

ECLI:NL:CRVB:2010:BL9570

Instantie	Centrale Raad van Beroep
Datum uitspraak	18-03-2010
Datum publicatie	01-04-2010
Zaaknummer	09/2394 CSV + 09/2532 CVS + 09/2964 CSV
Rechtsgebieden	Socialezekerheidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Correctienota's. Boetenota's. Coffeeshops. In de ondernemingen was (tevens) sprake van horeca-activiteiten. Fooienbesluit van toepassing. Geen sprake van samengestelde ondernemingen. Correctie van het premieloon over een jaar kan beperkt worden tot het loontijdvak waarover de werkgever het rechtens verschuldigde loon over de betreffende periode niet heeft betaald. Geen strijd met art. 6 EVRM.
Wetsverwijzingen	Coördinatiewet Sociale Verzekering Coördinatiewet Sociale Verzekering 11
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl USZ 2010/145

Uitspraak

09/2394 CSV

09/2532 CVS

09/2964 CSV

Centrale Raad van Beroep

Meervoudige kamer

U I T S P R A A K

op de hoger beroepen van:

[B.V.], gevestigd te [vestigingsplaats] (hierna: B.V.),

en

de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: Uvw)

tegen de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 20 maart 2009, 08 - 884 (hierna: aangevallen uitspraak),

in het geding tussen:

de B.V.

en

het Uvw

Datum uitspraak: 18 maart 2010

I. PROCESVERLOOP

Namens de B.V. heeft mr. L.C. de Jager, advocaat te Hoofddorp, hoger beroep ingesteld.

Het Uvw heeft eveneens hoger beroep ingesteld.

Mr. De Jager heeft bij het aanvullend beroepschrift tevens een verweerschrift ingediend. Het Uvw heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting, gevoegd met de gedingen tussen [B.V. 1] en het Uvw met reg. nrs. 09/2399 CSV, 09/2534 CSV en 09/2967 CSV en tussen [B.V. 2] en het Uvw met reg. nrs. 09/2400 CSV, 09/2535 CSV en 09/2966 CSV, heeft plaatsgevonden op 4 februari 2010. Namens de B.V., daartoe ambtshalve opgeroepen bij gemachtigde, zijn verschenen mr. De Jager en [naam bestuurder], bestuurder van de B.V.. Het Uvw heeft zich laten vertegenwoordigen door J. van der Stoop, werkzaam bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.

Na de sluiting van het onderzoek ter zitting zijn de gevoegde zaken weer gesplitst. In deze zaak worden heden afzonderlijk uitspraak gedaan.

II. OVERWEGINGEN

1. De Raad stelt voorop dat het in geding zijnde geschil wordt beoordeeld aan de hand van de Coördinatiewet Sociale Verzekering en de daarop rustende bepalingen, zoals die luiden ten tijde hier van belang.

2.1. Bij de B.V. is door controlemedewerkers van de belastingdienst in 2006 een looncontrole gehouden over de jaren 2002 tot en met 2005, van welke controle op 15 december 2006 rapport is opgesteld. De ondernemingactiviteiten van de B.V. bestaan uit het exploiteren van een coffeeshop. In deze coffeeshop zijn twee verkoopbalies, een voor de verkoop van softdrugs en de andere voor de verkoop van koffie, thee en versnaperingen, met elk een kassa. Gerapporteerd is dat alle werknemers achter een verkoopbalie staan waar zij de verantwoordelijkheid over de kassa en goederenvoorraad (o.a. de stuff) dragen en de bestelde artikelen gereedmaken en uitserveren. De controlemedewerkers hebben geconstateerd dat de werknemers geen vakantietoeslag ontvangen, geen betaalde vakantiedagen genieten en het minimum(jeugd)loon ontvangen dat lager is dan het voor hen geldende CAO-loon. Op basis van het berekende bedrag aan vakantietoeslag, de waarde van het loon over vakantiedagen en het met toepassing van het besluit van het Landelijk instituut sociale verzekeringen van 21 november 2001, Stcrt. 249 inzake de tot het loon te rekenen fooien en dergelijke prestaties van derden (hierna: Fooienbesluit 2002) berekende loon hebben de controlemedewerkers de premielonen over de betrokken jaren gecorrigeerd. Aan de hand van de over het jaar 2004 berekende correctie van het premieloon is om praktische redenen tevens een correctie van de premielonen over de jaren 2002, 2003 en 2005 aangebracht.

2.2. Op basis van dit controlerapport heeft het Uvw bij besluiten van 9 april 2007 de B.V. correctienota's doen toekomen over de jaren 2002 tot en met 2005. Tevens heeft het Uvw de B.V. bij besluiten van 13 april 2007 boetenota's doen toekomen over de jaren 2003 tot en met 2005. De opgelegde boetes bedragen 5% van de alsnog verschuldigde premies.

2.3. In bezwaar, alsmede in beroep en hoger beroep heeft de B.V. zich uitsluitend gekeerd tegen de premiecorrecties, gebaseerd op de toepassing van het Fooienbesluit 2002 en de daaruit voortvloeiende boetes.

2.4. Bij besluit van 7 december 2007 heeft het Uvw het bezwaar tegen de opgelegde correctie- en boetenota's ongegrond verklaard.

3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank - met bepalingen inzake vergoeding van proceskosten en griffierecht - het beroep tegen het besluit van 7 december 2007 gegrond verklaard en dat besluit vernietigd. De rechtbank is ervan uitgegaan dat de B.V. een onderneming exploiteert waarin (tevens) horeca-activiteiten worden verricht, zodat het Fooienbesluit 2002 op haar van toepassing is, en dat alle werknemers van de B.V. werkzaam zijn in de bediening, waaruit voortvloeit dat de werknemers voor wat betreft de premieheffing geacht worden een rechtens geldend loon te hebben genoten. De rechtbank is evenwel tot de conclusie gekomen dat de correctienota's over de jaren 2002 tot en met 2005, en daaruit voortvloeiend tevens de boetenota's over de jaren 2003 tot en met 2005, op een onvoldoende feitelijke grondslag berusten omdat het Uvw niet aannemelijk heeft gemaakt dat de Horeca CAO of enige andere CAO in deze jaren het rechtens geldende loon van de werknemers van de B.V. bepaalde. De rechtbank heeft het besluit van 7 december 2007 wegens strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vernietigd en overwogen dat het Uvw opnieuw dient te beslissen op het ingediende bezwaar.

4.1. In hoger beroep heeft het Uvw zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank het beroep ten onrechte integraal, dat wil zeggen over de gehele periode 2002 tot en met 2005, gegrond heeft verklaard. Het Uvw heeft aangevoerd dat de CAO Horeca- en aanverwante bedrijf (hierna: CAO) algemeen verbindend was verklaard in de perioden van 1 januari 2002 tot en met 30 juni 2002 en van 6 mei 2003 tot en met 31 december 2004, zodat de B.V. gehouden was haar werknemers in die perioden het rechtens geldende loon, te weten het loon volgens de CAO, te betalen en dat het besluit van 7 december 2007 in zoverre op goede gronden berust.

4.2. Ter uitvoering van de aangevallen uitspraak heeft het Uvw bij besluit van 24 april 2009 het bezwaar tegen de correctie- en boetenota's als gevolg van de toepassing van het Fooienbesluit 2002 gegrond verklaard voor wat betreft de perioden van 1 juli 2002 tot en met 31 december 2002, van 1 januari 2003 tot en met 5 mei 2003 en van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2005. Door middel van de aan de B.V. gezonden correctie- en boetenota's van 21 augustus 2009 heeft het Uvw het besluit van 24 april 2009 nader geconcretiseerd. De Raad merkt het besluit van 24 april 2009 in samenhang met de correctie- en boetenota's van 21 augustus 2009 aan als een besluit dat met overeenkomstige toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19, eerste lid, van de Awb mede in de beoordeling wordt betrokken.

5. In hoger beroep heeft de B.V. het oordeel van de rechtbank dat het Fooienbesluit 2002 op haar van toepassing is bestreden. Naar aanleiding van het besluit van 24 april 2009 heeft de B.V. aangevoerd dat zij niet valt onder de werkingssfeer van de CAO. Voorts is de B.V. van mening dat de opgelegde nota's betrekking hebben op een geheel kalenderjaar en derhalve geen deelbare besluiten zijn. Aangezien de correctienota's over 2002 en 2003 betrekking hebben op een deel van het kalenderjaar (1 januari 2002 tot en met 30 juni 2002 respectievelijk 6 mei 2003 tot en met 31 december 2003) kunnen deze nota's volgens de B.V. niet in stand blijven. De eerder aangevoerde grieven tegen de opgelegde boetenota's, waar de rechtbank niet aan toe is gekomen, heeft de B.V. gehandhaafd.

6. De Raad overweegt het volgende.

6.1. Ingevolge artikel 3, eerste lid, van het Fooienbesluit 2002 wordt de werknemer, werkzaam bij een onderneming waarin (tevens) horeca-activiteiten verricht worden en behorend tot het bediend personeel, die van zijn werkgever niet ten minste het voor hem rechtens geldende loon ontvangt, geacht foien en dergelijke prestaties van derden te genieten tot een bedrag ter grootte van dat rechtens geldende loon verminderd met het rechtstreeks van de werkgever ontvangen loon.

6.2. De Raad is met de rechtbank van oordeel dat ten tijde hier van belang in de onderneming van de B.V. (tevens) sprake was van horeca-activiteiten. De coffeeshop bevat, zoals toegelicht ter zitting van de Raad, één voor het publiek toegankelijke ruimte waar naast softdrugs ook koffie, thee, frisdrank en versnaperingen worden verkocht en uitgeserveerd, die (mede) ter plaatse worden geconsumeerd. Gelet op deze voor de horeca kenmerkende omstandigheden kunnen de activiteiten van de onderneming van de B.V. niet worden aangemerkt als detailhandel. De Raad merkt overigens op dat de B.V. niet betwist dat in

haar onderneming horeca-activiteiten worden verricht, zij het dat die activiteiten in haar visie van ondergeschikte betekenis zijn ten opzichte van de verkoop van softdrugs, die door de B.V. worden aangeduid als detailhandel in genotsmiddelen. Niet van belang is dat naar de mening van de B.V. geen sprake is van horeca-activiteiten, maar van horeca-achtige activiteiten en evenmin dat zij de indeling van haar bedrijf in verband met de premiehoogte in de sector 'Horeca algemeen' bestrijdt of dat de Kamer van Koophandel een andere sectorindeling hanteert. De onderneming van de B.V. vormt een geheel, zodat geen sprake is van een bedrijfsonderdeel waarin de horeca-activiteiten een zelfstandig onderdeel vormen. De omstandigheid dat de coffeeshop een afzonderlijke balie met een kassa voor softdrugs en een afzonderlijke balie met een kassa voor koffie, thee, e.d. had, betekent immers niet dat sprake was van gescheiden bedrijfsonderdelen. De B.V. erkent inmiddels dat alle werknemers waarop de looncontrole betrekking had tot het bediend personeel behoren. Daaruit vloeit voort dat het Uvw zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het Foonbesluit 2002 in de periode in geding op de B.V. van toepassing was en dat het hoger beroep van de B.V. niet slaagt.

6.3. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder twee, van de CAO wordt onder werkgever verstaan de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een horecabedrijf exploiteert en daartoe een werknemer in de zin van deze CAO in dienst heeft. De Raad is van oordeel dat de onderneming van de B.V. onmiskenbaar moet worden aangemerkt een onderneming als bedoeld in artikel 2, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van het Instellingsbesluit Bedrijfschap Horeca en Catering van 8 december 2003, Stb. 565, de zogeheten aanverwante bedrijven, en derhalve als een horecabedrijf als bedoeld in artikel 1, aanhef en onderdeel drie, van de CAO. Zoals in 6.2 overwogen is de Raad van oordeel dat de onderneming van de B.V. een geheel vormt en dat geen sprake is van een bedrijfsonderdeel waarin de horeca-activiteiten een zelfstandig onderdeel vormen. Dit betekent tevens dat geen sprake is van samengestelde ondernemingen als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder vijf, van de CAO, zodat reeds om die reden de B.V. in zijn geheel valt onder de werkingssfeer van deze CAO, zoals geregeld in artikel 2, eerste lid, van die CAO.

6.4. Niet in geschil is dat de CAO 2001/2002 in de periode van 1 juni 2002 tot en met 30 juni 2003 en de CAO 2003/2004 in de periode van 6 mei 2003 tot en met 31 december 2004 algemeen verbindend was verklaard en dat in die perioden het in de CAO geregelde loon het door de B.V. rechtens verschuldigde loon was als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van het Foonbesluit 2002. Dit betekent dat de grief van het Uvw dat de rechtbank het beroep ten onrechte integraal, dat wil zeggen over de gehele periode 2002 tot en met 2005, gegrond heeft verklaard, slaagt. De Raad zal dan ook de aangevallen uitspraak, voor zover door het Uvw aangevochten, vernietigen. Aangezien het Uvw ter uitvoering van de aangevallen uitspraak bij besluit van 24 april 2009 in samenhang met de correctie- en boetenota's van 21 augustus 2009 opnieuw op het bezwaar van de B.V. heeft beslist en de Raad dit besluit mede in de beoordeling betreft, zal de Raad zich verder beperken tot de beoordeling van dit besluit.

7. De Raad overweegt ten aanzien van dit nader genomen besluit als volgt.

7.1. De grief van de B.V. dat de correctienota's betrekking hebben op een kalenderjaar en derhalve geen deelbare besluiten zijn, zodat de correctienota's over 2002 en 2003 niet in stand kunnen blijven, omdat die betrekking hebben op een deel van die kalenderjaren, kan niet slagen. De omstandigheid dat een algemeen verbindendverklaring van een CAO in tijd beperkt is, waaruit voortvloeit dat de werkgever in een deel van een kalenderjaar een loon heeft betaald dat ligt beneden het in die geregelde CAO rechtens geldende loon, betekent niet dat de correctienota geen betrekking heeft op het gehele kalenderjaar, maar brengt met zich dat de correctie van het premieloan over dat jaar beperkt kan worden tot het loontijdvak waarover de werkgever het rechtens verschuldigde loon over de betreffende periode niet heeft betaald. Dit zou eveneens gelden als de werkgever slechts een deel van een kalenderjaar minder dan het minimum(jeugd)loon zou hebben betaald.

7.2. De over het jaar 2004 door de controlemedewerkers verzamelde gegevens zijn geëxtrapoleerd naar de andere jaren in geding. Hierbij is ervan uitgegaan dat de B.V. in die jaren ook het minimumloon betaalde, geen vakantietoeslag betaalde en de werknemers geen betaalde vakantiedagen hebben genoten. De B.V. heeft die uitgangspunten niet bestreden. Gerapporteerd is dat het conceptrapport op 7 december

2006 met de werkgever en zijn accountant is besproken en dat toen geen kritiek is geuit op de diverse berekeningen die aan de correcties als gevolg van de toepassing van het Fooienbesluit 2002 ten grondslag liggen. Concrete informatie waaruit zou kunnen blijken dat het resultaat van de extrapolatie over een of meerdere jaren tot een voor de B.V. ongunstige afwijking heeft geleid is door de B.V. niet overgelegd. De Raad is voorts niet gebleken dat de aan de correctienota's ten grondslag liggende berekeningswijze onjuist is.

7.3. Ten aanzien van de opgelegde boetenota's heeft de B.V. zich primair op het standpunt gesteld dat de gronden waarop het opleggen van de boete berust niet tijdig, dat wil zeggen uiterlijk op het tijdstip van opleggen van de boetes, aan haar zijn meegedeeld, zodat de boetes wegens strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) dienen te vervallen.

7.3.1. Op grond van artikel 6, derde lid, aanhef en onder a, van het EVRM heeft een ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, het recht om onverwijld, in een taal die hij verstaat, en in bijzonderheden op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in het arrest van 20 december 1989, BNB 1990/102, brengt het bepaalde in deze verdragsbepaling mee dat de gronden waarop het opleggen van een boete berust, in bijzonderheden en uiterlijk op het tijdstip van oplegging van de boete, aan de premieplichtige moeten worden medegedeeld, hetzij door deze mededeling op te nemen in de boetenota, dan wel op andere wijze.

7.3.2. De Raad is van oordeel dat de in de brief van het Uvw van 5 april 2007 vervatte mededeling aan de B.V. inzake het voornemen een boete op te leggen voldoet aan de daaraan in het licht van artikel 6, derde lid, aanhef en onder a, van het EVRM te stellen eisen omdat de B.V. daarbij in voldoende mate is geïnformeerd over de aard en de reden van (het voornemen) tot het opleggen van de boete. Voor zover een boetebesluit niet voldoet aan de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringseis, die moet worden onderscheiden van de motiveringseis voortvloeiend uit genoemde verdragsbepaling, kan dat gebrek, anders dan de B.V. meent, bij de beslissing op bezwaar worden hersteld, zoals in dit geval ook is geschied.

7.4. De overige door de B.V. tegen de opgelegde boetenota's aangevoerde grieven kunnen evenmin slagen, waarbij de Raad nog opmerkt dat de opvatting van de B.V. dat sprake is van een pleitbaar standpunt eraan voorbijgaat dat aan de B.V. geen vergrijp- maar verzuimboetes zijn opgelegd en dat niet is gebleken dat de in omvang beperkte boetes voor de B.V. dermate financiële consequenties hebben dat om die reden een matiging dient plaats te vinden.

8. Uit het voorstaande vloeit voort dat het hoger beroep van het Uvw slaagt en dat de aangevallen uitspraak, voor zover deze door het Uvw is aangevochten, voor vernietiging in aanmerking komt. Het hoger beroep van de B.V. slaagt niet en het beroep tegen het besluit van 24 april 2009 in samenhang met de correctie- en boetenota's van 21 augustus 2009 wordt ongegrond verklaard.

9. De Raad ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

III. BESLISSING

De Centrale Raad van Beroep;

Recht doende:

Vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover door het Uvw aangevochten;

Verklaart het beroep tegen het besluit van 24 april 2009 in samenhang met de correctie- en premienota's van 21 augustus 2009 ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door R.C. Schoemaker als voorzitter en C. van Viegen en J.F. Bandringa als leden, in tegenwoordigheid van R.L.G. Boot als griffier. De beslissing is uitgesproken in het openbaar op 18 maart 2010.

(get.) R.C. Schoemaker.

(get.) R.L.G. Boot.

Tegen deze uitspraak kunnen partijen binnen zes weken na de datum van verzending beroep in cassatie instellen bij de Hoge Raad der Nederlanden (Postbus 20302, 2500 EH 's-Gravenhage) ter zake van schending of verkeerde toepassing van het begrip loon in de artikelen 4 tot en met 8 van de Coördinatiewet Sociale verzekeringen.

SG