

ECLI:NL:CRVB:2004:AP0509

Instantie	Centrale Raad van Beroep
Datum uitspraak	19-05-2004
Datum publicatie	03-06-2004
Zaaknummer	02/763 CSV
Rechtsgebieden	Socialezekerheidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Toepassing Fooienbesluit.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

02/763 CSV

UITSpraak

in het geding tussen:

[appellante]., gevestigd te [vestigingsplaats], appellante,

en

de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, gedaagde.

I. ONTSTAAN EN LOOP VAN HET GEDING

Met ingang van 1 januari 2002 is de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen in werking getreden. Ingevolge de Invoeringswet Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen treedt in dit geding de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) in de plaats van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv). In deze uitspraak wordt onder gedaagde tevens verstaan het Lisv.

Bij besluit van 22 augustus 2000 heeft gedaagde gedeeltelijk gegrond verklaard de bezwaren van appellante tegen besluiten van 1 oktober 1999 en 11 oktober 1999, inhoudende correctienota's over de jaren 1994 tot en met 1999, onderscheidenlijk boetenota's over de jaren 1995 tot en met 1997.

De rechtbank 's-Gravenhage heeft bij uitspraak van 6 december 2001, nummer 00/11103, het namens appellante tegen dat besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Namens appellante is mr. J.P. Lakeman, belastingadviseur te Leidschendam, op bij aanvullend beroepsschrift (met bijlagen) van 15 maart 2002 aangevoerde gronden van die uitspraak bij de Raad in hoger beroep gekomen.

Gedaagde heeft een verweerschrift, gedateerd 13 mei 2002, ingediend.

Bij brief van 22 oktober 2003 is namens appellante een aan gedaagde gerichte brief van gelijke datum in het geding gebracht.

Bij brief van 28 november 2003 heeft gedaagde hierop gereageerd.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad, gehouden op 25 maart 2004, waar voor appellante is verschenen mr. Lakeman, voornoemd, en waar gedaagde, zoals aangekondigd, zich niet heeft laten vertegenwoordigen.

II. MOTIVERING

Appellante exploiteert een restaurant. In 1999 is bij haar vanwege gedaagde een looncontrole gehouden, waarvan op 17 augustus 1999 rapport is opgemaakt. Daarbij is onder meer geconstateerd dat ten aanzien van een groot aantal werknemers het uitbetaalde loon lager was dan het loon waarop deze werknemers aanspraak konden maken op grond van de CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf. Onder toepassing van artikel 3 van het besluit van de Sociale Verzekeringsraad van 21 december 1989, Stcrt. 252, inzake de waardering van fooien (hierna: het Fooienbesluit) heeft de betrokken looninspecteur de premielonen over de jaren 1994 tot en met 1998 gecorrigeerd. Het rapport vermeldt dat in overleg met appellante en haar adviseur de correcties op het premieloon zijn gebaseerd op het gewogen gemiddelde van de uitkomsten van een individuele berekening van de verschillen tussen het uitbetaalde en het ingevolge de CAO verschuldigde loon over de jaren 1996 en 1997. Blijkens een brief van 2 augustus 1999 was appellante akkoord gegaan met deze gehanteerde berekeningsmethodiek. Bij deze brief heeft zij ten aanzien van negen werknemers, onderscheidenlijk zeven werknemers, aangegeven tot welke functiegroep zij behoorden in de jaren 1996 en 1997.

Op basis van voormeld rapport heeft gedaagde appellante correctienota's doen toekomen over de jaren 1994 tot en met 1999. De correctienota over 1999 betreft het voordeel dat de in dat jaar bij appellante (nog) werkzame werknemers, in de jaren daarvoor hebben genoten in verband met niet afgedragen loonheffing. Voorts heeft gedaagde appellante boetenota's opgelegd over de jaren 1995 tot en met 1997.

Hangende de bezwaarprocedure is van de zijde van appellante een aanvulling gekomen op haar brief van 2 augustus 1999. Daarbij heeft zij ten aanzien van 19 bij haar in 1996 werkzame personen en ten aanzien van 14 bij haar in 1997 werkzame personen opgave gedaan van de functie en de functiegroep van deze personen. Hierop heeft de looninspecteur met een rapport van 20 april 2000 gereageerd. Daarbij heeft hij aangegeven dat ten tijde van de looncontrole met appellante de personeelsbezetting is besproken. Het totaalbeeld is destijds door appellante als redelijk geaccepteerd.

Vervolgens heeft gedaagde het bestreden besluit genomen. Daarbij heeft gedaagde onder meer overwogen dat het niet aangaat om in individuele gevallen achteraf alsnog een andere (lager) gekwalificeerde functie aan te voeren en voorbij te gaan aan andere gevallen waarbij de functie wellicht hoger dient te worden gekwalificeerd. Bij het bestreden besluit heeft gedaagde slechts de bezwaren van appellante tegen te dezen niet aan de orde zijnde correcties gegrond verklaard.

De rechtbank heeft dit besluit in stand gelaten. Bij de aangevallen uitspraak, waarin appellante is aangeduid als eiseres en gedaagde als verweerder, heeft zij met betrekking tot de correctienota's het volgende overwogen:

" Ten aanzien van de grief van eiseres met betrekking tot de toepassing van het Fooienbesluit overweegt de rechtbank als volgt.

Tussen partijen is niet in geding dat eiseres een aantal van haar werknemers gedurende de jaren 1994 tot en met 1998 heeft uitbetaald beneden het voor hen geldende minimumloon volgens de CAO horeca. Gelet op artikel 7, eerste lid van de Coordinatiewet Sociale Verzekering (CSV) juncto artikel 3, eerste lid van het Fooienbesluit wordt de werknemer in de zin van de CAO-horeca die van zijn werkgever niet rechtstreeks ten minste het voor hem geldende minimumloon ontvangt, geacht fooien te genieten tot een bedrag ter grootte van bedoeld minimumloon verminderd met het rechtstreeks van de werkgever ontvangen loon. Dit

leidt tot het oordeel dat het verschil tussen het voor de werknemers in de CAO horeca vastgestelde minimumloon en hetgeen door eiseres werd uitbetaald dient te worden aangemerkt als premieloon. Dit volgt evenzo uit de toelichting op het Fooienbesluit, alwaar vermeld staat dat voor wat de waardering van fooien betreft, de bijtelling van fooien dient te geschieden in al die gevallen waarin minder betaald wordt dan het minimumloon ingevolge artikel 7 van de CAO-horeca. Dit leidt tot het oordeel dat in de onderhavige zaak een correctie over de jaren 1994 tot en met 1998 dient plaats te vinden. Een uitzondering op deze regel wordt slechts gemaakt als het werknemers betreft wier loon wordt vastgesteld met in achtneming van het bepaalde in artikel 7, paragraaf 10, van de CAO-horeca (administratief personeel). Dit is in de onderhavige zaak niet aan de orde. Ook de namens eiseres aangevoerde stelling dat er geen afspraak tussen eiseres en haar werknemers is gemaakt aangaande de afstemming van het loon op de te ontvangen fooien, maakt het oordeel van de rechtbank niet anders.

Gelet op het bovenstaande hebben de werknemers van eiseres over de fooien die geacht moeten worden tot het loon te behoren een netto-voordeel genoten nu over dit gedeelte geen loonheffing of premies sociale verzekeringen zijn ingehouden. Blijkens het bestreden besluit meent verweerder het voordeel uit ten onrechte niet ingehouden loonheffing te mogen bruteren. Gelet op het feit dat eiseres de verschuldigde loonheffing nog niet heeft verhaald op de betreffende werknemers, is de rechtbank van oordeel dat brutering van dit netto-voordeel mag plaatsvinden. Het enkel stellen door eiseres dat zij de na te heffen premies en loonbelasting alsnog op de werknemers zal verhalen is voor de rechtbank onvoldoende. De stelling van eiseres dat er bruto loonafspraken met de werknemers zijn gemaakt, verwerpt de rechtbank evenzo nu de looninspecteur in zijn rapport van 17 augustus 1999 (gedingstuk B3) het tegendeel heeft geconcludeerd en eiseres de brutoloonafspraken niet heeft aangetoond. Mocht eiseres besluiten alsnog te verhalen, kan zij zich desgewenst tot verweerder wenden met het verzoek de correctienotabedragen aan te passen, zo is namens verweerder ter zitting bevestigd.

Ten aanzien van de subsidiaire grief van eiseres dat bij de berekening van de correcties is uitgegaan van onjuiste gegevens overweegt de rechtbank het volgende. Eiseres is de mening toegedaan dat verweerder is uitgegaan van een verkeerde functiegroepindeling van verschillende werknemers. In zijn rapport van 24 mei 2000 (gedingstuk B 18) heeft looninspecteur R. de Jong geconcludeerd dat mogelijk in individuele gevallen een te hoog of te laag bedrag is vastgesteld doch dat het totaalbeeld de werkelijkheid redelijk weergaf. In zijn rapport heeft de looninspecteur aangegeven dat het zijn inziens niet gaat om in individuele gevallen achteraf alsnog een andere lager gekwalificeerde functie aan te voeren en voorbij te gaan aan andere gevallen waarbij de functie wellicht hoger dient te worden gekwalificeerd. Eiseres heeft haar stelling naar aanleiding van de conclusies in het rapport van 24 mei 2000 niet nader onderbouwd. Namens eiseres zijn geen stukken in het geding gebracht op grond waarvan zou kunnen worden getwijfeld aan de uitkomst van de door de looninspecteur uitgevoerde eindberekening. De grief van eiseres treft aldus geen doel."

Naar aanleiding van hetgeen van de zijde van appellante in hoger beroep is aangevoerd overweegt de Raad het volgende.

Met betrekking tot de grief van appellante dat artikel 3 van het Fooienbesluit een beperkte reikwijdte heeft, in die zin dat dit artikel alleen ziet op die werknemers die als gevolg van dispensatie nog steeds werken volgens de garantie-inkomensregeling, is de Raad van oordeel dat de tekst van dit artikel, noch de toelichting daarop steun biedt aan deze opvatting van appellante. Terecht heeft de rechtbank erop gewezen dat de toelichting (aan het slot) vermeldt dat in al die gevallen waarin minder wordt betaald dan het minimumloon ingevolge artikel 7 van de CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf, bijtelling van fooien en dergelijk prestaties van derden dient te geschieden.

Met betrekking tot de grief van appellante dat is uitgegaan van een onjuiste functie- en functiegroepindeling, sluit de Raad zich aan bij hetgeen de rechtbank daarover heeft overwogen. De looninspecteur heeft in zijn nadere rapport van 20 april 2000 (niet: 24 mei 2000) genoegzaam uiteengezet de wijze waarop hij tot de correcties is gekomen. Nog daargelaten dat de Raad niet is gebleken van significante verschillen, tekent de Raad hierbij aan dat appellante in de betrokken jaren niet schriftelijk de functie- en functiegroepindeling van haar werknemers had vastgelegd.

Uit het vorenstaande volgt dat gedaagde bij het bestreden besluit op goede gronden de correctienota's over de jaren 1994 tot en met 1998 heeft gehandhaafd. Nu daartegen geen zelfstandige grieven zijn ingebracht, oordeelt de Raad in gelijke zin met betrekking tot de opgelegde boetenota's.

Anders oordeelt de Raad evenwel met betrekking tot de correctienota over 1999. Gelet op de door appellante in hoger beroep in geding gebrachte stukken en de daarop ter zitting gegeven toelichting, alsmede de reactie daarop van gedaagde, vervat in zijn brief van 28 november 2003, moet de Raad het ervoor houden dat er inmiddels sprake is van verhaal van het door werknemers van appellante genoten voordeel in verband met niet ingehouden loonheffing. De Raad voegt hieraan toe dat, zoals de Hoge Raad bij zijn arrest van 8 augustus 2003 (RSV 2003/236) heeft overwogen, in het geval de werkgever de loonbelasting en/of premie volksverzekeringen wel verhaalt, de werknemer weliswaar tijdelijk - ten onrechte - de beschikking heeft gekregen over gelden die voor hem hadden moeten worden afgedragen, doch van het daarin gelegen voordeel kan niet worden gezegd dat het door de werkgever aan hem is verstrekt, zodat het niet behoort tot het loon uit dienstbetrekking in de zin van artikel 4, eerste lid, van de CSV.

Dit betekent dat het bestreden besluit, voorzover dat ziet op de correctienota 1999, niet in stand kan blijven. In zoverre komt ook de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking. Gedaagde zal een nieuw besluit dienen te nemen op de bezwaren van appellante tegen deze correctienota.

De Raad acht termen aanwezig om op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht gedaagde te veroordelen in de proceskosten van appellante in beroep en hoger beroep. Deze kosten worden begroot op € 644,- in beroep en op € 644,- in hoger beroep voor verleende rechtsbijstand.

Beslist wordt als volgt.

III. BESLISSING

De Centrale Raad van Beroep,

Recht doende:

Vernietigt de aangevallen uitspraak, voorzover daarbij het bestreden besluit met betrekking tot de correctienota 1999 in stand is gelaten, en in zoverre dit besluit;

Bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit neemt op het bezwaarschrift van appellante, voor zover betrekking hebbende op de correctienota 1999;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellante groot € 1.288,- te betalen door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen;

Bepaalt dat het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen het door appellante gestorte recht van € 531,20 vergoedt.

Aldus gegeven door mr. R.C. Schoemaker als voorzitter en mr. G. van der Wiel en mr. R.C. Stam als leden, in tegenwoordigheid van mr. A. Kovács als griffier en uitgesproken in het openbaar op 19 mei 2004.

(get.) R.C. Schoemaker

(get.) A. Kovács

Tegen een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep ingevolge de Coördinatiewet Sociale Verzekering kan ieder der partijen beroep in cassatie instellen, maar alleen ter zake van schending of verkeerde toepassing van het bepaalde bij of krachtens een der artikelen 1, vierde tot en met achtste lid, 4 tot en met 8 en de op die artikelen berustende bepalingen. Dit beroep wordt ingesteld door binnen zes weken nadat dit afschrift der uitspraak ter post is bezorgd, een beroepschrift in cassatie aan de Centrale Raad van Beroep in te zenden.