Rechtsvormen voor prostitutiebedrijven in zelfbeheer: twee scenario's

Datum: 17 juni 2015

Auteurs: [redacted] (universitair docent arbeidsrecht aan de UvA), [redacted] (Accountmanager Team Fiscaal Dienstverleners bij de Belastingdienst) met medewerking van [redacted] (hoogleraar internationaal sociaal recht aan de VU en beleidsjurist bij de Vakcentrale FNV), [redacted] (programma prostitutie van de gemeente Amsterdam)

---

1. Inleiding

In deze notitie wordt uiteengezet welke rechtsvormen geschikt zijn voor de samenwerking van sekswerkers en welke voor- en nadelen aan deze rechtsvormen kleven. Nadat in een vooronderzoek andere rechtsvormen, zoals de 'gewone' vereniging, zijn afgevallen, richt dit onderzoek zich op de stichting en de coöperatie. Bij de vergelijking is vooral gekeken naar: (i) de corporate governance, (ii) het niveau van participatie voor de sekswerkers en (iii) de financiële aspecten.

2. De stichting

2.1 Inleiding

In dit experiment kan de stichting als een goede exploitant functioneren. De stichting bepaalt zelf de huurprijzen en de omstandigheden waaronder de kamers verhuurd worden. De stichting dient een ideëel (niet commercieel doel) te hebben. Dit kan bijv. de verbetering van de positie van sekswerkers zijn. Een groot deel van de doelen die met dit project beoogd worden (betere huurprijzen, voorkoming van uitbuiting en betere omstandigheden) kunnen dus goed met deze stichting bereikt worden. De stichting kan ook faciliteiten, zoals bijvoorbeeld scholing, aanbieden.

2.2 Fiscale aspecten van de stichting

Een stichting kan belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting als deze als een organisatie van kapitaal en arbeid deelneemt aan het economisch verkeer en daarbij winst maakt of naar winst streeft. Er wordt dan een onderneming gedreven. Ook als er een activiteit wordt ontplooit waarmee de stichting'concurreert' met ondernemers is deze vennootschapsbelastingplichtig. De stichting gaat als exploitant van een pand fungeren. Of het exploiteren van een pand als onderneming moet worden aangemerkt, is niet altijd zeker. Dat hangt af van alle overige activiteiten die er plaats gaan vinden. De exploitatie is in elk geval aan te merken als een commerciële activiteit waarmee de stichting in concurrentie treedt met anderen. Daarom is de stichting belastingplichtig

voor de Vennootschapsbelasting. De winsten die de stichting behaalt met het exploiteren van de panden zijn dus belast.Dat de stichting een ideële doelstelling heeft doet hier niets aan af.

Daarnaast wordt de stichting voor de BTW als ondernemer aangemerkt.
De verhuur van een onroerende zaak voor het gelegenheid geven van prostitutie is belast tegen het algemene tarief. Over de verhuurprijs van de kamers moet 21% BTW worden afgedragen en in de (verplichte) factuur worden opgenomen.

2.3 Organen

Op grond van de wet heeft de stichting één orgaan: het bestuur. Dit bestuur wordt de eerste keer bij notariële akte worden benoemd en vervolgens wordt in de statuten opgenomen hoe in de opvolging wordt voorzien, meestal geschiedt dat door coöptatie (zelfbenoeming). Er kan worden gekozen voor een bestuur uit sekswerkers, maar ook een onafhankelijk bestuur of een gemende samenstelling behoren tot de mogelijkheden. Ten aanzien van de bestuurders kunnen profielen worden opgesteld. Hiermee kan bijvoorbeeld diversiteit binnen het bestuur worden gewaarborgd.

Omdat het bestuur zichzelf benoemt, kan de kwaliteit gewaarborgd worden, maar kan het bestuur op een gegeven moment ook vervreemd zijn van de belanghebbenden (de sekswerkers).Ontslag kan altijd door de rechtbank geschieden op verzoek van een belanghebbende. De structuur van de stichting kent dus weinig checks andbalances, dit is een aandachtspunt.

Het is echter mogelijk statutair te bepalen dat de stichting een Raad van Toezicht heeft. Deze Raad van Toezicht houdt toezicht op en benoemt het bestuur. De Raad van Toezicht benoemt dan zichzelf d.m.v. coöptatie. Eventueel is denkbaar dat de gemeente een toezichthouder aanwijst. De toezichthoudende taak van de Raad van Toezicht kan worden uitgewerkt in de statuten. Het is tevens mogelijk om in de statuten de (vertegenwoordigings)bevoegdheid van de bestuurders te beperken.

2.4 Participatie

In de rechtsvorm van de stichting is het niet (goed) mogelijk de sekswerkers zelf te laten participeren, tenzij een van de sekswerkers zitting neemt in het bestuur of de raad van toezicht. Er is dus weinig(mede)zeggenschap en verantwoordelijkheid voor de sekswerkers. Vrijwel iedere vorm van participatie door de sekswerkers zal leiden tot een overtreding van het ledenverbod. De enige vorm van ‘medezeggenschap’die mogelijk is, is denk ik de zogenoemde adviesraad die gevraagd en ongevraagd advies geeft aan het bestuur. Een dergelijke adviesraad is niet ongebruikelijk in de stichtingpraktijk en zal niet leiden tot een overtreding van het ledenverbod. In de statuten van de stichting wordt dan opgenomen dat het bestuur een adviesraad kan

instellen. Het bestuur benoemt en ontslaat tevens deze raad. Een adviesraad geeft niet-bindende adviezen. Deze adviesraad moet worden onderscheiden van een ondernemingsraad die bij ondernemingen met meer dan 50 werknemers ten behoeve van het personeel wordt ingesteld. Nu bij de stichting geen personeel werkzaam zal zijn – de sekswerkers zijn immers zelfstandige – ligt de instelling van een OR niet voor de hand, ook niet op vrijwillige basis. De sekswerkers kunnen geen stoffelijk voordeel uit de stichting halen, anders dan een eventuele verlaging van de huurprijs. De keerzijde van het ontbreken van participatie is dat de stichting volledig onafhankelijk opereert en niet afhankelijk is van de bereidheid en geschiktheid van sekswerkers om onderdeel te worden van een orgaan van de exploitant.

2.5 Fiscale aspecten voor zelfstandigheid participanten

De participanten zullen als zelfstandig ondernemer aangemerkt worden als ze aan de kenmerken voor het ondernemerschap voldoen.Hierbij speelt met name de zelfstandigheid in hun werkzaamheden een belangrijke rol.
Daarnaast wordt gekeken naar de volgende feiten en omstandigheden:
- de hoogte van de winst
- is er voldoendekapitaalom deondernemingdraaiende te houden
- de hoeveelheid tijd die aan de onderneming wordt besteedt
- het aantal opdrachtgevers
- wat wordt er gedaan aan de naamsbekendheid
- wordt er ondernemersrisico gelopen
- is er aansprakelijkheid voor de schulden van de onderneming

In principe wordt ervan uitgegaan dat de participanten hieraan voldoen.

2.6 Beloning/winstuitkering

Omdat de stichting geen winst kan uitkeren, bestaat er weinig vrees dat bestuurders er de opbrengsten van de stichting voor eigen gewin aanwenden. Alle opbrengsten moeten worden ingezet ter verwezenlijking van het doel van de stichting. De bestuurders kunnen bezoldiging ontvangen – hetgeen hier niet voor de hand ligt. Bij instelling van een Raad van Toezicht zal dat onafhankelijke orgaan de beloning bepalen. De financiële voordelen van de stichting hebben betrekking op een eventuele lage huurprijs. Er kleven risico's aan een niet-commercieel exploitantentschap. Het zou mogelijk leiden tot (ongewenste) concurrentie tussen sekswerkers. Iedere sekswerker wil dan voor de stichting werken en het bestuur moet dan selecteren welke sekswerkers wel gebruik mogen maken van de lage huurprijzen en welke niet. Dit brengt mogelijk integriteitsrisico's met zich.

2.7 Fiscale aspecten van beloning/winstuitkering

Indien bestuurders bezoldiging ontvangen zal dezeals looninkomsten aangemerkt moeten worden. [redacted]

2.8 Ontbinding

Een stichting kan ontbonden worden door het bestuur, tenzij de statuten iets anders bepalen. In de statuten kunnen bijvoorbeeld ontbindingsgronden worden opgenomen. De stichting kan ook altijd door de rechter worden ontbonden.

3. De door sekswerkers opgerichte stichting

Een variant op de stichting als goede exploitant is een stichting die door de sekswerkers zelf wordt opgericht en geheel door de sekswerkers wordt bestuurd, zonder bemoeienis van (onafhankelijke) andere partijen. Hetgeen hiervoor is overwogen over oprichting, corporate governance, beloning en ontbinding is van overeenkomstige toepassing op deze stichting. Het probleem van het ontbreken van checks andbalances doet zich bij deze vorm nog sterker voor dan bij de meer onafhankelijke stichting. Ook zou het ledenverbod eerder in het geding kunnen zijn. Een stichting heeft in tegenstelling tot de vereniging geen leden en voorkomen moet worden dat de governance van de stichting zo wordt ingericht dat feitelijk sprake is van een ledenvergadering. Dit zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen indien de sekswerkers ten aanzien van wiens belangen de stichting optreedt, bevoegdheden krijgt ten aanzien van de benoeming en het ontslag van het bestuur.

Een mengvorm is ook mogelijk, bijvoorbeeld een stichting die door de sekswerkers zelf wordt opgericht, maar die een raad van toezicht heeft waarin ook onafhankelijke personen zitting hebben. Dat moet dan wel bij oprichting in de statuten worden geregeld en daarover beslissen de oprichters.

3.1 Fiscale aspecten eigen stichting

Ook indien de sekswerkers zelf in het stichtingsbestuur plaatsnemen, zijn ze voor hun ‘dagelijkse’ werkzaamheden ondernemer.
De eventuele bezoldiging die ze als bestuurder ontvangen wordt in beginsel aangemerkt als loon uit dienstbetrekking. Deze bezoldiging kan eventueel opgaan in hun winst uit onderneming; [redacted]

4. De coöperatie

4.1 Inleiding

De coöperatie heeft tot doel in de stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien, dit kan een redelijke (lagere) huurprijs zijn. Daarnaast kunnen enkele nevendoelen worden geformuleerd. De coöperatie verricht in beginsel werkzaamheden voor haar leden, maar kan ook werkzaamheden voor andere belanghebbenden verrichten. Daarbij is een aandachtspunt dat de meerderheid van de werkzaamheden verricht moet worden ten behoeve van de leden. Er moet dus voldoende animo zijn voor het lidmaatschap van de coöperatie. Aan het lidmaatschap kunnen verplichtingen worden verbonden, daarbij kan worden gedacht aan contributie. De leden hebben recht op een winstuitkering. De leden van een coöperatie kunnen aansprakelijk zijn voor de schulden van de coöperatie. In de statuten kan deze aansprakelijkheid echter uitgesloten worden, hetgeen aan te raden is.

4.2 Organen

Een coöperatie heeft een algemene ledenvergadering en een bestuur. De algemene ledenvergadering zal bestaan uit de sekswerkers die lid zijn van de coöperatie. De algemene ledenvergadering heeft veel zeggenschap. Zij besluit onder meer over de benoeming en het ontslag van het bestuur, maar ook over statutenwijziging en andere belangrijke aangelegenheden die de organisatie van de rechtspersoon betreffen. Wie lid wordt van de coöperatie bepaalt het bestuur. Gebruikelijk is dat de statuten een procedure bevatten voor de toelating van leden welke eventueel wordt uitgewerkt in een reglement. Hierin kunnen ook eisen aan het lidmaatschap worden verbonden. Het is ook mogelijk om tussen de ledenvergadering en het bestuur een onafhankelijke Raad van Toezicht of Raad van Commissarissen te zetten die toezicht houdt op het bestuur en deze benoemt en ontslaat. De taak van de Raad van commissarissen kan nader omschreven worden en deze kan bijvoorbeeld ook een goedkeuringsrecht ten aanzien van belangrijke besluiten krijgen.

De structuurregeling – die voorziet in de instelling van een RVC onder toekenning van bepaalde bevoegdheden – kan alleen van toepassing worden verklaard als er een OR is, hetgeen niet voor de hand ligt.

Er kan dus in het algemeen niet vrijwillig worden gekozen voor de structuurcoöperatie – en dit kan dan ook niet in de vergunning worden geëist – wel kan de structuurregeling als inspiratiebron dienen en kan de vergunning bepalen dat de coöperatie een Raad van Commissarissen of Raad van Toezicht moet instellen.

4.3 Fiscale aspecten coöperatie

Een coöperatie is belastingplichtig in de zin van de Wet op de Vennootschapsbelasting. De winsten die de coöperatie behaalt met het exploiteren van de panden zijn dus belast.

Verlengstukwinst
Bij een coöperatie is er een bijzondere mogelijkheid: toepassing van de zogenaamde verlengstukwinst. Verlengstukwinst is de door de coöperatieve vereniging gemaakte winst, die wordt veroorzaakt door het samenvoegen van de activiteiten van de leden van de coöperatie. Uitkeringen uit de verlengstukwinst die toekomen aan leden worden als kosten behandeld, waardoor de winst voor de vennootschapsbelasting lager is. Er moet wel winst achterblijven in de coöperatie. De natuurlijke personen aan wie de winst wordt toegerekend betalen hierover dan inkomstenbelasting. In dit geval gaat de winstuitkering op in het ondernemerschap.

De toerekening van de verlengstukwinst aan de leden/natuurlijk personen voorkomt dat die winst twee keer met winstbelasting wordt belast (dubbele heffing). De verlengstukwinst voor lid/ondernemers natuurlijk personen is niet zomaar aftrekbaar van het belastbare resultaat van de coöperatie.
Daarvoor moet de winstuitkering (statutair en feitelijk) afhankelijk zijn van het relatieve aandeel van het lid in het totale ledenkapitaal van de coöperatie (naar rato). Keert een coöperatie meer uit dan haar eigen winst (dus uit vrije reserves of uit ledenkapitaal), dan is het meerdere in ieder geval niet aftrekbaar als verlengstukwinst. De uitkering van verlengstukwinst aan lid-B.V.'s is ook niet aftrekbaar.

Daarnaast wordt de coöperatie voor de BTW als ondernemer aangemerkt.
De verhuur van een onroerende zaak voor het gelegenheid geven van prostitutie is belast tegen het algemene tarief. Over de verhuurprijs van de kamers moet 21% BTW worden afgedragen en in de (verplichte) factuur worden opgenomen.

4.4 Participatie

Via de ledenvergadering is er dus veel participatie van de sekswerkers. De leden bepalen indirect via de benoeming van het bestuur hun eigen (arbeids)omstandigheden en huurprijs. Hiermee worden bestaande ongelijke machtsverhoudingen doorbroken. Het medezeggenschapselement kan een belangrijke overweging zijn in de keuze voor een bepaalde rechtsvorm, vooral als de bedoeling is dat de afhankelijkheidsrelatie moet worden doorbroken. De rechtsvorm van de coöperatie is daar de meest geschikte rechtsvorm voor. Grote participatie van de sekswerkers kan ook nadelen hebben; er kan belangenverstrengeling ontstaan en het risico bestaat dat het bestuur een eigen koers – in strijd met de doelen van de coöperatie – gaat handelen. Het toezicht vanuit de gemeente of van onafhankelijke belangenbehartigers is dus kleiner dan bij de stichting. Met andere woorden: er is veel participatie, maar minder controle. Bij de samenstelling van het bestuur kan daarbij wel rekening worden gehouden. Denkbaar is bijv. dat er een bepaald profiel wordt opgesteld, zodat ook andere personen dan de sekswerkers zitting nemen in het bestuur. Daarbij kan statutair worden bepaald dat de sekswerkers een meerderheid van het bestuur vormen, aangevuld met enkele onafhankelijke leden.

4.5 Fiscale aspecten zelfstandigheid participatie in coöperatie

De participanten zullen als zelfstandig ondernemer aangemerkt worden als ze aan de kenmerken voor het ondernemerschap voldoen. Hierbij speelt met name de zelfstandigheid in hun werkzaamheden een belangrijke rol.
Daarnaast wordt gekeken naar de volgende feiten en omstandigheden:
- de hoogte van de winst;
- is er voldoende kapitaal om de onderneming draaiende te houden;
- de hoeveelheid tijd die aan de onderneming wordt besteedt;
- het aantal opdrachtgevers;
- wat wordt er gedaan aan de naamsbekendheid;
- wordt er ondernemersrisico gelopen
- is er aansprakelijkheid voor de schulden van de onderneming;

In principe wordt ervan uitgegaan dat de participanten hieraan voldoen.

4.6 Beloning/winstuitkering

Ten aanzien van de financiële voordelen voor de sekswerkers zijn er globaal twee mogelijkheden. In de eerste plaats kan de coöperatie besluiten de huurprijzen laag te houden, zodat de sekswerkers op die manier financieel voordeel behalen. In de tweede plaats kan gekozen worden voor een marktconforme huurprijs met een (hogere) winstuitkering voor de sekswerkers. Een lage huurprijs zorgt voor onwenselijke concurrentie en mogelijke integriteitsrisico's, omdat iedere sekswerker dan voor de coöperatie zal willen werken.

4.7 Fiscale aspecten beloning/winstuitkering

Als de participanten voor hun werkzaamheden als ondernemer worden aangemerkt dan zal de winstuitkering van de coöperatie ook als winst uit onderneming worden aangemerkt. Het coöperatieaandeel wordt aangemerkt als verplicht ondernemingsvermogen.

Als de leden geen ondernemer zijn dan wordt hun werk voor de coöperatie gezien als loon en wordt hun lidmaatschap opgenomen in box 3.

Indien er een belang van meer dan 5% is(bij 20 leden of minder), iser sprake van een aanmerkelijk belang, de winstuitkering kan dan inde belastingheffing van box 2 vallen. Als deze persoon ook in dienstbetrekking is bij de coöperatie, dan moet de gebruikelijkloonregeling (artikel 12a Wet Loonbelasting) mogelijkwordentoegepast. Indien de participant die een aanmerkelijk belang heeft alsondernemer is aangemerkt, zal de winstuitkering worden opgenomen in de winst uit onderneming en is er geen heffing in box 2.

Bijlage

Aanbevelingen om op te nemen in de statuten:

- Een Raad van Toezicht die het bestuur benoemt en ontslaat
- De samenstelling van het bestuur. Bijvoorbeeld dat een meerderheid van de bestuurders bestaat uit sekswerkers
- Een adviesraad indien voor een stichting wordt gekozen
- De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur

De Belastingdienst zou graag de volgende voorwaarden in de statuten opgenomen willen zien:

- De administratie van zowel de stichting/coöperatie als van de leden, zal aan de vereisten van een juiste en volledige administratie moeten voldoen;
- [redacted]

Aanbevelingen van de Belastingdienst:

- De huurkosten mogen niet in contantenvoldaan worden, voor een betere controle van de administratie;
- [redacted]

NB: In sommige gevallen is er sprake van een fictieve dienstbetrekking voor alle loonheffingen bij bestuurders van coöperaties met werknemerszelfbestuur.

Op grond van art. 4 ZW is er een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan wil sprake zijn van de fictie van art. 3, lid 1, onderdeel h. Deze voorwaarden luiden als volgt:

- de coöperatie moet uitsluitend arbeidsovereenkomsten sluiten met haar leden (art. 4, lid 1, onderdeel h, ZW);
- de betrokken bestuurder moet lid zijn van de coöperatie (art. 4, lid 1, onderdeel h, ZW);
- doorgaans moet ten minste tweederdedeel van de personen met wie de coöperatie een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, lid zijn van de coöperatie (art. 4, lid 3, onderdeel a, ZW);
- het lidmaatschap van de coöperatie moet voor eenieder onder dezelfde voorwaarden verkregen kunnen worden, waarbij voorwaarden van geldelijke aard geen wezenlijke belemmering mogen vormen (art. 4, lid 3, onderdeel b, ZW);
- de leden van de coöperatie moeten ieder één stem hebben (art. 4, lid 3, onderdeel c, ZW);
- de arbeidsvoorwaarden van de leden van de coöperatie mogen niet wezenlijk anders zijn dan gebruikelijk is in de desbetreffende branche (art. 4, lid 3, onderdeel d, ZW);

- bij beëindiging van zijn lidmaatschap moet een lid van de vereniging aanspraak kunnen maken op ten hoogste zijn financiële bijdrage aan het ondernemingsvermogen (art. 4, lid 3, onderdeel e, ZW).

Een van de voorwaarden voor het als fictieve dienstbetrekking kunnen aanmerken van de arbeidsverhouding van een bestuurder van een coöperatie met werknemerszelfbestuur is dat de betreffende bestuurder lid moet zijn van de coöperatie. In dit kader is het van belang om te weten dat binnen een coöperatie met werknemerszelfbestuur onderscheid gemaakt dient te worden tussen interne en externe bestuurders. De bestuurders van een coöperatie worden gekozen door de algemene vergadering.

De algemene vergadering bestaat uitsluitend uit personen die krachtens een arbeidsovereenkomst als werknemer werkzaam zijn in de door de vereniging uitgeoefende onderneming.

Interne bestuurders nemen deel in de algemene vergadering en zijn tevens lid van de coöperatie. Er is derhalve een duidelijke relatie aanwezig met het werknemerschap en voor hen geldt dat sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Externe bestuurders zijn geen lid van de coöperatie en hebben in tegenstelling tot de interne bestuurders geen relatie met het werknemerschap. Voor externe bestuurders geldt de fictie dan ook niet.