

ECLI:NL:PHR:2020:1071

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	29-10-2020
Datum publicatie	20-11-2020
Zaaknummer	20/01378
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2021:1450
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	<p>Sectorindeling premieheffing werknemersverzekeringen; concernregeling ex art. 5.4(1) Regeling Wfsv; proefprocedure franchiseketens; beslissingsruimte bestuursorgaan en toetsingsintensiteit bestuursrechter; concernindeling in sector 17 (detailhandel) of 19 (grootwinkelbedrijf)? 'maatschappelijke functie van het geheel van bedrijven'</p> <p>Deze zaak is één van vier proefprocedures van franchiseketens (twee supermarkten en twee bouwmarkten) over de concernbepaling van art. 5.4(1) van de Regeling Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) voor de indeling van werkgevers in premie-sectoren naar werkloosheidsrisico.</p> <p>Bij deze conclusie gaat een bijlage die ook gaat bij de andere drie zaken (met rolnummers 20/01378, 20/01379 en 20/01380). Die bijlage bevat de voor alle vier de zaken relevante achtergrond, wetgeving, wetsgeschiedenis en rechtspraak, en de analyse van de zaken en de beoordeling van het in alle vier zaken nagenoeg identieke cassatiemiddel. Die bijlage staat in het teken van het algemeen bestuursrechtelijke leerstuk van bestuurlijke beleids- en beoordelingsruimte (beslissingsruimte) en de intensiteit van de rechterlijke toetsing daarvan omdat de zaken rechtseenheidsvragen oproepen in verband met de toetsing door de belastingrechter van de toepassing van 'kan'-bepalingen door de Inspecteur. HR BNB 2015/88 zegt dat art. 5.4(1) Regeling Wfsv de Inspecteur 'beoordelingsvrijheid' laat, maar die term wordt door de ABRvS sinds 2016 expliciet vermeden als misleidend. Het lijkt A-G Wattel wenselijk dat de belastingrechter bij de terminologie van de Afdeling aansluit en de (veelal beperkte) beslissingsruimte van (para)fiscale bestuursorganen op dezelfde wijze beoordeelt als andere bestuursrechters de beslissingsruimten van 'hun' bestuursorganen beoordelen.</p> <p>Feiten: De belanghebbende exploiteert als franchisenemer een bouwmarkt. Zij is op grond van art. 95 Wfsv voor 2015 en 2016 ingedeeld in sector 17 (Detailhandel). Haar loonsom ligt beneden het bedrag dat leidt tot indeling in sector 19 (Grootwinkelbedrijf). Zij vormt met de andere franchisenemers een organisatorische eenheid (de groep), zodat zij in aanmerking komt om met hen gezamenlijk in één sector ingedeeld te worden op de voet van art. 5.4(1) Regeling Wfsv (concernregeling). Tot de groep behoren ook werkgevers met een premieplichtig loon boven de sector-19-grens. De belanghebbende wil voor 2015 en 2016 worden ingedeeld in sector 19, omdat de premiepercentages daar toen lager waren. De Inspecteur heeft de groep echter ingedeeld in sector 17. Na prorogatie heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden haar beroep ongegrond verklaard. In geschil is of belanghebbende(s) groep) terecht in sector 17 is ingedeeld, of de Inspecteur van zijn beslissingsruimte gebruik had moeten maken om haar in verband met de maatschappelijke functie van het geheel van de franchisees in te delen in sector 19. Niet in geschil is dat de gezamenlijke franchisees het grootste bedrag verlonen in sector 17 (detailhandel), zodat de hoofdregel van art. 5.4(1) Regeling Wfsv (grootste loonsom-criterium) leidt tot concernindeling in sector 17, maar de belanghebbende en haar franchisegenoten menen dat als de inspecteur heeft besloten om de concernbepaling toe te passen, zoals in casu, hij niet meer de beslissingsruimte heeft om anders in te delen dan naar het criterium 'maatschappelijke functie' en dat dat leidt tot indeling als grootwinkelbedrijf. Het Hof heeft dat volgens haar miskend.</p> <p>A-G Wattel meent met de belanghebbende dat de term 'maatschappelijke functie' in art. 5.4(1) Regeling Wfsv een objectieve term is waarvan de invulling door de Inspecteur volledig wordt getoetst door de belastingrechter, maar dat dat de belanghebbende(n) niet helpt. De Inspecteur was zijns inziens niet verplicht om de belanghebbende en haar mede-franchisees in premiesector 19</p>

(grootwinkelbedrijf) in te delen op basis van dat criterium omdat (i) dat criterium irrelevant is voor een keuze tussen de sectoren 17 en 19, het onderscheid waartussen uitsluitend bepaald wordt door een slechts cijfermatig loonsomcriterium dat niets zegt over de maatschappelijke functie van een winkelbedrijf: de maatschappelijke functie van een bouwmarkt met veel althans duur personeel is identiek aan die van een bouwmarkt met weinig althans goedkoop personeel en ook aan die van een groep al dan niet groot aantal bouwmarkten; (ii) de gezamenlijke franchisees niet aangemerkt kunnen worden als één werkgever of één bedrijf en de concernbepaling ook niet strekt tot een 'premie-eenheid' vergelijkbaar met een fiscale eenheid, en (iii) ook als dat anders zou zijn, de concernbepaling de Inspecteur door de rechter te respecteren beleidsruimte laat in verband met af te wegen belangen, zowel bij de vraag of hij een verzoek om concernindeling honoreert als bij de vraag of – als hij het verzoek honoreert - de maatschappelijke functie van het geheel van de bedrijven aanleiding geeft om hen niet in te delen volgens de wettelijke hoofdregel van het hoogste premieloon.

De A-G meent wel dat de Inspecteur en het Hof het motiveringsbeginsel en art. 8:42 Awb hebben geschonden door als enige motivering van het beroepen besluit te verwijzen naar niet-gepubliceerd beleid, respectievelijk door die verwijzing als motivering te aanvaarden, maar dat leidt volgens hem niet tot cassatie omdat vernietiging en terugwijzing naar de Inspecteur, gezien het bovenstaande, niet tot een andere uitkomst zullen leiden.

Conclusie: cassatieberoep ongegrond

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

NLF 2021/0022 met annotatie van Frank Werger

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 20/01378

Datum 29 oktober 2020

Belastingkamer B

Onderwerp/tijdvak Wet financiering sociale verzekeringen 2015 en 2016

Nr. Gerechtshof 18/00412

CONCLUSIE

P.J. Wattel

in de zaak van

[X] B.V.

tegen

de Staatssecretaris van Financiën

1 Overzicht

- 1.1 Deze zaak is één van vier proefprocedures van *franchiseketens* (twee supermarkten en twee bouwmarkten) over de concernbepaling van art. 5.4(1) van de Regeling Wet financiering sociale verzekeringen¹ (Wfsv) voor de indeling van werkgevers in premiesectoren naar gelang het werkloosheidsrisico in een sector van bedrijvigheid.
- 1.2 De zaak betreft een *franchisenemer*-bouwmarkt die op basis van de genoemde concernbepaling voor de premieheffing werknemersverzekeringen samen met haar mede-*franchisees* als één concern ingedeeld wil worden in één sector, nl. sector 19 (grootwinkelbedrijf). Niet in geschil is dat de gezamenlijke *franchisees* het grootste bedrag verlonen in sector 17 (detailhandel), maar de belanghebbende en haar *franchise*genoten menen dat de Inspecteur zijn bevoegdheid had moeten gebruiken om hen 'in verband met de maatschappelijke functie van het geheel van (hun) bedrijven' in te delen in sector 19 (grootwinkelbedrijf), waar de premies in de litigieuze jaren lager waren dan in sector 17.
- 1.3 Bij deze conclusie gaat een bijlage die ook gaat bij drie andere zaken, die de rolnummers 20/01377, 20/01379 en 20/01380 hebben. Die bijlage bevat de voor alle vier de zaken relevante achtergrond, wetgeving, wetsgeschiedenis en rechtspraak, met name ter zake van het in het belastingrecht tamelijk onbekende bestuursrechtelijke leerstuk 'beslissingsruimte van het bestuursorgaan'.
- 1.4 Die bijlage bevat ook de analyse van de zaken en de beoordeling van de in alle vier de zaken nagenoeg identieke cassatiemiddelen, met name de onderbouwing van de conclusie dat de Inspecteur niet verplicht was om de belanghebbenden en hun mede-*franchisees* in premiesector 19 (grootwinkelbedrijf) in te delen op basis van het 'maatschappelijke functie'-criterium in art. 5.4(1) Regeling Wfsv, omdat (i) dat criterium betekenisloos is voor een keuze tussen die sectoren, het onderscheid waartussen immers uitsluitend bepaald wordt door een slechts cijfermatig loonsomcriterium dat mijns inziens irrelevant is voor de maatschappelijke functie van een winkelbedrijf; (ii) de gezamenlijke *franchisees* niet aangemerkt kunnen worden als één werkgever of één bedrijf en de concernbepaling daartoe ook niet strekt, en (iii) ook als dat anders zou zijn, de concernbepaling de Inspecteur door de rechter te respecteren beleidsruimte laat zowel bij de vraag of hij een verzoek om concernindeling honoreert als bij de vraag of – *als* hij het verzoek honoreert – de maatschappelijke functie van het geheel van de bedrijven van de betrokken *franchisees* aanleiding geeft om hen niet in te delen volgens de wettelijke hoofdregel van het hoogste premieloon.
- 1.5 Dat Inspecteur en Hof – mijns inziens – het motiveringsbeginsel en art. 8:42 Awb hebben geschonden, maakt dat niet anders.
- 1.6 Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de belanghebbende ongegrond te verklaren.

2 De (inmiddels gewijzigde) regelgeving

- 2.1 Art. 23 Wfsv regelde tot 1 januari 2020 dat voor de financiering van WW-uitkeringen twee premiedelen worden geheven. Eén premiedeel strekte tot financiering van het algemene werkloosheidsfonds (Awf),² uit welk fonds de WW-uitkering wordt betaald aan een meer dan zes maanden werkloze voormalige werknemer, ongeacht in welke bedrijfs- of beroepssector zij werkzaam was (art. 100(a) Wfsv). Het andere premiedeel, bestaande uit een sectorpremiepercentage van het premieplichtige loon, financierde de sectorfondsen,³ waaruit de uitkering in de eerste zes maanden werd betaald. Het

bedrijfs- en beroepsleven werd ingevolge art. 95 Wfsv tot 1 januari 2020 ingedeeld in werkloosheidsrisicosectoren (art. 104(1)(a) Wfsv). Voor verschillende sectoren golden verschillende premiepercentages, waardoor het financieel uitmaakte in welke sector een werkgever werd ingedeeld. De premiepercentages in de sectoren waar het om gaat in deze en de drie samenhangende proefprocedures zijn die van de sectoren 17 (detailhandel) en 19 (grootwinkelbedrijf). Die percentages bedroegen in de jaren 2015, 2016 en 2017:

	2015	2016	2017
Sector 17 (detail)	3,29%	2,31%	2,06%
Sector 19 (groot)	1,84%	1,55%	2,47%

2.2 De Inspecteur stelde ex art. 95(2) Wfsv bij voor bezwaar vatbare beschikking vast bij welke van de in art. 95(1) Wfsv jo. art. 5.1 Regeling Wfsv onderscheiden sectoren een werkgever van rechtswege was aangesloten (er waren 69 sectoren) c.q. bij welk sectoronderdeel de werkzaamheden behoorden die hij deed verrichten (art. 96(1) Wfsv). De op art. 5.2 Regeling Wfsv gebaseerde bijlage 1 bij de Regeling Wfsv omschreef sector 17 (detailhandel en ambachten) als volgt:

“17. Detailhandel en ambachten, omvattende:

A. Detailhandel:

1. a. Winkelbedrijven (met inbegrip van een daaraan verbonden reparatieafdeling, voor zover deze reparatieafdeling uitsluitend of praktisch uitsluitend werkzaam is voor het eigen winkelbedrijf, doch met uitzondering van grootwinkelbedrijven en detailhandel in foto-artikelen, verbonden aan een fotografisch atelier);”

Sector 19 werd als volgt omschreven:

“19. Grootwinkelbedrijf, omvattende:

Warenhuizen en filiaalbedrijven in de detailhandel die een loonsom WW van tenminste [2015: € 5.890.425; 2016: € 5.968.128; en 2017: € 6.062.424] hebben.”

2.3 Een winkelbedrijf met een WW-loonsom van meer dan circa € 6 mio werd dus ingedeeld in sector 19 en een winkelbedrijf met een WW-loonsom van minder dan circa € 6 mio in sector 17, met de premiegevolgen van dien.

2.4 Art. 5.4(1) Regeling Wfsv bevatte een concernregeling die het mogelijk maakte om organisatorisch en economisch verweven werkgevers die in verschillende sectoren vielen niettemin in één sector in te delen:

“1. De inspecteur kan op aanvraag van twee of meer werkgevers, wier bedrijven of instellingen in juridisch opzicht zelfstandig zijn, doch tot een economische of organisatorische eenheid behoren bij voor bezwaar vatbare beschikking beslissen dat deze werkgevers aangesloten zijn bij dezelfde sector. Deze werkgevers worden aangesloten in de sector waaronder de werkzaamheden ressorteren voor welke door de gezamenlijke werkgevers het grootste bedrag aan premieplichtig loon wordt betaald of vermoedelijk zal worden betaald, tenzij de inspecteur in verband met de maatschappelijke functie van het geheel van deze bedrijven of instellingen anders beslist.”

2.5 In de bijlage bij deze conclusie wordt de achtergrond en ratio van deze regeling uiteengezet.

3 Feiten en geschil; prorogatie

3.1 De belanghebbende exploiteert als franchisenemer van de [A] -formule een bouwmarkt in [Z] . Zij is op grond van art. 95 Wfsv voor de jaren 2015 en 2016 ingedeeld in sector 17 (Detailhandel). Haar premieplichtige loonsom ligt beneden het boven genoemde bedrag dat leidt tot indeling in sector 19. Zij vormt met de andere franchisenemers een economische en organisatorische eenheid (de groep) zoals bedoeld in het boven geciteerde artikel 5.4(1) Regeling Wfsv. Tot de groep behoren ook werkgevers met een premieplichtig loon boven de sector-19-grens.

3.2 Gezien de premiepercentages in de sectoren 17 en 19 was het in 2015 en 2016 voordeliger om in sector 19 (grootwinkelbedrijf) te worden ingedeeld en in 2017 voordeliger om in sector 17 te worden ingedeeld. De belanghebbende heeft dan ook verzocht om per 1 januari 2015 te worden ingedeeld in

sector 19 en om de concernregeling niet meer op haar toe te passen vanaf 1 januari 2017, maar haar vanaf die datum in te delen in sector 17. Deze procedure gaat over haar eerste verzoek om per 1 januari 2015 in sector 19 te worden ingedeeld.

3.3 De Inspecteur heeft dat verzoek afgewezen. De belanghebbende heeft daartegen bezwaar gemaakt en om prorogatie ex art. 7:1a Awb verzocht. Dat laatste verzoek is toegewezen en haar bezwaarschrift is als beroepsschrift doorgezonden naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Er is in deze procedure maar één feitelijke instantie.⁴

3.4 In geschil is of de belanghebbende terecht in sector 17 is ingedeeld of de Inspecteur haar met toepassing van de concernregeling in sector 19 had moeten indelen.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5

3.5 Het Hof heeft belanghebbendes beroep ongegrond verklaard, overwegende als volgt:

“4.4. Volgens artikel 5.4 van de Regeling Wfsv “kan” de inspecteur op aanvraag beslissen dat twee of meer werkgevers aangesloten zijn bij dezelfde sector. Het woord “kan” duidt erop dat de regelgever de inspecteur beoordelingsvrijheid heeft gegund bij de behandeling van een aanvraag om een zodanige beslissing. Noch aan de context van deze bepalingen, noch aan de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, kan worden ontleend dat de regelgever de inspecteur deze beoordelingsvrijheid heeft willen onthouden (HR 9 januari 2015, nr. 14/00986, ECLI:NL:HR:2015:33, en nr. 14/00987, ECLI:NL:HR:2015:34).

4.5. Naar het oordeel van het Hof geldt dat de Inspecteur evenzeer beoordelingsvrijheid heeft bij zijn bevoegdheid te beslissen dat twee of meer werkgevers in verband met de maatschappelijke functie van het geheel worden aangesloten bij een andere sector dan die van het grootste bedrag aan premieplichtig loon.

4.6. Voor de wijze waarop de Inspecteur zijn beoordelingsvrijheid in dit laatste geval invult, is geen beleidsregel vastgesteld. Wel is, zo verklaart de Inspecteur, sprake van een consistente uitvoeringswijze. Deze houdt in dat indeling met toepassing van de concernregeling steeds plaatsvindt op basis van de grootste loonsom. Een afwijking wordt slechts in uitzonderingsgevallen toegepast, te weten wanneer binnen een groep de grootste loonsom betrekking heeft op een hulpwerkzaamheid die niet kenmerkend is voor (de maatschappelijke functie van) de groep als geheel, aldus de Inspecteur.

4.7. Naar het oordeel van het Hof vult de Inspecteur daarmee zijn beoordelingsvrijheid op redelijke wijze in. Voorts onderschrijft het Hof de conclusie van de Inspecteur dat toepassing van zijn consistente uitvoeringswijze meebrengt dat belanghebbende wordt ingedeeld in sector 17, detailhandel. Het is niet zo dat de werkzaamheden van de detailhandel niet kenmerkend zijn voor die van de groep als geheel.

3.6 Ook belanghebbendes beroep op het gelijkheidsbeginsel baatte haar niet:

“4.8. Belanghebbende beroept zich op het gelijkheidsbeginsel. Zij vergelijkt zich met een werkgever die evenals zij een loonsom heeft beneden de grens, maar die deel uitmaakt van een groep waarbinnen de grootste loonsom wordt betaald door werkgevers met een loonsom boven de grens. Naar het oordeel van het Hof moet in dit geval, waar het gaat om toepassing van de concernregeling, de vraag of sprake is van gelijke gevallen worden beoordeeld op het niveau van de groep. Op dat niveau beoordeeld is geen sprake van gelijke gevallen, omdat in de situatie van belanghebbende de grootste loonsom wordt betaald door werkgevers met een loon beneden de grens en in de situatie waarmee zij zich vergelijkt wordt de grootste loonsom betaald door werkgevers met een loon boven de grens. Dit is een rechtens relevant verschil, omdat het verschil tussen sector 17 en sector 19 juist ligt in de hoogte van de loonsom. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt daarom niet.”

4 Het geding in cassatie

4.1 De belanghebbende heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend. Beide partijen merken deze procedure aan als proefprocedure in die zin dat de uitkomst ervan ook van belang is voor een groot aantal andere *franchisenemers* aangesloten bij dezelfde *franchiseformule* en eenzelfde verzoek hebben gedaan als de

belanghebbende. De belanghebbende heeft op 25 september 2020 gerepliceerd; de Staatssecretaris heeft op 20 oktober 2020 geduplicateerd.

4.2 De belanghebbende stelt één cassatiemiddel in een primair en een subsidiair onderdeel voor: het Hof heeft in strijd met art. 96(3) Wfsv jo. art. 5.4 Regeling Wfsv of onvoldoende gemotiveerd geoordeeld dat de inspecteur bevoegd was om de concernregeling niet aldus toe te passen dat de belanghebbende in sector 19 werd ingedeeld, (i) *primair* omdat de Inspecteur geen beoordelingsvrijheid heeft bij de toepassing van de tweede volzin van art. 5.4(1) Regeling Wfsv, met name niet bij de vraag of de maatschappelijke functie van het geheel van de werkgevers die tot hetzelfde concern behoren tot aansluiting bij een andere sector leidt dan die van het grootste bedrag aan premieplichtig loon, en (ii) *subsidiair* omdat als er beoordelingsvrijheid zou bestaan, de Inspecteur die te buiten is gegaan. De belanghebbende acht in dat verband het gelijkheidsbeginsel geschonden.

4.3 Ad primair licht de belanghebbende toe dat het Hof ten onrechte HR *BNB* 2015/886 (zie onderdeel 4.4 bijlage), dat over de eerste volzin van art. 5.4(1) Regeling Wfsv ging, heeft doorgetrokken naar de tweede volzin. Zij erkent dat de inspecteur niet verplicht is tot concernaansluiting, maar meent dat *als* hij eenmaal tot concernaansluiting overgaat, zoals in haar geval, de tweede volzin van art. 5.4(1) Regeling Wfsv hem voorschrijft *hoe* hij moet indelen. Zij meent dat de zinsnede 'kan op aanvraag ... beslissen' alleen ziet op de eerste volzin en niet op de tweede. Het Hof had haars inziens niet afstandelijk, maar volledig moeten beoordelen of de maatschappelijke functie van het geheel van de *franchisewerkgevers* aanleiding geeft tot aansluiting bij sector 19. Daartoe had het Hof volgens de belanghebbende de volgende drie rechtsvragen moeten beantwoorden, hetgeen hij ten onrechte heeft nagelaten:

“Rechtsvraag 1: Hoe wordt de maatschappelijke functie van het geheel van bedrijven bepaald?

Rechtsvraag 2: Bij de van rechtswege indeling van een enkele werkgever spelen diverse vereisten een rol waaronder de functie in het maatschappelijk verkeer. Welke rol spelen deze vereisten bij de vaststelling van de sector van de gehele eenheid? Toegespitst op het onderhavige verzoek is de vraag welke rol de loonsomgrens voor sector 19 van € 5.890.425 (2015) € 5.968.128 (2016) speelt bij de vaststelling van de sector voor de gehele eenheid.

Rechtsvraag 3: Is voor de toepassing van het "tenzij"-onderdeel van deze bepaling vereist dat ten minste één werkgever die deel uitmaakt van een eenheid van rechtswege in de door de verzoekers gewenste sector is ingedeeld? Toegespitst op het onderhavige verzoek is de vraag of werkgevers van een "concern" op grond van het "tenzij"-onderdeel in sector 19. Grootwinkelbedrijf kunnen worden aangesloten, wanneer geen van de werkgevers van rechtswege is ingedeeld in sector 19.

Grootwinkelbedrijf. Met andere woorden kan een groep franchisenemers die individueel zijn ingedeeld in sector 17. Detailhandel en ambachten op basis van de maatschappelijke functie van het geheel worden ingedeeld in sector 19. Grootwinkelbedrijf.”

4.4 Voor belanghebbendes antwoord op deze vragen verwijst zij naar haar hoger-beroepschrift. De tenzij-bepaling in art. 5.4(1)(tweede volzin) Regeling Wfsv moet volgens haar grammaticaal uitgelegd worden. De Inspecteur gaat ervan uit dat die bepaling hem alleen aanleiding geeft om de concernindelingshoofdregeel van de grootste loonsom opzij te zetten om 'rare uitwassen' te voorkomen, nl. in

“de situatie waarin - de juridische grenzen tussen de ondernemingen binnen een concern wegdenkend - de kernfunctie van dat concern elders ligt dan in de sector waarin het grootste bedrag aan premieplichtig loon wordt betaald (...).”

De belanghebbende acht die opvatting onjuist. Zij is onderdeel van een *franchiseorganisatie* die zich naar buiten toe als één grootwinkelbedrijf presenteert en meer dan 250 winkels exploiteert en wier maatschappelijke functie door de consument dan ook als één grootwinkelbedrijf wordt gezien. Die maatschappelijke functie is volgens haar niet anders dan bij andere *franchiseformules* waarbij de grootste loonsom wél in sector 19 ligt doordat de *franchisegever* toevallig zelf een groot aantal winkels exploiteert. Onderscheid op basis van zulke verschillen in *franchiseformule* ligt volgens haar niet in de rede. Zij vervolgt:

“Een vraag die met het bovenstaande verband houdt, is op welke wijze de loongrens voor indeling van individuele werkgevers in sector 19 (2015: € 5.890.425; 2016: € 5.968.128) een rol speelt bij het bepalen van de maatschappelijke functie van de franchiseorganisatie als geheel. Belanghebbende is van mening dat de maatschappelijke functie van de gehele eenheid getoetst moet worden aan de criteria van sector 19 - Grootwinkelbedrijf. De [A] -formule als geheel is een filiaalbedrijf met een gezamenlijke premieoonsom van bijna € 22 miljoen. Wij verwijzen in dit kader naar de cijfermatige onderbouwing in de motivering van ons indelingsverzoek d.d. 4 maart 2015 (par. 3.3).

Het kenmerkende verschil tussen sector 17 en 19 is gelegen in de omvang van de desbetreffende organisatie, en niet zozeer in de verschillende aard van de verrichte werkzaamheden (vgl. Hof Arnhem 24 juni 2012, 11/00581, ECLI:NL:GHARN:2012:BW5524). In dat kader neemt belanghebbende het standpunt in dat het loonsomcriterium getoetst moet worden aan de cumulatieve premieoonsom van de gehele eenheid. Bij de beoordeling van de maatschappelijke functie van het geheel is het loonsomcriterium op het niveau van de individuele franchisenemers niet langer relevant.

Om diezelfde reden meent belanghebbende dat het niet noodzakelijk is dat een of meer individuele werkgevers binnen de [A] -formule reeds van rechtswege zijn ingedeeld in sector 19 (ex. art. 96, eerste lid, Wfsv). Beslissend zou moeten zijn of de franchiseorganisatie als geheel voldoet aan het loonsomcriterium, zich naar buiten toe als een grootwinkelbedrijf presenteert en door de consument ook als zodanig wordt gepercipieerd. Zoals gezegd, is belanghebbende van mening dat de [A] -formule aan deze criteria voldoet.”

4.5 Subsidiar betoogt de belanghebbende dat de rechter de feitenkwalificatie van de Inspecteur onder de wettelijke norm moet toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De wettelijke term ‘maatschappelijk functie’ acht de belanghebbende geenszins vaag, zodat de Inspecteur slechts beoordelingsvrijheid had bij de waardering en kwalificatie van de feiten. Het Hof had de term ‘maatschappelijk functie’ zelfstandig en volledig moeten uitleggen. De Inspecteur is volgens de belanghebbende tekort geschoten in het feitenonderzoek naar de maatschappelijke functie van haar *franchiseformule* door alleen te onderzoeken of het grootste deel van de gezamenlijke loonsom aan een hulpwerkzaamheid is betaald die niet kenmerkend is voor de maatschappelijke functie van de formule. Hij had de maatschappelijke functie van het geheel van de [A] -formule moeten onderzoeken en vaststellen, nl. een grootwinkelbedrijf dat de sector-19-grens *vé*r overschrijdt. De Inspecteur heeft zijn beoordelingsvrijheid dus, anders dan het Hof heeft geoordeeld, niet redelijk ingevuld.

4.6 De door haar in dit verband gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel licht zij als volgt toe:

“De inspecteur heeft toegestemd om franchiseformules waarbij de grootste loonsom in sector 19 ligt (omdat de franchisegever zelf ook een substantieel aantal winkels exploiteert) met toepassing van art. 5.4 Regeling Wfsv als geheel in sector 19 aan te sluiten.⁷ Belanghebbende meent dat het dan ook in de rede ligt om franchiseformules van vergelijkbare omvang met een vergelijkbare functie in het maatschappelijk verkeer, maar waarbij een groter deel van de activiteiten wordt uitgevoerd door franchisenemers, met toepassing van de 'tenzij-bepaling' eveneens in sector 19 (grootwinkelbedrijf) in te delen. Het gaat om de maatschappelijke functie van het geheel (de fictieve onderneming). Belanghebbende meent dan ook dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat hier geen sprake is van gelijke gevallen die ongelijk behandeld worden (r.o. 4.8).

4.7 Bij verweer betoogt de Staatssecretaris dat de Inspecteur wel degelijk beoordelingsvrijheid heeft bij de toepassing van de gehele in art. 5.4 Regeling Wfsv neergelegde concernregeling. Het Hof heeft volgens de Staatssecretaris:

“(…) ook belang mogen hechten aan de circulaire van 30 mei 1989, circulaire 943, van de Sociale Verzekeringsraad (bijlage 11 bij het verweerschrift van de inspecteur). Deze circulaire is ook genoemd in de toelichting op de Regeling Wfsv van 2 december 2005. Dat circulaire als deze rechtskracht hebben, is bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:628). Hetgeen in de circulaire is beschreven vormt de grondslag voor de wijze waarop tot op heden invulling wordt gegeven aan (in dit verband) de tenzij-bepaling. De circulaire geeft aan dat indeling plaatsvindt bij de sector waarbij de individuele onderdelen van de groep gezamenlijk het grootste bedrag aan loon betalen. Alleen in bijzondere gevallen kan daarvan afgeweken worden.”

Vanuit de consument bezien, ziet de Staatssecretaris, anders dan de belanghebbende, geen verschil in maatschappelijke functie tussen een detailhandel en een grootwinkelbedrijf, zodat alleen het premieloonsom-criterium relevant is. Het grootste deel van belanghebbendes mede-*franchisenemers* heeft een premieloonsom onder de sector-19-grens, zodat de enige juiste indeling die in sector 17 is.

4.9 Bij re- en dupliek herhalen de partijen hun argumenten en volharden zij bij hun standpunten.

5 Beoordeling van het middel

5.1 Op grond van de in onderdeel 5 van de bijlage bij deze conclusie uiteengezette gronden meen ik dat het middel niet tot cassatie leidt. Samengevat leidt het 'maatschappelijke functie'-criterium in art. 5.4(1) Regeling Wfsv mijns inziens tot niets omdat (i) dat criterium irrelevant is voor een keuze tussen de sectoren 17 en 19, het onderscheid waartussen uitsluitend bepaald wordt door een slechts cijfermatig loonsomcriterium dat niets zegt over de maatschappelijke functie van een winkelbedrijf; (ii) de gezamenlijke *franchisees* niet aangemerkt kunnen worden als één werkgever of één bedrijf en de concernbepaling daartoe ook niet strekt, (iii) ook als dat anders zou zijn, de concernbepaling de Inspecteur door de rechter te respecteren beleidsruimte laat zowel bij de vraag of hij een verzoek om concernindeling honoreert als bij de vraag of – *als* hij het verzoek honoreert – de maatschappelijke functie van het geheel van de bedrijven van de betrokken *franchisees* aanleiding geeft om hen niet in te delen volgens de wettelijke hoofdregel van het hoogste premieloon, en (iv) de belanghebbende geen schending van het gelijkheidsbeginsel aannemelijk heeft gemaakt met haar vergelijking met een niet met haar geval vergelijkbaar geval: een franchisegever die een groot aantal formulewinkels zelf exploiteert, is één werkgever en één bedrijf; een verzameling zelfstandige kleine werkgevers met elk hun eigen ondernemersrisico is dat niet.

5.2 Wel hebben de Inspecteur en het Hof mijns inziens het motiveringsbeginsel en art. 8:42 Awb geschonden door als enige motivering van het beroepen besluit te verwijzen naar niet-gepubliceerd beleid, respectievelijk door die motivering te aanvaarden, maar dat baat de belanghebbende niet, nu de – weliswaar volledig door de rechter te toetsen – objectieve term 'maatschappelijke functie' irrelevant is bij een keuze tussen de sectoren 17 en 19. Alleen de loonsomhoogte per *franchisee* en de samentelling van de > € 6 mio-gevallen resp. de ≤ € 6 mio gevallen zijn daarvan relevant. U zie de onderdelen 4.7, 4.8 en 5.1 van de bijlage.

6 Conclusie

ik geef u in overweging het cassatieberoep van de belanghebbende ongegrond te verklaren.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

1 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën van 2 december 2005, Directie Sociale Verzekeringen, Nr. SV/F&W/05/96420, ter uitvoering van de Wet financiering sociale verzekeringen (Regeling Wfsv), Stcrt. 2005, 242.

2 Het premiepercentage voor dit aparte premiedeel werd tot 1 januari 2020 geregeld in art. 27 Wfsv.

3 Het sectorpremiepercentage voor dit aparte premiedeel werd tot 1 januari 2020 geregeld in art. 28 Wfsv.

4 Zie art. 8.6 Awb jo. art 5 Bijlage 2 bij de Awb; Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak: "Tegen een besluit, genomen op grond van een in dit artikel genoemd voorschrift of anderszins in dit artikel

omschreven, kan beroep worden ingesteld bij een gerechtshof: Wet financiering sociale verzekeringen: een uitspraak op bezwaar als bedoeld in de artikelen 95 en 97".

⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2020, nr. 18/00411, ECLI:NL:GHARL:2020:2099, NTFR 2020/1259 met annotatie Van Waaijen

⁶ Hoge Raad 9 januari 2015, nr. 14/00986, ECLI:NL:HR:2015:33, *BNB* 2015/88 met annotatie Mertens, *V-N* 2015/4.16 met annotatie Redactie, *NTFR* 2015/358 met annotatie Schouten. Zie daarmee samenhangend Hoge Raad 9 januari 2015, nr. 14/00987, ECLI:NL:HR:2015:34, *BNB* 2015/89 met annotatie Mertens, *V-N* 2015/4.17 met annotatie Redactie, *NTFR* 2015/359 met annotatie Schouten.

⁷ Voetnoot origineel: Zie bijlage 4 bij het verweerschrift d.d. 6 augustus 2018 (kenmerk [...]).
