



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

Juridische (on)mogelijkheden dagbesteding ongedocumenteerden

Voor vragen: neem contact op met Vilja Machgielsen (coördinator ongedocumenteerden) of Arjan Kleinhout (vrijwilliger) bij Stem in de Stad te Haarlem
T 023 534 2891 E ongedocumenteerden@stemindestad.nl

1. Inleiding

In deze notitie worden juridische (on)mogelijkheden voor dagbesteding van ongedocumenteerden besproken. Na een korte conclusie (par. 2) worden achtereenvolgens het juridisch kader (par. 3), de risico's bij overtreding van de regelgeving (par. 4), voorbeelden uit andere steden (par. 5) en mogelijke toepassing (par. 6) geschetst.

2. Conclusie

De ruimte voor dagbesteding voor ongedocumenteerden is heel beperkt. Ook vrijwilligerswerk of zelfs stages mogen niet.

Juridisch zijn de voornaamste routes:

(i) zelf cursussen/praktijk-(NB: geen *werk*-)leertrajecten organiseren en financieren. Als er praktische werkzaamheden bij zitten, dan moet dat alleen ter oefening en voor het leren zijn en daarom bij deze route ook geen stages of werkzaamheden bij bedrijven laten verrichten;

(ii) ongedocumenteerden helpen met faciliteiten/middelen zodat zij als zelfstandige producten kunnen aanbieden - **NB.** de ongedocumenteerde moet wel 'eigen baas' zijn, het mogen geen werkzaamheden zijn onder instructie of in opdracht of ten gunste van een ander. Als het producten zijn met een boodschap (vrijheid van meningsuiting), dan helpt dat;

(iii) aansturen op gedogen door de overheid, d.w.z. dat de overheid - ook al mag het niet - niet (hard) optreedt tegen de werkzaamheden. Er is op zich geen grens aan wat onder gedogen kan, maar dit hangt af van de politieke en bestuurlijke bereidheid. Verder is goed om (a) een boetepot aan te leggen, (b) fasering te overwegen (bijv. pilots) en (c) alvast juridische ondersteuning paraat te hebben staan als het tot handhaving komt.



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

3. Juridisch kader

Verbod op tewerkstelling

Op grond van artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen (Wav) is het verboden om een vreemdeling¹ in Nederland arbeid te laten verrichten. Dit verbod geldt zowel voor bedrijven als voor non-profit organisaties (NGO's)² en geldt ook voor privé-personen die huishoudelijke of persoonlijke diensten laten verrichten.

Volgens de jurisprudentie is niet relevant of sprake is van productieve of economisch waardevolle arbeid. Zelfs niet of de 'werkgever' wetenschap had van de werkzaamheden of ermee instemde (geen gezag of actieve rol vereist). Of er een arbeidscontract is of dat er salaris wordt betaald doet er niet toe. Ook dat het gaat om het aanleren van nieuwe vaardigheden doet er niet: ondanks het leereffect kan sprake zijn van "arbeid"³. Ook stages en BBL-trajecten zijn dus "arbeid", ook als ze de 'werkgever' zelf niets opleveren.

Géén arbeid is het geven van cursussen of *praktijk*trajecten⁴. Maar daarbij is wel van belang dat (i) onderwijsinstellingen kort gezegd is verboden om ongedocumenteerden in te schrijven of daarvoor subsidie te ontvangen, (ii) ook de ongedocumenteerde zelf strafbaar is als hij aan bepaalde opleidingen deelneemt en (iii) de grens tussen wat 'leren' is en wat werk is (zoals hiervoor aangegeven) uiterst dun is. Het zal in de praktijk dus vooral moeten gaan om privaat georganiseerde en gefinancierde cursussen, waarbij als er wat met de handen gedaan moet worden dit écht oefening is voor het aanleren van vaardigheden, geen werk.

Het verbod op tewerkstelling geldt niet als een tewerkstellingsvergunning (voor de werkgever) of een gecombineerde vergunning of vergunning met aantekening (voor de vreemdeling) is verleend. Maar voor ongedocumenteerden wordt per definitie geen vergunning verleend en is werken met vergunning dus geen optie⁵.

Tussenconclusie: dit betekent dat het verboden is om ongedocumenteerden aan het werk te zetten of stages/werktrajecten te laten volgen, tenzij de situatie valt onder een uitzondering in de wetgeving (zie hierna). Zelf georganiseerde en gefinancierde cursussen/*praktijk*trajecten mogen wel, mits écht geen werk wordt verricht (oefening).

¹ Een "vreemdeling" is iemand die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en ook niet wettelijk als Nederlander moet worden behandeld.

² Een "werkgever" is in de Wav bewust ruimer gedefinieerd dan in het arbeidsrecht en omvat:

1°. degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten;

2°. de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten.

³ ABRvS 8 november 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3036), onder verwijzing naar ABRvS 24 juni 2009; ECLI:NL:RVS:2009:BI9709.

⁴ Nadruk op "praktijk", het moet géén werk/arbeid zijn.

⁵ Zie artikel 8 lid 1 (e) Wav. Van deze bepaling kan niet worden afgeweken.



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

Uitzonderingen

Op het tewerkstellingsverbod bestaan vele uitzonderingen⁶. Maar deze zien vooral op expats uit EU-landen, zakenreizen en andere werkzaamheden voor buitenlandse werkgevers of overheidsorganisaties, internationale studieprogramma's, au-pairs, sporters en artiesten die tijdelijk verblijven, andere incidentele werkzaamheden, etc. etc. De uitzonderingen zijn - juist - niet bedoeld voor ongedocumenteerden, die niet legaal in Nederland verblijven.

Daarnaast kunnen asielzoekers - onder voorwaarden (zoals soms een vrijwilligersverklaring van het UWV) - wel vrijwilligerswerk doen, maar omdat een rechtmatig verblijf in Nederland wordt verlangd is ook vrijwilligerswerk voor ongedocumenteerden geen optie.

In een heel bijzonder geval - waarin iemand op diens verzoek en incidenteel een ongedocumenteerde met een zeer kwetsbare positie en psychische gesteldheid liet helpen met het vegen van het terrein - heeft de Raad van State wel eens afgezien van een boete, maar dat is zo specifiek dat het moeilijk als algemeen vertrekpunt kan worden gehanteerd⁷.

Voor ongedocumenteerden zijn (naast de hiervoor besproken cursussen/praktijkleertrajecten die geen 'arbeid zijn) de volgende routes wèl relevant:

- a. beroepsopleiding of leer/werktrajecten gestart vóór de 18e verjaardag;
- b. zelfstandigen;
- c. gedogen.

Ad a: beroepsopleiding of leer/werktrajecten gestart vóór de 18e verjaardag

Deze uitzondering geeft degenen die bezig waren met bepaalde opleidingstrajecten, waarbij ook bepaalde onbetaalde werkzaamheden (stages of leer/werktrajecten) horen, af te ronden. Hieraan worden specifieke eisen gesteld⁸. Omdat ongedocumenteerden vaak juist niet vóór hun 18e zo'n opleiding zullen hebben gevolgd en deze optie maar tijdelijk (voor de afronding) is blijven die specifieke eisen hier buiten beschouwing.

Tussenconclusie: ongedocumenteerden die voor hun 18e waren gestart met een bepaalde opleiding waarvoor nog stage o.i.d. moet worden gelopen, mogen die afmaken.

⁶ Deze zijn opgenomen in de Wav en het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen.

⁷ ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:430.

⁸ Zie artikel 1f Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen.



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

Ad b: zelfstandigen

Het tewerkstellingsverbod gaat over het *tewerkstellen* door een *werkgever*. Het verbod geldt daarom niet als een vreemdeling arbeid voor zichzelf of voor zijn eigen onderneming verricht⁹. Voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden als “zelfstandigen” zijn uitgevoerd is bepalend of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend. Daarbij speelt een rol of sprake is van eigen verantwoordelijkheid en moet worden gekeken naar de feitelijke situatie. Plat gezegd gaat het erom of de vreemdeling ‘eigen baas’ is en niet in opdracht of ten dienste van een ander handelt. Als wèl in opdracht wordt gehandeld - zoals bij diensten - kunnen de klanten worden beboet.

Voorbeelden van werk als zelfstandigen zijn:

- ZZP'ers¹⁰;
- verkoop van straatjournaal, boeken, t-shirts of andere artikelen waarmee gebruik wordt gemaakt van de vrijheid van meningsuiting;¹¹
- verkoop van eten of artikelen (NB: dit mag niet zomaar op straat; er zijn regels voor markten¹², voor standplaatsvergunningen is KvK-inschrijving vereist)¹³

Een belangrijke kanttekening voor de route van zelfstandigen is dat er naast de Wav ook andere regels zijn voor ondernemen: zo moeten ook zelfstandigen belasting moeten betalen en als zij een bedrijf hebben moeten zij zich inschrijven bij de Kamer van Koophandel. Verkoop zou dan ook vooral in kleine kring - denk aan vrienden/kennissen/bekenden vanuit een kerkgemeenschap etc. - moeten plaatsvinden.

Ad c - gedogen

De laatste route, gedogen, is niet een echte uitzondering. Strikt genomen is het dan nog steeds verboden. Maar in dat geval knijpt de overheid een oogje toe en worden geen boetes of andere sancties opgelegd, ook al is sprake van een overtreding.

⁹ ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2788, onder verwijzing naar jurisprudentie van Hof van Justitie van de EU (arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, Nadin en Durré, ECLI:EU:C:2005:775 het arrest van 4 december 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, ECLI:EU:C:2014:2411).

¹⁰ Overigens vermeldt Rijksoverheid-site dat werk als zelfstandige alleen mogelijk is met een verblijfsvergunning ‘arbeid als zelfstandige’. Maar dat is vooral van belang om de verblijfsvergunning te behouden - en wie geen vergunning heeft kan deze ook niet verliezen.

¹¹ De verkoop van daklozenkranten is noch venten noch collecteren volgens de model-APV van de VNG (ook toegepast in Haarlem). Dit hangt samen met de vrijheid van meningsuiting.

¹² Regels voor venten in Haarlem: Regels voor venten en werven van donateurs op straat

“U mag maximaal 15 minuten op één plaats blijven

-Als u verplaatst, moet u minimaal 200 meter verplaatsen

-Niemand van uw organisatie mag op dezelfde dag terugkeren naar een plek die eerder is ingenomen

-U moet minimaal 2 meter uit de gevel blijven

-U mag geen tafel, pilaar of uitstalling plaatsen

-U moet de directe omgeving schoonhouden en schoon achterlaten

-U mag niet venten op markt-, kermis- en evenemententerreinen

-U moet alle aanwijzingen van politie, hulpdiensten en handhaving opvolgen

-U mag geen hinder, overlast of verstoring van de openbare orde veroorzaken”

¹³ Bij marktmeesters is er soms een meeloperlijst voor wie geen standplaatsvergunning, maar of de marktmeester daaraan meewerkt is de vraag.



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

Gedogen kan zowel expliciet (bijvoorbeeld een akkoord of andere overeenkomst, of een brief of verklaring vanuit de overheid) als impliciet (als het bijvoorbeeld niet op schrift staat, maar er een *understanding* is dat het wordt toegelaten) gebeuren. Belangrijkste is dat er een goede verstandhouding is met de overheid en dat wordt afgetast hoe ver de overheid wil gaan. Het boeterisico kan bij gedogen nooit helemaal worden uitgesloten. Daarbij is ook goed om te bedenken dat 'de overheid' niet één partij is: zelfs als de lokale politiek volledig steun geeft aan een bepaald initiatief, dan is geen gegeven dat de toezichhouders - en uiteindelijk rechters - dat volgen; het zijn gescheiden kaders.

4. Risico's

Organisatie - boete

Bij overtreding van de Wav kan de Inspectie SZW (de vroegere Arbeidsinspectie) een boete opleggen aan NGO's van €4.000 *per tewerkgestelde vreemdeling*. Er zijn boeteverhogende omstandigheden (bijv. omdat de vreemdelingen niet rechtmatig in Nederland verblijven, bij opzet, bij recidive of drie of meer ongedocumenteerden, etc.) en boeteverlagende omstandigheden, primair ter beoordeling van de Inspectie SZW. Er bestaan ook boetes van €1.500 (basisbedrag), voor niet deugdelijk bijhouden ID-bewijzen etc. (administratie).

Als de overheid optreedt kan dat dus het einde van een project zijn en geld kosten. Op basis van de voorbeelden in andere steden – en bij politieke steun – is de pakkans doorgaans klein, maar als wordt opgetreden kunnen de gevolgen aanzienlijk zijn.

Boetes kunnen tot vijf jaar na de tewerkstelling worden opgelegd, maar in de praktijk binnen enkele maanden na een inspectie (anders is die vertraging ook een verlagende factor).

Personen organisatie - boete

Ook degenen die de 'leiding' hadden over de tewerkstelling lopen zelf (in theorie) een boete-risico: dus bestuurders, werknemers of zelfs vrijwilligers. Daarvoor geldt een basisbedrag van €3.000. In de praktijk komt dat (voor zover bekend) vooralsnog niet voor. Daarnaast kan worden afgesproken dat de organisatie eventuele boetes aan privé-personen vergoedt¹⁴. Is degene in loondienst dan kan die vergoede boete fiscaal wel als 'loon' worden gezien (en moet hierover belasting worden afgedragen).

¹⁴ ECLI:NL:HR:2015:3568



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

Publicatie onderzoek

Als er een boete wordt opgelegd, of als na een afgerond onderzoek géén boete wordt opgelegd, dan maakt Inspectie SZW dat bekend op internet. Alleen in bijzondere gevallen zal daarvan worden afgezien (eventueel na een bestuursrechtelijk 'kort geding'¹⁵). Als het komt tot een onderzoek naar de organisatie wegens mogelijke overtreding van de Wav, dan wordt dat dus bekend.

Zie voor meer informatie het register: <https://www.inspectieresultatenszw.nl/> Uit het register blijkt dat er sinds 2016 in elk geval ruim 30 stichtingen & 3 verenigingen zijn geïnspecteerd door de Inspectie SZW op tewerkstelling van vreemdelingen. In circa 7 gevallen is een overtreding vastgesteld (geen verdere details beschikbaar).

Bevel tot **staken** werkzaamheden & **beslaglegging**

Naast oplegging van een boete (achteraf) kan de Inspectie SZW ook een waarschuwing geven of een bevel geven om werkzaamheden gedurende maximaal 3 maanden te staken. Ook is de Inspectie SZW bevoegd om goederen in beslag te nemen; denk aan goederen die een vreemdeling heeft gemaakt of wilde verkopen. Daarbij kan de Inspectie SZW ook de politie inschakelen.

Ongedocumenteerde - detentie en uitzetting

Tot slot kan het verrichten van de werkzaamheden ertoe leiden dat de ongedocumenteerde in het vizier komt van de Vreemdelingenpolitie / DT&V, etc. en daarmee vreemdelingendetentie of zelfs een gedwongen terugkeer 'triggeren'. Op zich is dat natuurlijk een risico dat de ongedocumenteerde toch al loopt, maar grotere zichtbaarheid maakt de ongedocumenteerde in deze zin wel kwetsbaar.

5. Voorbeelden uit andere steden

- **Amsterdam**
 - Project Activiteiten & Onderwijs (PAO) sinds eind 2015 - ASKV: combinatie van praktijkleertrajecten en cursussen
 - zeer recent (februari 2019): Subsidierегeling Ongedocumenteerden – “Werken aan een duurzaam perspectief”¹⁶
- **Den Haag**
 - Wereldhuis met o.a. koekjes bakken
- **Utrecht**
 - raadsbesluit februari 2018: dagbesteding voor ongedocumenteerden (in uitvoering)

¹⁵ Zogeheten voorlopige voorziening-procedure, binnen tien werkdagen (circa 2 weken dus).

¹⁶ Link: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2019-36807.html>



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

6. Toepassing

Op basis van het bovenstaande zijn er vooralsnog drie¹⁷ mogelijkheden:

- *binnen de wetgeving:*
 - cursussen en praktijkleertrajecten
 - zelfstandigen
- gedogen.

Binnen de wetgeving

Cursussen en praktijkleertrajecten

Als een organisatie cursussen of praktijkleertrajecten zelf organiseert en bekostigt, mag zij ongedocumenteerden daaraan laten deelnemen. Als er praktische elementen in zitten, moet het écht gaan om puur oefening, geen arbeid of stage o.i.d. Dit laatste maakt het dus ook niet mogelijk ongedocumenteerden (onder deze route) aan de slag te zetten bij bedrijven.

Zelfstandigen (lieft in combinatie met vrijheid van meningsuiting)

Een organisatie kan bijvoorbeeld helpen door materiaal of apparatuur ter beschikking te (laten) stellen, waarmee ongedocumenteerden zelf producten kunnen maken en verkopen. De organisatie mag ook advies geven over hun eigen onderneming. Verder zou de organisatie al dan niet via een partner een ruimte - denk aan een 'veilige' locatie als een kerk - ter beschikking kunnen stellen voor verkoop van zelfgemaakte producten (NB: bestemmingsplan van de locatie checken! Niet overal is verkoop/detailhandel toegestaan). Deze route leent zich ook goed voor een pop-up store / incidentele acties.

Belangrijkste grens is wel dat de ongedocumenteerde 'eigen baas' moet zijn. De organisatie mag niet afdwingen dat de ongedocumenteerde werkt of hoe vaak/wanneer en zij mag niet bepalen wat de ongedocumenteerde maakt en aan wie die producten levert, etc. etc.

Net als bij een straatjournaal kunnen er wel bepaalde huisregels zijn (zoals een maximumprijs voor een product dat wordt ingekocht) of een locatieverdeling, maar in principe moet de ongedocumenteerde vrij zijn in de uitoefening van wat hij doet. Juist het feit dat de ongedocumenteerde het geld zelf mag houden kan helpen in het onderbouwen dat de organisatie niet een werkgever is: het gaat er namelijk om dat de ongedocumenteerde het *voor zichzelf* doet¹⁸.

¹⁷ Het afmaken van een opleiding die vóór de 18e verjaardag blijft verder buiten beschouwing.

¹⁸ Dat een zelfstandige "voor eigen risico" en "onder eigen verantwoordelijkheid"

werkt, betekent volgens de Inspectie SZW bijvoorbeeld dat een zelfstandige:

- niet onder verantwoordelijkheid en onder toezicht/leiding van een werkgever of zijn voorman werkt;
- vaak een offerte zal uitbrengen waarin hij verklaart een concreet omschreven klus te klaren;
- de opdracht uitvoert tegen een door hem zelf bepaalde - marktconforme- prijs;
- zelf zijn werktijden bepaalt;



CONCEPT 1 MAART 2019 – VOOR DISCUSSIEDOELEINDEN

Verder is van belang dat de verkoopkring dusdanig beperkt is (vrienden/kennissen/bekenden kerk etc.) dat inschrijving bij de KvK niet nodig is en de omzet zo laag is dat de fiscus niet in actie komt.

Deze route leent zich dus goed voor wie zelf wat kan of wil maken. Deze route is niet geschikt voor vrijwilligerswerk of voor werk ten behoeve van gemeentelijke of maatschappelijke organisaties. Dan zal dat werk namelijk juist ten behoeve van de organisatie worden gedaan en zal de organisatie instructies geven voor het werk. Of de organisatie zelf echt wat heeft aan het werk doet er niet toe: het blijft de 'werkgever'.

De route van zelfstandigen werkt sterker naar mate een beroep kan worden gedaan op de vrijheid van meningsuiting: denk aan het straatjournaal, maar ook eigen (kook)boeken, t-shirts, andere artikelen met daarop een boodschap.

Buiten de wetgeving

Gedogen

De route van gedogen impliceert: het mag nog steeds niet, maar de overheid doet er in de praktijk - al dan niet expliciet - niets of weinig tegen, of geeft handhaving geen prioriteit. Er wordt als het ware een oogje dichtgeknepen. In de praktijk worden diverse activiteiten ongemoeid gelaten.

Om deze route te laten werken is essentieel dat er onder politiek & bestuur draagvlak is voor het aanbieden van de dagbesteding, liefst (ook) op landelijk niveau. Dat zijn uiteindelijk de 'bazen' van de handhavers. Het is dan ook van groot belang dat de politiek/bestuur zich expliciet uitspreken, zoals in Amsterdam en Utrecht is gebeurd. Ook goed contact met handhavers (zoals de Inspectie SZW) kan helpen om het handhavingsrisico te verkleinen - wegnemen kan niet. Het blijven gescheiden kaders, op basis van landelijke wetgeving.

Wat er onder deze route haalbaar is hangt af van de bereidheid vanuit de overheid om bepaalde werkzaamheden door de vingers te zien. Dit is dus vooral een kwestie van afweging en overleg.

Omdat een boeterisico blijft bestaan (het is strikt genomen in strijd met de wet) is van belang om zoveel mogelijk vooraf te proberen toezeggingen te krijgen vanuit de overheid (liefst op schrift, maar dat zal buitengewoon lastig zijn), maar anders op zijn minst een *understanding* dat niet (hard) zal worden opgetreden. Omdat boetes dan nog niet uit de lucht zijn is goed om (i) een boetepot aan te leggen, (ii) fasering te overwegen (bijv. pilots) en (iii) alvast juridische ondersteuning paraat te hebben staan als het tot handhaving komt.

-
- zelf zorgt voor vervanging bij ziekte;
 - zelf aansprakelijk is voor schade die wordt veroorzaakt door slecht werk of ontijdig werk;
 - vaak ook een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten;
 - beschikt over eigen gereedschap en apparatuur;
 - zelf het risico draagt als de werkzaamheden langer duren dan in de offerte staat;
 - rechtstreeks aan zijn opdrachtgever factureert en ook rechtstreeks door hem wordt betaald,
- Bron: Inspectie SZW: Overzicht veel voorkomende bezwaargronden inzake overtreding Wet arbeid vreemdelingen.