

RECHTSPRAAK

Maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking voor de rariteiten als bedoeld in artikel 5 ZW/WW betreft een afzonderlijk door de rechter te toetsen element van de fictieve dienstbetrekking.*Feiten*

Belanghebbende biedt via een digitaal platform op internet tegen betaling erotisch getinte diensten aan van freelance werkende vrouwen (hierna: agents). Belanghebbende verzorgt de marketing daarvan en regelt de vereiste computertechnologie. Zij exploiteert 0906-telefoonnummers en biedt de agents de mogelijkheid om met hun eigen webcam en telefoon vanuit huis erotisch getinte video- en telefoondiensten aan te bieden op haar website. De klanten kunnen op die website tegen betaling de agents zien en met hen bellen, sms-en en/of chatten. De agents beslissen zelf welke erotische video- en telefoondiensten zij aanbieden aan de klanten. De agents zijn verplicht de door hen aangeboden diensten zelf te verlenen. Belanghebbende is verplicht de agents een vergoeding te betalen voor de diensten die zij aan de klanten hebben geleverd. De agents kunnen de klanten niet rechtstreeks aanspreken voor betaling. Belanghebbende kijkt (steekproefsgewijs) mee om te beoordelen of de agents conform de algemene voorwaarden en de algemene diensten voorwaarden van belanghebbende werken. Indien een agent daaraan driemaal niet voldoet, maakt belanghebbende het voor die agent onmogelijk om op het platform in te loggen. De agents zijn, wegens het ontbreken van een gezagsrelatie, niet in dienstbetrekking bij belanghebbende. De Inspecteur heeft aan belanghebbende voor vier in Nederland wonende agents beschikkingen gegeven als bedoeld in artikel 59 lid 3 Wet financiering sociale verzekeringen. Met deze beschikkingen geeft de Inspecteur een zogenoemde ‘voor bezwaar vatbare beschikking’ (kort gezegd: besluiten) af over de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. In het onderhavige geval hield de beschikking in dat de agents verzekerd zijn op grond van de werknemersverzekeringen. Volgens de Inspecteur is sprake van een fictieve dienstbetrekking als bedoeld in artikel 5 onder d ZW en WW in verbinding met artikel 5a Rariteitenbesluit. Bij het hof spitste het geschil zich toe op de vraag of de agents zijn aan te merken als sekswerkers als bedoeld in artikel 5a Rariteitenbesluit en uit dien hoofde verplicht verzekerd zijn ingevolge de werknemersverzekeringen. Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord. Het hof heeft zijn oordeel gebaseerd op de (eensluidende) tekst van de delegatiebepalingen in de artikelen 5, letter d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Ziektewet en de Werkloosheidswet, waarop artikel 5a van het Rariteitenbesluit berust. In die bepalingen staat dat als dienstbetrekking kan worden beschouwd, de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds ingevolge daaraan voorafgaande bepalingen als

dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermede maatschappelijk gelijk kan worden gesteld. Volgens het hof kan de arbeidsverhouding tussen belanghebbende en de agents niet gelijk worden gesteld met een dienstbetrekking, en wordt daardoor aan toepassing van artikel 5a van het Rariteitenbesluit niet toegekomen. Voorts heeft het hof uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5a van het Rariteitenbesluit afgeleid dat met sekswerkers in de zin van dat artikel bedoeld zijn prostituees. Er is geen enkele aanwijzing dat de besluitgever bij de invoering van dat artikel onder sekswerkers ook heeft willen begrijpen personen met een arbeidsverhouding zoals die van de agents die hun werkzaamheden verrichten zonder enige vorm van fysiek contact met of althans fysieke aanwezigheid van (een) klant(en), aldus het hof. In cassatie bestrijdt de staatssecretaris van Financiën het oordeel dat zich geen fictieve dienstbetrekking voordoet. Het hof heeft ten onrechte een eigen toets aangelegd bij de vraag of de arbeidsverhouding naar maatschappelijke opvattingen gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Artikel 5 WAO/WW/ZW legt die bevoegdheid niet bij de rechter, maar bij de gedelegeerde wetgever, dus bij de besluitgever, aldus de staatssecretaris. Ook heeft het hof ten onrechte de agents niet als 'sekswerker' in de zin van artikel 5a Rariteitenbesluit aangemerkt.

Conclusie A-G (Wattel)

A-G Wattel constateert dat de bevoegdheid om bepaalde niet-dienstbetrekkingen gelijk te stellen met een dienstbetrekking voor de heffing van premies werknemersverzekeringen door de formele wetgever in artikel 5 WAO/WW/ZW aan de regering is gedelegeerd onder meer voor de arbeidsverhouding van 'degene, die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds ingevolge de voorgaande bepalingen als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermede maatschappelijk gelijk kan worden gesteld'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de laatste zinsnede op uitdrukkelijke wens van een zeer kritische Tweede Kamer is toegevoegd omdat de aanvankelijk door de regering voorgestelde delegerende bepaling volgens de Kamer 'wel een zeer ruime formulering' had en 'veel te ver' ging. Het hof is daarom volgens de A-G terecht nagegaan of de arbeidsverhouding tussen de agents en de belanghebbende maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. De rechter moet nagaan of de gedelegeerde amvb-gever binnen zijn aan hem door de formele wetgever gedelegeerde bevoegdheid is gebleven. Het betoog dat het hof ten onrechte een eigen toets zou hebben aangelegd, acht de A-G ongegrond: de maatschappelijke-vergelijkbaarheidstoets is geen eigen rechterlijke toets, maar de toets die de Tweede Kamer expliciet heeft aangelegd juist om de bevoegdheid van de regering tot het naar eigen inzicht aanwijzen van fictieve dienstbetrekkingen te beperken. Ongegrond acht A-G Wattel ook de klachten tegen 's hofs daarop volgende deels feitelijke oordeel dat de arbeidsverhouding van de agents maatschappelijk niet gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Dat oordeel berust niet op een rechtskundig verkeerde opvatting van een civielrechtelijke dienstbetrekking en is feitelijk voldoende gemotiveerd met 's hofs opsomming van omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat de arbeidsverhouding van de agents maatschappelijk te weinig op een dienstbetrekking lijkt om daarmee gelijkgesteld te worden. Voor zover de staatssecretaris klaagt dat het hof de agents ten

onrechte niet als sekswerkers in de zin van het Rariteitenbesluit heeft aangemerkt, strandt het volgens de A-G omdat het in zoverre een oordeel ten overvloede bestrijdt, maar ook omdat dat oordeel volgens de A-G juist is: gezien de sekswerkeromschrijving in het Rariteitenbesluit en de mede niet-fiscale totstandkomingsgeschiedenis van de sekswerkersregeling zijn de agents geen 'sekswerker'.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt – onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal – dat het middel faalt. Het beroep in cassatie wordt ongegrond verklaard.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-05-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:772

Zaaknummer: 21/03943

Rechters: R.J. Koopman, J. Wortel, A.F.M.Q. Beukers-van Dooren, M.T. Boerlage en P.A.G.M. Cools

Advocaten: L.E.C. Neve

Wetsartikelen: 5 WW, 5 ZW en 5a Rariteitenbesluit