

**Stichting Normering Arbeid
College van Beroep**

Uitspraak d.d. 12 juli 2010 nr. SNA 10-01

inzake:

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

tegen

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

1. Het procesverloop

- 1.1 Verweerster heeft op 23 maart en op 28 augustus 2009 een inspectie ingesteld naar de nakoming door eiseres van de norm NEN 4400-1. Verweerster heeft van beide inspecties een rapport aan eiseres gestuurd. Daarin worden door verweerster afwijkingen van de norm (non-conformiteiten) geconstateerd.
- 1.2 Verweerster stuurt op 14 oktober 2009 een definitief oordeel aan eiseres. Zij stelt daarin dat geen reactie van eiseres is ontvangen op de door verweerster geconstateerde non-conformiteiten en dat eiseres in de gelegenheid is om binnen 30 werkdagen aantoonbare correctiemaatregelen door te voeren. In de brief geeft verweerster tevens aan dat indien de reactie niet vóór 20 november 2009 wordt ontvangen, de certificering van eiseres zal worden beëindigd.
- 1.3 Eiseres stuurt op 16 oktober 2009 een reactie aan verweerster waarin ze aangeeft dat het niet aangaat om vóór het verstrijken van de termijn handelingen te verrichten die schadelijk kunnen zijn voor eiseres. Verder stelt eiseres verweerster aansprakelijk voor mogelijk door haar te lijden schade.
- 1.4 Eiseres maakt op 22 oktober 2009 bezwaar tegen de in het inspectierapport van verweerster aangeduide major non-conformiteit. In de periode van 26 oktober tot en met 24 november 2009 komt een uitgebreide mailwisseling tussen partijen tot stand.
- 1.5 Verweerster informeert eiseres op 24 november 2009, in vervolg op haar inspectierapport en brief van 14 oktober 2009 en de mailwisseling, dat geen afdoende reactie is ontvangen en dat de certificering van eiseres derhalve wordt beëindigd.
- 1.6 Eiseres komt op 3 december 2009 in bezwaar tegen de beslissing van verweerster om de certificering te beëindigen. Bij uitspraak van 23 december 2009 heeft verweerster het bezwaar afgewezen.
- 1.7 Eiseres is op 22 januari 2010 tegen deze uitspraak in beroep bij het College van Beroep (hierna: het College) gekomen. Op 16 maart 2010 worden de gronden voor het beroep door eiseres nader onderbouwd.
- 1.8 Verweerster heeft op 14 april 2010 een verweerschrift ingediend.

- 1.9 Partijen hebben niet van het recht gebruik gemaakt een aanvullende memorie in te dienen.
- 1.10 Ter zitting van het College op 18 mei 2010 te Den Haag zijn verschenen: namens eiseres de heer (.....) en namens verweerster de heren (.....).

2. De tussen partijen vaststaande feiten

- 2.1 Eiseres drijft een uitzendonderneming. Zij gaat bij het sluiten van haar arbeidsovereenkomsten uit van de CAO voor Uitzendkrachten van de ABU. Op grond van de CAO is het eiseres als uitzendonderneming toegestaan om het loon deels in natura te voldoen, met inachtneming van onder meer de beperking dat de toekenning van een deel van het loon in natura vooraf dient te worden overeengekomen met de uitzendkracht.
- 2.2 Eiseres verstrekt huisvesting aan haar werknemers die woonachtig zijn in het buitenland en tijdelijk in Nederland te werk worden gesteld, met name aan werknemers uit Portugal. Deze werknemers werken gedurende 38 uur per week tegen het wettelijk minimum loon van € 8,51 per uur. Op basis van de arbeidsovereenkomst wordt aan hen vanwege de werkgever huisvesting verstrekt, waarvoor per loontijdvak van 4 weken een bedrag van € 300 wordt ingehouden op het netto loon tot het bedrag dat overeenkomt met de netto loonafsprake van ten minste € 5 per gewerkt uur. Meestal bedraagt de feitelijke inhouding voor huisvesting minder dan € 300. De hierdoor ontstane schuld van de werknemer (een renteloze lening) wordt bij zijn uitdiensttreding verrekend met de reserveringen voor zijn vakantiedagen en vakantiebijslag. De verrekening van de schuld vindt plaats met de bruto bedragen van de reserveringen, waarna over het aldus ontstane saldo loonheffingen worden afgedragen.
- 2.3 Eiseres is in het kader van haar inschrijving in het Register Normering Arbeid een inspectieovereenkomst aangegaan met verweerster. Verweerster heeft op 23 maart en 28 augustus 2009 een inspectie ingesteld naar de nakoming door eiseres van de norm NEN 4400-1. Op grond daarvan heeft verweerster in haar inspectierapport van 23 september 2009 onder meer gesteld:
Indien werknemers uit dienst getreden zijn, vindt er geen afrekening en uitbetaling van de opgebouwde reserveringen plaats. Aangezien terzake deze norm al bij de vorige audit de minor non-conformiteit is vastgesteld, is thans sprake van een major non-conformiteit.

3. Geschil

Tussen partijen is in geschil het antwoord op de vraag:

Heeft verweerster terecht geen inspectiecertificaat verstrekt aan eiseres, omdat de wijze van verrekening van reserveringen voor vakantiedagen en voor vakantiebijslag met de schuld van de werknemers ter zake van hun huisvesting bij uitdiensttreding moet worden aangemerkt als een non-conformiteit in de zin van de norm NEN 4400-1?

4. Standpunten van partijen

- 4.1 De standpunten van partijen zijn beschreven in het beroepschrift d.d. 22 januari 2010, de aanvulling op het beroepschrift d.d. 16 maart 2010 en het verweerschrift d.d. 14 april 2010.
- 4.2 Eiseres heeft ter zitting benadrukt dat haar grootste grief betreft het eenzijdig afbreken door verweerster van een lopende inhoudelijke discussie over de door verweerster geconstateerde non-conformiteit.
- 4.3 Verweerster deelt mede deze grief te begrijpen en voert als excuus aan dat het geven van uitleg de formele procedure mogelijk heeft vertroebeld. Het willen geven van uitleg neemt niet weg dat, als na 30 werkdagen herstel van de geconstateerde non-conformiteit uitblijft, een formeel besluit moet worden genomen. Dat is gedaan op 24 november 2009.
- 4.4 Verweerster stelt dat er bij eiseres sprake is van all-in loon door reserveringen voor wettelijke vakantiedagen en vakantiebijslag aan het einde van een dienstverband op basis van bruto loon te verrekenen met kosten voor huisvesting. Verder is in het kader van deze verrekening niet gebleken van enige transparantie in de arbeidsovereenkomst en de loonstrook voor werkgever, werknemer en Belastingdienst.
- 4.5 Eiseres erkent met betrekking tot de verrekening van de reserveringen dat een cafetariamodel uitgaat van bruto loon, maar stelt dat er bewust voor gekozen is uit te gaan van netto loon en uit praktische overwegingen twee handelingen (uitbetalen en vervolgens weer afrekenen) zijn gecombineerd. Door het met gesloten beurzen compenseren van de opgebouwde aanspraken op vakantiedagen en vakantiebijslag met de nog openstaande schuld, is de werknemer niet armer geworden. Volgens eiseres is één en

ander ook fiscaal correct, omdat er immers sprake is van compensatie van een schuldverhouding.

- 4.6 Eiseres stelt dat de afspraken voor het verrekenen van de reserveringen zijn vastgelegd in de uitzendovereenkomst. Een blanco exemplaar en een kopie van een ingevulde uitzendovereenkomst zijn met instemming van verweerster aan eiseres en het College nagezonden.

5. Beoordeling van het geschil

- 5.1 Het College stelt voorop dat het aan werkgever en werknemer in beginsel vrij staat om de arbeidsvoorwaarden en in het bijzonder de arbeidsbeloning af te stemmen op de wettelijke mogelijkheden, daarmee dus ook de mogelijkheden van de fiscale regelgeving. Zo kunnen zij gebruik maken van een cafetarieregeling, op grond waarvan de werknemer in plaats van het vastgestelde loon in geld kiest voor een vrijgestelde vergoeding of een fiscaal laag gewaardeerde beloning in natura, zoals dubbele huisvesting voor niet-ingezeten werknemers verzorgd door de werkgever. De betrokkenen bij een arbeidsovereenkomst moeten een en ander echter bewust aanvaarden. Dat volgt zowel uit het fiscale recht als uit het arbeidsrecht. Het College verwijst voor het fiscale recht naar het besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 5 augustus 2009 (nr. CPP2009/1458M), V-N 2009/39.18. Het College verwijst vervolgens naar de CAO voor Uitzendkrachten, die eist dat vooraf met werknemers afspraken worden gemaakt omtrent de omzetting van loon in geld naar verstrekking van huisvesting.
- 5.2 Verweerster heeft eiseres een tekort aan transparantie in de uitzendovereenkomst verweten op het punt van de verrekening van de huisvestingschuld van de werknemer met zijn opgebouwde vakantiedagen en vakantietoeslag. Verweerster heeft tevens het ontbreken van overeenstemming vooraf met de werknemer over deze ruil gelaakt. Hoewel deze aanmerkingen op eiseres pas in een laat stadium door verweerster aan de orde zijn gesteld, namelijk niet in haar inspectierapporten maar pas in haar mailbericht van 4 november 2009 en haar brief van 23 december 2009, heeft eiseres sindsdien voldoende gelegenheid gehad zich hiertegen te verweren.
- 5.3 Het staat vast dat eiseres met haar niet-ingezeten werknemers heeft afgesproken dat zij een vergoeding betalen van € 300 per vier weken voor de huisvesting die vanwege de werkgever beschikbaar wordt gesteld, en dat deze vergoeding wordt ingehouden op het netto loon. Bij deze inhouding wordt rekening gehouden met een minimum netto loonafpraak. Het staat

voorts vast dat het niet-ingehouden deel van de vergoeding bij uitdiensttreding wordt verrekend met opgebouwde aanspraken op vakantiedagen en vakantiebijslag. Uit de door eiseres overgelegde stukken blijkt niet dat de werknemers uitdrukkelijk hebben ingestemd met deze verrekening. In een aanhangsel bij de uitzendovereenkomst wordt slechts melding gemaakt van de te betalen vergoeding van € 300 per vier weken voor vanwege de werkgever beschikbaar gestelde huisvesting. Naar het oordeel van het College is dit niet correct. Op het moment dat een werkgever zoekt naar optimalisering van de fiscale mogelijkheden, zoals eiseres, moet zij ervoor zorgen dat het benutten van die mogelijkheid plaatsvindt conform de regels die daarbij gelden en dat dit wordt geregeld op een voor alle betrokkenen (werkgever, werknemers en Belastingdienst) transparante wijze. Aan die eisen heeft eiseres niet voldaan.

- 5.4 De door eiseres gehanteerde methodiek van het bij uitdiensttreding verrekenen van de openstaande schuld van de werknemer met zijn aanspraak op vakantiedagen en vakantiebijslag leidt ertoe dat de gereserveerde bedragen niet aan hem worden uitbetaald. Dat is naar het oordeel van het College civielrechtelijk niet correct. Artikel 7:641 lid 1 B.W. bepaalt immers dat een werknemer die bij het einde van de arbeidsovereenkomst nog aanspraak op vakantie heeft, recht heeft op een uitkering in geld tot een bedrag van het loon over een tijdvak overeenkomend met die aanspraak. Op basis van artikel 7:645 B.W. mag hierop niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Dat heeft eiseres wel gedaan.
- 5.5 De door eiseres gehanteerde methode van verrekenen bij uitdiensttreding van reserveringen voor vakantiedagen en vakantiebijslag met een opgebouwde schuld ter zake van huisvesting is, naar het oordeel van het College, fiscaal niet toegestaan, omdat door eiseres slechts over het loon na verrekening met de schuld loonheffingen worden afgedragen. Verrekening van een schuld van een werknemer met zijn loon leidt er immers toe dat voor het bedrag van de verrekening loon wordt genoten (artikel 13a, eerste lid, onderdeel a Wet op de loonbelasting 1964), zodat eiseres op het loon inclusief het volledige bedrag van de opgebouwde vakantiedagen en de opgebouwde vakantiebijslag loonheffingen moet inhouden. Door de verrekening die eiseres uitvoert komt de Belastingdienst loonbelasting en premies tekort, met als gevolg dat haar inleners het risico lopen dat zij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de naheffingsaanslagen die aan eiseres kunnen worden opgelegd. 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.

6. Beslissing

Het College verklaart het door eiseres ingestelde beroep ongegrond. Het College stelt de kosten van de procedure op € 6.000 te betalen door eiseres.

De uitspraak zal geanonimiseerd worden gepubliceerd op de website van de Stichting Normering Arbeid.

Aldus op 12 juli 2010 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. R.H.L. Huisman
secretaris

mr. C.W.M. van Ballegooijen
voorzitter