, tweede lid, BW, hogere schakels in de keten volgtijdelijk aanspreken, van onder naar boven. Bij onderbetaling (of niet betalen van het loon) kan de werknemer een signaal sturen naar de hoofdupdrachtgever, zodat deze druk kan uitoefenen op de schakel onder hem waarmee hij een overeenkomst heeft gesloten. Dat zou in veel gevallen moeten leiden tot het oplossen van de onderbetaling. De hoofdupdrachtgever heeft er immers belang bij dat onderbetaling wordt opgelost, bijvoorbeeld met het oog op het voorkomen van aansprakelijkstelling of reputatieschade.

3.4 Volgtijdelijkheid en aansprakelijkheid

Wanneer de vordering van de werknemer tot voldoening van het verschuldigde loon bij zijn werkgever en/of diens opdrachtgever niet slaagt, kan de werknemer, op grond van één van de voorwaarden zoals genoemd in artikel 7:616b lid 2 BW, naar de eerstvolgende hogere schakel in de keten. Deze eerstvolgende hogere schakel is de opdrachtgever van de opdrachtgever van de werkgever. Een werknemer kan derhalve niet vrij kiezen welke schakel uit de keten hij aanspreekt voor de voldoening van het aan hem verschuldigde loon. De naast hogere opdrachtgever zal in beginsel aangesproken moeten worden. Deze schakel heeft een overeenkomst gesloten met de opdrachtgever van de werkgever die het verschuldigde loon niet heeft voldaan. Het ligt dan ook voor de hand dat die schakel, na de werkgever en/of diens opdrachtgever, eerst aangesproken wordt voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon.

Bij de ketenaansprakelijkheid voor loon gaat de regering uit van één keten waarin de werknemer werkzaam is (geweest). Dit neemt niet weg dat een werknemer in één betaalperiode voor meerdere opdrachtgevers kan werken en dus in verschillende ketens werkzaam kan zijn. In die situatie kan de werknemer, bij het niet of te weinig betalen van zijn loon, iedere opdrachtgever afzonderlijk aansprakelijk stellen voor dat deel van het achterstallige loon dat overeenkomt met het aantal uren dat hij voor die opdrachtgever heeft gewerkt. De opdrachtgevers kunnen in deze situatie immers alleen over het deel van de arbeid dat voor hen wordt verricht invloed uitoefenen op de correcte loonbetaling door de werkgever.

3.5 Niet-verwijtbaarheid

De regering ziet het belang in van het bieden van houvast aan opdrachtgevers over de vraag welke maatregelen in beginsel kunnen leiden tot niet-verwijtbaarheid. Op deze wijze ontstaat voor opdrachtgevers meer zekerheid over de te nemen maatregelen die bijdragen aan een succesvol beroep op niet-verwijtbaarheid. Het gaat dan om maatregelen die bij opdrachtverlening genomen kunnen worden en om maatregelen die bij geconstateerde misstanden genomen kunnen worden. Aansprakelijkstelling kan plaats



vinden als er aangetoond is dat er sprake is van onderbetaling. In dat geval kan een opdrachtgever zich beroepen op niet-verwijtbaarheid. Dat kan hij doen door te wijzen op wat hij bij de opdrachtverlening heeft gedaan en wat hij heeft gedaan bij desalniettemin opgetreden duidelijke misstanden van onderbetaling. Als hij voldoende maatregelen heeft getroffen, dan is niet-verwijtbaarheid in beginsel gegeven.

Voorafgaand aan een opdracht kan een opdrachtgever verschillende dingen doen om ervoor te zorgen dat in de keten het geldende loon wordt betaald. Een mogelijkheid is dat een opdrachtgever vooraf gaat werken met een gecertificeerde aannemer of opdrachtnemer die met een certificaat of keurmerk toetsbaar waarborgt dat hij zijn personeel betaalt conform het overeengekomen loon. Als een certificaat of keurmerk toetsbaar is en waarborgen biedt voor een adequate betaling van de lonen in een keten dan zal dit keurmerk, behalve bij desalniettemin achteraf opgetreden duidelijke misstanden, in beginsel voldoende kunnen zijn voor het bepalen van niet-verwijtbaarheid door de rechter. Een andere mogelijkheid is dat een opdrachtgever zelf waarborgen inbouwt tegen onderbetaling bij zijn opdrachtnemers of aannemers in de keten. Opdrachtgevers kunnen in hun overeenkomsten met opdrachtnemers afspraken maken over naleving van de arbeidsvoorwaarden en over procedures in geval er sprake zou zijn van onderbetaling in de keten. Ondanks bovenstaande preventieve maatregelen kunnen er zich in de praktijk toch misstanden van onderbetaling bij opdrachtnemers of aannemers voordoen. Wanneer opdrachtgevers hebben laten zien dat, naast de genomen preventieve maatregelen, zij zich hebben ingezet om deze op te lossen, zal dit een beroep op niet-verwijtbaarheid in deze situaties succesvol maken.

Een opdrachtgever kan zich altijd beroepen op niet-verwijtbaarheid. Een succesvol beroep op niet-verwijtbaarheid ligt in de rede als de opdrachtgever zowel vooraf als bij duidelijke misstanden van onderbetaling ook achteraf rekening heeft gehouden met bovenstaande maatregelen. Dit geeft een duidelijke richting aan de rechter. Dit laat onverlet dat een rechter altijd zal toetsen aan de omstandigheden van het geval. Daarbij zal de rechter de specifieke omstandigheden van het geval in aanmerking nemen zoals de omvang van de onderneming en de positie van de onderneming in de keten of de omvang van de opdracht. Gelet op de uiteenlopende situaties waarop de wet betrekking heeft, is het goed om de omstandigheden van het geval mee te nemen. Het ligt in de rede dat van een grote onderneming een grotere inspanning kan worden verwacht dan van een kleine onderneming of een onderneming die incidenteel een opdracht verstrekt. Van een grote onderneming die regelmatig een (langdurige) grote opdracht laat uitvoeren, waarbij sprake is van een langere keten, kan worden verwacht dat de hiervoor genoemde maatregelen worden getroffen, of gelijksoortige maatregelen waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt. Een andere mogelijkheid voor opdrachtgevers is om in de overeenkomst een boetebeding op te nemen of de bepaling dat de opdrachtgever bij onderbetaling de overeenkomst kan ontbinden als de onderbetaling niet wordt opgelost. De opdrachtgever kan eventueel als ultiem middel de opdrachtnemer of aannemer sommeren de werknemer(s) het verschuldigde loon te betalen, op straffe van ontbinding. Van een kleine onderneming kan bij een kleine opdracht niet worden verwacht dat een uitgebreide code voor opdrachtverlening wordt gehanteerd. Wel kan deze onderneming nagaan of de prijs redelijk is. Daarnaast kan hij contractuele bepalingen opnemen in overeenkomsten met de opdrachtnemer of aannemer over de naleving van de geldende arbeidsvoorwaarden. Indien er sprake is van onderbetaling kan van de kleine ondernemer, in tegenstelling tot een grote opdrachtgever, niet worden verwacht dat hij controles of audits laat uitvoeren. Een dergelijke maatregel kan onevenredig zwaar drukken op een kleine opdrachtgever. Wel kan een kleine opdrachtgever bij een signaal over onderbetaling van een werknemer informatie opvragen bij de opdrachtnemer of diens werknemers.

3.6 Aansprakelijkheidstelling van de hoofdopdrachtgever

In bepaalde gevallen kan een werknemer, nadat een vordering tegen zijn werkgever en/of diens opdrachtgever niet is geslaagd, de hoofdopdrachtgever aansprakelijk stellen, zonder dat de ketenvolgorde die door artikel 7:616b, tweede lid, BW wordt voorgeschreven, helemaal moet worden gevolgd. In twee, niet-cumulatieve, specifieke situaties kan de volgtijdelijkheid worden doorkruist en de hoofdopdrachtgever aansprakelijk worden gesteld door de werknemer:

- De werknemer dient eerst zijn werkgever en/of diens opdrachtgever en eventueel verdere schakels aan te spreken. Om ervoor te zorgen dat een eventuele onderbetaling snel wordt opgelost is het



mogelijk om na het verstrijken van een periode van een jaar de hoofdopdrachtgever aansprakelijk te stellen als het loon nog steeds niet is voldaan. Dit jaar gaat in op het moment dat de werknemer de hoofdopdrachtgever informeert over de onderbetaling (niet op het moment dat de werknemer zijn werkgever of zijn directe opdrachtgever aanspreekt). De hoofdopdrachtgever heeft vanaf het moment van informeren de tijd om de schakel onder hem aan te spreken. Als de opdrachtgever niet is geïnformeerd dan is het niet mogelijk om na een jaar over te stappen naar de hoogste schakel.

- Indien sprake is van ernstige onderbetaling en het loon niet met succes kan worden gevorderd van de werkgever of diens opdrachtgever, vanwege de gronden die worden genoemd in artikel 7:616b, tweede lid, BW. Van ernstige onderbetaling is sprake indien gedurende ten minste drie opeenvolgende maanden minder dan de helft van het verschuldigde loon of minder dan 70% van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag is betaald. Bij deze ernstige onderbetaling kan de werknemer de hoofdopdrachtgever zes maanden nadat hij hierover door de werknemer is geïnformeerd aansprakelijk stellen. In die periode is de hoofdopdrachtgever in de gelegenheid om actie te ondernemen gericht op het oplossen van het probleem.

Om te voorkomen dat een werknemer gedurende een te lange periode het aan hem verschuldigde loon niet kan ontvangen van zijn werkgever of een volgende schakel, is in de twee bovengenoemde bijzondere omstandigheden doorkruising van de volgtijdelijke ketenaansprakelijkheid mogelijk. De hoofdopdrachtgever kan zich uiteraard ook in die situatie beroepen op niet-verwijtbaarheid, op basis van de maatregelen die hij heeft getroffen om onderbetaling in de keten tegen te gaan.

3.7 Relatie met inlenersaansprakelijkheid

Tot 1 juli 2015 is het nog zo dat een werknemer alleen bij de werkgever zijn achterstallig loon kan vorderen. Hiervoor geldt in de uitzendbranche een uitzondering. Een uitzendkracht heeft de mogelijkheid om de inlenende partij aan te spreken als de werkgever het loon niet of niet volledig betaalt. Deze zogenoemde inlenersaansprakelijkheid, in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid, geldt op het niveau van het wettelijk minimumloon en de wettelijke minimumvakantiebijslag. Inleners van uitzendarbeid kunnen zich momenteel vrijwaren van de inlenersaansprakelijkheid door uitzendkrachten in te lenen via een NEN-gecertificeerd uitzendbureau. De vrijwaring voor de inlenersaansprakelijkheid uit artikel 7:692 BW wordt vanaf 1 juli 2015 vervangen door de mogelijkheid van een beroep op niet-verwijtbaarheid.