

Prostitutie en bijstand

Een juridische paradox

1. Aanleiding

Met de opheffing van het bordeelverbod uit het Wetboek van Strafrecht en het in aansluiting daarop in de Gemeentewet scheppen van de mogelijkheid voor de gemeenten om een vergunningstelsel in het leven te roepen voor het exploiteren van sexclubs en/of privé-huizen, is de rechtspositie van veel prostituees in elk geval juridisch gewijzigd, zeg maar: verbeterd. Gelet op de voorgeschiedenis kan ook gesteld worden, dat deze rechtspositionele verbetering een van de belangrijkste drijfveren is geweest van de totstandkoming van deze wetswijzigingen. Of de feitelijke emancipatie van prostituees gelijk zal zijn aan de verwachtingen die de rechtspositionele wijziging wellicht oproept, is uiteraard de vraag. Van belang is om te beseffen, dat een veranderde juridische context vanuit het strafrecht en de mogelijkheden van het gemeenterecht niet vanzelfsprekend een zelfde verandering teweegbrengt in de rechtspositie van de prostituee in het sociaal-zekerheidsrecht. In dat kader zijn het veeleer de aantoonbare of aannemelijk gemaakte feitelijke omstandigheden die leiden tot aanspraak op een uitkering of een voorziening. En aangezien men in de wereld van de prostitutie en de exploitatie daarvan zeer lang gehandeld heeft in een illegaal of semi-illegaal circuit, zal het ook nog wel enige tijd duren voordat over de aantoonbaarheid van die feiten consensus bestaat tussen de prostitutiewereld enerzijds en de (semi-)ambtelijke wereld anderzijds.

2. Arbeidsrecht, sociale verzekeringen en prostitutie

Om in geval van werkloosheid of arbeidsongeschiktheid, danwel bij het ontbreken van voldoende middelen van bestaan om andere redenen, een ingang te vinden in de sociale zekerheid, is het altijd van belang geweest welke arbeidsrechtelijke positie men voordien bezat. In het verleden was een arbeidsovereenkomst of een opdrachtovereenkomst (een overeenkomst 'tot het verrichten van enkele diensten') van een prostituee met een exploitant in strikt juridische zin niet mogelijk ('nietig') aangezien de prestatie die uit de overeenkomst moest voortvloeien, in strijd werd geacht "met de goede zeden" (artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek) en in elk geval in strijd met de wet, dit laatste vanwege de strafbaarheid in het wetboek van Strafrecht. Deze 'nietigheid' is naar we mogen aannemen door de wetswijziging komen te vervallen, waardoor beide arbeidsverhoudingen tussen exploitant en prostituee thans ook juridisch tot de mogelijkheden behoren

Het spreekt voor zich, dat zo'n rechtspositionele verandering van belang is voor de eventuele toepassing van het sociaal-zekerheidsrecht, en wel allereerst voor de werknemersverzekeringen. Uit een arbeidsovereenkomst kunnen immers voor de werkloze of arbeidsongeschikte prostituee rechten volgen op een uitkering ingevolge de Werkloosheidswet (Ww) of de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), alsmede op doorbetaling van het loon bij ziekte, of een uitkering krachtens de Ziektewet (Zw). Tenslotte kan de prostituee gedurende een arbeidsovereenkomst onder voorwaarden tegen ziektekosten verzekerd zijn op grond van de Ziekenfondswet (Zfw). Voorwaarde daarvoor is onder andere dat het bruto-jaarinkomen niet meer is dan de krachtens die wet vastgestelde loongrens (voor 2000: Fl. 64.600).

Het zal echter de vraag zijn of de feitelijke omstandigheden waaronder de prostituee haar (of zijn) arbeid verricht, tot de conclusie leiden dat er in juridisch opzicht sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarbij speelt veel minder een rol welke naam prostituee en exploitant geven aan hun overeenkomst dan wel de vraag hoe het staat met de feitelijke gezagsverhouding (de verplichting op een bepaald aantal uren per dag of per week aanwezig te zijn, de verplichting om aan opdrachten van de exploitant te voldoen, tegenover de vrijheid om een oproep, een verzoek of een klant te weigeren). Het is voorstelbaar dat de exploitant niet snel zal beogen een arbeidsovereenkomst aan te gaan vanwege de daaraan verbonden fiscale verplichtingen, loondoorbetalingsverplichtingen bij ziekte en andere verplichtingen van een ondernemer ten opzichte van zijn personeel (Arbowet). Desondanks zou zo'n overeenkomst op grond van de feiten uit het verleden kunnen worden aangenomen: ook van een overeenkomst die de titel van 'opdrachtovereenkomst' of 'oproepovereenkomst' draagt, kan uiteindelijk blijken dat de praktijk niet verschilt van een arbeidsovereenkomst.

De Wet Flexibiliteit en Zekerheid (de zogenaamde Flexwet) biedt op sommige punten meer aanknopingspunten voor de vraag wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst, vooral aangezien uit het enkele feit, dat men drie maanden tegen beloning voor een werkgever heeft gewerkt, het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst volgt. Voorwaarde is, dat de werkzaamheden tenminste 20 uur per maand hebben bedragen. Probleem is evenwel, dat de Flexwet wel de positie van de mogelijke werknemer versterkt, maar alleen als deze ten overstaan van de werkgever daarop een beroep doet. Dat laatste ligt niet altijd voor de hand binnen de huidige arbeidsverhouding tussen prostituee en exploitant, althans indien die arbeidsverhouding nog voortduurt.

3. Bijstand en voorliggende voorzieningen

Voordat een succesvol beroep gedaan kan worden op de Algemene bijstandswet (Abw) moet eerst gekeken worden of de aanvrager aanspraak kan maken op andere inkomsten, zoals die uit een der sociale verzekeringen. Wie bijvoorbeeld geheel of gedeeltelijk werkloos is geworden uit een arbeidsovereenkomst, dient gewoonlijk eerst een beroep te doen op de Ww. Tenzij onomstotelijk vaststaat dat in zo'n geval geen Ww-recht kan bestaan, dient degene die bijstand vraagt, door SoZaWe verwezen te worden naar de Uitvoeringsinstelling (Uvi) van de Ww. Het ligt niet op de weg van de SoZaWe-medewerker om in geval van gecompliceerde arbeidsverhoudingen, zoals die tussen prostituee en exploitant, uit te maken of er sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst waar Ww-rechten uit kunnen voortkomen en of in dat geval de regels van het beëindigen van die overeenkomst op een juridisch correcte manier zijn nageleefd. Verwijzing naar de Uvi, waar men wel over deze deskundigheid behoort te beschikken, zal dan ook in veel gevallen onontkoombaar zijn. Overigens heeft ook het Ministerie laten weten, dat de Uvi's deze vraag aan de hand van de feitelijke situatie moeten beoordelen.

4. Bijstand en prostitutie

Sociale voorzieningen, waaronder de Abw, zijn grotendeels sterk inkomensafhankelijk. Naarmate de voorziening meer beoogt een zogenaamde 'minimum-behoefteregeling' te zijn, zijn de (meestal) landelijke regels over verificatie van de door een aanvrager verstrekte gegevens en de controle op vooral de middelen van bestaan en de woon- en leefsituatie stringenter. Dit uit zich bijvoorbeeld in de jurisprudentie van (voorheen) de Raad van State en (thans) de Centrale Raad van Beroep over bijstand en prostitutie. De stelling die daaruit voortkomt, luidt (geparafraseerd): "Wie als prostituee of exploitant werkzaam is in de prostitutie wordt in beginsel geacht over voldoende middelen van bestaan te beschikken om zelf in haar of zijn levensonderhoud en dat van haar/zijn gezin te voorzien". Een beroep op de overweging, dat deze werkzaamheden niet voldoende inkomsten opleverden, bijvoorbeeld doordat men die werkzaamheden slechts af en toe uitoefende, heeft tot op heden geen Abw-uitkering opgeleverd. Terzijde zij opgemerkt, dat met het bestaan van schulden en andere financiële verplichtingen die een motief kunnen zijn om in de prostitutie te gaan, in het kader van de Abw geen rekening mag worden gehouden

5. Prostitutie als zelfstandig ondernemerschap

Dezelfde redenering gaat op voor de prostituee die als zelfstandig ondernemer aanspraak wil maken op financiële ondersteuning via het Besluit Bijstandsverlening Zelfstandigen, dat onderdeel is van de Abw, danwel op de (Rotterdamse) regeling die de mogelijkheid biedt onder voorwaarden aanvullende bijstand te verlenen aan degene die zijn of haar (vrije) beroep uitoefent op 'bescheiden schaal'. Toepassing van laatstbedoelde regeling stuit waar het om prostitutie gaat, weer op de bewijslast, zowel ten aanzien van het inkomen als het aantal uren dat men deze werkzaamheden verricht (deze moeten minder zijn dan 1.225 uren per jaar). Daarbij komt dan nog, dat dergelijke bijstand niet tot de mogelijkheden behoort indien daardoor concurrentievervalsing kan optreden. Dit zal zeker het geval zijn bij de prostituees die de mogelijkheid hebben haar of hun prijs per klant te verlagen vanwege de aanvullende ondersteuning vanuit de Abw.

6. Prostitutie en ziekte

Het kan uiteraard voorkomen dat de prostituee haar of zijn werk niet kan uitoefenen vanwege ziekte of arbeidsongeschiktheid en wegens gebrek aan inkomsten over zo'n periode een beroep doet op de Abw. Opnieuw komt hier de vraag aan de orde of de prostituee werkzaam is in een arbeidsovereenkomst, aangezien zij of hij in dat geval recht heeft op doorbetaling van

het loon, wat daaronder ook mag worden verstaan. Bovendien heeft de werkgever dan de verplichting om de prostituee andere arbeid binnen zijn onderneming aan te bieden, indien dat mogelijk en medisch verantwoord is. Mocht de arbeidsongeschiktheid het gevolg zijn van zwangerschap en bevalling, dan dient de prostituee die in een arbeidsovereenkomst werkzaam is, eerst een beroep te doen op de Ziektewet. Het is opnieuw niet aan SoZaWe om in alle gevallen vast te stellen of er daadwerkelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst. Pas wanneer vaststaat dat er geen arbeidsovereenkomst is en de prostituee als gevolg van aantoonbare arbeidsongeschiktheid geen inkomen heeft, behoort een beroep op de Abw tot de mogelijkheden. Gedurende die arbeidsongeschiktheid verricht zij of hij dan ook geen werk als prostituee en staat de hiervoor bedoelde stelling uit de jurisprudentie bijstandverlening niet in de weg. Uiteraard dienen wel de overige regels van de Abw, zoals die over vermogen en het aanvaarden van passende arbeid, te worden gevolgd, en heeft SoZaWe de mogelijkheid de GGD ter zake om advies te vragen.

7. Passende arbeid

In een brief van januari 1999 heeft het Ministerie SZW laten weten, dat werkzaamheden in bordelen in het kader van de WAO en de Ww niet verplicht kunnen worden gesteld. Er is wat de WAO betreft geen sprake van 'algemeen geaccepteerde arbeid', en wat de Ww betreft geen sprake van 'passende arbeid'. Vooral dit laatste is van belang, aangezien dit begrip 'passende arbeid' ook van toepassing is op de Abw.

Hiermee komt in feite de juridische paradox tot uiting. Prostitutie is immers nu wel 'gereguleerde arbeid' in de zin dat hij onderwerp kan zijn van het arbeidsrecht, maar geen 'passende arbeid', waarvan het aanvaarden als verplichting of voorwaarde kan worden gesteld bij het recht op bijstand of Ww. Dit laatste levert geen discussie op ten aanzien van de aanvrager die niet in de prostitutie werkzaam is, maar wel ten aanzien van de prostituee die haar of zijn werkzaamheden in tijd zodanig beperkt (of zegt te beperken), dat het inkomen daaruit minder zou zijn dan de geldende bijstandsnorm. Mag in die gevallen niet de eis worden gesteld dat de prostituee in haar of zijn feitelijke beroep de werkzaamheden kan uitbreiden en daarmee wel over voldoende inkomsten kan beschikken? Overeenkomstig de argumentatie van de hoogste bijstandsrechter zal voor SoZaWe het uitgangspunt gelden, dat de als prostituee werkzame aanvrager over voldoende middelen beschikt of **kan beschikken** om in het eigen levensonderhoud en dat van haar of zijn gezin, te voorzien.

8. Toeleiding naar (andere) arbeid in loondienst

Uit het vorenstaande wordt duidelijk, dat een bijstandsuitkering in dit kader pas in beeld komt als de prostituee haar of zijn prostitutiewerkzaamheden definitief heeft beëindigd of heeft moeten beëindigen, terwijl zij of hij geen beroep kan doen op een voorliggende voorziening. Om de terugval op bijstand zo kort mogelijk te laten zijn, dient SoZaWe in voorkomende gevallen meteen bij de aanvraag om bijstand een toeleidingstraject te starten naar andere arbeid in loondienst. Hiervoor is het noodzakelijk meteen de afstand tot de (reguliere) arbeidsmarkt te bepalen en eventueel in overeenstemming met de diverse partners op het terrein van deze toeleiding een trajectplan of –overeenkomst op te stellen en de diverse toeleidingsinstrumenten, inclusief de Bijzondere Uitkering voor – bijvoorbeeld – scholing, kinderopvang, reis-, sollicitatie- en andere verwervingskosten, in kaart te brengen. Er kunnen zich in dit opzicht zoveel verschillende situaties voordoen, dat het hier niet mogelijk is van de diverse mogelijkheden een uitputtende opsomming te geven. Het lijkt zinvol om afstemming te plegen met de GGD over de te verwachten medische belemmeringen om arbeid in loondienst op korte termijn te aanvaarden.

9. Conclusies

- Uitgangspunt voor SoZaWe bij het uitvoeren van de Abw ten aanzien van prostituees is de eerder onder punt 4 door de hoogste bijstandsrechter gegeven argumentatie: wie werkzaam is in de prostitutie wordt in beginsel geacht voldoende inkomsten te hebben. Bijstand behoort dan niet tot de mogelijkheden.
- De prostituee die wegens werkloosheid een beroep doet op de Abw, zal in principe verwezen moeten worden naar de Uvi voor een beroep op de Ww.
- De prostituee die een beroep doet op bijstand wegens arbeidsongeschiktheid, zal eerst verwezen worden naar de eventuele werkgever vanwege het mogelijke recht op doorbetaling van loon, danwel naar de Uvi voor een beroep op de Ziektewet.

- Pas indien blijkt, dat zo'n beroep op een voorliggende voorziening niet mogelijk is aangezien er geen arbeidsovereenkomst bestaat of heeft bestaan, kan een bijstandsaanvraag inhoudelijk getoetst worden aan de overige criteria van de Abw. Daarbij komt uiteraard de vraag aan de orde of de prostituee haar of zijn werkzaamheden daadwerkelijk heeft beëindigd. Informatie bij de exploitant is daarbij een van de wettelijke vereisten.
- Zegt de prostituee die niet in een arbeidsovereenkomst werkt of heeft gewerkt, de werkzaamheden slechts tijdelijk te hebben onderbroken, dan zal aan eventuele bijstandsverlening toch de eis gesteld worden tot definitieve stopzetting van deze arbeid, zoals ook gehandeld wordt ten aanzien van beoefenaren van andere vrije beroepen (freelance journalisten of verzekeringsagenten) die niet voldoen aan de criteria van het Bijstandsbesluit Zelfstandigen.
- Indien de prostituee bijstand vraagt om reden dat haar of zijn inkomsten uit prostitutie minder zouden zijn dan de geldende bijstandsnorm (inclusief gemeentelijke toelage), bijvoorbeeld doordat deze werkzaamheden slechts een beperkte omvang zouden hebben, dan wordt de aanvraag door SoZaWe afgewezen op grond van de uit de jurisprudentie ter zake voortkomende stelling dat zij of hij over voldoende middelen beschikt of **kan beschikken** om in het levensonderhoud te voorzien.
- De prostituee die niet in een arbeidsovereenkomst heeft gewerkt, en van wie aannemelijk is dat zij of hij deze arbeid definitief heeft beëindigd, kan onder de gebruikelijke voorwaarden voor bijstand in aanmerking komen.