

**College van Beroep
Stichting Normering Arbeid**

Uitspraak d.d. 17 december 2008 nr. SNA 08-01

inzake:

(xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx),
gevestigd te (.....),
gemachtigde (.....),
eiseres,

tegen

(xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx),
gevestigd te (.....),
vertegenwoordigd door (.....),
verweerster.

1. Het procesverloop

- 1.1 Verweerster heeft op 22 juni 2007 een inspectie ingesteld naar de nakoming door eiseres van de norm NEN 4400-1. Op 12 december 2007 heeft een nieuwe inspectie plaatsgevonden. Verweerster heeft, na op 8 januari 2008 eerst een concept beoordeling te hebben gestuurd, op 22 januari 2008 de definitieve beoordeling aan eiseres gestuurd en mededeling gedaan van haar oordeel dat eiseres niet voldoet aan de NEN 4400-1 norm en van haar besluit om geen inspectie certificaat toe te kennen.
- 1.2 Eiseres is op 16 januari 2008, vooruitlopend op de definitieve beoordelingsrapportage, tijdig in bezwaar gekomen tegen dit besluit. Op 27 februari 2008 heeft eiseres inhoudelijk bezwaar aangetekend tegen de definitieve beoordeling d.d. 22 januari 2008. Bij uitspraak van 9 juli 2008 heeft de Commissie Bezwaarschriften van verweerster het bezwaar ongegrond verklaard.
- 1.3 Eiseres is op 6 augustus 2008 tegen deze uitspraak in beroep bij het College gekomen. Door het College is tot 29 augustus 2008 uitstel verleend voor het indienen van de nadere gronden voor het beroep. Door eiseres is hierin op 29 augustus 2008 voorzien.
- 1.4 Verweerster heeft op 13 september 2008 een verweerschrift ingediend. Op 15 september 2008 heeft verweerster nog aanvullend enkele arbeidsovereenkomsten ingebracht.
- 1.5 Partijen hebben niet van het recht gebruik gemaakt een aanvullende memorie in te dienen.
- 1.6 Ter zitting van het College op 30 oktober 2008 te Den Haag zijn verschenen: Namens eiseres de heren (.....) en namens verweerster de heren (.....). Ter zitting zijn geen pleitnota's overgelegd.

2. De tussen partijen vaststaande feiten

Het volgende is op grond van de schriftelijke stukken en hetgeen ter zitting is gezegd, komen vast te staan.

- 2.1 Eiseres is een uitzendonderneming. Zij verstrekt huisvesting aan werknemers woonachtig in het buitenland die tijdelijk in Nederland te werk

worden gesteld. Deze buitenlandse werknemers leveren een bijdrage aan hun huisvesting.

- 2.2 Eiseres is in het kader van inschrijving in het Register Normering Arbeid een inspectieovereenkomst aangegaan met verweerster. Verweerster heeft op 12 juni 2007 een inspectie ingesteld naar de nakoming door eiseres van de norm NEN 4400-1. Op grond daarvan heeft verweerster in haar rapport gesteld:
- “Op basis van de controlebevindingen delen wij u mede, dat uw bedrijf op twee punten niet voldoet aan de normen van NEN 4400-1. Dit betreft de inhouding huisvesting op het bruto salaris per januari 2007. Deze inhouding is niet conform de nu geldende regelgeving waaronder de CAO. Het resulteert in een tweetal major non-conformiteiten: een m.b.t. loonbelasting en een m.b.t. de sociale premies”.
- 2.3 Op 12 december 2007 heeft een nieuwe inspectie plaatsgevonden. Daarbij zijn door verweerster naast andere feiten dezelfde non-conformiteiten wederom vastgesteld.
- 2.4 In haar definitieve beoordeling d.d. 22 januari 2008, betreffende de inspectie van 12 december 2007, heeft verweerster aangegeven dat eiseres niet voldoet aan de eisen gesteld in de norm NEN 4400-1. Verweerster heeft daarop geen inspectie-certificaat toegekend aan eiseres. Op grond daarvan is de inschrijving in het register met ingang van 22 januari 2008 geschorst door het bestuur van de Stichting Normering Arbeid. Partijen erkenden ter zitting dat zij abusievelijk in het bezwaar-, beroep- en verweerschrift geschreven hebben dat het onderhavige geschil gaat over het opschorten van de inschrijving van eiseres in het register. Zij verklaarden dat dit een vergissing is, omdat een dergelijke schorsing een besluit van de Stichting Normering Arbeid veronderstelt en nu een besluit van verweerster als inspectie-instelling aan de orde is. Het geschil betreft het niet-toekennen van een inspectiecertificaat door verweerster.
- 2.5 Partijen verklaarden ter zitting voorts dat zij het er over eens zijn dat de bepaling in het Reglement Bezwaar en Beroep van verweerster, bepalende dat de uitspraak van de Commissie Bezwaarschriften van verweerster tussen partijen geldt als een vaststelling in de zin van artikel 7:900 BW, in onderhavige zaak geen opgeld doet.
- 2.6 Verweerster heeft aan eiseres toegezegd het onderhavige onderwerp van geschil voor te leggen aan de Stichting Normering Arbeid. Volgens eiseres had het onderwerp besproken moeten worden door het Centraal College van

Deskundigen. Vaststaat dat het onderwerp is besproken door het Overleg Certificatie-instellingen van de Stichting Normering Arbeid. Partijen erkennen ter zitting dat het weliswaar om twee verschillende organen gaat, maar dat het onderwerp wel binnen de Stichting Normering Arbeid aan de orde is geweest.

- 2.7 Eiseres heeft ter zitting haar aanbod tot het horen van getuigen ingetrokken. Eiseres heeft voorts ter zitting ingetrokken haar eis om toekenning van een schadevergoeding door verweerster, evenals de eis van een specificatie van de waarborgsom die ze betaald heeft in de procedure van bezwaar. Die eisen behoren, naar eiseres heeft erkend, bij de civiele rechter te worden aangebracht.

3. Geschil

Tussen partijen is in geschil het antwoord op de volgende vraag:

Heeft verweerster terecht geen inspectiecertificaat verstrekt aan eiseres, in die zin dat de wijze van verlonen van loon in natura door eiseres moet worden aangemerkt als een minor, respectievelijk major non-conformiteit in de zin van de norm NEN 4400-1, met name de onderdelen 4.2.2.3 en 4.2.2.4? Voorts heeft verweerster eiseres verweten dat zij de verkeerde tabel heeft toegepast, dat zij haar tijdens de onderzoeken niet heeft geïnformeerd over een opgelegde naheffingsaanslag en dat zij minder dan het wettelijke minimumloon in geld heeft betaald aan werknemers. Naar eiseres stelt, zijn deze verwijten onjuist.

4. Standpunten van partijen

- 4.1 De standpunten van partijen zijn beschreven in het beroepschrift d.d. 29 augustus 2008 en het verweerschrift d.d. 13 september 2008, inclusief aanvulling d.d. 15 september 2008.
- 4.2 Eiseres heeft ter zitting benadrukt dat door verweerster bij haar beoordeling van het bezwaar nieuwe non-conformiteiten zijn ingebracht, althans non-conformiteiten die niet waren opgenomen in de definitieve beoordeling d.d. 22 januari 2008. De Commissie Bezwaarschriften van verweerster stelt in haar besluit op bezwaar dat zij kon niet vaststellen of eiseres zich houdt aan de Wet op het minimumloon en dat eiseres niet de juiste tijdvaktabel van de loonbelasting toepast. Eiseres erkent ter zitting dat door een softwarefout de

tijdvaktabellen niet goed zijn toegepast. Het betreft hier een afwijking in het loon van €0,10 tot €0,11 per week. Eiseres zegt toe dat dit wordt aangepast.

- 4.3 Verweerster benadrukt dat de norm de norm is. Ook al betreft het “maar” een afwijking van €0,10 tot €0,11 per week, het loon is onder het minimumloon. Verder benadrukt verweerster dat de bij beslissing op bezwaar ingebrachte non-conformiteiten ook al bij een eerdere inspectie waren geconstateerd. Ze zijn toen wel met eiseres besproken, maar bij vergissing niet opgenomen in de beoordeling. Verweerster legt uit dat zij als inspectie-instelling dient vast te stellen dat opdrachtgevers geen risico lopen om te worden aangesproken voor niet-afgedragen sociale verzekeringspremies en belastingen. Hiervoor dient de inspectie-instellingen inzicht te krijgen in de mogelijke risico's en dient de te inspecteren onderneming ook informatie zelf te verstrekken. In onderhavig geval was het minimumloon niet te traceren op de loonstrook. Uitwisseling van gegevens en argumenten heeft niet geleid tot voldoende inzicht. Mede in dit kader heeft verweerster eiseres meer dan eens verwezen naar de Belastingdienst en haar gevraagd om van deze dienst uitsluitel te krijgen over de vraag of zij de verstrekking van huisvesting van niet-ingezeten uitzendkrachten conform de wettelijke eisen van de loonbelasting en premieheffing verwerkt. Verder had eiseres een informatieplicht over een opgelegde naheffingsaanslag loonbelasting/premie volksverzekeringen (gedateerd 16 mei 2007). Een argument als “onbewust aan voorbij gegaan” lijkt volgens verweerster niet valide daar het een aanslag van ruim €500.000 betreft.
- 4.4 Eiseres geeft aan dat loon alles is wat uit dienstbetrekking wordt genoten. In dit kader worden de loonstroken die zijn ingebracht besproken. Een deel van het loon wordt in natura (huisvesting) betaald, terwijl een ander deel in geld wordt betaald. De loonstroken geven volgens eiseres uitsluitel over de hoogte van het afgesproken loon (deels in natura, deels in geld). In eerdere instantie is in dit kader een opinie van (.....), een opinie van (.....) en een brief van de Belastingdienst ingebracht. Eiseres geeft aan dat het ter beschikking stellen van huisvesting aan werknemers buiten hun woonland in het kader van de dienstbetrekking onbelast kan blijven. Volgens eiseres is ook uit de brief van de Belastingdienst op te maken dat dit standpunt juist is.
- 4.5 Verweerster verwijt eiseres dat de loonstrook die zij aan haar werknemers verstrekt hen geen inzicht verstrekt in de berekening van het netto loon. Verder wordt door verweerster gewezen op de door haar ingebrachte arbeidsovereenkomsten. De bij de loonstroken gehanteerde methodiek blijkt

niet uit de op schrift gestelde arbeidsovereenkomsten. De hoogte van de bijdrage aan de huisvestingskosten en de exacte hoogte van een namens eiseres te verstrekken vergoeding aan haar werknemers zijn niet vastgelegd in de schriftelijke arbeidsovereenkomsten. Enkel de minimum hoogte van het nettoloon is vastgelegd. Een en ander maakt de situatie erg onduidelijk en moeilijk te controleren.

- 4.6 Eiseres erkent dat de arbeidsovereenkomsten geen schoonheidsprijs verdienen en dat een aantal zaken nog niet op orde is. Dit heeft te maken met de invoering van een nieuw loonsysteem. De berekeningsmethodiek van de loonstroken is echter correct, aldus eiseres.

5. Beoordeling van het geschil

- 5.1 Verweerster heeft in haar primaire besluit van 22 januari 2008 twee non-conformiteiten vastgesteld, omdat eiseres niet voldeed aan gespecificeerde eisen. De aangiften loonbelasting en sociale verzekeringspremies zouden volgens verweerster niet in overeenstemming zijn met de wet- en regelgeving. Met name kon de huisvesting die eiseres verstrekt aan haar buitenlandse uitzendkrachten niet onbelast worden betaald, aldus verweerster. In haar bezwaarschrift heeft eiseres dit besluit bestreden. De Commissie Bezwaarschriften van verweerster heeft op de hoorzitting en/of in haar uitspraak op bezwaar van 9 juli 2008 niet alleen de aanmerking op de fiscale verwerking door eiseres van de verstrekte huisvesting in de loonadministratie gehandhaafd, maar daaraan nog drie aanmerkingen toegevoegd. Die Commissie stelt ten eerste dat zij kan niet vaststellen of eiseres zich houdt aan de Wet op het minimumloon, stelt ten tweede dat eiseres niet de juiste tijdvaktabel van de loonbelasting heeft toegepast en stelt ten derde dat eiseres verweerster tijdens het onderzoek in juni 2007 niet op de hoogte heeft gesteld van een met dagtekening 16 mei 2007 opgelegde naheffingsaanslag van € 511.000. Het College is van oordeel dat het niet aangaat dat verweerster of haar Commissie Bezwaarschriften in de fase van bezwaar nieuwe non-conformiteiten vaststelt, die nog niet in het primair besluit zijn genoemd. Als dat wel zouden worden toegelaten, kan verweerster aan eiseres de mogelijkheid onthouden van het nemen van correctiemaatregelen binnen 30 dagen en de mogelijkheid van instantie van bezwaar. Als in de fase van bezwaar nieuwe non-conformiteiten worden vastgesteld, dient dat te gebeuren bij een primair besluit. Het vorenstaande houdt in dat het College thans uitsluitend de verwerking door eiseres van huisvesting van buitenlandse uitzendkrachten in haar loonadministratie in

ogenschouw neemt en niet toekomt aan de beoordeling van de gestelde drie andere non-conformiteiten.

- 5.2 Verweester verwijt eiseres dat de loonstrook die zij aan haar werknemers verstrekt hen geen inzicht verstrekt in de berekening van het netto loon. Zo ontbreekt een rubriek verstrekte huisvesting, zodat niet inzichtelijk is welk bedrag daarvoor in aanmerking is genomen. Aan artikel 25 van de ABU CAO zou niet zijn voldaan, aldus verweester. Eiseres erkent dat haar loonstrook niet duidelijk is. Het College zal niet ingaan op dit verwijt aan eiseres. Zelfs indien eiseres onvoldoende voorlichting over het bruto en netto loon verstrekt aan haar buitenlandse uitzendkrachten, dan levert dat geen non-conformiteit op in de zin van de norm NEN 4400-1. Niet aannemelijk is geworden dat eiseres niet voldoet aan de eisen die onderdeel 4.2.2.1 van de NEN 4400-1 stelt aan loonstroken. Ter zitting is door partijen eenparig vastgesteld dat ook de gehanteerde arbeidsovereenkomsten aan duidelijkheid te wensen overlaten en voor verbetering vatbaar zijn.
- 5.3 Verweester heeft eiseres meer dan eens verwezen naar de Belastingdienst en haar gevraagd om van deze dienst uitsluitel te krijgen over de vraag of zij de verstrekking van huisvesting aan buitenlandse uitzendkrachten conform de wettelijke eisen van de loonbelasting en premieheffing verwerkt. Eiseres heeft zich inderdaad gewend tot de Belastingdienst en weliswaar een stellingname van de inspecteur over de verstrekking van huisvesting aan buitenlandse werknemers in het algemeen ontvangen, maar zij kreeg geen uitsluitel over de vraag of haar handelen op dit punt in lijn was met de wettelijke eisen. Het College merkt op dat een inspectie-instelling primair zelfstandig op basis van de norm NEN 4400-1 een standpunt moet innemen omtrent non-conformiteiten en niet kan volstaan met te eisen van een uitzendonderneming dat zij de instemming verkrijgt van de Belastingdienst met haar verwerking van loon in natura in de administratie. Het ontbreken van zo'n instemming is op zich genomen geen non-conformiteit. Dit staat er niet aan in de weg dat het onder omstandigheden verstandig kan zijn van een uitzendonderneming om het oordeel van de Belastingdienst te vragen over belastingvraagstukken.
- 5.4 Ter zitting heeft eiseres gesteld en aannemelijk gemaakt dat zij de verstrekking van tijdelijke, dubbele huisvesting aan buitenlandse werknemers die hier te lande werk verrichten niet tot het belastbare loon of het premieloon heeft gerekend. Ter zitting heeft eiseres voorts gesteld en aannemelijk gemaakt dat zij het zogeheten cafetariastelsel beoogd heeft toe te passen door, in plaats van bijdragen van de werknemers ter zake van hun huisvesting te vragen die strekten tot vermindering van het netto loon, in

zoverre met hen een lager bruto loon overeen te komen, waarbij het aldus verminderde bruto loon niet onder het wettelijk minimumloon uitkwam en belastbaar loon in geld werd geconverteerd in vrijgesteld loon in natura. Eiseres heeft tot slot gesteld en aannemelijk gemaakt dat deze omzetting van loon in geld in loon in natura niet tot gevolg heeft gehad dat haar loonafhankelijke, secundaire arbeidsvoorwaarden werden verminderd.

- 5.5 Het College is van oordeel dat eiseres voornoemde verstrekking van huisvesting als vrijgesteld loon mocht verwerken. Wat betreft de verwerking van de werknemersbijdragen in de kosten van huisvesting is het College voorts met eiseres van oordeel dat het werkgever en werknemer in beginsel vrij staat af te spreken om het cafetariastelsel te hanteren; het kennelijk andersluidende standpunt van verweerster wordt verworpen. Het College deelt echter de kritiek van verweerster op eiseres dat (1) niet duidelijk is gebleken dat de werknemers instemden met de onderhavige omzetting van loon in geld in vrijgesteld loon in natura en (2) de omzetting tot gevolg heeft gehad dat zij minder dan het wettelijk minimumloon in geld heeft betaald, ook al betreft het relatief geringe bedragen. De afspraken met de buitenlandse uitzendkrachten omtrent betaling van loon in geld of in natura, omtrent verrekening van betaling voor hun huisvesting en het uitblijven van gevolgen voor andere secundaire arbeidsvoorwaarden zouden duidelijk moeten blijken uit onderliggende arbeidsovereenkomsten, en de loonstroken zouden daarmee moeten sporen. Door eiseres zijn geen arbeidscontracten en loonstroken overgelegd die hieromtrent voldoende inzicht geven. Door niet duidelijk met de instemming van de werknemers te converteren en door te converteren beneden het wettelijke minimumloon loopt eiseres de gerede kans dat de Belastingdienst niet instemt met de wijze waarop eiseres het cafetariasysteem hanteert en daarom naheffingsaanslagen zal opleggen, die vanwege de hoge kosten van de verstrekte huisvesting zullen uitkomen op hoge bedragen aan te betalen loonbelasting en premies. Het College merkt op dat de norm waarop de certificering berust als doel heeft inleners van uitzendkrachten te beschermen tegen inlenersaansprakelijkheid. Het gaat er om dat de inlener erop mag vertrouwen dat de loonadministratie van de gecertificeerde uitzendonderneming voldoet aan de eisen van de loonbelasting en premieheffing. Op het moment dat een onderneming zoekt naar optimalisering van de fiscale mogelijkheden, zoals eiseres door de toepassing van het cafetariasysteem, moet zij ervoor zorgen dat benutting van die mogelijkheid plaatsvindt conform de regels die daarbij gelden en wordt geregeld op een voor alle belanghebbenden (werkgever, werknemers en Belastingdienst) transparante wijze. Als een uitzendonderneming dat niet doet, lopen haar inleners het financieel risico van aansprakelijkstelling. Het vorenstaande houdt in dat het College, reeds omdat eiseres niet voldoet aan

bovengenoemde basisvoorwaarde dat zij geen risico voor haar inleners behoort te vormen, niet toekomt aan de toetsing van de door eiseres gehanteerde loonverwerkingsmethode aan de wettelijke voorschriften.

- 5.6 Het College acht een gelijke verdeling van de kosten van de procedure tussen partijen op haar plaats, daar niet alleen eiseres haar zaken niet volledig op orde had (zie 5.5), maar ook verweerster steken heeft laten vallen. Zo heeft verweerster ten onrechte eiseres voorgehouden dat “de betreffende non-conformiteit kan worden opgelost door een schriftelijke verklaring voor akkoord door de Belastingdienst”. Het is de taak van verweerster om al of niet een non-conformiteit te onderkennen in de administratie van eiseres. Verweerster heeft voorts ten onrechte eiseres niet dadelijk, bij het nemen van haar primair besluit, volledig op de hoogte gebracht van haar aanmerkingen op de loonadministratie van eiseres, waardoor de beslechting van het geschil tussen partijen onnodig vertraagd is.

6. Beslissing

Het College verklaart het door eiseres ingestelde beroep ongegrond en stelt de kosten van de procedure op € 9.000, waarvan 50% te betalen door eiseres en 50% door verweerster.

Aldus op 17 december 2008 gewezen door mr. C.W.M. van Ballegooijen, mr. R.M. Schutte en mr. A.L. Mertens in tegenwoordigheid van de secretaris mr. R.H.L. Huisman.

mr. C.W.M. van Ballegooijen
Voorzitter

mr. R.H.L. Huisman
secretaris