

Fiscaal up to Date nummer 4 - 27 januari 2009

FutD 2009-0182 Antwoord op kamervragen over convenant met sekswerkers

De staatssecretaris heeft antwoord gegeven op vragen van de Tweede-Kamerleden Remkes, Weekers, Omtzigt, mevrouw De Pater-Van der Meer en Cramer (zie [FutD 2008-2640](#)) naar aanleiding van de berichtgeving in Fiscaal up to Date over het convenant dat de Belastingdienst met de prostitutiebranche heeft gesloten en het bijbehorende voorwaardenpakket (zie [FutD 2008-2578](#) met ons commentaar).

De Belastingdienst heeft volgens de staatssecretaris naar zijn eigen oordeel de feiten en omstandigheden beoordeeld en binnen de vigerende wet- en regelgeving een vaststellingsovereenkomst gesloten. Kernpunt daarvan is volgens de staatssecretaris dat exploitant en sekswerkers gebruik maken van artikel 4, onderdeel f, van de Wet loonbelasting (LB). Daarmee vallen zij onder het regime van de LB en kunnen zij gebruik maken van alle mogelijkheden die de Wet LB biedt, zoals het geven van onbelaste vergoedingen, daar waar de werknemer ook kosten heeft gemaakt. Onderdeel van het bij de vaststellingsovereenkomst behorende voorwaardenpakket is de mogelijkheid een, door de inspecteur te beoordelen, onbelaste kostenvergoeding toe te kennen aangezien er volgens de staatssecretaris ook kosten worden gemaakt. Op basis van ervaringscijfers heeft de inspecteur volgens de staatssecretaris de vergoedingsregeling met de branche besproken en zijn de wettelijke mogelijkheden en beperkingen toegepast. De toetsing van de feiten en omstandigheden aan wet- en regelgeving heeft volgens de staatssecretaris geleid tot het percentage van 20%. In veel situaties bleek dit percentage volgens de staatssecretaris alleen al voor de reiskosten hoger te liggen. De belangrijkste kostensoorten waar de vergoedingsmogelijkheid op ziet zijn kosten van vervoer (openbaar vervoer, eigen auto of taxivervoer), attributen, telefoonkosten e.d. Kosten van gangbare kleding en van persoonlijke verzorging zijn daarbij volgens de staatssecretaris als niet vrij vergoedbaar aangemerkt. De gemaakte afspraken betekenen volgens de staatssecretaris niet dat ook andere werknemers, zoals leden van een orkest die beroepshalve in gepaste kleding moeten verschijnen, een korting op het loon voor beroepskosten mogen aftrekken.

De staatssecretaris verwacht dat de vaststellingsovereenkomst in deze branche goed zal werken. De duidelijkheid over de fiscale positie zal volgens hem leiden tot minder geschillen waardoor de Belastingdienst zich met specifieke handhavingswerkzaamheden meer en meer kan richten op het niet-compliance, en veelal anonieme deel, van de branche. Waar nodig en wenselijk kan met een juiste feitelijke onderbouwing, te beoordelen door de inspecteur, volgens de staatssecretaris ook in andere branches een soortgelijke overeenkomst worden gesloten.

Ministerie van Financiën 16-1-2009, nr. DGB2008-06734 (Fida 20090325) en nr. DGB2008/6727 (Fida 20090326)

Ons commentaar

In dit commentaar gaan wij nader in op enige fiscale aspecten in de sekswerkersbranche waaraan de staatssecretaris voorbij gaat in de beantwoording van de kamervragen:

A. De 20%-vergoeding

In het voorwaardenpakket en de daaraan gekoppelde vaststellingsovereenkomst (VSO) met de prostitutiebranche staat het volgende (wij citeren):

"3. Van de aan de Sekswerker toekomende inkomsten (exclusief omzetbelasting) wordt voor de Loonheffing een gedeelte ter grootte van 20% aangemerkt als een fiscaal onbelaste onkostenvergoeding ter dekking van de door de Sekswerker voor eigen rekening te maken kosten voor de uitoefening van haar/zijn werkzaamheden."

De hierover in ons commentaar in [FutD 2008-2578](#) gemaakte ophef, leidde tot een tweetal kamervragen. De reden van de ophef, wij herhalen het nog maar eens, is dat de vrije vergoeding van 20% in strijd is met de wet. Een vrije vergoeding van kosten kan volgens de regels in de loonbelasting niet worden uitgedrukt in een vast percentage van de inkomsten, omdat kosten nu eenmaal niet afhankelijk zijn van inkomsten. Een kostenvergoeding in een vast bedrag kan slechts worden toegekend na een gedetailleerd onderbouwd overzicht van beroepskosten van werknemers die tot een zogenoemde homogene groep in een bepaald bedrijf behoren. De Belastingdienst houdt normaliter streng de hand aan zowel de eis van de met originele bewijsstukken gestaafde kosten als de eis van homogeniteit. Bovendien huldigt de Hoge Raad deze strenge eisen ook, getuige het arrest van 23 januari 2009 (zie [FutD 2009-0185](#) in deze aflevering) waarin de Hoge Raad in r.o. 5.1. nog eens expliciet overweegt dat vaste vergoedingen niet tot het loon behoren, voorzover deze per kostencategorie naar aard en veronderstelde omvang van de kosten zijn gespecificeerd. De 20%-vergoeding voldoet aan geen van de wettelijke eisen en is in wezen een vermomde belastingkorting. Wat de Belastingdienst de prostitutiebranche toestaat, is wettelijk dus niet toegestaan. De Belastingdienst handelt contra legem.

Voor sekswerkers die in loondienst werken of onder het voorwaardenpakket werkzaam zijn, geldt in elk geval tot 1 januari 2014 een uitzondering. Zij kunnen zonder enige onderbouwing en zonder enig bewijs 20% van hun inkomsten

onbelast vergoed krijgen. Uit het NRC-weblog van Aertjan Grotenhuis blijkt dat NOC*NSF al jaren probeert een vaste kostenvergoeding voor haar A-topsporters te krijgen. De Belastingdienst staat dat niet toe, terwijl dit ook een beroepsgroep betreft, die sterk afhankelijk is van zijn/haar eigen lichaam. Volgens de blogger van NOC*NSF zit het probleem bij deze beroepsgroepen voor de Belastingdienst in de (para)medische kosten en de persoonlijke verzorging. Deze uitgaven zijn essentieel voor verantwoorde topprestaties, maar ze mogen niet onbelast worden vergoed. Daarnaast is de hoogte van de vergoeding van 20% van de inkomsten voor een categorie sekswerkers ronduit riant te noemen. In geen enkele andere bedrijfstak is de Belastingdienst bereid te praten over zo'n (hoog) vast percentage van beroepskosten. Wat de Belastingdienst voor sommigen in de prostitutiebranche toestaat, staat de Belastingdienst anderen niet toe. De Belastingdienst handelt daardoor in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

B. Invoering fictieve dienstbetrekking zonder oordeel Tweede Kamer

De relatie tussen de exploitant en sekswerker wordt met ingang van 1 januari 2009 aangemerkt als een fictieve dienstbetrekking, tenzij akkoord wordt gegaan met het voorwaardenpakket. De invoering van de fictieve dienstbetrekking voor sekswerkers is in geen enkele wet opgenomen. In de gebruikelijke in het najaar bij de Tweede Kamer in te dienen wetsvoorstellen, zoals het Belastingplan of het wetsvoorstel Overige Fiscale Maatregelen, werd hierover met geen woord gerept. De fictieve dienstbetrekking werd bij algemene maatregel van bestuur ingevoerd en die werden vlak voor het jaareinde in het Staatsblad geplaatst (zie [FutD 2009-0032](#)). Deze regelingen werden, zonder dat daaraan vooraf enige ruchtbaarheid werd gegeven in bijvoorbeeld het Belastingplan 2009 of het wetsvoorstel Overige Fiscale Maatregelen 2009, naar de Tweede Kamer gestuurd. Daarin werd verwezen naar het voorwaardenpakket (de VSO werd niet bijgevoegd), maar de 20%-vergoeding kwam daarin niet aan de orde. Het is duidelijk de bedoeling geweest om de Tweede Kamer hiervan niet op de hoogte te brengen. Om het doel van het heffen en innen van belasting bij deze moeilijk in de greep te krijgen branche te bereiken, heeft de Belastingdienst een overeenkomst met een branche gesloten waarvan de belangrijkste onderdelen bewust aan het zicht van de Tweede Kamer zijn onttrokken.

C. Fictieve dienstbetrekking

Op grond van artikel 2ca van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting en artikel 5a van het Besluit van 24 december 1986, tot aanwijzing van gevallen waarin een arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd wordt de arbeidsrelatie van een sekswerker met ingang van 1 januari 2009 aangemerkt als een dienstbetrekking. Volgens de nota van toelichting in het Staatsblad (zie [FutD 2009-0032](#)) zijn arbeidsrelaties in de prostitutiebranche vrijwel altijd aan te merken als een dienstbetrekking. Dit is onjuist. Bij raamprostitutie is doorgaans sprake van de uitoefening van een vrij beroep (dit wordt ook door de Belastingdienst erkend). Dit geldt ook voor thuiswerkers en dienstverleners in hotels of andere locaties. Bij seksuele dienstverlening in besloten clubs hangt het van de feiten en omstandigheden af of sprake is van een dienstverband. Alleen als wordt voldaan aan bij ministeriële regeling nader te stellen regels, wordt de arbeidsrelatie niet als (fictieve) dienstbetrekking beschouwd (zie [FutD 2009-0029](#)). In dat geval wordt uitgegaan van een fictieve dienstbetrekking als de VSO met het bijbehorende voorwaardenpakket wordt getekend. Volgens gemachtigden in deze branche leidt de fictieve dienstbetrekking tot rechtsongelijkheid binnen de groep van (seksuele) dienstverleners, omdat slechts een klein deel van de branche (circa 25%) daardoor wordt bestreken. Bovendien kan de fictieve dienstbetrekking alleen maar worden geëffectueerd als de kamerverhuurder tot betaling van een beloning aan de sekswerkers zou zijn gehouden. Gemachtigden verwachten daarover een reeks van procedures, want doorgaans wordt de sekswerker door de klant betaald.

D. Fiscale amnestie in ruil voor handtekening onder VSO

Uit de vele uitgebreide reacties die wij van lezers ontvingen naar aanleiding van het bericht in Fiscaal up to Date blijkt dat de Belastingdienst in maart 2008 is gestart met het onder druk zetten van kamerverhuurbedrijven om het voorwaardenpakket, dat geen enkele wettelijke verankering kende, ondertekend te krijgen. Aan de exploitanten werd mondeling toegezegd dat voorlopig geen fiscale controle zou plaatsvinden en reeds aangekondigde en opgelegde navorderings- en naheffingsaanslagen met boeten zouden worden vernietigd, als de VSO met daarbij het voorwaardenpakket werd ondertekend. Van diverse zijden is ons meegedeeld dat de Belastingdienst exploitanten via misbruik van controlebevoegdheden onder druk heeft gezet - en dat nog steeds doet - een VSO inzake toepassing van het voorwaardenpakket aan te gaan. Verder zou de opmerking in de aan de Tweede Kamer gezonden nota van toelichting bij het Staatsblad (zie [FutD 2009-0032](#)), dat afspraken zijn gemaakt met belangengroeperingen voor sekswerkers en exploitanten, bezijden de waarheid zijn. Voort wordt betwijfeld dat de met deze branche getroffen regeling werkelijk een succes-story is. Ongeveer 70% van de bedrijven heeft de VSO en het voorwaardenpakket getekend, en dit percentage is, zoals gezegd, met name bereikt door het dreigen en knijpen van de exploitanten totdat zij piepten. Slechts 25% van de betrokkenen heeft de VSO en het voorwaardenpakket getekend, en dit percentage is - zoals gezegd - met name bereikt door het knijpen van de exploitanten en sekswerkers, totdat zij

piepten. De Belastingdienst was bereid te berusten in de over het verleden niet-geheven en geïnde, maar wel verschuldigde, belasting mits de exploitanten instemden met de VSO en het voorwaardenpakket. Verder zijn in de VSO de beëindigingsgronden zeer eenzijdig geregeld. Er geldt een opzegtermijn van drie maanden en pas per 1 januari 2010, maar de Belastingdienst kan eerder opzeggen als de overeenkomst door de rechter ongeldig wordt verklaard. Daarnaast kan de Belastingdienst de spelregels eenvoudig wijzigen via wetgeving van de staatssecretaris, die op dat moment als wetgever optreedt, die automatisch doorwerkt in de VSO. Insiders verwachten dat het voorwaardenpakket averechts zal uitpakken. Men vermoedt met name dat door de invoering van de fictieve dienstbetrekking een deel van de prostitutie zich aan het zicht van de overheid gaat onttrekken. De regelgever beseft dit waarschijnlijk ook want volgens de nota van toelichting leveren de maatregelen (per saldo) niets op voor de schatkist.

Wij zijn benieuwd of de vragenstellers van de Tweede Kamer genoeg nemen met de onware, onjuiste en misleidende antwoorden van de staatssecretaris.