

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

sector bestuursrecht

eerste kamer, meervoudig

Reg. nr. AWB 99/7098 CSV

UITSPRAAK

als bedoeld in artikel 8:77

van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Uitspraak in het geding tussen

X B.V., gevestigd te Z, eiseres,

en

het bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv),
verweerder.

Ontstaan en loop van het geding

Door de looninspecteur van verweerder (GAK Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam) is bij eiseres een onderzoek ingesteld, dat heeft geresulteerd in het looncontrolerapport van 15 december 1998. Naar aanleiding daarvan heeft verweerder de volgende besluiten genomen.

Bij besluiten (correctienota's) van 21 december 1998 heeft verweerder op grond van de Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV) correcties toegepast op de premiejaren 1993 tot en met 1997 vanwege het feit dat eiseres volgens verweerder onjuiste en/of onvolledige loonopgaven over die jaren zou hebben gedaan.

Bij brief van 3 maart 1999 heeft verweerder, in vervolg op een aankondiging van 26 januari 1999, meegedeeld dat over de jaren 1994 tot en met 1997 boeten

worden opgelegd en dat een administratief verzuim wordt geregistreerd terzake van het onjuist en/of onvolledig doen van loonopgave.

Bij besluiten (boetenota's) van 15 maart 1999 heeft verweerder op grond van de CSV en de Regeling Administratieve boeten Coördinatiewet aan eiseres boeten opgelegd over de premiejaren 1994 tot en met 1997, vanwege de hiervoor genoemde onjuiste en/of onvolledige loonopgaven.

Tegen deze besluiten heeft eiseres bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 29 juli 1999 heeft verweerder de bezwaren van eiseres ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiseres beroep ingesteld bij brief van 5 augustus 1999, ingekomen bij de rechtbank op 6 augustus 1999.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens een verweerschrift ingediend.

Het beroep is op 18 december 2000 ter zitting behandeld. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A, advocaat te B, en C, werkzaam bij eiseres. Verweerder is niet verschenen.

Motivering

1. Hoorzitting

In het beroepschrift heeft eiseres aangegeven dat het bestreden besluit moet worden vernietigd, omdat haar in strijd met artikel 7:2, eerste lid, van de Awb een hoorzitting is onthouden. Ter zitting heeft eiseres echter deze beroepsgrond ingetrokken, omdat zij op 16 november 1999 alsnog door verweerder is gehoord.

2. Ten aanzien van de correctienota's

2.1 Wettelijk kader

Ingevolge artikel 4, eerste lid, van de CSV moet onder (het premieplichtig) loon worden verstaan al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten.

Artikel 6, eerste lid, van de CSV bepaalt welke bestanddelen niet tot het loon behoren. Ingevolge onderdeel k zijn dat onder meer vergoedingen aan de werknemer voor zover zij geacht kunnen worden te strekken tot bestrijding van kosten tot verwerving van loon.

Krachtens - destijds - het tiende lid van artikel 6 van de CSV is de Ministeriële Regeling (Vergoedingen voor gemengde kosten) van 22 december 1989, St.crt. 1989, 252 vastgesteld. Ingevolge artikel 1, aanhef, onder c, van die regeling, wordt de vergoeding die de werknemer ontvangt voor kleding, met uitzondering van werkkleding, niet geacht te strekken tot bestrijding van kosten tot verwerving van het loon.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, van de CSV doet de werkgever opgave aan het Lisv van het door de werknemer genoten loon. Indien de werkgever niet juist of niet volledig voldoet aan deze verplichting, stelt het Lisv krachtens artikel 12, eerste lid, van de CSV ambtshalve het verschuldigde of het alsnog verschuldigde bedrag aan premie of voorschotpremie vast.

2.2 Kledingvergoedingen

Verweerder stelt zich op het standpunt dat eiseres in de jaren 1993 tot en met 1997 kledingvergoedingen à f 5,- per week heeft verstrekt aan haar chauffeurs, ten behoeve van kleding die ook geschikt is om privé te worden gedragen. Het gaat om: minimaal twee combinaties van een grijze broek en een blauw jasje en ongeveer tien witte overhemden, alle zonder logo of naam van eiseres. Deze vergoedingen moeten volgens verweerder worden aangemerkt als loon in de zin van artikel 4, eerste lid, van de CSV, zodat eiseres daarover sociale premies verschuldigd is.

Eiseres voert hiertegen aan dat deze kledingvergoedingen niet enkel moeten worden gezien als een vergoeding voor de aanschaf van kleding, maar veeleer als een vergoeding ten behoeve van de extra reinigingskosten die de chauffeurs genoodzaakt zijn te maken. Eiseres is bovendien van mening dat verweerder op dit argument in het bestreden besluit niet is ingegaan, zodat het reeds vanwege een motiveringsgebrek moet worden vernietigd.

De rechtbank overweegt hieromtrent allereerst dat tussen partijen niet in geschil is, dat de door de chauffeurs aan te schaffen kleding ook geschikt is voor privégebruik. Deze kleding is naar het oordeel van de rechtbank daarom niet aan te merken als werkkleding als bedoeld in artikel 1, aanhef, onder c, van de hierboven genoemde Ministeriële Regeling. Dit leidt tot de conclusie dat verweerder de hiervoor verstrekte vergoedingen moest rekenen tot het loon als bedoeld in artikel 4, eerste lid, van de CSV.

Voorzover eiseres betoogt dat de vergoedingen (voornamelijk) bedoeld zijn om de extra reinigingskosten te dekken en daarom strekken tot bestrijding van kosten tot verwerving van loon als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onder k, van de CSV, overweegt de rechtbank dat eiseres dit niet aannemelijk heeft weten te maken.

Eiseres heeft niet aangetoond dat haar chauffeurs daadwerkelijk extra reinigingskosten maken. In dit oordeel weegt mee dat eiseres niet heeft kunnen aangeven hoe de vergoeding van f 5,- per week is opgebouwd, dus welk deel van dit bedrag gereserveerd is voor reinigingskosten.

Verder is het bestreden besluit niet in strijd met het bepaalde in artikel 7:12, eerste lid, van de Awb. Verweerder is weliswaar niet uitgebreid ingegaan op het betoog van eiseres met betrekking tot de reinigingskosten, maar was daartoe gelet op de onderbouwing hiervan ook niet gehouden.

2.3 Baromzetten

Volgens verweerder heeft eiseres ten onrechte de door haar chauffeurs behaalde winsten uit de verkoop van dranken tijdens busreizen in de jaren 1993 tot en met

1997 niet opgegeven als het door haar werknemers genoten loon. Verweerder heeft van deze winsten een schatting gemaakt, omdat eiseres hiervan geen administratie heeft bijgehouden.

De hier bedoelde winsten vallen onder het begrip loon van artikel 4, eerste lid, van de CSV - hetgeen overigens niet tussen partijen in geschil is – zodat daarover sociale premies moeten worden afgedragen.

Eiseres meent echter dat verweerder een onjuiste schatting heeft gemaakt van de behaalde winsten. Volgens haar is verweerder bij de schatting ten onrechte uitgegaan van het rapport van de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst uit 1992. Het is volgens eiseres in strijd met het vertrouwensbeginsel dat verweerder niet zijn brief van 19 juni 1990 hiervoor als leidraad heeft genomen. Daarin is aangegeven dat bij pendelritten de winst uit verkoop van consumpties bij benadering wordt vastgesteld op f 1,- per passagier per dag, hetgeen is gebaseerd op een gemiddeld verbruik van 2 consumpties met een voordeel van f 0,50 per consumptie.

De rechtbank deelt dit standpunt niet. Ten eerste geldt dat in de brief van verweerder alleen pendeldiensten genoemd worden, terwijl eiseres bijvoorbeeld ook meerdaagse reizen uitvoerde. Voor deze reizen geldt dat verweerder de gemiddelde consumptie per busrit naar beneden heeft bijgesteld. Ten tweede is van belang dat eiseres zelf, zoals uit het eerder genoemde looncontrolerapport blijkt, de in- en verkoopprijzen van warme en koude dranken heeft genoemd. Op basis van die informatie is de winstmarge vastgesteld en een schatting gemaakt. Met deze berekeningswijze heeft verweerder niet gehandeld in strijd met een rechtens te respecteren vertrouwen op grond van de brief van 19 juni 1990.

Eiseres betoogt verder dat verweerder in het kader van een redelijke belangenafweging op behoorlijke wijze rekening had moeten houden met de voor haar geldende bijzondere omstandigheden. De door eiseres op basis hiervan voorgestelde berekeningswijze van de na te heffen premies, legt verweerder volgens eiseres ongemotiveerd naast zich neer.

Naar het oordeel van de rechtbank is verweerders berekeningswijze niet onjuist. Uit het looncontrolerapport blijkt immers dat wel degelijk rekening is gehouden met voor eiseres geldende omstandigheden. Zo gaat verweerder op grond van door eiseres aangedragen argumenten uit van één consumptie per dag (in plaats van twee) bij meerdaagse reizen, met uitzondering van de heen- en terugreis. Bovendien heeft verweerder bij zijn berekening slechts 50% van deze reizen laten meetellen, omdat er bijvoorbeeld ingeval van schoolreisjes in het geheel geen baromzet werd behaald of omdat er in sommige gevallen sprake is van een verminderde baromzet.

Verder is hierbij van belang dat het aan eiseres zelf te wijten is dat zij van de baromzetten geen administratie heeft bijgehouden, zodat verweerder genoodzaakt was daarvan een schatting te maken. Voorzover eiseres betoogt dat zij hiertoe vóór 1995 niet gehouden was, omdat de Hoge Raad eerst op 24 juli van dat jaar heeft beslist dat baromzetten tot het loon in de zin van de Wet op de Loonbelasting 1964 behoren, overweegt de rechtbank dat het risico van niet administreren in dit geval toch voor rekening van eiseres is.

Immers, verweerder heeft eiseres reeds in de eerder genoemde brief van 19 juni 1990 aangegeven dat baromzetten tot loon in de zin van artikel 4, eerste lid, van de CSV worden gerekend.

Dit brengt naar het oordeel van de rechtbank tevens met zich dat verweerder niet een motiveringsgebrek kan worden verweten. In dit geval is de motivering van verweerder afdoende, nu het aan eiseres zelf is te wijten dat verweerder van de baromzetten een schatting moest maken en niet gezegd kan worden dat dit aan de hand van de beschikbare gegevens op een kennelijk onjuiste wijze is gedaan.

2.4 Bruterijng

Volgens eiseres had verweerder hoe dan ook niet mogen overgaan tot bruterijng van het door de chauffeurs genoten loon, omdat zij nog niet heeft besloten de nageheven premies en loonbelasting niet te verhalen op haar werknemers. In zoverre staat volgens eiseres dus nog niet vast of er sprake is van loon in de zin van artikel 4, eerste lid, van de CSV.

Eiseres is bovendien van mening dat bij de brutering onderscheid moet worden gemaakt tussen de periode tot 1 januari 1996 en de periode vanaf die datum, gelet op het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad. Voor deze datum mocht eiseres ervan uitgaan dat de behaalde baromzetten niet als loon aangemerkt zouden worden.

Ook bij de brutering behoefde verweerder geen onderscheid te maken in periodes voor en na het arrest. Immers kende eiseres na de eerder genoemde brief van 19 juni 1990 het standpunt van verweerder, dat baromzetten gerekend zouden worden tot het loon in de zin van artikel 4, eerste lid, van de CSV. De correctienota's betreffen de premiejaren vanaf 1993. Omtrent het principale standpunt van eiseres overweegt de rechtbank het volgende. De Hoge Raad, cassatierechter wat betreft de toepassing van artikel 4 van de CSV, heeft in een aantal arresten (onder andere dat van 4 mei 1994, AB 1994, 500) een richtsnoer gegeven voor brutering ingeval van naheffing van (loonbelasting en) sociale premies. Hieruit volgt kort gezegd, dat voor brutering slechts plaats is indien de werkgever, op het moment dat hij de loonbetaling deed, de wettelijk voorgeschreven inhoudingen voor zijn rekening wilde nemen.

De vraag of de werkgever besloten heeft de niet ingehouden (loonbelasting en) premies voor zijn rekening te nemen, zal steeds moeten worden beantwoord aan de hand van de feitelijke omstandigheden, zulks met inachtneming van de wettelijke beperkingen tot verhaal van sociale premies op de werknemer. Op verweerder rust de plicht een en ander aannemelijk te maken. Daaromtrent is echter in het bestreden besluit niets overwogen, zodat het op dit punt onvoldoende is gemotiveerd.

Hieruit volgt dat het beroep op dit onderdeel gegrond is.

3. Ten aanzien van de boetenota's

Het door eiseres nog verschuldigde bedrag aan premies wordt ingevolge artikel 12, tweede lid, van de CSV verhoogd met 100%. Deze verhoging (de boete) bedraagt echter 10%, voorzover het niet voldoen aan een op grond van artikel 10, tweede lid,

van de CSV gestelde verplichting niet aan opzet of grove schuld van de werkgever te wijten is.

Ingevolge het derde lid van artikel 12 van de CSV kan de verhoging geheel of gedeeltelijk worden kwijtgescholden, volgens nader vast te stellen regels.

Deze regels zijn vervat in de (tot 1 januari 2001 van kracht geweest zijnde) Regeling Administratieve Boeten Coördinatiewet (ABC-besluit). Ingevolge artikel 5, eerste lid, van het ABC-besluit wordt, indien er sprake is van opzet of grove schuld en de werkgever voor de eerste maal in verzuim is, de verhoging tot op 25% kwijtgescholden. Van een eerste verzuim is ingevolge artikel 1, aanhef en onder c, van het ABC-besluit sprake indien de werkgever in de vijfjaren voorafgaand aan het jaar waarover premie verschuldigd is, geen verzuim heeft gepleegd.

Verweerder heeft het niet voldoen door eiseres aan de verplichtingen van artikel 10, tweede lid, van de CSV over de jaren 1994 tot en met 1997 aangemerkt als één verzuim. Verder is verweerder van mening dat daarbij sprake is geweest van opzet of grove schuld. Nu eiseres voor de eerste maal in verzuim was heeft verweerder de boete gereduceerd tot 25% van het bedrag aan nog verschuldigde premie (per premiejaar).

Eiseres betoogt dat verweerder in zijn motivering te kort is geschoten waar deze ziet op de vaststelling dat er sprake is van opzet of grove schuld.

Volgens eiseres moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de kledingvergoedingen en anderzijds de baromzetten. Per onderdeel had verweerder moeten aangeven of er sprake is van opzet of grove schuld, aldus eiseres.

De rechtbank overweegt hieromtrent dat verweerder in het bestreden besluit heeft aangegeven, dat eiseres zich ervan bewust had moeten zijn welke loonopgaven zij moest doen en dat de onderhavige te betalen premies ingevolge de werknemersverzekeringen verschuldigd waren. Hieruit leidt de rechtbank af dat verweerder, zoals ook in het verweerschrift is aangegeven, ten aanzien van het niet

aanmerken als loon van de kledingvergoedingen én de baromzetten opzet of grove schuld aanwezig heeft geacht.

Naar het oordeel van de rechtbank mocht verweerder in dit geval met de aangehaalde formulering volstaan, omdat eiseres inderdaad op de hoogte had kunnen of moeten zijn van het feit dat zowel de kledingvergoedingen als de baromzetten door verweerder als loon zouden worden aangemerkt.

Immers, hierover is aan eiseres ten aanzien van de baromzetten reeds in 1990 een mededeling gedaan en zij had als werkgever op de hoogte kunnen, althans behoren te zijn van de eerder genoemde Ministeriële Regeling omtrent vergoedingen voor gemengde kosten. Deze veronderstelling leidt ingevolge artikel 5, onder e, van het Besluit Toepassing administratieve boeten Coördinatiewet Sociale Verzekering (besluit van het Lisv van 24 juni 1998, St.crt. 1998, 123) in beginsel tot opzet of grove schuld ten aanzien van het bedoelde verzuim. Van omstandigheden die tot het aannemen van een mindere mate van verwijtbaarheid zouden moeten leiden is de rechtbank niet gebleken.

De rechtbank merkt nog op dat toepassing van het sinds 1 januari 2001 van kracht zijnde Boetebesluit werkgevers Coördinatiewet Sociale Verzekering (Koninklijk Besluit van 29 mei 2000, Stb. 2000, 247), in het onderhavige geval niet leidt tot het opleggen van een lagere boete.

Ondanks het vorenstaande kan het bestreden besluit wat de opgelegde boeten betreft niet in stand blijven. Immers, de opgelegde boeten bedragen telkens 25% per premiejaar over het bedrag aan nog door eiseres verschuldigde premie ná brutering, terwijl hierboven is aangegeven dat het bestreden besluit hieromtrent nadere motivering behoeft. Hoewel dit niet noodzakelijkerwijs betekent dat verweerder een besluit zal nemen met een andere inhoud, is niet uit te sluiten dat hij beslist dat de brutering - deels - prematuur is geweest. Van de opgelegde boeten moet dan, althans wat de hoogte ervan betreft, hetzelfde worden gezegd. Thans ontbreekt aan het bestreden besluit ten aanzien van de opgelegde boeten een deugdelijke motivering, aangezien de hoogte van de boeten samenhangt met de berekeningswijze van de nog verschuldigde premies.

Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen zal de rechtbank het beroep gegrond verklaren. Dit brengt met zich dat de rechtbank het bestreden besluit zal vernietigen, wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb voor zover het betrekking heeft op de vaststelling van het bedrag aan nog verschuldigde sociale premies (over de jaren 1993 tot en met 1997) en de aan de hand daarvan berekende boeten (over de jaren 1994 tot en met 1997). Tevens zal de rechtbank bepalen dat verweerder ten aanzien van de vernietigde delen van het besluit opnieuw een beslissing neemt met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen.

Nu het bestreden besluit moet worden vernietigd acht de rechtbank termen aanwezig verweerder met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de door eiseres gemaakte kosten in verband met de behandeling van het beroep, met toepassing van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht. De hoogte van de te vergoeden kosten van beroepsmatig verleende rechtsbijstand wordt door de rechtbank vastgesteld op f 1.420,- (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor de zitting, wegingsfactor 1 en een bedrag per punt van f 710,-). Van andere voor vergoeding in aanmerking komende kosten is de rechtbank niet gebleken.

Beslissing

De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

verklaart het beroep gegrond;

vernietigt het bestreden besluit voorzover het betrekking heeft op de vaststelling van het bedrag aan nog door eiseres verschuldigde sociale premies (over de jaren 1993 tot en met 1997) en de aan de hand daarvan berekende boeten (over de jaren 1994 tot en met 1997);

draagt verweerder een nieuw besluit te nemen ten aanzien van de vernietigde onderdelen van het bestreden besluit, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

bepaalt dat de rechtspersoon het Landelijk instituut sociale verzekeringen aan eiseres het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van f 450,- vergoedt;

veroordeelt verweerder in de proceskosten ten bedrage van f 1.420,-, die het Landelijk instituut sociale verzekeringen aan eiseres moet vergoeden.

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Centrale Raad van Beroep.

Aldus gegeven door mrs. D.A. Verburg, E.R. Eggeraat, C.J. Waterbolk en in het openbaar uitgesproken op 7 maart 2001, in tegenwoordigheid van de griffier.

Voor eensluidend afschrift,

de griffier van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage,

Verzonden op: 20 maart 2001