

Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht doen of recht hebben: een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting

Lodder, G.G.

Citation
Lodder, G. G. (2022, April 21). *Recht doen of recht hebben: een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting*. *Meijers-reeks*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3284950

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3284950

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Recht doen of recht hebben

Recht doen of recht hebben

Een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 21 april 2022
klokke 13.45 uur.

door

Gerarda Gijsberta Lodder

geboren te Zwolle

in 1963

Promotoren:	Prof. dr. mr. P.R. Rodrigues Prof. dr. P.F. van der Heijden
Promotiecommissie:	Prof. dr. C.R.J.J. Rijken (Universiteit van Tilburg) Prof. mr. T. de Lange (Radboud Universiteit Nijmegen) Prof. dr. J.P. van der Leun Mr. dr. M.Y.H.G. Erkens Dr. M.A.K. Klaassen

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest
Drukwerk: Ipskamp Printing, Amsterdam

ISBN 978 94 6421 679 0

© 2022 G.G. Lodder

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Woord vooraf

Dit proefschrift kent een lange voorgeschiedenis, vanwege de duur van het proces, maar ook door de tijd die voorafging aan het besluit te gaan promoveren. Sinds mijn start bij de afdeling immigratierecht op 1 november 2000, heb ik de mogelijkheid c.q. wenselijkheid van promoveren regelmatig besproken, onder andere met mijn voormalig leidinggevenden Pieter Boeles en Peter Rodrigues. Een van de redenen voor mijn twijfel was of een proefschrift wel een efficiënte en zinnige manier is om de beschikbare tijd in te zetten. Bereik je met onderzoek naar actuele vraagstukken rond migratierecht in de praktijk, korte stukken, artikelen en annotaties, en onderwijs aan studenten en professionals niet meer dan door jezelf enkele jaren vast te bijten in een onderwerp en daar een boek over te schrijven? Ik heb hierbij vaak gedacht aan Hanneke Steenbergen, die nooit aan promoveren is toegekomen, mede omdat ze het altijd te druk had met andere meer dringende werkzaamheden.

In 2014 heb ik uiteindelijk toch besloten om de uitdaging aan te gaan. Als onderwerp koos ik arbeidsuitbuiting van migranten. Arbeidsmigranten worden vaak aangetrokken voor werk waarvoor onder de lokale bevolking geen mensen gevonden kunnen worden. Dit kan een kans zijn voor arbeidsmigranten, maar zoals vele mediaberichten en onderzoeken getuigen, ook uitmonden in arbeidsuitbuiting. Het is een structureel probleem, dat veel zegt over hoe wij als samenleving omgaan met mensen die minder mogelijkheden hebben. Het is ook een onderwerp dat mij na aan het hart ligt. Zonder arbeidsmigratie had ik niet het fantastische gezin dat ik nu heb.

Ik heb er in 2014 bewust voor gekozen om te promoveren op artikelen. Het voordeel hiervan is dat de promotie wordt opgeknipt in kleinere stukken en dat er tussentijdse publicaties verschijnen die als zelfstandige artikelen gelezen kunnen worden. Dit maakte het mogelijk om naast alle andere werkzaamheden aan de promotie te werken. Er kleven ook nadelen aan het promoveren op artikelen, sommige hiervan zijn ook door de promotiecommissie geconstateerd. Gedurende het proces groeit het inzicht in de materie; dit inzicht kan niet meer in de al gepubliceerde artikelen worden verwerkt. Er kan een zekere mate van overlap zijn tussen de artikelen. Dit kan storend zijn als de artikelen worden gebundeld. Ten slotte is er binnen de rechtswetenschap nog weinig ervaring met promoveren op artikelen. Daardoor is niet volledig duidelijk welke eisen hieraan worden gesteld: wat mag wel en niet worden aangepast, wanneer is het nog promoveren op artikelen en wanneer niet meer?

Nu, ruim zeven jaar na mijn besluit om een dissertatie te schrijven is het eindproduct daar. Ik wil graag dit woord vooraf gebruiken om enkele mensen te bedanken die mij in dit proces hebben gesteund. Op de eerste plaats natuurlijk Peter Rodrigues die mij heeft gestimuleerd dit traject in te gaan, altijd bereid was mee te denken en mij als promotor heeft begeleid. Daarnaast wil ik Paul van der Heijden bedanken die als co-promotor heeft meegedacht en feedback gegeven. Ook de leden van de promotiecommissie ben ik zeer erkentelijk voor het zorgvuldige lezen van het manuscript en de waardevolle opmerkingen die zij hebben gemaakt. Veerle Van den Eeckhout en Anke van der Hoeven wil ik graag danken voor het lezen en becommentariëren van diverse artikelen. Hetzelfde geldt voor de redacties van de tijdschriften die mijn artikelen hebben gepubliceerd. Mijn zus Marieke heeft mij enorm geholpen met haar zorgvuldige redactionele controle van het hele manuscript en de taallessen die ze mij hierbij heeft gegeven. Voor het nakijken van de Engelse samenvatting wil ik graag Wendy Rodger bedanken. Mijn werkplezier bij het Instituut voor Immigratierecht en de laatste twee jaar bij het Europa Instituut, is in zeer belangrijke mate gekoppeld aan de vele fijne collega's. Velen zijn in de loop der jaren gekomen en gegaan; in het bijzonder wil ik Mark Klaassen noemen wiens enthousiasme en positivisme bijzonder aanstekelijk is. Ten slotte dank ik mijn collega's (elders), familie, vrienden en mijn kinderen Tarik, Younes en Ziad voor het meeleven en het vertrouwen tijdens dit proces.

Ik sluit af met een paar laatste woorden gewijd aan mijn ouders. Mijn beide ouders zijn in Leiden opgeleide juristen. Mijn grootvader, ook een jurist, is in Leiden gepromoveerd. Mijn vader had graag willen promoveren, maar daar is het nooit van gekomen. Zij hebben misschien wel mede door deze achtergrond enorm meegeleefd met mijn promotie. Helaas is mijn vader overleden voordat het proefschrift was afgerond en kan hij de verdediging niet meer bijwonen. Wel heeft hij enkele van de artikelen gelezen en zelfs na publicatie van nauwgezet commentaar voorzien. Voor mijn moeder is de verdediging van mijn proefschrift een van de dingen die zij graag nog zou willen meemaken. Voor mij een goede reden om nu echt op te schieten en af te sluiten.

Loslaten is een van de moeilijkste dingen in het leven. Ook het loslaten van dit manuscript, dat eigenlijk nooit af is en altijd beter kan, kost moeite. De manier waarop mijn vader het leven kon loslaten heeft een enorme indruk op mij gemaakt. Zonder het afronden van dit manuscript hiermee te willen vergelijken, wil ik afsluiten met zijn laatste woorden: 'Daar gaan we dan.'

februari 2022

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF v

LIJST VAN AFKORTINGEN xi

1 INLEIDING EN METHODOLOGIE 1

1.1 Arbeidsuitbuiting in beeld 1
1.2 De omvang van arbeidsuitbuiting 3
1.3 Begrippen gedefinieerd 5
1.3.1 Migratie/migranten/arbeidsmigranten 6
1.3.2 Arbeid en werkgever 7
1.3.3 Uitbuiting/arbeidsuitbuiting 8
1.4 Aanpak van arbeidsuitbuiting op grond van diverse rechtsgebieden 12
1.4.1 Aanpak van arbeidsuitbuiting op basis van het strafrecht 13
1.4.2 Aanpak van arbeidsuitbuiting op grond van een mensenrechten benadering 14
1.4.3 Aanpak van arbeidsuitbuiting op basis van het arbeidsrecht 16
1.4.4 Aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten op basis van het migratierecht 17
1.5 De werkgever, de migrant en de staat 19
1.6 Via het perspectief van de migrant naar de centrale vraag 22
1.6.1 Recht (op bescherming) 23
1.6.2 Behoeften aan bescherming 26
1.7 Toetsingskader en deelvragen 27
1.7.1 Afbakening rechtsgebieden 27
1.7.2 Deelvragen 1 en 2: normen voor de behandeling in een arbeidsrelatie 29
1.7.3 Deelvragen 3, 4 en 5: recht op verblijf, toegang tot werk en bijstand 30
1.7.4 Deelvragen 6, 7 en 8: recht op bescherming bij schending van de normen in een arbeidsrelatie 30
1.8 Methode en verantwoording 31
1.8.1 Focus op migranten 31
1.8.2 Territoriale afbakening 32
1.8.3 Relatie tot ander onderzoek 33
1.8.4 Gebruikte methodiek 34
1.9 Leeswijzer 35

2 ARBEIDSUITBUITING EN HET MENSENRECHTENINSTRUMENTARIUM 39
2.1 Inleiding 39
2.2 Het mensenrechtelijk kader 40
2.2.1 Slavernij en slavernijachtige praktijken 41
2.2.2 Dienstbaarheid 43
2.2.3 Gedwongen arbeid 44
2.2.4 Mensenhandel 46
2.2.5 Sociale en economische rechten 47
2.3 Verplichtingen voor de staat 49
2.3.1 Strafbaarstelling, onderzoek en vervolging 49
2.3.2 Compensatie 50
2.3.3 Verblijfsrecht 51
2.3.4 Sociale en economische rechten 52
2.4 Een mensenrechtelijke benadering in Nederland 54
2.4.1 Strafbaarstelling, onderzoek en vervolging 55
2.4.2 Compensatie 56
2.4.3 Verblijfsrecht 57
2.4.4 Sociale en economische rechten 58
2.5 Conclusie 58

3 STRAFRECHTELIJKE AANPAK ARBEIDSUITBUITING MIGRANTEN 61
3.1 Inleiding 61
3.2 Het internationaal juridisch kader 63
3.2.1 Mensenhandel in het Palermo Protocol 63
3.2.2 EU Richtlijn mensenhandel 65
3.2.3 De juridische discussie in het internationale discours 67
3.3 Het strafrechtelijk kader in Nederland 69
3.3.1 Het materiële delict 69
3.3.2 Strafvordering 72
3.3.3 Arbeidsuitbuiting als een vorm van het delict mensenhandel nader beschouwd 73
3.4 Artikel 273f Sr uitgelegd door de rechter 75
3.4.1 Verantwoording en afbakening 75
3.4.2 Beschrijving van de zaken 75
3.4.3 Verblijfsrechtelijke status 77
3.4.4 Onrechtmatig verblijf in relatie tot kwetsbaarheid 78
3.4.5 Dwangmiddelen bij rechtmatig en onrechtmatig verblijvende migranten 82
3.4.6 Uitbuiting 84
3.4.7 De verschillende uitbuitingsvormen 87
3.4.8 Oneigenlijk gebruik slachtofferrechten 88
3.4.9 Schadevergoeding in het strafproces 89
3.5 Conclusie 91

4 VRIJ VERKEER VAN UNIEBURGERS EN DE BESCHERMING TEGEN ARBEIDSUITBUITING 93
4.1 Inleiding. Wat is er aan de hand? 93
4.2 Vrij werknemersverkeer 96
4.2.1 Toepasselijk arbeidsrecht 97
4.2.2 Risico's op uitbuiting van EU-werknemers 98
4.3 Vrijheid van vestiging van zelfstandigen 99
4.3.1 Regels ten aanzien van EU-zelfstandigen 99
4.3.2 Risico's voor uitbuiting van EU-zelfstandigen 100
4.4 Vrij verkeer van diensten 103
4.4.1 Voorwaarden voor dienstverrichters 104
4.4.1.1 Toepasselijk arbeidsrecht gedetacheerde werknemers 104
4.4.2 Risico's op uitbuiting dienstverrichter en gedetacheerde werknemers 106
4.4.2.1 Gedetacheerde werknemers als deel van het vrije dienstenverkeer 106
4.4.2.2 De Detacheringsrichtlijn 1996 als compromis 107
4.4.2.3 Rome I en de Detacheringsrichtlijn 1996 109
4.4.3 De herziening van de Detacheringsrichtlijn 1996 110
4.5 Conclusie 111

5 BESCHERMING VAN DERDELANDERS TEGEN ARBEIDSUITBUITING IN DE EU 115
5.1 Inleiding 115
5.2 De regulering van migratie van derdelanders naar de EU 116
5.3 Regulering verblijfsrecht 119
5.3.1 Toegang tot het EU-grondgebied 119
5.3.2 Voorwaarden voor verkrijging en gronden voor verlies 122
5.3.3 Toegang tot werk 124
5.3.4 Het recht van werkgever te veranderen 125
5.3.5 Duur verblijfsrecht en permanent verblijf 127
5.4 Bescherming van migranten in een uitbuitingssituatie 129
5.5 Normen die uitbuiting tegengaan 132
5.6 Conclusie 137

6 HET TOETSINGSKADER TOEGEPAST 139
6.1 Normen voor de behandeling in een arbeidsrelatie 140
6.1.1 Arbeidsnormen in het mensenrechteninstrumentarium 140
6.1.1.1 Invulling van de normen in de mensenrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting 141
6.1.1.2 Dwang en kwetsbaarheid in het mensenrechtelijk instrumentarium 142
6.1.2 Arbeidsnormen in het strafrecht 144
6.1.2.1 Invulling van de normen in de strafrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting 144
6.1.2.2 Dwang en kwetsbaarheid in de strafrechtelijk aanpak 145

6.1.3 Arbeidsnormen in het vrij verkeer voor Unieburgers 146
6.1.4 Arbeidsnormen in het migratierecht voor derdelanders 148
6.1.5 Schematisch overzicht arbeidsnormen 149
6.2 Rechten op verblijf, werk en bijstand 151
6.2.1 Recht op verblijf, werk en bijstand in het mensenrechteninstrumentarium 151
6.2.2 Recht op verblijf, werk en bijstand in het vrij verkeer voor Unieburgers 152
6.2.3 Recht op verblijf, werk en bijstand in het migratierecht voor derdelanders 153
6.2.4 Schematisch overzicht recht op verblijf, werk en bijstand 156
6.3 Recht op bescherming bij schending van de normen in een arbeidsrelatie 158
6.3.1 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het mensenrechteninstrumentarium 159
6.3.1.1 Recht op compensatie 159
6.3.1.2 Recht op verblijf en bijstand 160
6.3.2 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in de strafrechtelijke benadering 162
6.3.2.1 Recht op compensatie 162
6.3.2.2 Recht op verblijf en bijstand 163
6.3.3 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het vrij verkeer voor Unieburgers 165
6.3.3.1 Recht op compensatie 165
6.3.3.2 Recht op verblijf en bijstand 166
6.3.4 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders 167
6.3.4.1 Recht op compensatie 167
6.3.4.2 Recht op verblijf en bijstand 168
6.3.5 Schematisch overzicht rechten op bescherming in situatie van arbeidsuitbuiting 169

7 Conclusie: een vergelijking tussen de vier rechtsgebieden 173
7.1 Inleiding 173
7.2 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het mensenrechteninstrumentarium 175
7.3 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het strafrecht 177
7.4 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het vrij verkeer voor Unieburgers 178
7.5 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders 180
7.6 Tot slot: versterking van de rechten op bescherming in Nederland en de EU 182

Summary 187
Literatuurlijst 199
Jurisprudentie 211
Bijlage: tekst artikel 273f Sr 215
Curriculum vitae 217

Lijst van afkortingen

AD	Algemeen Dagblad
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ARBAC	Academie voor Arbeidsrecht
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
bijv.	bijvoorbeeld
BRP	Basisregistratie Personen
BUIZA	Buitenlandse Zaken
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CDMG	European Committee on Migration
CEC	Conference of European Churches
CEPS	Centre for European Policy Studies
CESCR	Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten
CRC	Convention on the Rights of the Child
CRM	College voor de Rechten van de Mens
diss.	dissertatie
DR	discretionair recht
EC	Europese Commissie
ECSR	Europees Comité voor Sociale rechten
EER	Europese Economische Ruimte
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EJIL	European Journal of International Law
EMV	Europees Mensenhandelverdrag
EPC	European Policy Centre
ESH	Europees Sociaal handvest
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EU	Europese Unie
FRA	Fundamental Rights Agency
GRETA	Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HRC	Human Rights Committee
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IAHRM	Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens
IAVRM	Inter-Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens
ILC	International Labour Conference
ILO	International Labour Organisation
IMR	International Migration Review
IOM	Internationale Organisatie voor Migratie

ISZW-DO	Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid - Dienst Opsporing
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JNVR	Journaal Vreemdelingenrecht
JV	Jurisprudentie Vreemdelingenrecht
KMar	Koninklijke Marechaussee
Moe-landers	inwoners van de Midden- en Oost-Europese landen
MvT	Memorie van Toelichting
M & M	Markt en Mededinging
n.d.	not dated
NiPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-Bulletin	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten-Bulletin
NRM	Nationale Rapporteur Mensenhandel
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NTM	Nederlands Tijdschrift Mensenrechten
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
PbEU	Publicatieblad Europese Unie
Rb.	Rechtbank
RI	recht op inspanning
r.o.	rechtsoverweging
RR	recht op resultaat
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SOMO	Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcr.	Staatscourant
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Trb.	Tractatenblad
twv	tewerkstellingsvergunning
UN	United Nations
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
Vb	Vreemdelingenbesluit
Vc	Vreemdelingencirculaire
VDR	voorwaardelijk discretionair recht
VR	voorwaardelijk recht
Vw	Vreemdelingenwet
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
Wet DBA	Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie
Wml	Wet minimum loon
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
zzp	zelfstandige zonder personeel

1 Inleiding en methodologie

1.1 Arbeidsuitbuiting in beeld

> 'Es gibt Kollegen, die arbeiten monatelang durch, ohne einen freien Tag. Sie werden gehalten wie Arbeitstiere. […] Es sind in die Regel jüngere. Spätestens nach ein paar Jahren im Thyssendreck sind sie verbracht. Für die Unternehmer sind sie Wegwerfmenschen, Austauscharbeiter, es gibt ja genug davon, die Schlange stehen, um Arbeit zu bekommen und für jede, wirklich jede Arbeit dankbar sind.'[1]

Het boek *Ganz Unten* ('*Ik Ali*' in de Nederlandse vertaling) van Günther Wallraff uit 1985 is een aanklacht tegen de uitbuiting van buitenlandse werknemers in Duitsland in die tijd. Wallraff die van 1983 tot 1985 twee jaar lang bij verschillende bedrijven undercover heeft gewerkt als de Turkse arbeider Ali ervaart aan den lijve de verschillende vormen van uitbuiting die buitenlandse werknemers ondergaan: zwaar en gevaarlijk werk tegen een veel lager loon dan hun West-Duitse collega's krijgen, gebrekkige veiligheidsmaatregelen, geen ziektekostenverzekering, geen afdracht van sociale premies, dubbele diensten en bij klachten of werkweigering dreiging van ontslag. Een decennium later verschijnt er in Nederland een soortgelijk boek van de journalist Stella Braam waarin zij verslag doet van haar undercover ervaringen met laaggeschoolde, onderbetaalde baantjes, bijvoorbeeld in een naaiatelier waar grotendeels Turken zonder verblijfsrecht werken, of via een koppelbaas bij een tuinderij om asters te pluizen.[2] Verschillende rapporten en artikelen van onderzoeksjournalisten laten zien dat ook nu nog uitbuiting van arbeidsmigranten een actueel thema is.[3] Er zijn vele voorbeelden te geven van berichtgeving in de media over specifieke situaties. In 2009 kwam de zaak van de uitbuiting van Roemeense werknemers in een aspergestekerij in Someren aan het licht.

---

1 Wallraff 1985, p. 100.

2 Braam 1994, hoofdstuk 1 en 2.

3 Enkele voorbeelden van rapporten: FRA 2015, FRA 2018a, FRA 2018b, FRA 2019, GRETA 2014, GRETA 2018; Zie ook: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de EU-strategie voor de bestrijding van mensenhandel 2021-2025, COM(2021) 171 final. Voorbeelden van onderzoeksjournalistiek: M. Bolsius, Undercover als arbeidsmigrant bij Jumbo in Den Bosch. Dit is het verhaal van de Poolse Agatha, *Brabants Dagblad* 13 juli 2019; S. van den Baak en S. Peek, Call girl voor Albert Heijn, *De Groene Amsterdammer* 7 maart 2018.

In de media verschenen koppen als 'Slavernij in aspergestekerij'.[4] Het ging onder andere om opsluiting, mishandeling en onderbetaling van de voornamelijk Roemeense werknemers. Uit een onderzoek van Investico blijkt dat voor veel arbeidsmigranten hoge werkdruk en onzekere beloning gangbare praktijken zijn.[5] Ook in andere landen in de Europese Unie is sprake van arbeidsuitbuiting. De kop 'Moderne slavernij in Griekenland'[6] heeft betrekking op de uitbuiting van werknemers uit Bangladesh op een aardbeienplantage in Griekenland. Het artikel 'Migrant farm workers in Spain at crisis point' belicht de benarde situatie van arbeidsmigranten in de land- en tuinbouwsector in Spanje.[7] De Covid-pandemie heeft in verschillende landen en sectoren de precaire positie van arbeidsmigranten versterkt.[8] Enkele organisaties hebben de noodklok geluid over de situatie waarin arbeidsmigranten als gevolg van de pandemie verkeren.[9] In Nederland waren berichten over de slechte situatie waarin arbeidsmigranten verkeerden aanleiding voor de instelling van het 'Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten'.[10]

Een van de manieren om arbeidsuitbuiting van migranten aan te pakken is via het strafrecht. Een voorbeeld van een zaak die als een succes van de strafrechtelijke aanpak breed in de media is uitgemeten, is de zaak van de champignonkwekerij Prime Champ.[11] In november 2016 werden de directeur en een aantal andere betrokkenen bij dit bedrijf veroordeeld wegens de uitbuiting van enkele Poolse medewerkers.[12] De vrouwen maakten excessief lange werkdagen en moesten aan een zo hoge pluknorm voldoen dat het minimumloon vaak niet werd gehaald. Ook werd het aantal gewerkte uren in het registratiesysteem met tien procent afgeroomd. Vanuit strafrechtelijk oogpunt waren de veroordelingen van de diverse verantwoordelijke personen een succes. De tenlastelegging betrof echter slechts zestien werknemers en mensenhandel werd alleen bewezen verklaard met betrekking tot zes van de werk-

4 L. van Baars, 'Slavernij' in aspergestekerij, *Trouw* 18 mei 2009.
5 M. Berghege e.a., Ik had mijn eigen huid in mijn handen, *Investico* 21 maart 2018.
6 T. Bruno, Moderne slavernij in Griekenland, *de wereld morgen.be* 18 april 2013.
7 H. Grant, Migrant farm workers in Spain at crisis point, *The Guardian* 1 mei 2020.
8 S. Schelfout, Schouder aan schouder aan de lopende band: slachterijen willen coronatests, *AD* 13 mei 2020; H. Salm, Waarom slaat het coronavirus juist in slachterijen zo hard toe?, *Trouw* 25 mei 2020; M. van den Eerenbeemt, Zwarte schoonmaker zit thuis zonder werk, en dus geld, *de Volkskrant* 26 maart 2020; B. Endedijk, Arbeidsmigranten in problemen door coronavirus, *NRC* 17 april 2020.
9 Zie bijv. Group of experts on human trafficking, Dangers of the Coronavirus pandemic in relation to human trafficking, 2 april 2020; ILO, Protecting migrant workers during the COVID-19 pandemic, 30 april 2020; European Trade Union Confederation, Overlooked: migrant workers in the COVID19 crisis, 16 april 2020; Fairwork, Impact van corona op migranten in Nederland, 17 april 2020.
10 Roemer 2020 en Roemer 2020a.
11 Zie bijv. NOS 2016, Champignonkweker twee jaar de cel in voor uitbuiten Polen.
12 Rb. Limburg 10 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9602. In hoger beroep is de veroordeling van de directeur vernietigd. Zie Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1604.

nemers. Gezien het gegeven dat de werkwijze die ten aanzien van deze zes slachtoffers werd toegepast de normale bedrijfsvoering leek te zijn, acht de rechtbank aannemelijk dat veel meer werknemers werden uitgebuit.[13] Echter, de vraag wat de veroordeling van de directeur en andere betrokkenen betekent voor de Poolse werknemers blijft onderbelicht. Dit geldt voor de zes werknemers ten aanzien van wie de uitbuiting was bewezen, maar zeker ook voor de vrouwen die wel in de tenlastelegging waren opgenomen, maar ten aanzien van wie arbeidsuitbuiting niet bewezen werd verklaard. Ook de gevolgen voor alle werknemers die niet in de strafzaak zijn betrokken, maar wel onder dezelfde omstandigheden hebben gewerkt, hebben in de mediaberichtgeving geen aandacht gekregen.

Dit onderzoek richt zich juist op deze vraag: hoe is de bescherming van migranten tegen arbeidsuitbuiting in de EU en in Nederland in het bijzonder geregeld en welke rechten hebben migranten in het kader van bescherming tegen arbeidsuitbuiting. In dit inleidende hoofdstuk wordt eerst een schets gegeven van de omvang van arbeidsuitbuiting (paragraaf 1.2). Een uitleg van de wijze waarop in dit onderzoek de begrippen migrant, arbeid en arbeidsuitbuiting zijn gebruikt, volgt in paragraaf 1.3. Arbeidsuitbuiting kan op grond van verschillende rechtsgebieden benaderd worden; dit is in paragraaf 1.4 toegelicht. De relatie tussen de werkgever, de migrant en de staat komt in paragraaf 1.5 aan bod. Vervolgens wordt in paragraaf 1.6 de centrale vraag van het onderzoek geformuleerd. Deze vraag wordt in paragraaf 1.7 verder uitgewerkt in een aantal deelvragen die het toetsingskader vormen voor de beantwoording van de centrale vraag. Een toelichting op een aantal keuzes die in het kader van de afbakening van dit onderzoek zijn gemaakt, volgt in paragraaf 1.8. Dit inleidende hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van de opbouw van dit boek in paragraaf 1.9.

1.2 De omvang van arbeidsuitbuiting

De omvang van het verschijnsel arbeidsuitbuiting is moeilijk in kaart te brengen. Dit komt ten eerste doordat het een verschijnsel is dat zich afspeelt in het verborgene.[14] De *Fundamental Rights Agency* (FRA) meent dat slechts een topje van de ijsberg van slachtoffers van arbeidsuitbuiting bekend is.[15] Met betrekking tot de omvang van het verschijnsel in Nederland stelt de Nationale Rapporteur Mensenhandel (NRM) dat een belangrijk deel van de zaken niet aan het licht komt en dus niet wordt geregistreerd.[16] Een tweede reden, is onduidelijkheid over de afbakening. Er bestaan diverse concepten die niet

13 Rb. Limburg 10 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9602, r.o. 6.3.
14 ILO 2017a, p. 9; OHRCR (n.d.).
15 FRA 2019, p. 23.
16 NRM 2020, p. 21.

overal op dezelfde manier worden toegepast (hierover meer in paragraaf 1.3.3). Toch zijn er wel schattingen die een indicatie geven van het aantal slachtoffers van arbeidsuitbuiting. De Internationale Arbeidsorganisatie (verder: ILO naar de Engelse benaming *International Labour Organisation*) schat het aantal slachtoffers op grond van een zogenaamde berekende schatting[17] in 2016 wereldwijd op 24,9 miljoen.[18] In Europa zouden er 3,6 slachtoffers per 1.000 inwoners zijn.[19] GRETA,[20] de Europese instantie die toezicht houdt op de naleving van het Europees Mensenhandelverdrag,[21] geeft geen cijfermatig overzicht van slachtoffers van arbeidsuitbuiting, maar benadrukt wel dat het een serieus probleem is. De aantallen gaan volgens GRETA in alle landen omhoog en in enkele Europese landen is dit de meest voorkomende vorm van uitbuiting.[22] De FRA heeft in verschillende rapporten aandacht besteed aan het verschijnsel arbeidsuitbuiting in de Europese Unie.[23] Volgens deze organisatie komt arbeidsuitbuiting van zowel Unieburgers als burgers afkomstig uit landen van buiten de Europese Unie in sommige sectoren regelmatig voor. De FRA noemt landbouw, bosbouw, visserij, bouw, horeca en sommige vormen van productie als risicosectoren.[24] De NRM heeft in samenwerking met United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) een eerste berekende schatting gemaakt van het aantal slachtoffers van mensenhandel in Nederland.[25] Op basis van dit onderzoek wordt het aantal slachtoffers van arbeidsuitbuiting in 2017 geschat op 1.424 slachtoffers van grensoverschrijdende uitbuiting buiten de seksindustrie en 621 slachtoffers zonder dat er sprake is van een grensoverschrijdend element.[26] In Nederland worden (mogelijke) slachtoffers van de diverse vormen van uitbuiting geregistreerd door CoMensha.[27] Bij deze organisatie zijn

17 Op basis van een selectie van een aantal landen verdeeld over de wereld worden gegevens die bekend zijn uit verschillende bronnen via statistische berekeningen omgezet in schattingen wereldwijd en per regio. ILO 2017 en ILO 2017a.

18 ILO and Walk Free Foundation 2017, p. 9. Dit getal wil zeggen dat er wereldwijd op elke willekeurige dag in 2016 naar schatting 24,9 miljoen mensen gedwongen aan het werk zijn. Het rapport is in samenwerking met het IOM opgesteld.

19 ILO and Walk Free Foundation 2017, p. 10.

20 GRETA staat voor: Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings.

21 Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel (Warschau, 16 mei 2005), *Trb.* 2006, 99.

22 De voorbeeldlanden die worden genoemd zijn België, Cyprus, Georgië, Portugal, Servië en het Verenigd Koninkrijk. GRETA 2019, p. 14.

23 FRA 2015, FRA 2018a, FRA 2018b en FRA 2019.

24 FRA 2015, p.25.

25 UNDOC & NRM 2017. Zie voor een uitleg van de gebruikte methodiek dit rapport of NRM 2017, p. 16-23

26 NRM 2017, p. 24. Onder de noemer slachtoffers buiten seksindustrie vallen slachtoffers van arbeidsuitbuiting, gedwongen dienstverlening en criminele uitbuiting. Het getal 621 is afgerond. In het rapport van NRM staat 620,6.

27 CoMensha is de organisatie die de eerste registratie doet van mogelijke slachtoffers van mensenhandel en de eerste opvang, zorg en coördinatie ondersteunt. De gegevens van CoMensha zien op personen ten aanzien van wie een vermoeden van mensenhandel bestaat. Hier zullen ook mensen tussen zitten die geen slachtoffer blijken te zijn. Anderzijds zijn

voor de periode 2012 tot en met 2016 1.222 slachtoffers van uitbuiting buiten de seksindustrie geregistreerd.[28] Onder deze categorie vallen ook criminele uitbuiting (172 slachtoffers) en gedwongen orgaandonatie (één slachtoffer).[29] In de periode van 2015 tot en met 2019 werden 1.088 slachtoffers van arbeidsuitbuiting aangemeld.[30] Dit zijn overwegend slachtoffers van alleen arbeidsuitbuiting en enkele tientallen slachtoffers van arbeidsuitbuiting in combinatie met criminele en/of seksuele uitbuiting.[31]

Een migrant zonder rechtmatig verblijf mag niet werken[32] en zal voor inkomsten dus afhankelijk zijn van steun van anderen en inkomsten uit arbeid die hij eigenlijk niet mag verrichten, ook wel aangeduid als illegale arbeid of arbeid in de informele sector.[33] Volgens Van Meeteren komt uit divers onderzoek in Nederland naar voren dat ongeveer twee derde van de onrechtmatig verblijvende vreemdelingen werkzaam is en dat deze groep op een enkeling na, aangewezen is op de informele arbeidsmarkt.[34] Uit onderzoek blijkt verder dat deze groep migranten extra kwetsbaar is voor uitbuiting.[35] Er lijkt dus een samenhang te bestaan tussen enerzijds de omvang van de groep niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen en arbeid in de informele sector en anderzijds tussen arbeid in de informele sector en arbeidsuitbuiting. Op grond van deze samenhang kan voor een indicatie voor de omvang van arbeidsuitbuiting ook gekeken worden naar het aantal migranten zonder rechtmatig verblijf. In een onderzoek naar onrechtmatig verblijvende vreemdelingen in Nederland in de periode medio 2017 – medio 2018 wordt de omvang van deze groep geschat op tussen de 23.000 en 58.000 mensen.[36] Gezien bovengenoemde verbanden tussen onrechtmatig verblijf, werk in de informele sector en arbeidsuitbuiting, ligt het voor de hand dat een aanzienlijk deel van deze groep mensen te maken heeft met arbeidsuitbuiting.

1.3 Begrippen gedefinieerd

In de vorige twee paragrafen zijn de begrippen migrant en arbeidsuitbuiting gebruikt zonder deze te definiëren. Voor een goed begrip van het onderwerp van dit onderzoek en de wijze waarop het onderzoek is opgezet, is het nood-

er ook slachtoffers die niet bij CoMensha zijn aangemeld. Zie voor een toelichting op de betekenis van deze aantallen voor het werkelijk beeld ten aanzien van de omvang: NRM 2014, p. 27-28 en NRM 2020, p. 21-23.

28 NRM 2017, p. 33.
29 NRM 2017, p. 38.
30 NRM 2020, p. 34.
31 NRM 2020. p. 27.
32 Zie artikel 2 Wav.
33 Zie bijv. Engbersen e.a. 2002, p. 98 e.v.; Van Meeteren 2013 p. 52-53.
34 Van Meeteren 2013, p. 53.
35 Van Meeteren 2013, p. 54; FRA 2019, p. 67.
36 Van der Heijden e.a. 2020, p. 41.

zakelijk nu eerst deze begrippen, zoals ze in dit onderzoek worden gebruikt, toe te lichten. Achtereenvolgens worden in deze paragraaf de begrippen (arbeids)migrant, arbeid en (arbeids)uitbuiting besproken .

1.3.1 Migratie/migranten/arbeidsmigranten

Migratie is een begrip dat geen officiële definitie kent in internationaal, Europees of nationaal recht. Migratie kan op verschillende manieren afgebakend worden. Een gemeenschappelijk element is dat het gaat om verplaatsing. Variabel zijn onder andere de redenen voor verplaatsing die onder de definitie vallen en de minimale duur van de verplaatsing. Daarnaast kan de definitie van migratie zowel binnenlandse verplaatsing als verplaatsing over de landsgrenzen heen bevatten.

De Internationale Organisatie voor Migratie (IOM) kiest voor een inclusieve definitie van migratie en migrant. Migratie is: 'The movement of persons away from their place of usual residence, either across an international border or within a State.'[37] Een migrant wordt gedefinieerd als 'a person who moves away from his or her place of usual residence, whether within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons'. Zowel binnenlandse verplaatsing als verplaatsing over de grenzen heen valt onder de reikwijdte van deze definitie. Het grote verschil tussen binnenlandse verplaatsing en verplaatsing over de grenzen heen is dat de eerste als een internationaal algemeen erkend recht wordt beschouwd,[38] terwijl met betrekking tot verplaatsing over de landsgrenzen heen wel een recht bestaat elk land te verlaten,[39] maar geen recht om een ander land dan 'je eigen land' te betreden.[40] In het internationaal recht ligt de bevoegdheid om te bepalen wie wordt toegelaten tot het grondgebied in beginsel bij de soevereine staat.[41] Deze bevoegdheid van staten is van grote invloed op de positie van migranten, hun rechten en daarmee de kwetsbaarheid voor arbeidsuitbuiting.[42] In dit onderzoek wordt daarom onder migratie verstaan de verplaatsing van personen over de landsgrenzen heen. De duur van de verplaatsing en de (formele) reden van de verplaatsing zijn voor de afbakening van het begrip migrant niet relevant.

In het migratierecht wordt onderscheid gemaakt tussen personen met de nationaliteit van de staat waarin zij wonen en personen die in een staat verblijven waarvan zij niet de nationaliteit bezitten. Mensen die behoren tot deze

37 IOM, Glossary on Migration, 2019.
38 Zie bijv. artikel 13 UVRM en artikel 12 lid 1 IVBPR.
39 Zie bijv. artikel 13 UVRM en artikel 12 lid 2 IVBPR.
40 Zie artikel 12 lid 4 IVBPR.
41 Zie bijv. Martin 2005. Zie bijv. ook EHRM 28 mei 1985, 30471/08 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).
42 Zie bijv. FRA 2015 en FRA 2019.

laatste groep worden in het Nederlands migratierecht aangeduid met de term vreemdeling. In het recht van de Europese Unie dat regels stelt ten aanzien van intra EU-migratie van Unieburgers en migratie van mensen van buiten de EU naar de EU, wordt de term vreemdeling echter niet gebruikt. In het EU-migratierecht wordt onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van personen. De eerste categorie wordt gevormd door de mensen met de nationaliteit van een van de lidstaten die geen gebruik hebben gemaakt van hun recht zich te verplaatsen naar een andere lidstaat. De tweede groep bestaat uit burgers van de EU (Unieburgers) die gebruik hebben gemaakt van hun recht op verplaatsing en hun familieleden. De derde groep zijn de personen met een andere dan een EU-nationaliteit. Deze groep wordt aangeduid met de term derdelanders.

In dit onderzoek wordt de verzamelnaam 'migrant' gebruikt voor zowel zich verplaatsende Unieburgers als derdelanders. Als het specifiek van belang is om aan te geven om welke categorie het gaat, gebruik ik de begrippen Unieburgers (of EU-burgers) en derdelanders. In het migratierecht voor Unieburgers en derdelanders wordt echter nog verder onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën en kunnen de rechten per categorie verschillen. Dat betekent dat waar onderscheid in de rechtspositie wordt gemaakt, meer specifieke aanduidingen zijn gebruikt voor Unieburgers en derdelanders.

Een enkele keer maak ik gebruik van de term 'arbeidsmigrant'. Ik gebruik deze term voor een migrant die werkzaamheden verricht ongeacht het formele verblijfsdoel op grond waarvan deze persoon in een andere staat verblijft of de categorie waaronder deze persoon formeel valt.

1.3.2 Arbeid en werkgever

Ook het begrip arbeid kent geen juridische definitie. Het begrip arbeidsovereenkomst wel. Dit is in het Burgerlijk Wetboek gedefinieerd als: 'de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.'[43] Arbeid kan echter ook in andere constructies worden verricht dan in een werkgever – werknemer relatie. In dit onderzoek valt onder arbeid niet alleen arbeid in loondienst, maar wordt een bredere invulling aan dit begrip gegeven waarbij ook werkzaamheden verricht in opdracht van een opdrachtgever door zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) en dienstverrichters onder het begrip arbeid vallen. Ook werk verricht door stagiairs, au pairs en vrijwilligers die niet op grond van een arbeidsovereenkomst werken, wordt in dit onderzoek beschouwd als arbeid. De persoon voor wie iemand werkt kan een formele werkgever of opdrachtgever zijn, maar arbeid kan ook in een meer informele setting plaats vinden, waarbij iemand arbeid verricht voor een

43 Artikel 7:610 BW.

vriend, een kennis of familie. In het kader van dit onderzoek worden al deze verschillende personen voor wie iemand kan werken als 'werkgever' aangeduid.[44] In de praktijk komt het voor dat iemand werkzaamheden of diensten verricht voor een ander, die bestaan uit een criminele handeling. In de Nederlandse strafrechtspraak gaat het dan bijvoorbeeld om zaken waarbij iemand wordt aangezet tot diefstal of oplichting.[45] Door de NRM wordt dit als een aparte vorm van uitbuiting beschouwd: criminele uitbuiting.[46] Deze vorm van arbeid of diensten blijft buiten het bestek van dit onderzoek. Prostitutie als bijzondere vorm van arbeid blijft in dit onderzoek om twee redenen ook buiten beschouwing. Op de eerste plaats is dit in veel landen geen legale arbeid, waardoor de mensen die in deze sector werken per definitie in een andere context werkzaam zijn. Hoewel prostitutie in Nederland wel legaal is, heeft het binnen het migratierecht toch een aparte status. Voor werkzaamheden die bestaan uit het verrichten van seksuele handelingen met of voor derden wordt geen tewerkstellingsvergunning verleend.[47] Op de tweede plaats brengt het soort werk een groter risico op uitbuiting en misstanden met zich,[48] wat een vergelijking met andere vormen van arbeid compliceert.

1.3.3 Uitbuiting/arbeidsuitbuiting

Ten slotte moet het begrip arbeidsuitbuiting worden gedefinieerd. Dit kan gezien worden als een vorm van het begrip uitbuiting. Uitbuiting is een veel gebruikte term, waar we allemaal een beeld bij hebben, zonder dat precies duidelijk is wat hiermee wordt bedoeld.[49] Uitbuiten wordt in de van Dale omschreven als 'zoveel mogelijk voordeel halen uit'. Dit kan negatief zijn, maar is dat niet noodzakelijkerwijs. Iemand uitbuiten wordt echter als onethisch gezien. Iemand uitbuiten is volgens Zwolinski en Wertheim misbruik maken van de kwetsbaarheid van een ander voor het eigen voordeel.[50] Echter, niet elke vorm van gebruik maken van de kwetsbaarheid van een ander om er zelf beter van te worden, is uitbuiting. In sport, misschien wel in elke vorm van competitie, is het juist de tactiek om je te verdiepen in de zwaktes van een ander, om deze te kunnen gebruiken om de ander te verslaan.[51] Het is

44 Dit is een vergelijkbare invulling van het begrip werkgever als die is opgenomen in artikel 1 lid 1 sub b Wav.
45 Zie bijv. de zaak waarin een moeder haar dochter en twee vriendinnetjes overhaalt om geld in te zamelen voor een niet-bestaande sponsorloop: Rb. Den Haag 30 juni 2016, ECLI: NLRBDHA:2016:7262.
46 Zie bijv. NRM 2017, p. 11.
47 Zie artikel 3 Besluit uitvoering Wav in samenhang met artikel 8 lid 1 sub g Wav.
48 Zie bijv. NOS, Onderzoek naar regels prostitutie in andere landen na burgerinitiatief, 3 september 2020.
49 Wertheim 1996, p. 5.
50 Zwolinski & Wertheim 2017.
51 Zwolinski & Wertheim 2017.

dan ook de grens tussen misbruik en gebruik van kwetsbaarheid, die de afbakening van wat uitbuiting is zo moeilijk maakt.

Dat geldt ook voor het gebruik van de term uitbuiting in een arbeidsrelatie, anders gezegd, arbeidsuitbuiting. Arbeidsuitbuiting wordt gebruikt als een containerbegrip voor diverse misstanden in werkgerelateerde situaties. In het internationaal recht worden naast, of in plaats van het begrip (arbeids)uitbuiting andere concepten gebruikt, zoals mensenhandel, slavernij en hiermee vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen en verplichte arbeid of diensten.[52] Al deze misstanden kunnen worden beschouwd als een vorm van arbeidsuitbuiting. De term arbeidsuitbuiting wordt echter daarnaast gebruikt voor situaties die niet juridisch zijn te kwalificeren als mensenhandel of een van de andere hierboven genoemde internationale juridische concepten. Denk hierbij aan diverse overtredingen van arbeidsnormen zoals onderbetaling, lange werkdagen, onveilige werksituaties of illegale tewerkstelling. Deze overtredingen worden niet zonder meer beschouwd als een vorm van bijvoorbeeld mensenhandel of gedwongen arbeid, maar worden soms wel aangemerkt als arbeidsuitbuiting.

Over de vraag wat uitbuiting of arbeidsuitbuiting inhoudt en hoe dit concept zich verhoudt tot andere concepten die duiden op vergelijkbare verschijnselen is veel geschreven.[53] De opvattingen hierover variëren aanzienlijk; van situaties waarbij betaling onder het minimumloon als een vorm van uitbuiting wordt beschouwd,[54] tot het reserveren van de term uitbuiting voor strafrechtelijke uitbuiting in de zin van mensenhandel waarbij andere misstanden gekwalificeerd worden als slecht werkgeverschap of overige mensenrechtenschendingen.[55] Ook de concepten die wel een formele definitie hebben, zoals mensenhandel of gedwongen arbeid (zie hiervoor hoofdstuk 2, paragraaf 2.2), zijn niet eenduidig te interpreteren, omdat de afzonderlijke bestanddelen van de definitie (veel) ruimte laten voor invulling. Deze concepten bieden in het kader van dit onderzoek niet een sluitende afbakening van het begrip arbeidsuitbuiting.

In paragraaf 1.4.3 worden enkele fundamentele ILO-arbeidsnormen genoemd, die samen de agenda voor waardig werk vormen. Uitbuiting zou ook gedefinieerd kunnen worden als de tegenhanger van deze standaard voor waardig werk. Werk dat niet voldoet aan de criteria waardigheid, gelijkheid, een eerlijk inkomen en veiligheid, is in deze optiek arbeidsuitbuiting. Deze

52 Zie voor een toelichting op deze begrippen hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.
53 Zie bijv. Gallagher 2008; Campana & Varese 2016; Rijken 2015; Rijken 2018; Lestrade 2018.
54 Snel, Faber & Engbersen 2013.
55 De Jonge van Ellemeet 2007; CRM 2013.

criteria worden echter niet gedefinieerd en zijn daarom als maatstaf moeilijk toepasbaar.[56]

In de EU wordt wel de norm 'gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie' gebruikt als standaard voor een eerlijke arbeidsrelatie.[57] Dit is een redelijk duidelijke norm, maar ook hier kunnen interpretatieproblemen optreden. Bijvoorbeeld met betrekking tot wat gelijk werk is (denk aan inschaling in functieprofielen die van invloed zijn op de beloning) en wat gelijk loon is (bijvoorbeeld de vraag welke bestanddelen onderdeel uitmaken van het loon). Nadelen van de norm zijn dat deze beperkt is tot ongelijke beloning en niet ziet op andere arbeidsvoorwaarden en dat het een relatieve afbakening is. Even slecht is ook gelijk.

Wat duidelijk wordt uit bovenstaande verkenning van het begrip arbeidsuitbuiting, is dat bij de definiëring van het begrip twee componenten een rol spelen: een vorm van slechte en/of ongelijke behandeling en een vorm van dwang. De reikwijdte van het begrip arbeidsuitbuiting varieert enorm op basis van een ruime of juist restrictieve invulling die aan deze bestanddelen wordt gegeven. Gaat het bij een 'slechte behandeling' om uitwassen zoals het laten werken zonder of tegen een zeer geringe beloning, het verplichten tot extreem lange werkdagen, of het laten werken onder buitensporig slechte werkomstandigheden, of is bijvoorbeeld betaling onder het minimumloon of ongelijke behandeling ook te kwalificeren als uitbuiting? Een ander punt van discussie is of uitbuiting gemeten moet worden naar lokale standaarden of in vergelijking met de arbeidsomstandigheden en beloning van een arbeidsmigrant in zijn land van herkomst.[58] Ook met betrekking tot het bestanddeel 'dwang' is ruimte voor interpretatie. In het kader van het definiëren van begrippen als gedwongen arbeid en mensenhandel wordt onder dwang niet alleen verstaan het gebruik van fysieke dwang in de vorm van geweld, maar ook psychologische vormen van dwang, het innemen van documenten, het beperken van de bewegingsvrijheid, het geven van misleidende informatie en

56 Een nadere invulling van deze begrippen kan gevonden worden in de diverse ILO conventies ten aanzien van gedwongen arbeid (ILO C029 – Forced Labour Convention, 1930 en ILO C105 – Abolition of Forced Labour Convention, 1957), kinderarbeid (ILO C138 – Minimum Age Convention, 1973 en ILO C182 – Worst Forms of Child Labour Convention, 1999), vrijheid van vereniging en collectieve arbeidsovereenkomsten (ILO C087 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 en ILO C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949) en gelijke beloning en discriminatie (ILO C100 – Equal Remuneration Convention, 1951 en ILO C111 – Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958).

57 Zie bijv. J-C. Juncker, 'Een nieuwe start voor Europa. Mijn agenda voor banen, groei, billijkheid en democratische verandering. Politieke beleidslijnen voor de volgende Europese Commissie', 15 juli 2014, Toespraak in het Europees Parlement; Zie ook de toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG, COM (2016)128, p. 1.

58 Zie bijv. Carens 2013, p. 111-112.

'misbruik maken van een kwetsbare positie'.[59] Deze ruime invulling van de mogelijke dwangmiddelen leidt tot discussie over wat een kwetsbare positie is en wanneer iemand hier misbruik of gebruik van maakt.[60] Daarnaast is het de vraag of er altijd sprake moet zijn van dwang om te kunnen spreken van uitbuiting of dat zogenaamde consensuele uitbuiting, waarbij degene die uitgebuit is heeft ingestemd met het werk, de beloning en de voorwaarden, ook als uitbuiting valt te kwalificeren.[61] Hiermee hangt weer samen de vraag of er een subjectieve beleving van uitbuiting moet zijn om van uitbuiting te kunnen spreken. Door verschillende auteurs wordt benadrukt dat migranten zich lang niet altijd slachtoffer van uitbuiting voelen, terwijl ze dat naar objectieve maatstaven wel zijn.[62]

Hoewel er voor een strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting een grens getrokken moet worden tussen situaties die wel en niet te kwalificeren zijn als een vorm van uitbuiting, zijn in de praktijk beide bestanddelen van uitbuiting te plaatsen op een continuüm. Waar de grens wordt getrokken, verschilt per land en per rechtsgebied.[63] De combinatie van de twee bestanddelen is in onderstaand figuur weergegeven. De horizontale as geeft het gebruik van dwang aan, waarbij er uiterst links sprake is van zeer zware dwang en uiterst recht geen enkele dwang wordt uitgeoefend. De verticale as geeft de behandeling weer. Hierbij neemt van boven naar beneden de behandeling af van een goede en volledig gelijke behandeling naar een zeer slechte en/of ongelijke behandeling.



Figuur 1: Uitbuiting als een tweedimensionaal verschijnsel

59 Zie bijv. de indicatoren voor gedwongen arbeid van de ILO (ILO 2012) en de dwangmiddelen die zijn opgenomen in de definitie van mensenhandel in het Palermo Protocol.
60 Zwolinski & Wertheim 2017.
61 Zie bijv. Wertheim 1996, p. 13; Koettl 2009; Rijken 2015.
62 Zie bijv. Martens & Van den Brink 2013, p. 198; Cleiren, Van der Leun & Van Meeteren 2015, p. 91-92.
63 Rijken 2018, p. 191.

In het kwadrant rechtsboven is er geen sprake van uitbuiting. Het kwadrant linksboven zal in de praktijk niet vaak voorkomen. Deze twee blijven hier verder buiten beschouwing. In dit onderzoek gaat het niet om de bestraffing van daders maar om de bescherming van migranten tegen uitbuiting. De rechten die een migrant heeft in de verschillende rechtsgebieden die in dit onderzoek zijn betrokken, staan centraal. Daarom worden alle situaties meegenomen waarin er sprake is van een vorm van slechte behandeling. Arbeidsuitbuiting van migranten wordt in het kader van dit onderzoek gedefinieerd als een situatie die valt onder de twee onderste kwadranten. In beide situaties is er sprake van een slechte behandeling van een arbeidsmigrant in absolute of relatieve zin (ongelijke behandeling). Of er sprake is van een slechte behandeling in absolute zin wordt beoordeeld aan de hand van de naar lokale maatstaven geldende arbeidsnormen. Er is sprake van een slechte behandeling in relatieve zin, als arbeidsmigranten minder goed worden behandeld dan de eigen burgers van een staat of dan andere migranten in die staat. Er kan daarbij sprake zijn van een vorm van dwang, maar dit is geen noodzakelijke voorwaarde. Het begrip arbeidsuitbuiting in deze studie heeft dus een andere, ruimere betekenis dan doorgaans aan het begrip wordt gegeven.

1.4 Aanpak van arbeidsuitbuiting op grond van diverse rechtsgebieden

Het recht is onderverdeeld in verschillende rechtsgebieden, zoals strafrecht, civiel recht of staats- en bestuursrecht, waarbij diverse grote rechtsgebieden weer onderverdeeld kunnen worden in kleinere, specifiekere rechtsgebieden. Hoe precies die onderverdeling is afgebakend en of een bepaald rechtsgebied wel een apart rechtsgebied genoemd kan worden, doet niet af aan het bestaan van deze opdeling in zowel het juridisch onderwijs als onderzoek en de rechtspraktijk. De rechtsregels die van toepassing zijn op een feitelijke situatie kunnen echter in verschillende rechtsgebieden zijn neergelegd. De juridische bril waardoor naar een bepaalde situatie wordt gekeken, beïnvloedt welke rechtsregels worden gezien en de wijze waarop de situatie wordt aangepakt. Dat geldt ook voor arbeidsuitbuiting van een migrant. Hier komen rechtsgebieden samen die regels stellen ten aanzien van arbeidsuitbuiting, arbeid en migratie. Belangrijke rechtsregels zijn te vinden in het strafrecht, het mensenrechteninstrumentarium, arbeidsrecht en migratierecht. De afbakening van wat arbeidsuitbuiting is, kan in de verschillende rechtsgebieden verschillen. Ook zal de aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten afhangen van het rechtsgebied dat wordt gekozen en spelen verschillende belangen een rol. Hieronder wordt de benadering van arbeidsuitbuiting vanuit deze vier verschillende rechtsgebieden toegelicht.

1.4.1 Aanpak van arbeidsuitbuiting op basis van het strafrecht

Als men vanuit het strafrecht kijkt naar arbeidsuitbuiting, vormt dit een zo ernstige inbreuk op de persoonlijke integriteit en vrijheid, dat dit vraagt om een strafrechtelijke reactie.[64] Dat heeft gevolgen voor de afbakening van het begrip arbeidsuitbuiting. De aandacht voor een strafrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting werd eind vorige eeuw wereldwijd gegenereerd door het op 15 november 2000 aangenomen *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*.[65] Dit protocol, aangeduid als het Palermo Protocol, vormt een aanhangsel bij het Verdrag van de Verenigde Naties tegen Transnationale Criminaliteit. Met de inwerkingtreding van het Palermo Protocol wordt de uitbuiting van mensen in een arbeidssituatie beschouwd als een bijzondere vorm van mensenhandel. Mensenhandel wordt gedefinieerd als:

> 'the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.'[66]

Op grond van deze definitie kan arbeidsuitbuiting in diverse vormen onder het begrip mensenhandel vallen, naast seksuele uitbuiting en de gedwongen verwijdering van organen. Uit het rijtje gedragingen waaruit arbeidsuitbuiting kan bestaan, volgt dat het in beginsel gaat om een inbreuk op fundamentele rechten: gedwongen arbeid en dienstverlening, slavernij en praktijken vergelijkbare met slavernij en dienstbaarheid.

Het Palermo Protocol is tot stand gekomen om grensoverschrijdende criminaliteit aan te pakken. Tegelijk met het Palermo Protocol kwam ook een protocol voor de bestrijding van mensensmokkel tot stand.[67] Gallagher wijst erop dat mensenhandel en mensensmokkel in de jaren voorafgaand aan de totstandkoming van het verdrag en de protocollen hoog op de internationale agenda stonden vanwege mogelijke veiligheidsrisico's en de veronderstelde

64 Zie bijv. Esser 2018, p. 293-299.

65 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children to the UN Convention against Transnational Crime (15 november 2000). Datum inwerkingtreding: 25 december 2003.

66 Artikel 3 sub a Palermo Protocol.

67 Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized. Datum inwerkingtreding: 26 augustus 2005.

betrokkenheid van georganiseerde grensoverschrijdende criminele organisaties bij deze fenomenen.[68] Het Palermo Protocol is dus tot stand gekomen in de context van zorgen over criminaliteit, maar het doel van het Palermo Protocol is breder dan alleen het voorkomen en bestrijden van mensenhandel. Met het protocol wordt ook beoogd bescherming te bieden aan slachtoffers en samenwerking tussen de verschillende staten te bevorderen om deze doelen te bereiken.[69] Een van de middelen waarmee slachtoffers beschermd kunnen worden is de strafrechtelijke aanpak van mensenhandel en arbeidsuitbuiting. Daarnaast wordt in het Palermo Protocol opgeroepen tot het treffen van diverse maatregelen om slachtoffers te ondersteunen.

Het Palermo Protocol heeft model gestaan voor andere regionale en nationale strafrechtelijke én mensenrechtelijke instrumenten zoals in Europa het Verdrag van de Raad van Europa inzake mensenhandel[70] (hierna: Europees Mensenhandelverdrag), Richtlijn 2011/36/EU (hierna EU Richtlijn mensenhandel)[71] en in Nederland artikel 273f Wetboek van Strafrecht (Sr). De legitimatie voor de strafrechtelijke aanpak van mensenhandel en arbeidsuitbuiting ligt in de bescherming van het slachtoffer tegen een inbreuk op zijn persoonlijke vrijheid. Dit kan aangeduid worden als het primaire rechtsbelang dat de wetgever met het strafbaar stellen van mensenhandel heeft willen beschermen.[72] Het doel van het strafproces is volgens Cleiren, Van der Leun en Van Meeteren echter waarheidsvinding met het oog op herstel van de rechtsorde.[73] Het behartigen van de belangen van het slachtoffer is in het strafproces niet de primaire doelstelling. De zichtbaarheid van het slachtoffer en de mate waarin zijn belangen worden gehoord, zullen afhangen van zijn eigen inbreng en de mogelijkheden die in het kader van het strafproces worden geboden.[74] Dit heeft geleid tot de roep om meer met een mensenrechtelijke bril naar arbeidsuitbuiting van migranten te kijken.

1.4.2 Aanpak van arbeidsuitbuiting op grond van een mensenrechten benadering

Door verschillende auteurs wordt benadrukt dat er bij arbeidsuitbuiting diverse mensenrechten worden geschonden. Hier past een mensenrechtelijke benade-

68 Gallagher 2010, p. 71.
69 Zie artikel 2 Palermo Protocol.
70 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Being (Warschau, 16 mei 2005). Datum inwerkingtreding: 1 augustus 2010.
71 Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan (*PbEU* 2011, L 101/1).
72 Esser 2019, p. 272.
73 Cleiren, Van der Leun & Van Meeteren 2015, p. 89.
74 Cleiren, Van der Leun & Van Meeteren 2015, p. 89.

ring bij, waarbij rekening gehouden kan worden met de verschillende rechten die in het geding zijn.[75]

Tot de aanname van het Palermo Protocol werd het verschijnsel van arbeidsuitbuiting in het internationale juridische raamwerk geadresseerd in mensenrechtennormen zoals een verbod op slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid.[76] Het was in het internationale discours zowel wat betreft politieke als juridische betrokkenheid een marginaal verschijnsel.[77] Onder invloed van de opname van arbeidsuitbuiting in het Palermo Protocol als een vorm van mensenhandel, is ook vanuit mensenrechtelijke hoek vernieuwde aandacht gekomen voor de verschillende vormen van arbeidsuitbuiting die in het mensenrechtelijk instrumentarium al bestonden. Regionale instrumenten die een verbod op slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid bevatten, zijn met succes ingezet om staten op hun verplichtingen te wijzen met betrekking tot de naleving van dit verbod.[78] Er zijn ook nieuwe instrumenten ontwikkeld zoals het in paragraaf 1.4.1 genoemde Europees Mensenhandelverdrag. Dit verdrag is gemodelleerd naar het tot het strafrecht behorende Palermo Protocol, maar het Europees Mensenhandelverdrag kan zelf tot het mensenrechteninstrumentarium worden gerekend.[79] Het Europees Mensenhandelverdrag benoemt mensenhandel in de preambule expliciet als een 'schending van de mensenrechten (…) en een aantasting van de waardigheid en de integriteit van de mens.' De definitie van mensenhandel in dit verdrag volgt in bijna dezelfde bewoordingen de definitie uit het Palermo Protocol. Arbeidsuitbuiting is dus ook in dit verdrag een vorm van mensenhandel. De schending van fundamentele mensenrechten is voor de strafrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting reden tot strafbaarstelling. Het belang van strafbaarstelling wordt ook in mensenrechteninstrumenten als een van de verplichte acties tegen arbeidsuitbuiting als een vorm mensenhandel onderkend.[80] Vanuit het mensenrechtenperspectief zouden echter bij de aanpak van arbeidsuitbuiting de mensenrechten van het slachtoffer centraal moeten staan.[81] Zoals in paragraaf 1.4.1 is geconstateerd bevat het Palermo Protocol ook bepalingen die zien op een bredere aanpak van arbeidsuitbuiting. Naast vervolging (*prosecution*) beoogt het protocol ook slachtoffers te beschermen (*protection*) en arbeidsuitbuiting te voorkomen (*prevention*), ook wel aangeduid met de drie P's. De formulering van deze verplichtingen is onder het Palermo Protocol echter tamelijk vrijblijvend. Ook is in de paragraaf hierboven aangehaald dat

75 Zie bijv. Gallagher 2008; Hathaway 2008; Rijken & De Volder 2009, OHCHR 2010, p. 3.
76 Zie bijv. het Verdrag inzake slavernij van 1926 en artikel 4 EVRM. Deze instrumenten worden besproken in hoofdstuk 2.
77 Gallagher 2010, p. 2.
78 Zie bijvoorbeeld artikel 4 EVRM en artikel 6 lid 1 IAVRM. Zie verder in hoofdstuk 2.
79 Dit verdrag is tot stand gekomen in het kader van de Raad van Europa. Deze instelling is volgens zijn eigen website Europa's toonaangevende mensenrechtenorganisatie.
80 Zie het Europees Mensenhandelverdrag artikel 18 tot en met 25.
81 Preambule en artikel 2 lid 1 sub b Europees Mensenhandelverdrag.

de belangen van het slachtoffer in het strafproces ondergesneeuwd kunnen raken. Dit zou in een mensenrechtelijke benadering verbeterd moeten worden door een integrale aanpak op basis van een inventarisatie van alle relevante mensenrechten. Het Hoog Commissariaat voor de Mensenrechten (OHCHR) identificeert als belangrijke mensenrechten in het kader van de aanpak van mensenhandel vanuit mensenrechtelijk perspectief normen als het verbod op discriminatie, het recht op vrijheid en veiligheid, het recht op eerlijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, het recht op een voldoende levensstandaard en het recht op sociale zekerheid.[82] In de literatuur waarin een mensenrechtelijke aanpak wordt gepropageerd, wordt de integrale 3-P benadering benadrukt.[83] Sommige auteurs voegen hier nog één of meer P's aan toe voor *Partnership* (de noodzaak om samen te werken bij de aanpak van mensenhandel) en *Punishment*.[84]

1.4.3 Aanpak van arbeidsuitbuiting op basis van het arbeidsrecht

Het is ook mogelijk om naar arbeidsuitbuiting te kijken als een schending van normen die in het arbeidsrecht zijn vastgelegd.[85] Wanneer arbeidsuitbuiting wordt bekeken vanuit het arbeidsrecht zal de aandacht in eerste instantie uitgaan naar overtredingen van normen die zien op werktijden, beloning en werkomstandigheden.

Arbeidsrecht wordt in belangrijke mate op nationaal niveau gemaakt, maar de basis van veel normen ligt in internationaal recht. De internationale grondslag voor normen met betrekking tot arbeid en sociale zekerheid wordt gevormd door de verdragen van de ILO. Sinds de oprichting van de ILO in 1919 zijn er 189 verdragen tot stand gekomen die zien op een breed scala aan onderwerpen, variërend van bescherming van werknemers in bepaalde sectoren, zoals huishoudelijk hulpen[86] en zeevarenden,[87] tot onderwerpen als werktijden,[88] ontslag[89] en beloning.[90] Van der Heijden bestempelt dit als een 'internationaal wetboek van de arbeid'.[91] In 1998 zijn door de ILO een aantal rechten en beginselen aangemerkt als fundamentele rechten en beginselen.[92] Alle lidstaten van de ILO hebben de verplichting deze rechten te waar-

82 Zie voor de volledige lijst OHCHR 2014, p. 4.
83 Obokata 2006; Berket 2015, p. 363.
84 Zie bijv. Sheldon-Sherman 2012.
85 Zie bijv. Costello 2014, Barnard & Ludlow 2016.
86 ILO, C189 – Domestic Workers Convention, 2011.
87 ILO, C145 – Continuity of Employment (Seafarers) Convention, 1976.
88 ILO, C047 – Forty-Hour Week Convention, 1935.
89 ILO, C158 – Termination of Employment Convention, 1982.
90 ILO, C131 – Minimum Wage Fixing Convention, 1970.
91 Van der Heijden 2018, p. 4.
92 ILO Declaration on fundamental principles and rights at work 1998.

borgen ook als ze het betreffende verdrag waarin deze rechten zijn opgenomen, niet geratificeerd hebben. Deze grondrechten zien op vier categorieën van rechten en verplichtingen, namelijk: a) vrijheid van vereniging en de daadwerkelijke erkenning van het recht op collectieve onderhandelingen; b) het uitbannen van alle vormen van gedwongen of verplichte arbeid; c) de effectieve afschaffing van kinderarbeid; en d) uitbanning van discriminatie met betrekking tot werk en beroep. Deze rechten en beginselen vormen samen de zogenaamde *Decent Work Agenda* (Agenda voor waardig werk). De vier categorieën van rechten zijn ontleend aan acht corresponderende fundamentele conventies.[93] Alle EU-lidstaten zijn lid van de ILO en hebben de acht fundamentele verdragen geratificeerd. De normen in deze verdragen zijn dus van toepassing in de hele EU.

Bij de aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten vanuit een arbeidsrechtelijke benadering spelen meerdere belangen. Arbeidsnormen zijn bedoeld om werknemers te beschermen tegen een werkgever, arbeidsuitbuiting is vanuit dat perspectief een schending van de arbeidsrechten van werknemers. Tegelijk zijn deze normen ook bedoeld om een gelijk speelveld te creëren waarin werkgevers elkaar niet beconcurreren ten koste van de werknemers. Arbeidsuitbuiting kan door het overtreden van arbeidsnormen gezien worden als een vorm van oneerlijke concurrentie die, als goedkope migranten worden ingezet, mogelijk kan leiden tot verdringing van lokale werknemers op de arbeidsmarkt.[94]

1.4.4 Aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten op basis van het migratierecht

Als men met een migratierechtelijke bril kijkt naar arbeidsuitbuiting van migranten gaat de aandacht uit naar de invloed van het migratierecht op de positie van de arbeidsmigrant. Vaak zal bij arbeidsuitbuiting van migranten ook sprake zijn van een inbreuk op migratieregels bijvoorbeeld ten aanzien van de toegang tot een land, het recht op verblijf en het recht om te werken.[95] Tegelijkertijd wordt onderkend dat de manier waarop in het migratierecht dit recht op toegang, verblijf en werk is geregeld, invloed heeft op de positie van een migrant tegenover een werkgever en op deze manier kan bijdragen

93 ILO C087 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 & ILO C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949; ILO C138 – Minimum Age Convention, 1973 & ILO C182 – Worst Forms of Child Labour Convention, 1999; ILO C029 – Forced Labour Convention, 1930 & ILO C105 – Abolition of Forced Labour Convention, 1957; ILO C100 – Equal Remuneration Convention, 1951 & ILO C111 – Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.

94 Freedland & Costello 2014, p. 7-8; Fudge 2018, p. 557-559; SER 2014, p. 10.

95 Zie bijv. Van der Leun en Van Schijndel 2012.

aan het vergroten of verkleinen van de kwetsbaarheid voor arbeidsuitbuiting.[96]

Bij de aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten vanuit een migratierechtelijke benadering spelen verschillende belangen een rol. Enerzijds speelt het belang van de ontvangende samenleving bij het handhaven van het migratierecht. Het primaire doel van het migratierecht is het reguleren van migratie. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij de huidige Vreemdelingenwet (Vw) wordt dit als volgt verwoord:[97] 'Het beleid is erop gericht om de migratie naar Nederland – voor zover mogelijk – te reguleren en de gevolgen van deze migratie voor de Nederlandse samenleving zoveel mogelijk beheersbaar te houden.' In een benadering van arbeidsuitbuiting van migranten die gericht is op handhaving van het migratierecht, ligt de focus op de mogelijke inbreuk die in een situatie van arbeidsuitbuiting van migranten op dit migratiebeleid is gemaakt. Een inbreuk op de migratieregels door de werkgever of de migrant kan voor de migrant migratierechtelijke gevolgen hebben zoals het beëindigen van rechtmatig verblijf[98] en uitzetting.[99] In landen waar illegaal verblijf strafbaar is, kan een inbreuk op migratieregels ook strafrechtelijke gevolgen hebben voor de migrant.[100] Daarnaast kan de persoon die faciliteert bij het overtreden van de migratieregels strafbaar zijn, in het kader van een verbod op mensensmokkel[101] en 'illegale' tewerkstelling.[102]

Anderzijds kan in een migratierechtelijke benadering van arbeidsuitbuiging van migranten ook gekeken worden naar het belang van de migrant. Vanuit deze benadering wordt onderzocht op welke wijze het migratierecht kansen creëert voor migranten op verblijf en toegang tot werk. Op deze wijze kan het migratierecht bijdragen aan bescherming tegen uitbuiting of juist de kwetsbaarheid voor uitbuiting van migranten vergroten. In beginsel hebben staten alleen een verplichting om hun eigen burgers toegang te verlenen en hebben zij verder het recht om zelf te bepalen wie zij tot hun grondgebied toelaten, voor welk doel en onder welke voorwaarden.[103] In het internationaal

96 Zie bijv. FRA 2015 p. 44-51 en FRA 2019 p. 67-76.

97 *Kamerstukken II* 26732, 1998/99, nr. 3, p. 1 (MvT).

98 Zie bijv. artikel 9 lid 2 sub a Richtlijn 2014/36/EU waarin is bepaald dat de lidstaten de verblijfsvergunning van een seizoenarbeider kunnen intrekken als de werkgever is bestraft voor illegale arbeid, of de nationale bepaling in de Vreemdelingenwet op grond waarvan een verblijfsvergunning regulier kan worden ingetrokken als de vreemdeling heeft gewerkt in strijd met de wet arbeid vreemdelingen (zie artikel 19 in samenhang met artikel 18 lid 1 sub g Vw).

99 Zie artikel 2, 3 en 8 Richtlijn 2008/115/EG.

100 FRA 2013, Annex.

101 Zie bijv. in het internationaal recht: Artikel 6 Protocol tegen de smokkel van migranten.

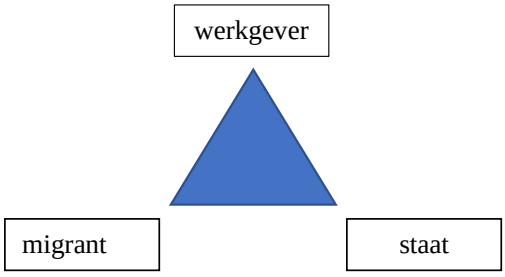
102 Zie bijv. in de EU: Artikel 10 Richtlijn 2009/52/EG. 'Illegale tewerkstelling' wordt in deze richtlijn gedefinieerd als tewerkstelling van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land (artikel 2 sub 2 Richtlijn 2009/52/EG). Zie voor Nederland de strafbepaling ten aanzien van 'illegale' etwerkstellong in artikel 197b Sr.

103 Zie bijv. Martin 2005. Zie ook artikel 13 lid 2 UVRM en artikel 12 lid 4 IVBPR.

recht[104] en het recht van de Europese Unie (hierna: het Unierecht) zijn uitzonderingen op dit beginsel opgenomen. Voor Nederland worden de mogelijkheden om een nationaal migratiebeleid te voeren in verregaande mate beïnvloed door met name het Unierecht.[105] Het Unierecht bevat enerzijds regels ten aanzien van de verplaatsing van Unieburgers en hun familieleden binnen de Europese Unie. Dit wordt het vrij verkeer van Unieburgers (of vrij verkeer van personen) genoemd.[106] Anderzijds zijn door de Uniewetgever richtlijnen vastgesteld voor de toelating tot en het verblijf in de EU van derdelanders. In deze richtlijnen zijn ook bepalingen opgenomen die zien op rechten van toegelaten migranten, zoals het recht om te werken.[107] Verder bevat het Unierecht diverse richtlijnen die vormen van arbeidsmigratie reguleren.[108] In deze richtlijnen wordt geregeld welke derdelanders, voor welke arbeid, onder welke voorwaarden worden toegelaten. Tenslotte zijn zowel in het Unierecht voor Unieburgers als voor derdelanders regels opgenomen ten aanzien van de behandeling van migranten door de werkgever in een arbeidssituatie.

1.5 De werkgever, de migrant en de staat

Bij arbeidsuitbuiting en de bescherming hier tegen zijn drie partijen betrokken: de werkgever, de migrant en de staat. De relaties tussen deze drie partijen kunnen als een driehoeksrelatie getekend worden:



Figuur 2: Driehoeksrelaties tussen de werkgever, de migrant en de staat

104 Een belangrijke norm in het internationaal recht is het verbod van refoulement. Dit houdt in dat personen die, als zij zouden worden teruggestuurd naar hun land van herkomst, te vrezen hebben voor vervolging, foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling, niet uitgezet mogen worden. Ook kan een recht op verblijf in een staat volgen uit het internationaal zeer breed erkende recht op gezinsleven. Zie bijv. artikel 16 UVRM, artikel 17 IVBPR, artikel 8 EVRM. Zie hierover meer in hoofdstuk 2 en 5.

105 Groenendijk & Van Riel 2017.

106 Zie voor een verdere uitleg van dit juridisch kader hoofdstuk 4.

107 Zie voor een verdere uitleg van dit juridisch kader hoofdstuk 5.

108 Zie verder hoofdstuk 5.

Bij arbeidsuitbuiting gaat het om uitbuiting binnen een arbeidsrelatie tussen de migrant en de werkgever. Dit kan zowel een formele werkgever – werknemersrelatie zijn als de relatie tussen een opdrachtgever en een dienstverlener. De uitbuiter zal vaak de feitelijke werkgever of de opdrachtgever (hierna samen aangeduid als werkgever) zijn.[109] In beginsel gaat het dus om een verhouding tussen deze twee partijen. De werkgever schendt de rechten van de migrant door deze bijvoorbeeld geen of onvoldoende salaris uit te betalen, door deze (veel) te lange dagen te laten werken of door de migrant onder onveilige werkomstandigheden te werk te stellen. De werkgever trekt voordeel uit de uitbuiting want hij bespaart op arbeidskosten en kosten voor werkomstandigheden. De uitgebuite migrant ondervindt schade omdat hij bijvoorbeeld in zijn vrijheid wordt beperkt, loon misloopt of mogelijk gezondheidsschade oploopt. Idealiter, als er sprake is van een conflict tussen een werknemer en een werkgever bijvoorbeeld over niet of te weinig uitbetaald salaris of over arbeidsomstandigheden, kan de werknemer of dienstverlener dit voorleggen aan de civiele rechter, die het conflict met een bindende uitspraak kan beslissen.[110] Dit vergt wel dat een werknemer zich bewust is van zijn rechten, kennis heeft van het rechtssysteem en zich ten opzichte van de werkgever niet in een afhankelijke positie bevindt. In een situatie van arbeidsuitbuiting zijn juist aan deze vereisten vaak niet voldaan.[111] Onderzoek in Nederland naar het gebruik van een civiele vordering tot schadevergoeding, laat zien dat hier onder slachtoffers van arbeidsuitbuiting bijna geen gebruik van wordt gemaakt.[112]

Hoewel de staat, als deze optreedt als werkgever ook zelf de uitbuiter kan zijn, ligt het belang van de betrokkenheid van de staat bij de bestrijding van arbeidsuitbuiting ergens anders. Zoals in paragraaf 1.4.1 tot en met 1.4.4 is beschreven, kan bij arbeidsuitbuiting sprake zijn van het schenden van diverse rechtsregels die zijn neergelegd in het strafrecht, het mensenrechteninstrumen-

109 Dit hoeft niet altijd zo te zijn. In de Nederlandse strafrechtelijke jurisprudentie komen verschillende situaties voor waarin de feitelijke werkgever niet de uitbuiter is, maar een ander. Zie bijv. de zaak Rb. Zeeland-West Brabant 19 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6563, waar de uitbuiter een derde persoon is die de migrant dwingt of beweegt werkzaamheden uit te voeren en vervolgens het salaris afneemt; de zaak Rb. Amsterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1619, waarin de uitbuiting gebaseerd is op een constructie via uitzendwerk waarbij niet de inlener, maar het uitzendbureau als formele werkgever de uitbuiter is, of bijv. een zaak tegen een huisjesmelker die exorbitant hoge bedragen voor de huur van woonruimte en bemiddelt richting werk, waarvan de inkomsten terugvloeien naar de huisjesmelker om de huur te kunnen voldoen, Rb. Rotterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1688.

110 Zie voor Nederland Roemer 2020a, p. 15. Het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten constateert dat de Nederlandse regelgeving uitgaat van het idee van zelfredzaamheid van de burger, die voor zichzelf op kan komen als iets niet naar wens gaat.

111 Zie bijv. FRA 2019, p. 77-80.

112 Heemskerk en Willemsen 2013, p. 24; Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013, p. 28 en p. 78; De Lange 2011; Roemer 2020a, p. 15. Zie voor studies in respectievelijk het Verenigd Koninkrijk en Ierland: Barnard & Ludlow 2016; Murphy, Doyle & Murphy 2020.

tarium, het arbeidsrecht of het migratierecht. De staat heeft deze regels, verder ook wel aangeduid als normen, opgesteld in nationale wetgeving of zich hieraan verbonden door partij te worden bij verdragen. De rol van de staat is het bewaken van de naleving van deze normen. Hierbij staat de staat in een directe relatie met de werkgever voor zover deze normen verplichtingen voor een werkgever inhouden. Als de werkgever een norm heeft geschonden kan de staat hierop reageren. De manier waarop de staat reageert en de middelen die hij inzet, hangen af van het rechtsgebied van waaruit de situatie van arbeidsuitbuiting wordt benaderd. Wordt de arbeidsuitbuiting gezien als een vorm van het strafrechtelijk delict mensenhandel, dan zal de staat via het strafrecht de werkgever aanpakken. Wordt de uitbuiting gezien als een overtreding van arbeidsrechtelijke normen, zoals in Nederland de Wet minimumloon of de Arbeidstijdenwet, dan kan de staat hier via bestuursrechtelijke handhaving tegen optreden. De werkgever kan beboet worden en eventueel kan het bedrijf (tijdelijk) gesloten worden.[113] Arbeidsuitbuiting kan op basis van het migratierecht worden gezien als een inbreuk op migratieregels door de werkgever ten aanzien van toegang en verblijf en het recht om te werken. Dit kan bestuursrechtelijke en strafrechtelijke gevolgen hebben voor de werkgever.[114] De uitgebuite migrant is in deze relatie tussen de staat en de werkgever, waar de staat op basis van een van de rechtsgebieden handhavend optreedt, niet de geadresseerde partij. De uitgebuite migrant is echter wel een belanghebbende in de relatie tussen de werkgever en de staat.

Dit brengt ons naar de derde relatie in de driehoeksverhouding tussen werkgever, migrant en staat: de relatie tussen de staat en de migrant. De staat kan de positie van de migrant ten opzichte van de werkgever op verschillende manieren beïnvloeden. Ten eerste creëren de arbeidsnormen die de staat opstelt als verplichtingen voor de werkgever, rechten voor de werknemer. Een migrant met sterke arbeidsrechten is beter beschermd tegen arbeidsuitbuiting door de werkgever, dan de migrant die geen of minder sterke rechten heeft. Dit laatste geldt met name voor minder gereguleerde sectoren, zoals huishoudelijk werk of werk dat niet op basis van een formeel arbeidscontract wordt verricht, bijvoorbeeld werk uitgevoerd door stagiairs of au pairs. Op de tweede plaats is het voor de migrant relevant welke rol de staat heeft bij het garanderen van die rechten. Is de rol van de staat beperkt tot het controleren of werkgevers zich aan de normen houden en het bestraffen van werkgevers die normen overtreden, of is de staat ook verantwoordelijk voor het naleven van de verplichtingen van de werkgever jegens de migrant? Of, in hoeverre en op welke manier de staat bij de naleving van normovertredingen door de werkgever rekening zal houden met de belangen van de migrant, hangt af van de mogelijkheden die het gekozen rechtsgebied verschaft.[115] Een laatste manier waar-

113 Zie voor Nederland: artikel 18b-18m Wml, artikel 10.1-10.18 Arbeidstijdenwet.
114 Zie bijv. artikel 18 en 19 Wav; artikel 24a i.c.m. artikel 108 Vw en artikel 197b Sr.
115 Cleiren, Van der Leun & Van Meeteren 2015, p. 89.

op de staat van invloed is op de relatie tussen de migrant en de werkgever is door de regulering van het verblijfsrecht van een migrant. Migranten zonder verblijfsrecht, met een verblijfsrecht van korte duur (bijvoorbeeld seizoenwerkers) of een verblijfsrecht dat is gekoppeld aan werk bij een specifieke werkgever, verkeren in een afhankelijker positie van de werkgever dan migranten van wie het verblijfsrecht niet afhangt van het hebben van werk of een inkomen.[116] Hier kan een werkgever misbruik van maken.

1.6 Via het perspectief van de migrant naar de centrale vraag

In paragraaf 1.4 is de aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten vanuit vier verschillende rechtsgebieden beschreven. In paragraaf 1.5 is verduidelijkt op welke manier de drie bij arbeidsuitbuiting betrokken partijen, te weten de migrant, de werkgever en de staat, zich tot elkaar verhouden. De keuze voor een rechtsgebied en rechtsinstrumenten die door de staat worden ingezet heeft gevolgen voor de rechten die een migrant heeft.

Vanuit het perspectief van de migrant zijn rechten die hem kunnen beschermen tegen arbeidsuitbuiting in verschillende rechtsgebieden te vinden. Dit onderzoek richt zich op de rol van de staat. Op welke wijze kan de staat bescherming bieden aan de migrant tegen arbeidsuitbuiting door de werkgever en welke rechten heeft de migrant op bescherming door de staat. Als arbeidsuitbuiting in de driehoeksrelatie tussen migrant, werkgever en staat vanuit het perspectief van de migrant wordt bekeken, is op de eerste plaats van belang om vast te stellen welke (arbeids)normen van toepassing zijn op zijn relatie met de werkgever. Ten tweede is van belang op welke wijze de staat hem kan beschermen door zijn positie ten opzichte van de werkgever te versterken (bijvoorbeeld door een sterk verblijfsrecht te verlenen) om te voorkomen dat hij in een situatie van arbeidsuitbuiting terecht komt. Tenslotte komt de vraag aan de orde op welke wijze de staat hem kan beschermen als hij zich in een situatie van arbeidsuitbuiting bevindt. De rechten die een migrant op deze drie terreinen heeft, kunnen hem zowel preventief beschermen tegen arbeidsuitbuiting door een werkgever, als bescherming bieden in een situatie van arbeidsuitbuiting. Dit leidt tot de volgende vraagstelling voor dit onderzoek:

> *Welke rechten op bescherming door de staat van zijn verblijf heeft een migrant tegen arbeidsuitbuiting door zijn werkgever, in de EU en in Nederland in het bijzonder?*

116 Zie bijv. FRA 2015 en FRA 2019.

1.6.1 Recht (op bescherming)

In juridische literatuur wordt het begrip recht – vanzelfsprekend – veel gehanteerd. Rechten zijn de bouwstenen waarop de rechtswetenschap is gebaseerd. Het begrip recht is echter niet eenduidig. Het woord recht wordt met diverse toevoegingen gebruikt zoals een grondrecht, een mensenrecht of een fundamenteel recht, er worden onderverdelingen gemaakt in soorten rechten zoals absolute rechten en rechten die niet absoluut zijn. Voor een juiste duiding van de vraagstelling is het daarom nodig kort stil te staan bij dit begrip.

De filosoof Raz definieert het recht van de een in relatie tot de plicht van een ander: 'x has a right' if and only if x can have rights, and other things being equal, an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty.'[117] Deze definitie bevat verschillende elementen die verhelderend zijn in een bespreking van de verschillende soorten rechten. Deze uiteenzetting is niet bedoeld als een diepgaande bespreking van het concept recht, maar dient alleen om in het kader van een analyse van de rechten die een migrant heeft, duiding te kunnen geven aan wat het betekent om een bepaald recht te hebben.

Ten eerste volgt uit de definitie dat iemand alleen een recht kan hebben als er op een ander een plicht rust. De plicht die op een ander rust, kan een actie vereisen of juist bestaan uit niets doen, iemand niet weerhouden van het uitoefenen van zijn recht. In het eerste geval wordt deze plicht aangeduid als een positieve verplichting, in het tweede geval als een negatieve verplichting.[118] Met name in het mensenrechteninstrumentarium wordt veel gebruik gemaakt van dit onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen.[119] Een voorbeeld van een negatieve verplichting uit het migratierecht is het verbod een persoon terug te sturen naar een land waar hij vreest voor vervolging, marteling, onmenselijke of vernederende behandeling.[120] In het kader van dit onderzoek zijn met name de positieve verplichtingen relevant. Het gaat om de vraag welke bescherming de staat actief aan een migrant kan bieden. Positieve verplichtingen kunnen gericht zijn op het proces, op het faciliteren van toegang tot voorzieningen, door hiervoor procedures op te stellen. Positieve verplichtingen kunnen ook op het resultaat gericht zijn.[121] De reikwijdte van positieve verplichtingen speelt met name ten aanzien van

117 Raz 1984, p. 195.

118 Zie voor het bestaan van en het verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen bijv. EHRM 19 februari 1996 (*Gül/Zwitserland*).

119 Akandji-Kombe 2007, p. 5.

120 Dit is het zogenoemde verbod van refoulement. Zie bijv. artikel 33 Convention Relating to the Status of Refugees (Vluchtelingenverdrag) (Genève, 28 juli 1951) en artikel 3 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Anti-Folterverdrag) (New York, 10 december 1984). Verder volgt het non-refoulement beginsel uit de jurisprudentie van het EHRM t.a.v. artikel 3 EVRM.

121 Akandji-Kombe 2007, p. 7-8.

sociaaleconomische rechten. Een voorbeeld hiervan is de zaak *CEC tegen Nederland* waarin het recht op sociale bijstand en opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers ter discussie stond en de vraag of er op de Nederlandse staat een verplichting rust hier in te voorzien.[122]

De frase 'and other things being equal' kan begrepen worden als een ultieme conditie voor het recht van x. Een recht dat x in een bepaalde situatie heeft, kan ophouden een recht te zijn als die situatie verandert. Diverse coronamaatregelen vormen een treffend voorbeeld van de betekenis van deze conditie. Na het afkondigen van de avondklok hadden wij op basis van de veranderde situatie – corona – niet meer het recht om 's avonds naar buiten te gaan. Een recht dat we daarvoor, als een afgeleid recht van het internationaal erkende recht op vrijheid van beweging,[123] wel hadden. Diverse mensenrechten verdragen bevatten een bepaling waarin is opgenomen dat de rechten van het betreffende verdrag beperkt kunnen worden in geval van een noodtoestand of in een oorlog.[124] In die gevallen is er dus sprake van een verandering van de situatie. Enkele rechten blijven zelfs bestaan in deze uitzonderijke situaties. Dit worden absolute rechten genoemd.[125]

Het recht van de een kan botsen met het recht van de ander. Op dat moment wordt belangrijk welke belangen iemand heeft bij een recht. Het gedeelte van de definitie van Raz 'an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason', kan geïnterpreteerd worden als de belangenafweging die in verschillende rechten is opgenomen. Niet-absolute rechten in mensenrechtenverdragen bevatten doorgaans een clausule waarin de belangen van de samenleving als geheel is verwoord. Iemand heeft alleen een recht, als dit afgewogen tegen de algemene belangen van de samenleving van groter belang is dan het belang van de samenleving bij het niet verlenen van het recht. Het recht op gezinsleven zoals onder andere opgenomen in artikel 8 EVRM is een goed voorbeeld van een niet-absoluut recht. In het eerste lid van deze bepaling is verwoord wat het recht inhoudt: 'Een ieder heeft het recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.'[126] In de tweede paragraaf wordt duidelijk dat het recht zich pas manifesteert in een bepaalde situatie waarin de belangen van persoon x bij dit recht worden afgewogen tegen de belangen van de samenleving:

> 'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en

122 ECSR 1 juli 2014, 90/2013 (*CEC/Nederland*); Zie naar aanleiding van deze uitspraak ook Donders 2014 over de reikwijdte van de verplichtingen onder sociaaleconomische rechten.
123 Zie bijv. artikel 13 UVRM en artikel 12 lid 1 IVBPR.
124 Zie bijv. artikel 4 lid 1 IVBPR en artikel 15 lid 1 EVRM. Deze bepalingen bevatten
125 Zie artikel 2, 3, 4 lid 1 en 7 van het EVRM en artikel 6, 7, 8 lid 1 en 2, 11 15, 16 en 18 IVBPR.
126 Artikel 8 lid 1 EVRM.

> strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'[127]

Als de belangen van de samenleving zwaarder wegen, wordt er geen schending van dit recht aangenomen als de staat niet zijn positieve of negatieve verplichtingen naleeft die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van dit recht. In andere woorden, het recht in abstracto is in een concrete situatie geen recht. Als de situatie gewijzigd is, kan de belangenafweging anders uitvallen en heeft persoon x misschien wel dit recht. De staat heeft een beoordelingsruimte in het kader van deze belangenafweging. Hoe groter de marges voor het maken van deze afweging, des te onzekerder wordt het of persoon x in een bepaalde concrete situatie een recht heeft.

Voor het onderzoek van de rechten in dit onderzoek wordt de staat genomen als 'de ander'. Het is dus de vraag welke rechten een migrant heeft jegens de staat. Alleen als uit het recht van de migrant een bijbehorende plicht voor de staat volgt, kan er daadwerkelijk gesproken worden van een recht van de migrant jegens de staat. In dit onderzoek wordt onderscheid gemaakt tussen vijf soorten rechten, die aan de hand van de corresponderende verplichting van de staat worden gedefinieerd. Alleen rechten waarbij een verplichting tot handelen door de staat hoort, worden in het kader van dit onderzoek als rechten meegenomen. Rechten waar alleen een negatieve verplichting tegenover staat, blijven buiten beschouwing.

Het eerste recht is een recht dat ontstaat als de plicht tot handelen door de autoriteiten uit een resultaatsverplichting bestaat, waarbij de staat het materialiseren van het recht van de migrant garandeert. Dit recht wordt aangeduid als een recht op resultaat (RR). Als de verplichting van de autoriteiten slechts uit een inspanningsverplichting bestaat om maatregelen te treffen die het inroepen van een bepaald recht tegenover de werkgever mogelijk maken en eventueel faciliteren, maar waarbij de staat niet de verwezenlijking van het recht garandeert, wordt dit een recht op een inspanningsverplichting genoemd (RI). Een recht kan verder van het vervullen van bepaalde vastgestelde voorwaarden afhangen. Als de staat geen discretie heeft om, als de voorwaarden vervuld zijn, het recht toe te kennen, is er sprake van een voorwaardelijk recht (VR). Heeft de staat discretie om ondanks het vervullen van de voorwaarden toch het recht niet toe te kennen, dan wordt dit aangeduid als een voorwaardelijk discretionair recht (VDR), of als er geen duidelijke voorwaarden worden gesteld maar wel een beoordelingsmarge is, een discretionair recht (DR).

Deze indeling in verschillende soorten rechten wordt in hoofdstuk 6 gebruikt voor een vergelijkende analyse van de rechten die een migrant heeft. In de hoofdstukken 2 tot en met 5 wordt het begrip recht gebruikt zonder te specificeren om wat voor soort recht het gaat.

---

127 Artikel 8 lid 2 EVRM.

1.6.2 Behoeften aan bescherming

Het meeste onderzoek naar arbeidsuitbuiting bestaat uit literatuurstudies, studies naar wet- en regelgeving en naar jurisprudentie.[128] Een groeiend aantal onderzoeken heeft echter ook een empirische inslag, waarbij op basis van interviews met getroffen migranten en/of organisaties die in aanraking komen met slachtoffers, het perspectief van de migrant in kaart wordt gebracht.[129] Op basis van deze onderzoeken kan een beeld worden gevormd van de factoren die volgens migranten zelf bijdragen aan hun kwetsbaarheid voor arbeidsuitbuiting en van de behoeften van slachtoffers van arbeidsuitbuiting. Hierbij moet opgemerkt worden dat *het slachtoffer* en *de behoefte* niet bestaan.[130] Er bestaat een grote variëteit in de omstandigheden, de persoon van het slachtoffer en de soort en mate van (arbeids)uitbuiting.

In een onderzoek van FRA worden op basis van interviews verschillende factoren gedetecteerd die volgens de slachtoffers hebben bijgedragen aan hun kwetsbaarheid voor uitbuiting.[131] Bovenaan staat een onzekere verblijfsstatus. Dit kan onrechtmatig verblijf zijn, maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om tijdelijk verblijf, of verblijf dat afhangt van het hebben van werk of van een bepaalde werkgever. De tweede meest genoemde factor die bijdraagt aan kwetsbaarheid voor arbeidsuitbuiting is economische noodzaak, hetzij in het land van herkomst, hetzij in het gastland. Verder wordt gebrek aan kennis van de lokale taal, wetten en (migratie)regels genoemd.

Uit onderzoek komt naar voren dat de behoeften van slachtoffers van arbeidsuitbuiting zeer divers zijn. Deze variëren van rust, veiligheid, onderdak, basisvoorzieningen, medische en psychologische bijstand tot een verblijfsrecht, compensatie en nabetaling van achterstallig loon.[132] Compensatie en nabetaling van achterstallig loon worden in meerdere onderzoeken genoemd als belangrijke behoeften.[133]

Op grond van deze inventarisatie van behoeften van slachtoffers van arbeidsuitbuiting en factoren die bijdragen aan kwetsbaarheid zijn in het kader van dit onderzoek drie factoren en drie behoeften geselecteerd. De factoren spelen een rol bij de vraag op welke manier de staat de positie van de migrant tegenover de werkgever kan versterken om uitbuiting te voorkomen. In dit kader wordt gekeken naar het recht op verblijf, het recht op werk en het recht op een vorm van sociale bijstand. Onder sociale bijstand wordt in dit verband verstaan voorzieningen in geld of in natura (zoals voedsel, onderdak en kleding) die een bestaansminimum garanderen. De drie behoeften die zijn

128 Weitzer 2015, p. 224.
129 Zie bijv. Van der Hoeven & Van Meeteren 2020; Wagner & Berntsen 2016; FRA 2015 en FRA 2019; Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013; Murphy, Doyle & Murphy 2020.
130 Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013, p. 24.
131 FRA 2019, p. 67-76.
132 Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013, p. 75-76.
133 Doyle, Murphy & Doyle 2020, p. 347; FRA 2019, p. 77.

geselecteerd zijn een recht op compensatie (of uitbetaling van salaris), een verblijfsrecht en ook weer een recht op sociale bijstand. Deze behoeften spelen een rol bij de vraag op welke wijze de staat een migrant kan beschermen die zich in een situatie van arbeidsuitbuiting bevindt.

1.7 TOETSINGSKADER EN DEELVRAGEN

In paragraaf 1.4 is besproken dat er verschillende rechtsgebieden zijn van waaruit arbeidsuitbuiting van migranten kan worden benaderd, te weten het strafrecht, het mensenrechteninstrumentarium, het arbeidsrecht en het migratierecht. In paragraaf 1.5 is de relatie tussen de werkgever, de migrant en de staat als een driehoeksrelatie geschetst. In deze driehoeksverhouding vindt de uitbuiting plaats in de relatie tussen de werkgever en de migrant. De staat heeft hier invloed op door a) het stellen van normen die migranten rechten geven tegenover de werkgever, die bedoeld zijn om de migrant te beschermen tegen arbeidsuitbuiting; b) de migrant migratierechten te verlenen of te onthouden die zijn positie ten opzichte van de werkgever kunnen versterken of verzwakken, en door c) de bescherming die de staat de migrant biedt in het geval de werkgever de normen heeft geschonden. In paragraaf 1.6 is het perspectief van de migrant als uitganspunt genomen en is als de centrale vraag van dit onderzoek geformuleerd: Welke rechten op bescherming door de staat van zijn verblijf heeft een migrant tegen arbeidsuitbuiting door zijn werkgever, in de EU en in Nederland in het bijzonder?

In deze paragraaf zal een toetsingskader voor de beantwoording van de centrale vraag worden geschetst aan de hand van enkele deelvragen. Eerst volgt echter nog een toelichting op de wijze waarop in dit onderzoek de besproken rechtsgebieden zijn verwerkt.

1.7.1 Afbakening rechtsgebieden

Tot nu toe is steeds gesproken over vier verschillende rechtsgebieden waarin regels zijn opgenomen die van belang zijn bij de aanpak van arbeidsuitbuiting: het strafrecht, het mensenrechteninstrumentarium, het arbeidsrecht en het migratierecht. Bij de uitvoering van het onderzoek is echter het arbeidsrecht als afzonderlijk rechtsgebied niet meegenomen. Zoals kort aangestipt in paragraaf 1.4.3 kent het arbeidsrecht tal van instrumenten die (mede) de aanpak van arbeidsuitbuiting tot doel hebben, of hiervoor kunnen worden ingezet, zowel op nationaal als op Europees en internationaal niveau. Op internationaal gebied zijn met name de ILO-conventies van belang. Toch is het arbeidsrecht om verschillende redenen niet als apart rechtsgebied in dit onderzoek betrokken. Op de eerste plaats zijn de in paragraaf 1.4.3 genoemde fundamentele internationale arbeidsrechtelijke normen zo fundamenteel dat ze tot de mensen-

rechten behoren.[134] De afbakening tussen mensenrechten en arbeidsrecht is geen harde scheidslijn. Deze normen, zoals een verbod op gedwongen arbeid en een recht op gelijke behandeling in werk en beroep, zijn meegenomen onder de mensenrechtelijke benadering. Ook arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, die via het strafrecht wordt geadresseerd, is gerelateerd aan arbeidsnormen zoals het verbod van gedwongen arbeid en dienstverlening. Op de tweede plaats is er een overlap tussen de regeling van vrij verkeer in de Europese Unie[135] en Europees arbeidsrecht. Regels met betrekking tot de toegang tot de arbeidsmarkt en de arbeidsrechten van Unieburgers die in een andere lidstaat dan hun eigen wonen en werken, zijn terug te vinden in het vrij verkeer van Unieburgers. Ook bevat het migratierecht voor derdelanders zowel op EU- als op nationaal niveau normen voor het tewerkstellen en de behandeling van werkzame derdelanders. Arbeidsnormen die gelden voor migranten zijn dus terug te vinden in het migratierecht. Het arbeidsrecht is ontegenzeggelijk veel breder dan de hier genoemde arbeidsnormen die in de andere rechtsgebieden zijn opgenomen. Dit is ook een reden waarom het arbeidsrecht niet als apart rechtsgebied in dit onderzoek is betrokken. Een volledige analyse van de vaak in vergaande mate gedifferentieerde rechten die uit het arbeidsrecht gedestilleerd kunnen worden, gaat de omvang van dit onderzoek te buiten. Tenslotte is het arbeidsrecht buiten beschouwing gelaten omdat, hoewel de staat verantwoordelijk is voor handhaving van arbeidswetten en op deze wijze ook migranten kan beschermen tegen arbeidsuitbuiting, de migrant in een situatie dat arbeidsnormen zijn geschonden, zelf verantwoordelijk is om via de rechter zijn werkgever hier op aan te spreken, terwijl dit onderzoek gericht is op de rechten die een migrant jegens de staat heeft.

Dat betekent dat in dit onderzoek het strafrecht, het mensenrechteninstrumentarium en het migratierecht zijn betrokken waarbij gekeken is naar de arbeidsnormen die in deze rechtsgebieden zijn opgenomen. Het migratierecht maakt zoals in paragraaf 1.3.1 kort is aangegeven, onderscheid naar de nationaliteit van migranten: voor Unieburgers geldt het vrij verkeer van personen, diensten en vestiging (samengenomen als het vrij verkeer voor Unieburgers)[136] terwijl voor derdelanders aparte migratierechtelijke richtlijnen zijn vastgesteld. Gezien de grote verschillen in de rechtpositie van migranten op basis van deze twee vormen van migratie is ervoor gekozen, om de migratierechtelijke benadering op te knippen in deze twee rechtsgebieden. Dat betekent dat is gekeken naar de bescherming tegen arbeidsuitbuiting van migranten

134 Zie ook Ebert & Oelz 2012.

135 Onder het vrij verkeer in de Europese Unie vallen het vrij verkeer van werknemers, vestiging, diensten, goederen en kapitaal. Voor dit onderzoek gaat het om de verplaatsing van migranten. Dat betekent dat het vrij verkeer van werknemers, vestiging en diensten relevant is en de andere twee vrijheden niet.

136 Het vrij verkeer van personen voor Unieburgers kan in bepaalde situaties ook van toepassing zijn op derdelanders. Dit wordt in hoofdstuk 4 verder toegelicht.

in het strafrecht, mensenrechteninstrumentarium, vrij verkeer voor Unieburgers en migratierecht voor derdelanders.

1.7.2 Deelvragen 1 en 2: normen voor de behandeling in een arbeidsrelatie

De eerste manier van invloed van de staat op de migrant in zijn relatie met de werkgever, is het stellen van arbeidsnormen die migranten rechten geven tegenover de werkgever, die bedoeld zijn om de migrant te beschermen tegen arbeidsuitbuiting. In paragraaf 1.3.3 is arbeidsuitbuiting gedefinieerd als een situatie waarin er sprake is van een naar lokale maatstaven slechte behandeling in absolute of relatieve zin (ongelijke behandeling). Er kan daarbij sprake zijn van een vorm van dwang, maar dit is geen noodzakelijke voorwaarde. De arbeidsnormen die in de in dit onderzoek betrokken rechtsgebieden zijn opgenomen verschillen in de reikwijdte van de bescherming die zij bieden ten aanzien van de ernst van de misstanden en het gebruik van dwang. Voor de beantwoording van de centrale vraag is het nodig om in kaart te brengen welke arbeidsnormen in de relatie tussen werkgever en migrant in de onderscheiden rechtsgebieden worden beschermd en of de uitoefening van dwang een voorwaarde is voor bescherming van deze normen. Dit leidt tot de formulering van onderstaande deelvragen:

1. *Welke arbeidsnormen zijn van toepassing op de behandeling van een migrant in een arbeidsrelatie en op grond van welke criteria wordt vastgesteld of er sprake is van een schending van deze normen?*

De tweede vraag ziet op het gebruik van dwangmiddelen:

2. *Is het gebruik van dwangmiddelen door de werkgever een noodzakelijk element voor de vaststelling dat de arbeidsnormen zijn geschonden en* zo ja, *welke criteria worden gebruikt om het element van dwang in te vullen en welke rol speelt hierbij het gegeven dat het gaat om arbeidsuitbuiting van een migrant?*

Deze deelvragen worden beantwoord vanuit de vier verschillende benaderingen van arbeidsuitbuiting die in dit onderzoek zijn betrokken (de mensenrechtelijke – en de strafrechtelijke benadering, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders). Voor de beantwoording van deze vragen wordt gekeken naar de arbeidsnormen die in de verschillende juridische kaders zijn opgenomen en naar de beschikbare jurisprudentie die een invulling geeft aan deze normen. De wijze waarop en de mate waarin de arbeidsnormen zijn uitgewerkt in de juridische kaders en de hoeveelheid beschikbare jurisprudentie variëren sterk per rechtsgebied.

1.7.3 Deelvragen 3, 4 en 5: recht op verblijf, werk en bijstand

De tweede genoemde mogelijkheid voor het uitoefenen van invloed door de staat op de relatie tussen de migrant en de werkgever is het verlenen, onthouden of intrekken van rechten op verblijf, werk en bijstand aan de migrant die zijn positie ten opzichte van de werkgever kunnen versterken of verzwakken. Het gaat hier om het recht op toegang tot en verblijf in de EU, dan wel Nederland, het recht om te werken en het recht op een vorm van sociale bijstand. Hier zijn drie deelvragen uit af te leiden.

3. *Heeft een migrant het recht op toegang en verblijf en zo ja onder welke voorwaarden?*
4. *Heeft een migrant het recht om te werken en zo ja onder welke voorwaarden?*
5. *Heeft een migrant een recht op een vorm van sociale bijstand en zo ja onder welke voorwaarden?*

Bij deze deelvragen gaat het niet om recht op bescherming in een situatie waarin sprake is van arbeidsuitbuiting. Deze rechten vallen onder de deelvragen die hieronder in paragraaf 1.7.4 worden besproken. Dat betekent dat voor de beantwoording van deze deelvragen het strafrecht niet relevant is, nu toepassing van het strafrecht pas wordt geactiveerd als er normen zijn overtreden. Deze drie vragen worden dus beantwoord vanuit het mensenrechtelijk kader, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders.

1.7.4 Deelvragen 6, 7 en 8: recht op bescherming bij schending van de normen in een arbeidsrelatie

De derde manier van invloed die een staat heeft op de positie van de migrant is door het bieden van bescherming in het geval de werkgever de normen die in deelvraag 1 en 2 zijn opgenomen, heeft geschonden. In paragraaf 1.6.1 is geïnventariseerd welke behoeften slachtoffers van arbeidsuitbuiting hebben. Uit de diverse behoeften zijn die geselecteerd, die in het in paragraaf 1.6.1 genoemde onderzoek als meest belangrijk zijn aangemerkt. Deze zijn het recht op compensatie (uitbetaling van loon), verblijfsrecht en recht op bijstand in de vorm van basisvoorzieningen. De drie deelvragen met betrekking tot de rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting luiden:

6. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting een recht jegens de staat op compensatie en zo ja, hoe wordt de hoogte van de compensatie vastgesteld?*

In beginsel zal het recht op compensatie van een migrant een recht jegens de werkgever zijn. Dit onderzoek richt zich echter op rechten jegens de staat. Bij de beantwoording van deze vraag gaat het dan ook om een recht op maatregelen die de verwezenlijking van het recht op compensatie faciliteren of mogelijk zelfs garanderen door de staat. Als de maatregelen ertoe leiden dat de staat de compensatie garandeert, bijvoorbeeld door deze zelf uit te betalen ingeval de werkgever dit niet doet, wordt dit beschouwd als een resultaatsverplichting van de staat met een corresponderend recht op resultaat van de migrant. Als de maatregelen die de staat treft, beperkt blijven tot het instellen van een mechanisme om compensatie te kunnen claimen, eventueel met faciliteiten als gratis rechtsbijstand, wordt dit als een inspanningsverplichting beschouwd.

7. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting een recht op verblijf en zo ja, onder welke voorwaarden en voor welke duur?*
8. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting recht op een vorm van bijstand en zo ja, onder welke voorwaarden en voor welke duur?*

De deelvragen 6, 7 en 8 zullen weer voor alle vier de benaderingen afzonderlijk worden beantwoord.

1.8 Methode en verantwoording

In deze paragraaf worden nog enkele keuzes gemotiveerd die in dit onderzoek gemaakt zijn. Achtereenvolgens komt de focus op migranten en de territoriale afbakening aan bod, wordt dit onderzoek geplaatst in het brede kader van het onderzoek naar arbeidsuitbuiting en volgt een korte toelichting op de gebruikte methodologie.

1.8.1 Focus op migranten

Dit onderzoek is gericht op de bescherming van migranten tegen arbeidsuitbuiting. Voor deze afbakening zijn diverse redenen. Ten eerste vormen migranten als het gaat om uitbuiting een kwetsbare groep. Dit geldt in sterke mate voor migranten die niet-rechtmatig in een staat verblijven, maar ook voor migranten van wie het verblijfsrecht afhangt van het hebben van betaald werk, of migranten die door een taal en/of kennisachterstand minder goed op de hoogte zijn van hun rechten.[137] Ook in Nederland is al vaker geconcludeerd dat als het gaat om arbeidsuitbuiting met name migranten een bijzonder kwetsbare groep

137 Zie bijv. ILO 2014, FRA 2015 en FRA 2019, Gallagher 2010.

vormen.[138] De 'Tijdelijke commissie Lessen uit recente arbeidsmigratie' stelde al in 2011 dat 'Nederland niet in staat is geweest de toestroom van arbeidsmigranten uit Midden- en Oost- Europa in goede banen te leiden'.[139] De Commissie zegt te zijn 'geschrokken van de aard en omvang van uitbuitingssituaties'.[140] Daarnaast laten beschikbare data zien dat het bij arbeidsuitbuiting in relatief veel gevallen gaat om migranten.[141]

Ten tweede beïnvloedt het migratierecht de positie van een migrant als werknemer. In het arbeidsrecht wordt de werknemer beschermd als zwakkere partij in de verhouding tussen werknemer en werkgever. Het migratierecht kan de positie van de arbeidsmigrant ten opzichte van de werkgever juist verzwakken.[142] Anderzijds kan het migratierecht ook de positie van lokale werknemers beïnvloeden. Met name in het kader van het vrij verkeer van werknemers, vestiging en diensten binnen de EU speelt de discussie of het aanbod van arbeidsmigranten een neerwaartse druk op arbeidsvoorwaarden en beloning uitoefent,[143] of dat er sprake is van oneerlijke concurrentie tussen lokale werknemers en EU arbeidsmigranten.[144] Deze discussie kleurt de wijze waarop in de samenleving naar arbeidsmigratie wordt gekeken en kan de bescherming van arbeidsmigranten via migratiewetgeving negatief beïnvloeden. Deze wisselwerking tussen migratie en arbeidsuitbuiting geeft een extra dimensie aan het vraagstuk van de bescherming tegen arbeidsuitbuiting.

1.8.2 Territoriale afbakening

In dit onderzoek is gekozen voor een analyse van instrumenten die kunnen worden ingezet voor de aanpak van arbeidsuitbuiting op het niveau van de EU en Nederland in het bijzonder. Voor deze territoriale afbakening is gekozen, omdat de regels ten aanzien van migratie, zowel van Unieburgers binnen de EU als van derdelanders naar de EU, in grote mate geharmoniseerd zijn. Migratierecht is voor een belangrijk deel Unierecht geworden.[145] Ook het mensenrechteninstrumentarium bestaat uit supranationale regels op internationaal en regionaal niveau, zoals het Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: Grondrechten Handvest)[146] en de instrumenten die in het kader van de Raad van Europa zijn vastgesteld, zoals het EVRM. De rechten van migranten

138 Roemer 2020a, p. 3; NRM 2021, p. 47.
139 *Kamerstukken II* 2011/12, 32680, nr. 4, p. 7.
140 *Kamerstukken II* 2011/12, 32680, nr. 4, p. 15.
141 Zie bijv. NRM 2021a, p. 3; Postma en Van Wijk 2012, p. 332-333; zie ook de analyse van de strafrechtspraak in hoofdstuk 3.
142 Costello 2014.
143 CP/SCP 2018.
144 Zie bijv. Houwerzijl 2014.
145 Groenendijk & Van Riel 2017.
146 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (*PbEU* 2012, C 326/391).

zijn dus voor een deel gelijk binnen de EU. Bij de bespreking van deze rechtsgebieden wordt slechts kort ingegaan op de situatie in Nederland. Voor de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting is de regelgeving in de lidstaten van de EU ook grotendeels gebaseerd op het internationaal juridisch kader en is via de EU-richtlijn mensenhandel de wetgeving binnen de EU grotendeels geharmoniseerd. Dit is echter het enige rechtsgebied waar ook een uitgebreide nationale jurisprudentie bestaat, die veel meer inzicht geeft in de manier waarop de wetgeving wordt uitgelegd. Daarom is voor de strafrechtelijke aanpak gekozen voor een bespreking op nationaal (Nederlands) niveau.

1.8.3 Relatie tot ander onderzoek

Naar mensenhandel en arbeidsuitbuiting als bijzondere vorm hiervan is veel onderzoek gedaan. Dit betreft onder andere juridische studies naar de internationale, regionale en nationale instrumenten die relevant zijn voor de betekenis en duiding van het begrip mensenhandel,[147] onderzoek naar de mensenrechtelijke aanpak van mensenhandel,[148] studies naar arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel,[149] studies die zich richten op het slachtofferperspectief,[150] onderzoek naar de arbeidsmarktpositie – en rechten van migranten[151] en kritisch onderzoek naar de literatuur en dataverzameling op het gebied van mensenhandel en arbeidsuitbuiting.[152] Met dit onderzoek wil ik aan de bestaande literatuur op dit onderwerp iets toevoegen door een nieuwe combinatie van een aantal aspecten.

Op de eerste plaats is uitsluitend gekeken naar de arbeidsuitbuiting van migranten. Door deze afbakening komt de dynamiek tussen migratieregulering en bestrijding van arbeidsuitbuiting duidelijk naar voren. Op de tweede plaats is het begrip arbeidsuitbuiting heel breed gedefinieerd. Deze definitie wijkt af van de meer gangbare indeling in enerzijds de strafrechtelijke vorm van arbeidsuitbuiting en anderzijds overige vormen van misstanden. In dit onderzoek staat niet de afbakening van een bepaald concept centraal, maar vormt de feitelijke situatie die voldoet aan de brede definitie van arbeidsuitbuiting het uitgangspunt. Ten slotte worden de rechten die een migrant ten opzichte van de staat heeft, uitdrukkelijk geanalyseerd in de context van de driehoeksverhouding tussen migrant, werkgever en de staat en wordt een vergelijking

147 Zie bijv. Gallagher 2010, Scarpa 2008, Esser 2019.
148 Zie bijv. Obokata 2006, Rijken & De Volder 2009.
149 Zie bijv. Rijken 2011, Lestrade 2018.
150 Zie bijv. Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013; Cleiren, Van der Leun & Van Meeteren 2015; Tielbaard, Van Meeteren & Commandeur 2016.
151 Zie bijv. Costello 2014; Rijken & De Lange 2018.
152 Zie voor een kritische reflectie op onderzoek naar arbeidsuitbuiting en mensenhandel en de empirische onderbouwing van veronderstellingen waarop de aandacht voor deze fenomenen is gestoeld:Weitzer 2015.

gemaakt tussen de rechten die aan het strafrecht, het mensenrechteninstrumentarium, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders kunnen worden ontleend.

1.8.4 Gebruikte methodiek

Dit onderzoek is voornamelijk een analyse van het recht. Centraal staat het toepasselijk recht en hoe de regels worden uitgelegd door de bevoegde rechtsprekende instanties. De rechtsregels die worden geanalyseerd zijn voor een belangrijk deel neergelegd in internationale en regionale instrumenten. Omdat de focus van dit onderzoek ligt op de rechten van migranten in de EU gaat het met name om instrumenten die zijn ontwikkeld op Europees niveau door de Raad van Europa of de Europese Unie. De jurisprudentie die wordt gebruikt, is vooral afkomstig van de instanties die toezicht houden op de naleving van deze instrumenten, het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU), het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Europees Sociaal Comité (ESC). Voor de analyse van de strafrechtelijke benadering ligt de focus op Nederland (zie paragraaf 1.8.2). Voor de nationale strafrechtelijke jurisprudentie is op rechtspraak.nl gezocht op het trefwoord *arbeidsuitbuiting*. Daarnaast is gebruik gemaakt van de jurisprudentieoverzichten van de Nationale Rapporteur Mensenhandel en van rechtspraak waar in de literatuur naar is verwezen. Een verdere verantwoording van de gehanteerde selectiemethode is opgenomen in het betreffende hoofdstuk in paragraaf 3.4.1.

Het onderzoek is gebaseerd op een analyse van de relevante wetgeving en beschikbare jurisprudentie. Een enkele keer wordt gebruik gemaakt van de wetshistorie om de context of betekenis van wetgeving beter te kunnen duiden. Beleidsdocumenten zijn niet meegenomen; dit gaat de omvang van het onderzoek te buiten.

Een ander belangrijk kenmerk van dit promotieonderzoek is, dat het is gebaseerd op artikelen. De vier artikelen die de bouwstenen van dit onderzoek vormen, zijn gepubliceerd in de periode juni 2015 tot november 2020. De artikelen zijn niet integraal opgenomen in dit onderzoek. Ten eerste zijn de inleidingen en de conclusies van de artikelen aangepast, omdat hierin een zekere mate van overlap zit met elkaar en met dit inleidend hoofdstuk. Ten tweede is de definiëring van begrippen voor zover deze overlapt met wat in dit hoofdstuk is opgenomen, weggelaten. De beschrijving van het juridisch kader in de artikelen over arbeidsuitbuiting in het strafrecht en in het mensenrechteninstrumentarium komt gedeeltelijk overeen. In het hoofdstukken over het strafrecht is daarom het juridisch kader ingekort. De keuze voor het meenemen van de bespreking van rechtsinstrumenten onder het mensenrechteninstrumentarium of het strafrecht is in beginsel gebaseerd op de formele

rechtsbasis van het betreffende instrument.[153] Op een enkel punt zijn de artikelen geactualiseerd, door bijvoorbeeld het opnemen van sinds de publicatie verschenen relevante bronnen of opvallende wijzigingen in het juridisch kader. Het eerst verschenen artikel over de aanpak van arbeidsuitbuiting op basis van het strafrechtelijk kader is grondiger bijgewerkt. Juist op dit terrein is er in de afgelopen zes jaar veel jurisprudentie verschenen en deze jurisprudentie is voor het begrip van de strafrechtelijke aanpak van groot belang. Dat betekent dat het jurisprudentieonderzoek is aangevuld met de jurisprudentie die is verschenen tot 1 januari 2021. Dit heeft geleid tot een diepgaander en uitgebreidere analyse.

Anderzijds zijn de artikelen ook niet volledig herschreven tot nieuwe hoofdstukken voor dit onderzoek. Dat betekent dat elk artikel een eigen vraagstelling heeft en een eigen conclusie gebaseerd op deze vraagstelling. Verder worden in de artikelen accenten gelegd – soms op verzoek van de redactie – die afwijken van de centrale vraagstelling. Het toetsingskader, zoals ontwikkeld in paragraaf 1.7, is in de hoofdstukken die op de artikelen gebaseerd zijn, niet systematisch toegepast. Het toetsingskader is gebruikt om in hoofdstuk 6 de bevindingen die volgen uit de hoofdstukken 2 tot en met 5 in een vergelijkend raamwerk te plaatsen. Op deze wijze wordt de samenhang tussen deze hoofdstukken toegelicht en versterkt.

1.9 LEESWIJZER

Na dit inleidende hoofdstuk volgt in de hoofdstukken 2 tot en met 5 een bespreking van de vier rechtsgebieden waarop dit onderzoek is gebaseerd. Zoals in paragraaf 1.8.4 is aangegeven, zijn deze hoofdstukken niet gebaseerd op de deelvragen die in paragraaf 1.7 zijn geformuleerd. De in de deelvragen genoemde aspecten komen er wel in aan bod. Zo bevat elk hoofdstuk een beschrijving van het juridisch kader waarin de relevante normen die het begrip arbeidsuitbuiting afbakenen, worden besproken (deelvraag 1 en 2); worden waar relevant de rechten op verblijf, werk en bijstand geanalyseerd (deelvragen 3, 4 en 5) en wordt stil gestaan bij de bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting (deelvragen 6, 7 en 8).

De chronologische volgorde waarin de artikelen zijn gepubliceerd is gedeeltelijk losgelaten. De meeste overlap zat in de juridische kaders van het strafrechtelijk perspectief en het mensenrechtelijk perspectief. In dit boek is ervoor

153 Een uitzondering hierop vormt de bespreking van Richtlijn 2004/81/EG onder het strafrecht. De juridische grondslag voor deze richtlijn is artikel 79 VWEU (oud: artikel 63 Verdrag tot oprichting van de EG) dat bevoegdheid verleent tot het treffen van maatregelen op het gebied van migratie. Deze richtlijn regelt het recht op een verblijfstitel in ruil voor samenwerking in het kader van het strafproces en is vanwege deze expliciete koppeling aan het strafproces meegenomen onder het strafrecht in plaats van onder het migratierecht.

gekozen om eerst het mensenrechtelijk perspectief te bespreken, omdat dit het breedste juridische kader omvat en hierin juridische instrumenten worden besproken die ook van belang zijn voor het strafrechtelijk perspectief. Als afsluiting van dit inleidende hoofdstuk volgt hieronder een kort overzicht van de opzet van dit boek.

In hoofdstuk 2 wordt de betekenis van het mensenrechtelijk kader voor de aanpak van arbeidsuitbuiting besproken. Het mensenrechtelijk kader bestaat uit een veelheid aan internationale en regionale mensenrechteninstrumenten en -normen. Deze zien enerzijds op diverse vormen van arbeidsuitbuiting en anderzijds op normen waar een arbeidsrelatie aan moet voldoen. Jurisprudentie die relevant is voor de betekenis die deze mensenrechtennormen hebben voor de aanpak van arbeidsuitbuiting, is nog betrekkelijk schaars. Het gaat hier met name om jurisprudentie van regionale toezichthoudende instanties. Dit hoofdstuk is gebaseerd op het artikel:

> 'Dwalen door een woud van regels. De uitgebuite arbeidsmigrant en zijn mensenrechten', *NJB* 2018/10, p. 668-676.

Hoofdstuk 3 gaat over de strafrechtelijke aanpak. In de strafrechtelijke aanpak is arbeidsuitbuiting een vorm van mensenhandel. De strafbepalingen die in Nederland worden gebruikt voor de aanpak van arbeidsuitbuiting zijn gebaseerd op internationale en Europese verdragen en richtlijnen. Zowel dit internationale kader, voor zover nog niet besproken onder hoofdstuk 2, als het nationale kader komen aan bod. Het strafrecht wordt toegepast op het nationale niveau. Daarom wordt in dit hoofdstuk alleen gekeken naar hoe in de Nederlandse jurisprudentie invulling wordt gegeven aan de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting. Dit hoofdstuk is gebaseerd op het artikel:

> 'Strafrechtelijke aanpak arbeidsuitbuiting migranten. Een stap in de goede richting?', *JNVR* 2015/2, p. 53-65.

De invloed van Uniewetgeving op het gebied van het vrij verkeer van personen, diensten en vestiging op uitbuiting van Unieburger/arbeidsmigranten is het onderwerp van hoofdstuk 4. De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord, is in hoeverre uitbuiting van EU-arbeidsmigranten (mede) een gevolg is van de Uniewetgeving op het terrein van vrij verkeer, en de wijze waarop deze door het Hof van Justitie wordt uitgelegd. Dit hoofdstuk is gebaseerd op het artikel:

> 'Loon naar werken voor de EU-arbeidsmigrant?' *NJB* 2016/37, p. 2744-2752.

In hoofdstuk 5 komt de invloed van de Uniewetgeving op het gebied van de migratie van derdelanders naar de EU op de uitbuiting van derdelander

arbeidsmigranten aan bod. Er is erg weinig relevante jurisprudentie op dit gebied. Dit hoofdstuk is een analyse van de EU-wetgeving inzake migratie van derdelanders. Dit artikel is gebaseerd op het artikel: 'Bescherming van derdelandmigranten tegen arbeidsuitbuiting in de EU', *ArA* 2020 (14) 3, p. 3-25.

Na deze vier hoofdstukken over de verschillende juridische kaders wordt in hoofdstuk 6 op basis van het toetsingskader geanalyseerd in hoeverre deze juridische instrumenten ook daadwerkelijk rechten op bescherming tegen arbeidsuitbuiting verlenen aan een migrant en wordt de bescherming op basis van de verschillende rechtsgebieden met elkaar vergeleken. In hoofdstuk 7 volgt een conclusie waarin een antwoord op de centrale vraag wordt gegeven.

2 Arbeidsuitbuiting en het mensenrechteninstrumentarium

2.1 INLEIDING[1]

In oktober 2016 veroordeelde het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (IAHRM) Brazilië wegens de uitbuiting van vijfentachtig werknemers – voor een belangrijk deel mannen afkomstig uit de verarmde groep van oorsprong Afrikanen – op een veeboerderij in noordoost Brazilië.[2] De werknemers werden gedwongen tot buitensporig lange werkdagen, onder zeer slechte omstandigheden en zonder uitbetaling van loon. Het Hof oordeelde dat er sprake was van slavernij en mensenhandel en hield Brazilië verantwoordelijk voor een schending van artikel 6 lid 1 van het Inter-Amerikaans Mensenrechtenverdrag (IAVRM).[3] Enkele maanden later, in maart 2017 werd Griekenland veroordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Chowdury en anderen tegen Griekenland*.[4] De zaak betrof werknemers uit Bangladesh die op een aardbeienplantage in Griekenland werkten. De werknemers hadden geen verblijfsvergunning en geen werkvergunning. Ze maakten lange dagen van twaalf uur onder supervisie van gewapende bewakers. De huisvesting van de werknemers was miserabel. Het beloofde salaris werd niet uitbetaald. Het Hof oordeelde dat er sprake was van een schending van artikel 4 lid 2 EVRM: de situatie van de werknemers was te classificeren als gedwongen arbeid en mensenhandel.[5] Deze zaken geven niet alleen meer inzicht in wanneer een situatie kan worden aangemerkt als arbeidsuitbuiting en mensenhandel, maar ook welke verplichtingen er in dat geval op de staat rusten.

Arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel wordt algemeen gezien als een grove mensenrechtenschending.[6] Bij arbeidsuitbuiting staan de fundamentele beginselen vrijheid, gelijkheid en menselijke waardigheid onder druk.

---

1 Dit hoofdstuk is gebaseerd op: G.G. Lodder, 'Dwalen door een woud van regels. De uitgebuite arbeidsmigrant en zijn mensenrechten', *NJB* 2018/10, p. 668-676.

2 IAHRM 20 oktober 2016 (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde/Brazilië*).

3 IAHRM 20 oktober 2016 (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde/Brazilië*), r.o. 343.

4 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*).

5 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 101.

6 Zie bijv. Obokata 2006, p. 3; Rijken & De Volder 2009, p. 49-79; Gallagher 2008, p. 397-430; Zie ook het Europees Mensenhandelverdrag, dat in de preambule benadrukt dat mensenhandel een mensenrechtenschending is die vraagt om een aanpak waarbij de mensenrechten van de slachtoffers centraal staan.

Om recht te doen aan het slachtoffer is een puur strafrechtelijke benadering onvoldoende.[7] Bij een strafrechtelijke aanpak ligt de focus op vervolging en bestraffing van de daders. Een mensenrechtelijk benadering daarentegen stelt het slachtoffer centraal. Staten hebben in een mensenrechtelijke benadering niet alleen de verplichting tot bestraffing en vervolging, maar ook verplichtingen die zien op de bescherming van het slachtoffer en preventie.[8]

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of en zo ja, hoe een mensenrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting kan bijdragen aan een verbetering van de positie van migranten. Hierbij staat het perspectief van de individuele arbeidsmigrant centraal en wordt bekeken welke mensenrechtelijke normen op zijn situatie van toepassing zijn en welke verplichtingen hieruit volgen voor de staat. Hierbij wordt zowel gekeken naar normen die een migrant kunnen beschermen die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting, als naar normen die kunnen voorkomen dat een migrant slachtoffer van arbeidsuitbuiting wordt. Paragraaf 2.2 geeft een overzicht van de mensenrechtelijke normen die relevant zijn voor arbeidsuitbuiting van migranten. Bij arbeidsuitbuiting zal het vaak gaan om uitbuiting door private partijen en niet door de staat zelf. Het internationale mensenrechtelijk instrumentarium is geadresseerd aan staten en heeft in beginsel geen horizontale werking tussen burgers. Toch hebben staten wel verplichtingen om mensenrechtenschendingen te voorkomen en te bestraffen en slachtoffers te beschermen.[9] De verplichtingen die zijn af te leiden uit verdragsteksten, aanbevelingen en rapportages van toezichthoudende comités en jurisprudentie van mensenrechtenhoven komen in paragraaf 2.3 aan bod. In paragraaf 2.4 wordt kort een beeld geschetst van de wijze waarop Nederland invulling geeft aan zijn verplichtingen op grond van het mensenrechteninstrumentarium.

2.2 Het mensenrechtelijk kader

De Universele Verklaring voor de rechten van de Mens (UVRM)[10] ziet op alle mensenrechten, maar is juridisch niet bindend. De UVRM is uitgewerkt in twee bindende instrumenten van de Verenigde Naties die zijn onderverdeeld in enerzijds burger- en politieke rechten,[11] en anderzijds economische, sociale

7 Zie bijv. Obokata 2006, Rijken & De Volder 2009, Gallagher 2008. Zie ook de preambule bij het Europees Mensenhandelverdrag.
8 Obokata 2006, p. 121-127; OHCHR 2014, p. 7-8.
9 Zie specifiek ten aanzien van artikel 4 EVRM bijvoorbeeld de zaak *Siliadin*: EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 89. Zie ook Lawson 2005.
10 Universal Declaration of Human Rights, United Nations 1948.
11 International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations 1966 (Internationaal Verdrag inzake Burger en Politieke Rechten (IVBPR).

en culturele rechten.[12] Ook op regionaal niveau is dit onderscheid doorgevoerd.[13] Daarnaast zijn er categoriale verdragen die zien op een bepaalde groep, bijvoorbeeld vrouwen, kinderen, migranten, of een specifieke mensenrechtenschending zoals discriminatie. In dit mensenrechtelijk kader worden twee groepen van mensenrechten besproken. De eerste categorie ziet op vormen van arbeidsuitbuiting die als een verboden gedraging in het mensenrechteninstrumentarium zijn opgenomen. Het gaat hierbij om een verbod op slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel. Deze vormen van arbeidsuitbuiting komen aan bod in de paragrafen 2.2.1 tot en met 2.2.4. De tweede groep van rechten zijn sociale en economische mensenrechten die recht geven op een bepaalde behandeling in een arbeidsrelatie of die de positie van een migrant kunnen versterken waardoor hij minder kwetsbaar is voor arbeidsuitbuiting. Deze komen in paragraaf 2.2.5 aan bod.

2.2.1 Slavernij en slavernijachtige praktijken

Slavernij heeft eeuwenlang in diverse vormen in diverse samenlevingen bestaan.[14] Een wereldwijd internationaal verbod op slavernij en slavenhandel kwam tot stand met de aanname van het Verdrag inzake slavernij van 1926.[15] Het Slavernijverdrag definieert slavernij in artikel 1 lid 1 als: 'slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised'.[16] Op grond van artikel 6 zijn staten verplicht slavernij strafbaar te stellen. Het verbod op slavernij en slavenhandel is in veel internationale en regionale algemene mensenrechteninstrumenten terug te vinden.[17]

De term slavernij wordt de laatste decennia vaak gebruikt om hedendaagse vormen van arbeidsuitbuiting en met name mensenhandel aan te duiden.[18] Het is echter de vraag of deze hedendaagse vormen van arbeidsuitbuiting ook juridisch zijn te classificeren als slavernij.[19]

Het EHRM heeft in geen enkele zaak geconcludeerd dat er sprake was van slavernij. In 2005 oordeelde het EHRM in de zaak *Siliadin tegen Frankrijk* dat

12 International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations 1966 (Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR).
13 Zie voor Europa het EHRM en het Europees Sociaal Handvest.
14 Gallagher 2008, p. 4; Van Sasse van Ysselt 2009, p. 1694-1701.
15 Slavery Convention (Genéve, 25 september 1926).
16 Dit verdrag is bij gelegenheid van de oprichting van de VN aangepast bij Protocol van 7 december 1953.
17 Zie bijv. artikel 4 UVRM, artikel 8 IVBPR, artikel 4 EVRM, artikel 5 Grondrechten Handvest, artikel 6 IAVRM en artikel 5 van het Afrikaans Handvest voor de Rechten van de Mens en Volkeren.
18 Zie bijv, Scarpa 2008, Koettl 2009, Weitzer 2015.
19 Zie bijv. Van Sasse van Ysselt 2013; Gallagher 2008; Scarpa 2008.

voor de definiëring van het begrip slavernij aansluiting gezocht moet worden bij de definitie uit het Slavernijverdrag.[20] Deze zaak gaat over een vijftienjarige Togolees meisje dat door familie van haar vader naar Frankrijk was gebracht en werd gedwongen zonder vergoeding lange dagen te werken als dienstmeid in de huishouding van de familie *B*. Zij verbleef onrechtmatig in Frankrijk. In deze zaak stelt het Hof dat het meisje *Siliadin* wel beroofd was van haar persoonlijke autonomie, maar dat de feiten van de zaak niet vielen onder slavernij, omdat er geen sprake was van een juridisch eigendomsrecht.[21] In de zaak *M en anderen tegen Italië en Bulgarije* was *M*. uitgehuwelijkt en klaagde dat zij was mishandeld en werd gedwongen arbeid te verrichten voor haar echtgenoot. Het EHRM stelde dat de betaling van een geldbedrag aan de vader voor het huwelijk van zijn dochter niet betekende dat eigendomsrechten werden overgedragen en dat er dus geen sprake was van slavernij.[22]

Het IAHRM geeft in de zaak van de werknemers van de *Hacienda Brasil Verde tegen Brazilië* echter wel een bredere uitleg aan het begrip slavernij.[23] Of het nu gaat om eigendom de jure of de facto, het Hof concludeert dat er in beide gevallen sprake kan zijn van slavernij.[24]

In het Aanvullend Verdrag inzake de afschaffing van de slavernij (hierna: Aanvullend Slavernijverdrag)[25] worden vier vormen van met slavernij vergelijkbare praktijken verboden. Dit zijn schuldbinding ('debt bondage'), lijfeigenschap ('serfdom'), gedwongen uithuwelijking, gedwongen overdracht of overerving van een vrouw en uitbuiting van kinderen. De overdracht van een kind door zijn ouders of voogd – al dan niet tegen een beloning – met als doel het kind zelf of zijn arbeid uit te buiten, wordt gezien als een met slavernij te vergelijken praktijk.[26] Van schuldbinding is sprake als iemand zich verbindt zijn eigen of andermans diensten over wie hij zeggenschap heeft ter beschikking te stellen ter vereffening van de schuld terwijl 'de op redelijke wijze vastgestelde waarde van die diensten niet wordt gerekend tot delging van de schuld of indien de duur van die diensten niet beperkt noch hun aard nauwkeurig omschreven zijn'.[27] Lijfeigenschap is de situatie dat een pachter op het land van een ander woont, werkt en diensten verricht voor die ander zonder iets aan die rechtstoestand te kunnen wijzigen.[28]

Mensenrechteninstrumenten zoals het IVBPR en het EVRM bevatten geen aparte bepaling die ziet op met slavernij vergelijkbare praktijken, maar in de

20 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*).
21 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 122.
22 EHRM 31 juli 2012, 40020/03 (*M. a.o/Italië en Bulgarije*), r.o. 161.
23 IAHRM 20 oktober 2016 (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde/Brasil*), r.o. 269-273.
24 IAHRM 20 oktober 2016 (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde/Brasil),* r.o. 272.
25 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (Genéve, 7 september 1956).
26 Artikel 1 sub d Aanvullend Slavernijverdrag.
27 Artikel 1 sub a Aanvullend Slavernijverdrag.
28 Artikel 1 sub b Aanvullend Slavernijverdrag.

uitleg die het EHRM aan artikel 4 EVRM geeft kan het Aanvullend Slavernijverdrag wel een rol spelen.[29]

2.2.2 Dienstbaarheid

Het begrip dienstbaarheid (*servitude*) wordt voor het eerst genoemd in de UVRM.[30] Het komt vervolgens in diverse mensenrechtenverdragen terug.[31] Het begrip kent echter in geen van deze instrumenten een eigen definitie. Het EHRM heeft in enkele zaken van migranten die werkten in de huishouding bij of via familie invulling gegeven aan dit begrip.[32] Het Hof plaatst dienstbaarheid als een aparte vorm van uitbuiting tussen slavernij en gedwongen arbeid. Dienstbaarheid is een bijzonder ernstige vorm van inperking van vrijheid, aldus het Hof.[33] De diensten worden onder dwang verricht en het begrip dienstbaarheid is gerelateerd aan slavernij, maar is hier ook van te onderscheiden omdat er geen sprake is van juridisch eigendomsrecht.[34] Naast de verplichting tot het verrichten van bepaalde diensten, geldt volgens het EHRM in geval van dienstbaarheid ook de verplichting te leven bij degene voor wie de diensten worden verricht en de onmogelijkheid iets te veranderen aan die situatie.[35] Deze invulling van het begrip dienstbaarheid lijkt sterk op de definitie van lijfeigenschap. In *C.N. en V. tegen Frankrijk* beschouwt het EHRM dienstbaarheid als een verzwaarde vorm van gedwongen arbeid.[36] Deze zaak betreft twee minderjarige zussen die in Burundi zijn geboren en na het overlijden van hun ouders door toedoen van een tante naar Frankrijk worden gehaald. De oudste van de twee, *C.N.*, blijft de hele dag thuis om huishoudelijk werk te doen en voor de kinderen van haar oom en tante te zorgen. Ze leeft in de veronderstelling dat ze onrechtmatig in Frankrijk verblijft. De jongste zus *V.* gaat wel naar school. Voor het oordeel of er sprake is van dienstbaarheid is belangrijk of betrokkene het gevoel heeft dat de situatie permanent is. De oudste zus *C.N.* verkeerde in de veronderstelling dat haar verblijfspositie afhankelijk was van haar verblijf bij haar tante en oom en had geen hoop dat haar situatie zou verbeteren.[37] In de zaak *Chowdury e.a. tegen Griekenland* bevestigt het EHRM dit criterium.[38] Nu het in deze zaak ging om seizoenwerk,

29 Zie bijvoorbeeld EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 125-126.
30 Zie artikel 4 UVRM.
31 Zie bijvoorbeeld artikel 8 IVBPR, artikel 4 EVRM of artikel 6 IAVRM.
32 Zie de zaken EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*), EHRM 13 november 2012, 4239/08 (C.N./*Verenigd Koninkrijk*).
33 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 123.
34 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 124.
35 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 123.
36 EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*).
37 EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*) r.o. 92.
38 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 99.

dat van nature tijdelijk is, kan er geen sprake zijn van een permanente situatie die vereist is om iemands positie als dienstbaarheid te classificeren, aldus het Hof.

C.N. tegen het Verenigd Koninkrijk betreft een jonge Ugandese vrouw die met behulp van een neef naar het Verenigd Koninkrijk komt en daar werkzaam is als inwonende verzorgster voor een bejaard Irakees echtpaar.[39] Er wordt wel salaris betaald, maar dit lijkt achtergehouden te worden door de neef. In het Verenigd Koninkrijk is op dat moment geen wetgeving die slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid strafbaar stelt. De autoriteiten onderzoeken de zaak als een mogelijke vorm van mensenhandel. In deze zaak benadrukt het EHRM dat een speciale vorm van dienstbaarheid die *domestic servitude* wordt genoemd, onderscheiden moet worden van mensenhandel. Dit onderscheid is van belang in verband met wat van een staat verwacht mag worden in het kader van de naleving van zijn verplichtingen op grond van artikel 4 EVRM.[40]

2.2.3 Gedwongen arbeid

Op verzoek van de Volkenbond heeft de ILO in 1930 een verdrag opgesteld waarin dwangarbeid werd verboden.[41] Artikel 2 lid 1 definieert gedwongen arbeid (dwangarbeid) als volgt: '[F]orced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily'. Het tweede lid noemt de uitzonderingen op het verbod op dwangarbeid. Artikel 25 verplicht tot het strafbaar stellen van dwangarbeid.

De definitie van dwangarbeid bestaat uit drie elementen: a) werk, b) onder bedreiging van straf en c) onvrijwillig aangeboden. In latere werkdocumenten van de ILO wordt een uitleg gegeven aan deze begrippen die de toepassing van het begrip dwangarbeid mogelijk maakt ten aanzien van hedendaagse vormen van gedwongen arbeid. Alle soorten werk of diensten, in alle sectoren, waaronder ook de informele vallen onder de definitie.[42] Ook het tweede element – onder bedreiging van een straf – wordt breed geïnterpreteerd.[43] Het ziet zowel op fysiek geweld als op psychologische druk of andere vormen van dwang zoals het innemen van identiteitsdocumenten of het verlies van rechten of privileges. Een persoon is een werkrelatie alleen vrijwillig aangegaan als dit op basis van vrije wil en volledige informatie is geschied en hij vrij is

39 EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./Verenigd Koninkrijk*).
40 EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./Verenigd Koninkrijk*), r.o. 80.
41 ILO C-29 – Forced Labour Convention, 1930. Zie Swepston 2014, p. 6-8. De massale inzet van dwangarbeiders in de Tweede Wereldoorlog en door communistische regimes heeft geleid tot een aanvullende Conventie die in 1957 is vastgesteld (C105 – Abolition of Forced Labour Convention, 1957).
42 ILC/ILO 2012, p. 111. Zie ook: ILO 2007.
43 ILC/ILO, p. 111. Zie ook: ILO 2007, p. 20.

om de werkrelatie te beëindigen.[44] De ILO heeft een lijst opgesteld met indicatoren voor het bestaan van arbeidsuitbuiting. Deze lijst bevat zowel indicatoren die zien op de vraag of er sprake is van uitbuiting zoals extreem lange werkdagen, zeer slechte arbeidsomstandigheden en geen of zeer laag salaris, als indicatoren die een aanwijzing kunnen zijn voor het gebruik van dwang of misbruik van een kwetsbare positie bij de rekrutering of de uitvoering van het werk.[45]

Het verbod op gedwongen arbeid heeft een verdere doorwerking gehad door opname in diverse internationale mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM.[46] Het EHRM heeft in de zaak *Van der Mussele tegen België*[47] – die ging over de klacht van een advocaat-stagiair die verplicht was een bepaald aantal zaken pro deo te doen – bepaald dat er sprake moet zijn van een disproportionele belasting om te kunnen spreken van gedwongen arbeid in de zin van artikel 4 EVRM. Het EHRM heeft ook enkele klachten met betrekking tot gedwongen arbeid van migranten onderzocht. In de zaak *C.N. en V. tegen Frankrijk* bouwt het EHRM voort op haar oordeel in de zaak *Van der Mussele tegen België*. Het Hof stelt dat:

> '[N]ot all work exacted from an individual under threat of a "penalty" is necessarily "forced or compulsory labour" prohibited by this provision. Factors that must be taken into account include the type and amount of work involved. These factors help distinguish between "forced labour" and a helping hand which can reasonably be expected of other family members or people sharing accommodation'.[48]

Het EHRM gaan er dus van uit dat het verbod op gedwongen arbeid, een minimumniveau vereist om te kwalificeren als gedwongen arbeid. Ook in de zaak van *Chowdury en anderen* noemt het Hof het criterium dat er sprake moet zijn van een disproportionele belasting om te kunnen spreken van gedwongen arbeid. Het EHRM benoemt verschillende omstandigheden die uiteindelijk tot het oordeel leiden dat er sprake is van gedwongen arbeid. Het Hof benadrukt dat de werknemers geen rechtmatig verblijf hadden, waardoor ze het risico liepen gearresteerd en uitgezet of gedetineerd te worden.[49] De werknemers moesten werken onder buitensporig zware omstandigheden en hadden zes maanden geen salaris uitbetaald gekregen.[50]

Ook als een arbeidsrelatie initieel vrijwillig is aangegaan kan dit later veranderen. In het geval van *Chowdury en anderen* werd dit veroorzaakt door de weigering het beloofde salaris uit te betalen, waardoor de werknemers zich

---

44 ILO 2007, p. 20-21.
45 ILO 2012.
46 Zie bijvoorbeeld artikel 8 IVBPR, artikel 4 lid 2 EVRM en artikel 6 IAVRM.
47 EHRM 23 november 1983, 8919/80 (*Van der Mussele/België*), r.o. 39.
48 EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*), r.o. 74.
49 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 95.
50 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 96.

gedwongen zagen te blijven werken.[51] De invulling die het EHRM geeft aan het begrip 'vrijwilligheid' in de zaak *Chowdury en anderen* sluit aan bij de invulling die de ILO hier eerder aan heeft gegeven. In geval van machtsmisbruik of misbruik maken van de kwetsbaarheid van de werknemer is er geen sprake van een vrijwillig aangegane arbeidsrelatie.[52]

2.2.4 Mensenhandel

Met de inwerkingtreding van het Palermo Protocol is arbeidsuitbuiting geplaatst in de context van mensenhandel. Dit protocol is een internationaal strafrechtelijk instrument (zie paragraaf 3.2.1 voor een bespreking van mensenhandel in het kader van de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting). In de mensenrechtelijke instrumenten die eerder dan het Palermo Protocol tot stand zijn gekomen, is een verbod op mensenhandel gericht op arbeidsuitbuiting niet opgenomen.[53] Een mensenrechtelijke benadering van mensenhandel is te vinden in het Europees Mensenhandelverdrag.[54] Verder bevat artikel 5 lid 3 Grondrechten Handvest een verbod op mensenhandel.[55] Uit de toelichting blijkt dat hiermee ook wordt gedoeld op arbeidsuitbuiting.[56]

In de zaak *Rantsev tegen Cyprus en Rusland* heeft het EHRM voor het eerst geoordeeld dat een situatie was te classificeren als mensenhandel en dat mensenhandel als zodanig valt onder de verboden bepalingen van artikel 4 EVRM. De zaak betreft de dochter van mijnheer *Rantsev*, mevrouw *Rantseva*, die dood is aangetroffen op Cyprus, enkele dagen nadat ze daar is aangekomen op grond van een zogenaamd 'cabaret' visum waarvan bekend is dat dit gebruikt wordt om vrouwen voor de prostitutie werven.[57] Het EHRM definieert in deze zaak mensenhandel als een vorm van slavernij op basis van een feitelijk eigendomsrecht.[58] In de zaak *Chowdury en anderen* concludeert het EHRM voor het eerst in een zaak van arbeidsuitbuiting dat er sprake is van mensenhandel.[59] Het IAHRM kwam eerder in de zaak *Hacienda Brasil Verde* tot dit oordeel.[60]

---

51 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 97.
52 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 98.
53 Het VN-Vrouwenverdrag en het VN-Kinderrechtenverdrag bevatten wel bepalingen die zien op mensenhandel gericht op de specifieke doelgroep van deze verdragen.
54 Zie de preambule bij het Europees Mensenhandelverdrag.
55 Buiten het mensenrechtelijk kader is in EU verband verder de EU Richtlijn mensenhandel relevant.
56 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (*PbEU* 2007, C 303/17).
57 EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*).
58 Zie voor kritiek op deze extensieve uitleg van het Hof van artikel 4 EVRM o.a.: Allain 2010, p. 546-557 en Stoyanova 2012, p. 163-194.
59 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 100.
60 IAHRM 20 oktober 2016 (*Hacienda Brasil Verde/Brasil*), r.o. 343.

De jurisprudentie van het EHRM en het IAHRM laat een tendens zien het begrip mensenhandel als overkoepelend begrip te gebruiken waar de andere vormen van arbeidsuitbuiting onder vallen. Het is de vraag of er dan nog een reden is om onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van arbeidsuitbuiting. Deze reden zou kunnen zijn dat de verschijnselen van de diverse vormen van elkaar verschillen. Een eendimensionale focus op een bepaalde vorm van arbeidsuitbuiting zou ertoe kunnen leiden dat de signalen die duiden op een andere vorm niet worden opgemerkt. Stoyanova is kritisch over het inlezen van het begrip mensenhandel in artikel 4 EVRM door het EHRM. Zij stelt dat het Hof worstelt met de afbakening van de verschillende concepten. De oorzaak is volgens haar het opnemen van mensenhandel als een gedraging die valt onder artikel 4 EVRM.[61]

2.2.5 Sociale en economische rechten

In deze paragraaf volgt een inventarisatie van enkele mensenrechten die migranten tegen of in een situatie van arbeidsuitbuiting kunnen beschermen.

Armoede wordt als één van de belangrijke oorzaken voor mensenhandel genoemd, zowel als het gaat om seksuele uitbuiting als in geval van arbeidsuitbuiting.[62] Het recht niet in armoede te hoeven leven volgt uit artikel 25 UVRM. Lid 1 bepaalt: 'Een ieder heeft recht op een levensstandaard, die hoog genoeg is voor de gezondheid en het welzijn van zichzelf en zijn gezin'. In artikel 11 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) is dit recht verder uitgewerkt. Op Europees niveau is in artikel 30 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) het recht op bescherming tegen armoede en sociale uitsluiting neergelegd.

Het recht op (toegang tot) werk is neergelegd in verschillende internationale instrumenten.[63] Het gaat daarbij om een recht op vrije keuze. Het kan in dit opzicht gezien worden als de tegenhanger van gedwongen arbeid. Deze bepaling is geformuleerd als een verplichting voor staten om het recht op vrije toegang tot het werk te erkennen. Het moet volgens het comité dat toeziet op de naleving van het IVESCR, het Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (CESCR) niet gelezen worden als een absoluut en onvoorwaardelijk recht.[64] Staten moeten de nodige maatregelen treffen om het recht veilig te stellen.[65] Het recht op werk kan gezien worden als een belangrijk hulpmiddel om andere sociaaleconomische rechten te kunnen verwezenlijken.

---

61 Stoyanova 2017.
62 Obokata 2006, p. 122; Staring en Aarts 2010, p. 52; FRA 2019, p. 67-76.
63 Zie bijv. artikel 23 UVRM, artikel 6 IVESCR en artikel 1 ESH.
64 CESCR, General Comment no. 18, p. 3.
65 CESCR, General Comment no. 18, p. 4.

Artikel 23 UVRM bepaalt dat eenieder recht heeft op gunstige arbeidsvoorwaarden (artikel 23 lid 1) en een gunstige en rechtvaardige beloning (artikel 23 lid 2). De bepalingen die zien op beloning en arbeidsvoorwaarden zijn een uitdrukking van het principe dat menselijke arbeid niet een goed is dat uitgebuit mag worden of tegen de laagst mogelijke prijs gekocht kan worden.[66] Deze rechten zijn terug te vinden in artikel 7 sub a IVESCR. Het recht op een rechtvaardige beloning en fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden is ook opgenomen in het *decent work* programma dat door de ILO wordt gepropageerd. Volgens dit programma moet werk voldoen aan de criteria waardigheid, gelijkheid, een eerlijk inkomen en veiligheid.[67]

Het gelijkheidsbeginsel kan in gevallen van arbeidsuitbuiting bij migranten een rol spelen als een arbeidsmigrant niet gelijk wordt behandeld als andere (lokale) werknemers. Gelijk loon voor gelijk werk is een norm die voor het eerst in artikel 23 lid 2 UVRM is opgenomen. Deze bepaling is opgenomen na een lobby van de vrouwenbeweging, maar ziet in de gekozen formulering uitdrukkelijk op een breed toepassingsbereik dat niet is beperkt tot gelijkheid tussen man en vrouw.[68] Het recht op gelijke beloning voor gelijk werk is ook opgenomen in artikel 7 IVESCR, waarbij elk onderscheid naar welke aard ook verboden is, en in artikel 25 van het Verdrag inzake Migrerende Werknemers. Artikel 25 lid 2 van dit verdrag vult aan dat het ook verboden is om in privé-arbeidsovereenkomsten af te wijken van het principe van gelijke beloning en arbeidsvoorwaarden. De ILO Conventie inzake gelijke beloning ziet uitdrukkelijk op gelijke beloning voor gelijk werk van mannen en vrouwen.[69] De ILO Conventie C111 kent echter een breed verbod op discriminatie in de toegang tot en de uitoefening van het werk, waar ook het recht op gelijke beloning onder kan vallen.[70] In artikel 1 sub a van dit verdrag wordt onder discriminatie verstaan:

> 'any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation;'

Nu deze bepaling niet specificeert op welke vormen van onderscheid het verbod ziet, maar enkel stelt dat het gaat om *any distinction* kan verondersteld worden dat dit verder gaat dan alleen gelijke beloning. Ook overige arbeidsvoorwaarden, inschaling, toegang tot promotie en dergelijke aspecten van behandeling vallen onder deze definitie. Artikel 14 EVRM in combinatie met Protocol 12 bij het EVRM bevat een algemene gelijke behandelingsnorm. Artikel

66 Morsink 2010, p. 129.
67 ILO Declaration on fundamental principles and rights at work 1998.
68 Morsink 2010, p. 127-129.
69 ILO C100 – Equal Remuneration Convention, 1951, artikel 1.
70 ILO C111 – Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.

14 EVRM is beperkt tot gelijke behandeling ten aanzien van de rechten en vrijheden die zijn opgenomen in het EVRM, maar Protocol 12 verbreedt dit recht op gelijke behandeling tot 'elk in de wet neergelegd recht'.

2.3 VERPLICHTINGEN VOOR DE STAAT

Het Europees Mensenhandelverdrag bevat gedetailleerde verplichtingen voor staten, net als het ILO Protocol bij het Verdrag inzake gedwongen arbeid (ILO Protocol 2014).[71] Publiekrechtelijke handhaving van de diverse verdragen vindt plaats via een veelheid aan toezichthoudende comités, die periodiek rapportages opstellen en aanbevelingen doen. Een groeiend aantal verdragen[72] kent een rechtsprekende instantie met een (individueel) klachtrecht. Uit de uitspraken van deze instanties kunnen ook verplichtingen voortvloeien. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de mogelijke verplichtingen die op staten rusten in het kader van: de strafrechtelijke procedure, compensatie voor slachtoffers die schade hebben geleden, het verlenen van een verblijfsrecht aan migranten zonder rechtmatig verblijf en het verstrekken van sociaaleconomische voorzieningen. Eventuele verplichtingen van staten op deze terreinen, zouden migranten die zich in een situatie van arbeidsuitbuiting bevinden kunnen beschermen, maar kunnen migranten ook minder kwetsbaar maken voor arbeidsuitbuiting.

2.3.1 Strafbaarstelling, onderzoek en vervolging

Uit de verschillende uitspraken van het EHRM volgt dat dit Hof veel belang toekent aan strafbaarstelling. De vraag is wat strafbaar moet worden gesteld om te voldoen aan de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 4 EVRM. Zowel in de zaak *Siliadin tegen Frankrijk* als in de zaak *C.N. en V. tegen Frankrijk* was in de nationale wetgeving geen expliciet verbod op dienstbaarheid en gedwongen arbeid opgenomen.[73] Hierdoor had Frankrijk niet voldaan aan de verplichtingen die zij op grond van artikel 4 EVRM heeft.[74] De zaak *C.N. tegen het Verenigd Koninkrijk* was onderzocht op grond van een beschuldiging van mensenhandel en geseponeerd wegens een gebrek aan bewijs. Het Hof stelde dat het gegeven dat er geen afzonderlijke strafbaarstelling was van slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid ertoe geleid zou kunnen hebben dat

71 ILO P029 – Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930.

72 Onder andere het CRC, EVRM, IAVRM, ESH, het IVBPR en het IVESCR.

73 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*) r.o. 141; EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*) r.o. 107.

74 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*) r.o. 148; EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*). r.o. 108.

onvoldoende of niet het juiste onderzoek is verricht.[75] In de zaak *Chowdury en anderen tegen Griekenland* stelt het Hof echter dat hoewel in de Griekse wet geen aparte strafbaarstelling van gedwongen arbeid is opgenomen, Griekenland door ratificatie van het Palermo Protocol en het Europees Mensenhandelverdrag en implementatie van de EU Richtlijn mensenhandel in essentie heeft voldaan aan zijn verplichting tot strafbaarstelling.[76] Het Hof lijkt hier zijn eerdere uitgangspunt in de zaak *C.N. tegen het Verenigd Koninkrijk* te hebben verlaten.

Staten hebben ook de procedurele verplichting een situatie van potentiële uitbuiting te onderzoeken als deze onder de aandacht komt van de autoriteiten.[77] In de zaak *Chowdury en anderen* had Griekenland hierin gefaald, niet alleen op het moment dat een groep arbeiders kwam melden dat hun salaris niet werd uitbetaald, maar ook eerder, toen voldoende serieuze signalen niet zijn onderzocht.[78]

2.3.2 Compensatie

Het kunnen vorderen van achterstallig loon is een belangrijke behoefte van slachtoffers van arbeidsuitbuiting.[79] Het Europees Mensenhandelverdrag verplicht tot schadeloosstelling van slachtoffers.[80] Ook het ILO Protocol 2014 verplicht tot het zeker stellen dat alle slachtoffers van gedwongen arbeid toegang hebben tot effectieve remedies, zoals compensatie.[81] Deze verdragen specificeren niet welke schade vergoed moet worden en hoe de schade moet worden vastgesteld. Het EHRM verwijst in de zaak *Chowdury en anderen* bij het vaststellen van de verplichtingen die staten hebben naar artikel 15 van het Europees Mensenhandelverdrag.[82] Het EHRM kent een schadevergoeding toe voor zowel materiële schade als voor immateriële schade. Hof erkent dat de slachtoffers zonder meer materiële schade hebben geleden door het niet uitbetalen van hun salaris door hun werkgever. Het Hof stelt dat het niet in staat is om precieze bedragen vast te stellen, en bepaalt daarom een vergoeding per individu die dient ter compensatie van zowel de materiële als de immateriële schade.[83] In geval van ongelijke beloning kan uit de aanbevelingen van

75 EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./Verenigd Koninkrijk*) r.o. 80.
76 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 105-109.
77 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 88.
78 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 111-115.
79 Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013, p. 133-134.
80 Artikel 15 Europees Mensenhandelverdrag.
81 Artikel 1 en 4 ILO Protocol 2014.
82 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 126.
83 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 131.

het CESCR worden afgeleid, dat staten verplicht zijn maatregelen te treffen met betrekking tot compensatie.[84]

2.3.3 Verblijfsrecht

Voor migranten met geen of een kwetsbare verblijfsstatus die slachtoffer zijn van arbeidsuitbuiting is de vraag of zij een verblijfsrecht aan het bestaande mensenrechteninstrumentarium kunnen ontlenen van groot belang.[85] Ook is een (sterke) verblijfsrechtelijke positie van belang om arbeidsuitbuiting te voorkomen.[86] Het mensenrechteninstrumentarium bevat echter weinig bepalingen die staten de verplichting opleggen om migranten een verblijfsrecht te verlenen.

Het Europees Mensenhandelverdrag bevat twee regelingen ten aanzien van het verlenen van een verblijfsrecht. De eerste ziet op een bedenktijd van tenminste 30 dagen voor personen ten aanzien van wie er een redelijk vermoeden bestaat dat deze slachtoffer zijn. Gedurende deze periode mag deze persoon niet worden uitgezet en heeft hij recht op basisvoorzieningen.[87] Daarna zijn lidstaten op grond van artikel 14 verplicht tot het verstrekken van een verlengbare verblijfsvergunning in geval de autoriteiten oordelen dat dit noodzakelijk is op grond van de persoonlijke situatie van het slachtoffer (lid 1 sub a), en/of wanneer dit noodzakelijk is in verband met het onderzoek en strafrechtelijke vervolging (lid 1 sub b). Staten hebben echter op grond van dit artikel wel enige discretie om te bepalen wanneer dit noodzakelijk is. In het ILO Protocol 2014 is geen recht op een verblijfsstatus voor slachtoffers van gedwongen arbeid opgenomen.

Staten hebben op grond van het internationaalrechtelijk soevereiniteitsbeginsel in beginsel zeggenschap over toelating en uitzetting van personen die niet de nationaliteit hebben van de betreffende staat. Slechts in uitzonderlijke situaties kan een mensenrechtelijke norm ertoe strekken dat een staat beperkt wordt in zijn soevereiniteit en verplicht is een persoon toe te laten of niet uit te zetten. De belangrijkste uitzondering is het non-refoulementbeginsel, op grond waarvan een staat iemand niet mag terugsturen naar een land waar deze persoon te vrezen heeft voor vervolging, foltering, een onmenselijke of vernederende behandeling. Dit non-refoulementbeginsel is neergelegd in

84 CESCR 2016 General Comment nr. 23, p. 16, overweging 57. Zie ook: CESCR 2009 General Comment nr. 20, p. 12, overweging 40. Deze aanbeveling ziet in algemene zin op maatregelen die staten dienen te nemen om discriminatie bij de toepassing van de rechten van het IVESCR tegen te gaan.

85 Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013, p. 131.

86 FRA 2019, p. 67.

87 Artikel 13 Europees Mensenhandelverdrag,

diverse internationale rechtsinstrumenten of volgt indirect uit de jurisprudentie.[88] Het non-refoulementbeginsel kan van belang zijn ten aanzien van slachtoffers van arbeidsuitbuiting, waarbij de uitbuiting in het land van herkomst plaats vond en zij daar te vrezen hebben voor hun uitbuiters. Het EVRM kent geen verplichting tot het verlenen van een verblijfsvergunning, maar het recht op verblijf of bescherming tegen uitzetting kan wel een uitvloeisel zijn van andere rechten die in het EVRM zijn gegarandeerd. Tot op heden is een dergelijke recht alleen erkend in geval van het recht op privé- en gezinsleven (artikel 8 EVRM), het recht niet onderworpen te worden aan een onmenselijke of wrede behandeling (artikel 3 EVRM) en het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM).[89] Ten aanzien van een verblijfsrecht in het kader van het recht op gezinsleven is dit bovendien een niet-absoluut recht: staten hebben op grond van het tweede lid van artikel 8 EVRM het recht om verblijf te weigeren als dit noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van onder andere het economisch welzijn.[90] In zaken die betrekking hadden op arbeidsuitbuiting heeft het EHRM wel de kwetsbaarheid van niet-rechtmatig verblijvende migranten onderkend,[91] en memoreerde het Hof dat de positieve verplichtingen van de verdragsluitende staten op grond van artikel 4 EVRM moeten worden uitgelegd in het licht van het Europees Mensenhandelverdrag. Dit houdt in dat ook maatregelen dienen te worden vastgesteld ter bescherming van slachtoffers.[92] De vraag of staten een verplichting hebben slachtoffers van schendig van arbeidsuitbuiting een verblijfsrecht te garanderen, kwam echter niet ter sprake.

2.3.4 Sociale en economische rechten

Verplichtingen van staten met betrekking tot sociale en economische rechten kunnen slachtoffers van arbeidsuitbuiting beschermen, maar zijn tegelijk een middel om te voorkomen dat migranten in een situatie van arbeidsuitbuiting terecht komen.

---

88 Zie voor bepalingen waarin het non-refoulementbeginsel is opgenomen artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag en artikel 3 Antifolterverdrag. Een indirect refoulement verbod is door het EHRM afgeleid uit artikel 3 EVRM en door het HRC uit artikel 7 IVBPR. Zie bijv. Boeles e.a. 2014, p. 343-346.

89 Zie bijv. EHRM 28 mei 1985, 30471/08 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*) m.b.t. artikel 8 EVRM; EHRM 30 oktober 1991, 13163/87 (*Vilvarajah e.a./Verenigd Koninkrijk*) m.b.t. artikel 3 EVRM en EHRM 17 januari 2012, 8139/09 (*Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk*) t.a.v. artikel 6 EVRM.

90 Zie bijv. EHRM 28 mei 1985, 30471/08 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk),* r.o. 68, waar het Hof vaststelt dat in zaken die zowel zien op gezinsleven als immigratie, staten een ruime beoordelingsmarge hebben.

91 Zie bijv. EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 95-97.

92 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 104.

Het Europees Mensenhandelverdrag verplicht staten verschillende vormen van bijstand te verlenen aan slachtoffers tijdens een periode van herstel, zoals huisvesting, een voldoende levensstandaard en medische zorg. Daarnaast hebben staten de verplichting slachtoffers te informeren over hun rechten, waar nodig toegang te geven tot tolken en vertalers en bijstand te verlenen in het strafproces.[93] Het recht op deze vormen van bijstand is beperkt tot een periode die nodig is voor lichamelijk, psychologisch of sociaal herstel. Daarbuiten zijn rechten voorbehouden aan vreemdelingen die rechtmatig verblijven. Het gaat dan om toegang tot noodzakelijk medische en andere bijstand en toegang tot de arbeidsmarkt.[94]

In andere internationale mensenrechteninstrumenten die niet specifiek zien op de bescherming van slachtoffers van arbeidsuitbuiting is het recht op een voldoende levensstandaard voor niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen niet gegarandeerd. De zaak *Hunde tegen Nederland* betreft de klacht van een uitgeprocedeerde Ethiopische asielzoeker dat de weigering hem onderdak en basisvoorzieningen te verschaffen een schending is van artikel 3 EVRM.[95] Het EHRM stelt in deze zaak dat de keerzijde van het recht te bepalen wie op het grondgebied mag verblijven, de verplichting van de niet-rechtmatig verblijvende vreemdeling is om te vertrekken.[96] Weigering opvang te bieden is in een dergelijke situatie geen schending van artikel 3 EVRM.[97]

Het Europees Sociaal Handvest is in beginsel niet van toepassing op niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen.[98] Toch heeft het Europees Comité voor Sociale rechten (ESCR) in twee zaken tegen Nederland waarin een beroep werd gedaan op het recht op basisvoorzieningen voor uitgeprocedeerde vreemdelingen beslist dat Nederland in bepaalde situaties gehouden is om voorzieningen te verstrekken.[99] Het gaat hier niet om een individuele, maar om een collectieve klachtprocedure. De eerste klacht werd ingediend door Defence for Children International (DFI) ten aanzien van het recht op opvang voor onrechtmatig verblijvende kinderen. In de tweede zaak diende de Conference of European Churches (CEC) een klacht in over voorzieningen voor uitgeprocedeerde asielzoekers. De gekozen formulering in deze zaak sluit niet

93 Artikel 12 lid 1 Europees Mensenhandelverdrag.
94 Artikel 12 lid 3 en 4 Europees Mensenhandelverdrag.
95 EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland*).
96 EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland*), r.o. 49.
97 Het EHRM oordeelde anders ten aanzien van een asielzoeker in Griekenland. In deze zaak werd het ontbreken van elke steun ten aanzien van de leefomstandigheden wel beschouwd als een schending van artikel 3 EVRM. Zie EHRM 1 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) r.o. 263.
98 Zie Bijlage bij het ESH, par. 1.
99 Zie ECSR 20 oktober 2009, 47/2008 *(DCI/Nederland*), bevestigd in de resolutie van het Comité van Ministers 7 juli 2010, CM/ResChS(2010)6 t.a.v. gezinnen met minderjarige kinderen en ECSR 1 juli 2014, 90/2013 (*CEC/Nederland*), bevestigd in de resolutie van het Comité van Ministers 15 april 2015, CM/ResChS(2015)5, t.a.v. volwassen uitgeprocedeerde asielzoekers.

uit dat ook in andere situaties waarin de menselijke waardigheid in het geding is, basisvoorzieningen moeten worden geboden.[100] Overigens is noch de uitspraak van het ECSR noch de resolutie van het Comité van Ministers bindend.[101]

Artikel 2 lid 2 van het IVESCR bepaalt dat de rechten die in dit verdrag zijn opgesomd zullen worden toegepast zonder discriminatie van welke aard dan ook wat betreft ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status. Het CESCR stelt dat het IVESCR van toepassing is op iedereen, met inbegrip van vreemdelingen, ongeacht hun verblijfsstatus en documentatie.[102] De vraag is of aan de bepalingen ten aanzien van een voldoende levensstandaard rechtstreekse werking toegekend kan worden. Artikel 4 IVESCR maakt duidelijk dat in beginsel een inperking van de rechten opgenomen in het IVESCR niet is toegestaan, maar tegelijk opent deze bepaling ook de mogelijkheid om bij wet beperkingen vast te stellen 'voor zover dit niet in strijd is met de aard van deze rechten, en uitsluitend met het doel het algemeen welzijn in een democratische samenleving te bevorderen'.

Als het gaat om gelijke behandeling in een arbeidssituatie maken de algemene aanbevelingen van het CESCR ten aanzien van artikel 7 IVESCR duidelijk dat het recht op goede arbeidsomstandigheden en een gelijke beloning diverse maatregelen van de autoriteiten vereisen. Deze moeten onder andere zien op preventie, onderzoek, bestraffing en compensatie.[103]

2.4 Een mensenrechtelijke benadering in Nederland

Uit de voorgaande twee paragrafen volgt dat er een diversiteit aan mensenrechtelijke normen is die van toepassing kunnen zijn in een situatie van arbeidsuitbuiting van migranten en dat staten bepaalde verplichtingen hebben op grond van deze normen. Nederland is partij bij de meeste mensenrechtenverdragen die relevant zijn in het kader van arbeidsuitbuiting. Nederland heeft op 8 augustus 2017 het ILO Protocol 2014 geratificeerd[104] en is begonnen met de procedure tot ratificatie van het aanvullend protocol bij het IVESCR waarmee een individueel klachtrecht wordt geïntroduceerd.[105] Nederland weigert vooralsnog zich aan te sluiten bij het Internationaal Verdrag inzake Migrerende Werknemers, omdat Nederland van mening is dat niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen niet dezelfde sociaaleconomische rechten zouden moeten krijgen

100 Zie ook Rodrigues 2016.
101 Zie voor een analyse van deze zaken ook Donders 2014 en Slingenberg 2015.
102 CESCR General Comment nr. 20.
103 CESCR 2016 General Comment nr. 23, p. 16, overweging 57.
104 Zie ILO/Normlex (http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102768).
105 HRC 2017, p. 4.

als rechtmatig verblijvende vreemdelingen.[106] In 2014 en 2018 is de aanpak van mensenhandel en arbeidsuitbuiting geëvalueerd door het bij het Europees Mensenhandelverdrag in het leven geroepen toezichthoudend orgaan, GRETA. De rapporten over de implementatie van het verdrag in Nederland zijn op grote lijnen positief over de maatregelen die Nederland op dit punt heeft getroffen.[107]

In paragraaf 2.3 zijn verplichtingen op vier verschillende terreinen geïdentificeerd. Hieronder volgt per verplichting een korte bespreking van de situatie in Nederland.

2.4.1 Strafbaarstelling, onderzoek en vervolging

Een eerste verplichting is de strafbaarstelling van diverse in de internationale instrumenten genoemde gedragingen: slavernij, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel.[108] Nederland kent geen aparte strafbaarstelling van de gedragingen die in artikel 4 EVRM zijn opgenomen: slavernij en dienstbaarheid (artikel 4 lid 1) en dwangarbeid of verplichte arbeid (artikel 4 lid 2). In Nederland is wel het delict mensenhandel strafbaar gesteld.[109] Het delict mensenhandel is in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht uitgebreid met een bepaling die ziet op het dwingen tot arbeid of het verrichten van diensten.[110] Ook heeft Nederland het Europees Mensenhandelverdrag geratificeerd en de EU Richtlijn mensenhandel geïmplementeerd.[111] Er zijn geen klachten tegen Nederland ingediend bij het EHRM met betrekking tot schending van artikel 4 EVRM ten aanzien van uitgebuite arbeidsmigranten. In de zaak *Chowdury en anderen tegen Griekenland* oordeelde het EHRM dat Griekenland, hoewel dit land geen aparte strafbaarstelling kent van de gedragingen genoemd in artikel 4 EVRM, toch heeft voldaan aan zijn positieve verplichtingen ten aanzien van het invoeren van een passend wet- en regelgevingskader. Het Hof beargumenteert dit door aan te geven dat Griekenland wel het Slavernijverdrag, de ILO conventie tegen gedwongen arbeid, het Europees Mensenhandelverdrag en de EU Richtlijn mensenhandel heeft geratificeerd dan wel geïmplemen-

106 HRC 2012, p. 8.
107 GRETA 2014, p. 57, GRETA 2018, p. 49.
108 De strafrechtelijke aanpak komt uitgebreid in hoofdstuk 3 aan bod.
109 Zie artikel 273 Sr. Nederland kent in artikel 274 Sr nog wel een strafbepaling die ziet op slavenhandel. Zie ook Hoofdstuk 3 paragraaf 3.3.1..
110 Zie artikel 273f lid 1 sub 4 Sr: degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten (…).
111 Wet van 6 november 2013 tot implementatie van de richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad inzake voorkoming en bestrijding van mensenhandel, de bescherming van slachtoffers ervan, en ter vervanging van kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad (PbEU L 101) (*Stb.* 2013, 444).

teerd.[112] Na deze uitspraak kan aangenomen worden dat Nederland, dat ook bovengenoemde verdragen en de EU Richtlijn mensenhandel heeft geratificeerd dan wel geïmplementeerd, voldoet aan de verplichtingen inzake strafbaarstelling. Hoe ver de verplichting reikt om signalen van of klachten over arbeidsuitbuiting te onderzoeken en vervolgen is niet duidelijk uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Dit is ook een van de aandachtspunten in het tweede rapport van GRETA over de implementatie van het Europees Mensenhandelverdrag in Nederland.[113] Deze opmerkingen worden gemaakt in het kader van teruglopende aantallen strafrechtelijke vervolgingen en veroordelingen in de periode 2014-2017. GRETA vermeldt dat er signalen zijn uit de samenleving dat op grond van een aantal factoren aan bepaalde zaken voorrang wordt gegeven bij de opsporing en vervolging. Het zou dan gaan om zaken die meer kans maken op een succesvolle vervolging, omdat bijvoorbeeld de slachtoffers uit landen komen waarmee een betere samenwerking bestaat. Behalve dat er gekeken zou worden naar de complexiteit van de zaak, worden ook de kosten van opsporing en vervolging in overweging genomen bij de beslissing al dan niet de strafrechtelijke opsporing en vervolging door te zetten. GRETA merkt naar aanleiding van deze signalen op, dat de complexiteit of mogelijke kosten niet leidend dienen te zijn.[114]

2.4.2 Compensatie

De tweede verplichting die wordt onderzocht ziet op compensatie. Zowel het Europees Mensenhandelverdrag als het ILO Protocol 2014 verplichten tot schadevergoeding. Het EHRM concludeert dat slachtoffers bij schending van artikel 4 EVRM recht hebben op compensatie en motiveert zijn oordeel mede op basis van de verplichting tot compensatie die in het Europees Mensenhandelverdrag is opgenomen. In Nederland hebben slachtoffers van arbeidsuitbuiting de mogelijkheid om een civiele procedure te starten, of om zich als slachtoffer in de strafzaak te voegen. Onderzoek uit 2013 laat zien dat van de civiele procedure niet veel gebruik wordt gemaakt.[115] Als er ook sprake is van werk in strijd met de Wav, kan op grond van artikel 23 van de Wav een beroep op terugvordering van achterstallig loon worden gedaan.[116] Van de mogelijkheid tot het indienen van een vordering tot schadevergoeding in het strafproces wordt wel regelmatig gebruik gemaakt.[117] Als de vordering wordt toegewezen legt de rechter in de regel ook een schadevergoedingsmaatregel op, die

112 Zie EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 105-109.
113 GRETA 2018, p. 44-45.
114 GRETA 2018, p. 45.
115 Heemskerk & Willemsen 2013, p. 24.
116 Ook deze mogelijkheid wordt amper benut: De Lange 2011 en Berntsen & De Lange 2018, p. 224.
117 GRETA 2018, p. 35, NRM 2021, p. 163.

garandeert dat als de veroordeelde niet aan zijn verplichting tot schadevergoeding voldoet de staat deze overneemt. Zie hierover meer in hoofdstuk 3.

2.4.3 Verblijfsrecht

Het mensenrechteninstrumentarium kent weinig verplichtingen tot het verlenen van een verblijfsrecht aan slachtoffers van arbeidsuibuiting, maar op grond van het Europees Mensenhandelverdrag kan een staat verplicht zijn om een verblijfsrecht te verlenen. Nederland heeft een verblijfsregeling voor slachtoffers van mensenhandel die bestaat uit drie fases.[118] De eerste fases is de bedenktijd van maximaal drie maanden, waarin een slachtoffer kan overwegen of hij of zij aangifte wil doen.[119] Na aangifte of als een slachtoffer op een ander manier medewerking aan het strafproces verleent, kan een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd (op tijdelijke humanitaire gronden) worden verleend.[120] De geldigheidsduur van deze vergunning hangt samen met het strafproces.[121] De vergunning wordt verleend voor ten hoogste één jaar en kan telkens met tenminste één jaar verlengd worden, maar alleen zolang er sprake is van een strafrechtelijk opsporings- of vervolgingsonderzoek.[122] De vergunning wordt ingetrokken als het opsporings- of vervolgingsonderzoek wordt gestaakt.[123] Een verblijfsvergunning voor voortgezet verblijf (formeel: een verblijfsvergunning op niet-tijdelijke humanitaire gronden) kan verleend worden als het slachtoffer drie jaar in het bezit is geweest van een vergunning als aangever of getuige, of als de officier van justitie besloten heeft vervolging in te stellen.[124] Alleen als een slachtoffer zwaarwegende redenen heeft om geen aangifte te willen doen of op een andere manier medewerking te verlenen, kan toch een verblijfsvergunning op tijdelijke gronden worden verleend, die na een jaar kan worden omgezet in een vergunning op niet-tijdelijke gronden.[125] In beginsel wordt in Nederland dus de verlening en verlenging van een verblijfsvergunning, na de eerste drie maanden bedenktijd, gekoppeld aan het strafproces. In het rapport over de implementatie van het Europees Mensenhandelverdrag in Nederland is GRETA kritisch ten aanzien van deze koppeling.[126] De enige uitzondering die Nederland maakt op de voorwaarde

118 Zie Vc B8/3. Zie voor een uitgebreide beschrijving van zowel de verblijfsregeling als data m.b.t. het gebruik van de regeling NRM 2019, p. 113-143. Deze data zien op mensenhandel in alle vormen en zijn niet uitgesplitst naar vorm van mensenhandel.
119 Artikel 8 sub k Vw.
120 Artikel 3.48 lid 1 sub a-c Vb.
121 Vc B8/3.2.
122 Zie artikel 3.58 lid 1 sub q Vb en Vc B8/3.2.
123 Vc B8/3.2.
124 Artikel 3.51 lid 1 sub a onder 3 Vb; Vc B9/12.
125 Artikel 3.48 lid 1 sub d Vb, artikel 3.51 lid 1 sub h Vb en Vc B9/10.
126 GRETA 2018, p. 50.

dat het slachtoffer op enigerlei wijze aan het strafproces dient mee te werken om aanspraak te kunnen maken op een verblijfsvergunning na de eerste drie maanden bedenktijd, is in zekere zin ook aan het strafproces gekoppeld. Volgens de invulling die aan dit criterium wordt gegeven in de Vreemdelingencirculaire gaat het bij deze zwaarwegende redenen of om ernstige bedreigingen door de mensenhandelaar in Nederland, of om medische klachten die gevolgen hebben voor het meewerken aan het strafproces.[127] Het criterium voor verlening van een verblijfsvergunning aan slachtoffers dat in het Europees Mensenhandelverdrag is opgenomen: 'noodzakelijk op grond van de persoonlijke situatie van het slachtoffer', is ruimer geformuleerd.

2.4.4 Sociale en economische rechten

Verplichtingen ten aanzien van het verlenen van sociaaleconomische bijstand zijn in het mensenrechteninstrumentarium niet heel hard. Voor slachtoffers van arbeidsuitbuiting bestaat hierop een uitzondering in het Europees Mensenhandelverdrag en het ILO Protocol 2014 voor een bepaalde periode. In Nederland is het recht op bijstand aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel gekoppeld aan het verblijfsrecht, dat op zijn beurt, na de eerste drie maanden bedenktijd, aan het strafproces is gekoppeld.[128] Dat betekent dat wat hierboven is opgemerkt over het verblijfsrecht ook van toepassing is op het recht op bijstand.[129]

Voor overige migranten zonder verblijfsrecht bestaat er in beginsel geen recht op voorziening in basisbehoeften met uitzondering van de groep uitgeprocedeerde asielzoekers die onder voorwaarden aanspraak kan maken op basisvoorzieningen.[130]

Het recht op gelijke beloning en gelijke behandeling is in Nederland in verschillende instrumenten neergelegd. De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) verbiedt onderscheid in onder andere arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden op grond van ras en nationaliteit.[131] Het recht op gelijke behandeling dat in het kader van het migratierecht is toegekend aan specifieke groepen migranten komt in hoofdstuk 4 en 5 aan de orde.

127 Vc B8/3.3.
128 Vc B8/3.
129 GRETA 2018, p. 50.
130 Zie de in paragraaf 2.3.4 besproken zaak EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland*).
131 Artikel 5 AWGB.

2.5 CONCLUSIE

Er is een veelheid en veelzijdigheid aan mensenrechtelijke normen die van toepassing kunnen zijn in een situatie van arbeidsuitbuiting van een migrant. Deze normen zijn enerzijds normen die een bepaalde vorm van arbeidsuitbuiting verbieden en anderzijds normen die betrekking hebben op arbeidsomstandigheden, beloning en leefomstandigheden. De vijf verschillende vormen van arbeidsuitbuiting die worden erkend als een mensenrechtenschending zijn slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel. Deze vormen van arbeidsuitbuiting zijn hoofdzakelijk dan wel volledig geformuleerd in termen van dominantie en onvrijheid. De mate waarin de vrijheid wordt beperkt en de wijze waarop dit gebeurt varieert. De verschillende vormen van arbeidsuitbuiting zouden op een continuüm kunnen worden geplaatst van complete juridische inperking van de vrijheid in geval van slavernij in klassieke vorm, de feitelijke onmacht om iets aan de eigen situatie te veranderen in geval van aanvullende vormen van slavernij en dienstbaarheid, tot aan lichtere vormen van dwang zoals misleiding en misbruik maken van een kwetsbare positie bij gedwongen arbeid en mensenhandel.

Als er sprake is van een bepaalde vorm van arbeidsuitbuiting zal er doorgaans ook sprake zijn van schending van bijvoorbeeld het recht op fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden of een eerlijke en gelijke beloning. In de beperkte jurisprudentie van mensenrechtenhoven gaat het om zaken waarin sprake was van excessen. Dit geldt zowel voor de situatie van de arbeiders op een veeboerderij in Brazilië als de situatie van de werknemers uit Bangladesh in Griekenland. Ook de situatie van de minderjarige inwonende huishoudelijke hulpjes kan extreem genoemd worden. Op grond van deze jurisprudentie kan niet vastgesteld worden wat de ondergrens is voor de vaststelling dat er sprake is van een van de vormen van gedwongen arbeid.

De uitspraken van het EHRM hebben duidelijk gemaakt dat staten verplichtingen hebben om arbeidsuitbuiting door private partijen aan te pakken en slachtoffers te beschermen. Deze verplichtingen zien met name op strafbaarstelling en onderzoek en vervolging. Het Europees Mensenhandelverdrag en in mindere mate het ILO Protocol 2014 verplichten staten tot het verlenen van diverse vormen van bescherming en bijstand aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting, zoals compensatie voor geleden schade, voorzien in basisbehoeften en een (tijdelijk) verblijfsrecht.

Het mensenrechteninstrumentarium bevat ook bepalingen die zien op arbeidsuitbuiting in de vorm van slechte werkomstandigheden, onderbetaling of ongelijke behandeling die niet valt onder gedwongen arbeid of dienstverlening, dienstbaarheid, slavernij of mensenhandel, omdat de uitbuiting niet ernstig genoeg is en/of er geen sprake is van een vorm van dwang. Uit verschillende verdragsbepalingen kan een verbod op ongelijke behandeling in beloning en arbeidsvoorwaarden worden afgeleid. Dit verbod is ook van

toepassing op niet-rechtmatig verblijvende migranten. Het CESCR geeft aan dat staten maatregelen moeten treffen om compensatie mogelijk te maken in geval van overtreding van deze regel. Deze verplichting is verder niet uitgewerkt. Ook is er nog geen jurisprudentie die hier meer duidelijkheid in schept.

Als het gaat om het verlenen van rechten aan migranten die kunnen bijdragen aan het versterken van hun positie om te voorkomen dat zij slachtoffer van arbeidsuitbuiting worden, kent het mensenrechteninstrumentarium weinig tot geen verplichtingen. Er bestaat geen recht op verblijf of op sociaaleconomische bijstand voor onrechtmatig verblijvende migranten. De jurisprudentie van het ECSR laat zien dat er in sommige situaties een verplichting bestaat om ook te voorzien in de basisbehoeften van uitgeprocedeerde vreemdelingen. Het is nog onduidelijk of deze verplichting verder rijkt dan de situatie van uitgeprocedeerde asielzoekers. Toegang tot werk kan een belangrijk instrument zijn om arbeidsuitbuiting te voorkomen. Een recht op werk voor niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen kan echter niet op artikel 6 IVESCR worden gebaseerd.

De Nederlandse praktijk laat zien dat voor slachtoffers van arbeidsuitbuiting die te kwalificeren is als mensenhandel in grote lijnen aan de mensenrechtelijke verplichtingen wordt voldaan. De koppeling van rechten aan het strafproces is een aandachtspunt. Migranten die niet als slachtoffer van mensenhandel worden aangemerkt, hebben geen recht op verblijf of bijstand en zijn voor compensatie aangewezen op een civiele vordering voor schadevergoeding. In de praktijk wordt hier weinig gebruik van gemaakt. Slachtoffers van arbeidsuitbuiting die niet vallen onder een van de in mensenrechteninstrumenten neergelegde typologieën, of ten aanzien van wie wegens onvoldoende bewijs dit niet strafrechtelijk kan worden bewezen, blijven in de praktijk vaak met lege handen achter. De versnippering van mensenrechtelijke normen over verschillende verdragen en verschillende toezichthoudende instanties met een verschillend mandaat belemmert de mogelijkheid tot het afdwingen van deze normen.

3 Strafrechtelijke aanpak arbeidsuitbuiting migranten

3.1 INLEIDING[1]

Met het aannemen van het Palermo Protocol op 15 november 2000 is internationaal een impuls gegeven aan de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting, die heeft geleid tot hernieuwde aandacht voor deze vorm van uitbuiting. In Nederland is sinds 1 januari 2005 de strafrechtelijk aanpak van arbeidsuitbuiting mogelijk door de uitbreiding van de reikwijdte van het delict mensenhandel in het Wetboek van Strafrecht tot situaties buiten de seksindustrie.[2] Ook uitbuiting die bestaat uit gedwongen arbeid of dienstverlening, slavernij en dienstbaarheid of hiermee vergelijkbare praktijken, of gedwongen orgaandonatie kan sindsdien op grond van artikel 273f Wetboek van Strafrecht (Sr) vervolgd en bestraft worden.

Sinds de strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in 2005 zijn tientallen opsporingsonderzoeken opgestart,[3] vervolgingen ingesteld[4] en rechterlijke uitspraken gedaan. In veel van deze zaken heeft de strafrechtelijke vervolging geleid tot een veroordeling van één of meerdere betrokken daders.[5] In veruit de meeste gevallen gaat het om de uitbuiting van migranten. Uit een onderzoek van Postma en van Wijk naar dossiers van opsporingsonderzoeken in de periode 2005-2011 bleek zelfs dat het in al die zaken ging om arbeidsmigranten.[6] Uit gegevens van de door Comensha geregistreerde vermoedelijke slacht-

---

1 Dit hoofdstuk is een bewerking van het artikel: G.G. Lodder, 'Strafrechtelijke aanpak arbeidsuitbuiting migranten. Een stap in de goede richting.', *JNVR* juni 2015/2, p. 53-65.

2 Wet van 9 december 2004 tot uitvoering van internationale regelgeving ter bestrijding van mensensmokkel en mensenhandel (*Stb.* 2004, 645).

3 ISZW-DO is primair verantwoordelijk voor het onderzoek naar arbeidsuitbuiting, maar onderzoeken kunnen ook worden gestart door de politie en de KMar (NRM 2021, p. 112)

4 Nadat een opsporingsonderzoek is afgerond wordt dit ingeschreven bij het OM (als er voldoende aanknopingspunten voor vervolging zijn). Opsporingsonderzoeken kunnen meerdere daders betreffen. Bij inschrijving bij het OM en vervolging, worden de zaken op daderniveau ingeschreven. Dat kan leiden tot een groot verschil tussen het aantal opsporingsonderzoeken en het aantal ingeschreven en afgehandelde zaken bij het OM.

5 Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6501; Rb. Overijssel 28 november 2013 ECLI:NL:RBOVE:2013:2951; Rb. Limburg 10 november 2016 ECLI:NL:RBLIM:2016:9602; Rb. Amsterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1631.

6 Postma & Van Wijk 2012, p. 332-333.

offers van arbeidsuitbuiting in de periode 2015-2019 blijkt dat het voor 96% gaat om slachtoffers die niet uit Nederland komen.[7]

Naast arbeidsuitbuiting als een vorm van het strafbare delict mensenhandel zijn er ook andere misstanden in een arbeidssituatie die niet vallen onder het delict mensenhandel. Situaties waarbij er bijvoorbeeld sprake is van onderbetaling, lange werkdagen, onveilige werksituaties of illegale tewerkstelling, kunnen kwalificeren als een criminele vorm van arbeidsuitbuiting, maar het oordeel kan ook luiden dat hier geen sprake is van normovertredingen die vallen onder het delict mensenhandel. Andere mogelijke manieren van naleving van deze normen is via de arbeidswetgeving zoals de Wet op het minimumloon, de Arbeidstijdenwet of de Wet arbeid Vreemdelingen.

In het inleidende hoofdstuk is vastgesteld dat er geen juridische definitie van arbeidsuitbuiting bestaat en dat er geen algemene consensus is over de grens tussen situaties die wel en niet kwalificeren als de strafbare vorm van arbeidsuitbuiting. Ook is vastgesteld dat in ieder geval twee componenten een rol spelen bij de vaststelling of er sprake is van arbeidsuitbuiting: een vorm van dwang en een vorm van slechte behandeling. Beide aspecten kunnen op een continuüm geplaats worden van zware dwang tot volledige vrijheid en van zeer slechte behandeling tot een goede en volledig gelijke behandeling als lokale werknemers. Voor de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting is het echter wel noodzakelijk dat duidelijk is waar de grens ligt. Voor zowel slachtoffers van arbeidsuitbuiting als voor daders hangt veel af van de juridische kwalificatie van een bepaalde situatie. Slachtoffers van mensenhandel kunnen onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op een tijdelijk verblijfsrecht en in samenhang daarmee op diverse voorzieningen. Ook kunnen zij zich als benadeelde partij voegen in het strafproces met een vordering tot materiële en immateriële schadevergoeding. Voor de daders kan de juridische kwalificatie van een bepaalde situatie als arbeidsuitbuiting in de zin van mensenhandel tot gevolg hebben dat zij strafrechtelijk worden vervolgd, waarna bij bewezenverklaring gevangenisstraffen opgelegd kunnen worden, variërend van enkele maanden tot twaalf jaar afhankelijk van het aantal slachtoffers en de duur van de uitbuiting.[8]

Het onderwerp van dit hoofdstuk is op welke wijze het strafrecht bijdraagt aan de bestrijding van arbeidsuitbuiting van migranten. De vraag die hierbij centraal staat, is op welke gronden de afbakening tussen de strafrechtelijke vorm van arbeidsuitbuiting en andere vormen van arbeidsuitbuiting wordt gemaakt en op welke wijze migranten als slachtoffer van arbeidsuitbuiting in het kader van de strafrechtelijke aanpak worden beschermd.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 3.2 wordt een overzicht gegeven van de voor arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel rele-

7 NRM 2021a, p. 3.

8 Zie artikel 273f lid 1 Sr en Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (*Stcr*. 2016, 14665). In geval van verzwarende omstandigheden kan de strafmaat hoger zijn.

vante internationale juridische instrumenten, voor zover deze nog niet in hoofdstuk 2 zijn besproken. Paragraaf 3.3 bevat het kader voor de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting in Nederland. Het belangrijkste deel van dit hoofdstuk is paragraaf 3.4, waar op basis van een analyse van de Nederlandse jurisprudentie, de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting van migranten in kaart wordt gebracht. Deze analyse laat zien hoe het begrip arbeidsuitbuiting in de jurisprudentie wordt afgebakend en of, en zo ja hoe rekening wordt gehouden met de mogelijke kwetsbaarheid van migranten. Aan het eind van dit hoofdstuk volgt een conclusie.

3.2 Het internationaal juridisch kader

Voor de invulling van het delict arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel zijn diverse internationale juridische normen van belang.[9] De belangrijkste normen zijn slavernij en slavenhandel, gedefinieerd in het Slavernijverdrag en het Aanvullend Slavernijverdrag, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en verplichte arbeid, onder andere terug te vinden in de ILO Conventie 29 en artikel 4 van het EVRM en mensenhandel, zoals gedefinieerd in het Palermo Protocol. De definitie van mensenhandel uit het Palermo Protocol heeft op zijn beurt weer model gestaan voor het Europees Mensenhandelverdrag en de EU Richtlijn mensenhandel.[10] In hoofdstuk 2 zijn deze normen besproken. Het Palermo Protocol en de EU Richtlijn mensenhandel zijn als strafrechtelijke instrumenten niet of slechts zijdelings aan bod gekomen in hoofdstuk 2. Deze instrumenten worden in deze paragraaf besproken.

3.2.1 Mensenhandel in het Palermo Protocol

Ook voor de inwerkingtreding van het Palermo Protocol waren er diverse instrumenten in het internationaal recht die gericht waren op de bestrijding van mensenhandel die teruggaan tot het begin van de vorige eeuw.[11] Deze voorlopers van het Palermo Protocol zagen in eerste instantie alleen op handel in vrouwen en meisjes voor seksuele exploitatie. In diverse opvolgende verdragen werd geleidelijk zowel de personele als materiële reikwijdte uitgebreid.

---

9 Zie voor een uitgebreide bespreking van alle internationale instrumenten waarin begrippen als mensenhandel, slavernij of gedwongen arbeid voorkomen bijv. Gallagher 2010.

10 Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers ervan (*Pb*EU L 101).

11 International Agreement for the Suppression of White Slave Traffic (1904); International Convention for the Suppression of White Slave Traffic (1910); League of Nations Convention for the Suppression of Trafficking in Women and Children (1921); International Convention for the Suppression of Traffic in Women of Full Age (1933); UN Convention for the Suppression of Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others (1949).

Nieuw aan de aanpak van mensenhandel uitmondend in het Palermo Protocol is dat dit gebeurde in de context van de strijd tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad.[12] Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad kreeg drie aanvullende protocollen: het Palermo Protocol tegen mensenhandel, een Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over zee en door de lucht[13] en een protocol gericht tegen de vervaardiging en handel in vuurwapens.[14] Met de inwerkingtreding van het Palermo Protocol wordt de uitbuiting van mensen in een arbeidssituatie beschouwd als een bijzondere vorm van mensenhandel. Het Palermo Protocol definieert mensenhandel als:

> 'The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.'[15]

De definitie bestaat uit drie afzonderlijke aspecten. Pas als is voldaan aan alle drie de elementen van de delictsomschrijving uit deze definitie is er sprake van mensenhandel.

Het eerste aspect ziet op de verschillende mogelijkheden waardoor een persoon in een situatie van uitbuiting kan worden gebracht: het gaat om het werven, vervoeren, overbrengen, onderdak bieden of opnemen van personen. Dit wordt het 'actie-element' genoemd.[16]

Het tweede aspect ziet op de wijze waarop de betrokken persoon in een situatie van uitbuiting wordt gebracht. Dit moet zijn gebeurd door middel van een van de in de definitie opgenomen dwangmiddelen: dreiging met of het gebruik van geweld of andere vormen van dwang, ontvoering, fraude, misleiding, machtsmisbruik, of het misbruik maken van een kwetsbare positie. Dit element van de definitie wordt het middelen-element genoemd. De instemming van het slachtoffer met de voorgenomen uitbuiting is irrelevant indien een van de vormen van dwang die in de definitie zijn genoemd, is gebruikt.[17] Als het gaat om de uitbuiting van kinderen is het niet noodzakelijk dat is aangetoond dat het kind door een van de in de definitie genoemde middelen

12 Esser 2019, p. 143; Gallagher 2010, p. 68.
13 New York, 15 november 2000 inwerkingtreding 28 januari 2004.
14 New York, 31 mei 2005 inwerkintreding 3 juli 2005.
15 Artikel 3 sub a Palermo Protocol.
16 Zie bijv. Gallagher 2010, p. 29.
17 Zie artikel 3 sub b Palermo Protocol.

in de uitbuitingssituatie is gebracht, om van mensenhandel te kunnen spreken.[18] Het derde onderdeel van de definitie bepaalt dat er sprake moet zijn van een oogmerk van uitbuiting bij het uitvoeren van een van de acties. Iemand moet dus de bedoeling hebben om een ander uit te buiten terwijl hij deze persoon, werft, vervoert, onderdak biedt et cetera, maar de daadwerkelijke uitbuiting hoeft nog niet plaats te hebben gevonden. Uitbuiting kan volgens de definitie bestaan uit prostitutie of andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of hiermee vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, of de verwijdering van organen. Nu ten aanzien van deze vormen van uitbuiting in de definitie de woorden *ten minste* zijn opgenomen, betekent dit dat de opsomming van vormen van uitbuiting niet limitatief is bedoeld.[19]

Artikel 5 van het Palermo Protocol verplicht tot strafbaarstelling van gedrag als omschreven in de definitie. Daarnaast worden met artikel 5 lid 2 ook poging tot, medeplegen en organiseren van of opdracht geven tot mensenhandel als strafbare gedragingen aangemerkt.
Artikel 6 en 7 van het Protocol geven potentiële rechten aan de slachtoffers van mensenhandel. Artikel 6 lid 1 betreft maatregelen in het kader van de strafprocedure en artikel 6 lid 3 ziet op bijstand in de vorm van passende huisvesting, medische en materiële bijstand en toegang tot scholing en werk gedurende een periode van lichamelijk, psychisch en sociaal herstel. Deze bepalingen zijn echter niet bindend geformuleerd. Op grond van artikel 7 dienen staten het verlenen van een (tijdelijk) verblijfsrecht aan slachtoffers van mensenhandel te overwegen. Alleen het verzekeren van toegang tot een mogelijkheid voor schadeloosstelling is dwingend geformuleerd.[20]

3.2.2 EU Richtlijn mensenhandel

De EU Richtlijn mensenhandel vervangt het Kaderbesluit 2002/629/JBZ (Kaderbesluit Mensenhandel)[21] en is tot stand gekomen op grond van justitiële samenwerking in strafzaken.[22] In de EU Richtlijn mensenhandel is de omschrijving van mensenhandel ontleend aan de definitie van het Palermo Protocol, maar opgeknipt in twee delen. Artikel 2 lid 1 EU Richtlijn mensenhandel bevat het actie-element, de middelen en het vereiste van oogmerk van uitbuiting. De vormen van uitbuiting staan in artikel 2 lid 3 van de richtlijn. De uitbuitingsvormen zijn uitgebreid met twee nieuwe vormen van uitbuiting: bedelarij

18 Palermo Protocol artikel 3 sub c. Zie ook bijv. Gallagher 2010, p. 31.
19 Scarpa 2008, p. 5.
20 Artikel 6 lid 6 Palermo Protocol.
21 Kaderbesluit van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel (2002/629/JBZ) (*Pb*EG L 203/1).
22 Grondslag voor deze richtlijn is artikel 82 VWEU (zie preambule Richtlijn 2011/36/EU).

en uitbuiting van strafbare activiteiten.[23] Verder wordt het begrip 'kwetsbare positie' ingevuld. Hiermee wordt een situatie bedoeld 'waarin de betrokkene geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan'.[24]

De strafbaarstelling wordt meteen in de aanhef van artikel 2 lid 1 EU Richtlijn mensenhandel gegeven. In artikel 3 van deze richtlijn worden uitlokking van, hulp bij, aanzetten tot en poging tot mensenhandel strafbaar gesteld. Artikel 4 van de richtlijn bevat minimumnormen voor de strafmaat. Artikel 18 lid 4 EU Richtlijn mensenhandel geeft lidstaten in overweging het gebruik van diensten die het voorwerp zijn van uitbuiting terwijl de betrokkene weet dat er sprake is van mensenhandel, strafbaar te stellen.

De bescherming van volwassen slachtoffers is geregeld in artikel 11 en 12 van de richtlijn. Deze bescherming ziet op ten minste opvang, materiële bijstand, noodzakelijke medische zorg en indien nodig vertaling en vertolking. Artikel 12 regelt bijstand in het kader van het strafproces. Voor minderjarige slachtoffers bevat de richtlijn specifieke bepalingen. Artikel 17 EU Richtlijn mensenhandel bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat slachtoffers van mensenhandel toegang hebben tot bestaande regelingen voor de schadevergoeding van slachtoffers van opzettelijke geweldmisdrijven. Artikel 11 lid 3 stelt duidelijk dat lidstaten het verlenen van ondersteuning en bijstand niet mogen laten afhangen van de bereidheid van het slachtoffer om mee te werken aan het strafproces. De regeling van een verblijfsrecht voor slachtoffers van mensenhandel in ruil voor samenwerking met de autoriteiten is geregeld in Richtlijn 2004/81/EG.[25] De richtlijn voorziet in een bedenktijd waarvan de duur kan worden vastgesteld door de lidstaten[26] en in een tijdelijke, verlengbare verblijfsvergunning voor zolang de aanwezigheid van het slachtoffer dienstig is aan het onderzoek of de gerechtelijke procedure.[27] Daarnaast is voor verlening van deze tijdelijke vergunning vereist dat het slachtoffer duidelijk heeft aangegeven te willen meewerken en alle banden met de vermoedelijke daders heeft verbroken.[28] Het tweede lid van deze bepaling stelt dat alleen

23 Artikel 2 lid 3 Richtlijn 2011/36/EU.
24 Artikel 2 lid 2 Richtlijn 2011/36/EU.
25 Richtlijn 2004/81/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie (*PbEU* 2004, L 261/19). Deze richtlijn wordt onder het strafrecht besproken en niet onder het migratierecht, hoewel de juridische grondslag wel ligt in de bevoegdheid tot het nemen van maatregelen op grond van asiel en immigratie (artikel 79 VWEU, oud: artikel 63 Verdrag tot oprichting van de EG). Dit is omdat de bescherming die dit instrument biedt volledig gekoppeld is aan het strafproces en bescherming van slachtoffers van arbeidsuitbuiting als een vorm van het strafrechtelijk delict mensenhandel.
26 Artikel 6 Richtlijn 2004/81/EG.
27 Artikel 8 lid 1 sub a Richtlijn 2004/81/EG.
28 Artikel 8 lid 1 sub b en c Richtlijn 2004/81/EG.

een verblijfstitel mag worden verleend als aan de voorwaarden van het eerste lid is voldaan. De richtlijn voorziet niet in een permanent verblijfsrecht.[29]

3.2.3 De juridische discussie in het internationale discours

Het internationaal juridisch raamwerk bevat diverse instrumenten en begrippen die deels allemaal een eigen definitie en afbakening kennen. Daarnaast worden de juridische concepten van de verschillende instrumenten ook in andere juridische instrumenten toegepast en uitgelegd. Dit leidt tot een conceptuele verstrengeling van de diverse begrippen. De ILO gaat ervan uit dat het begrip gedwongen arbeid ruimer is dan het begrip mensenhandel: 'the term "trafficking in persons" for the purpose of exploitation is encompassed by the definition of forced or compulsory labour provided under Article 2(1) of the Convention No. 29.'[30] Veel slachtoffers van mensenhandel eindigen in een situatie van een vorm van gedwongen arbeid terwijl niet alle slachtoffers van gedwongen arbeid in die situatie zijn gekomen als gevolg van mensenhandel. Tegelijkertijd is gedwongen arbeid een van de uitbuitingsvormen in de definitie van mensenhandel in het Palermo Protocol. Ook de begrippen 'slavernij', met 'slavernij vergelijkbare praktijken', 'schuldbinding of schuldslavernij' (*debt bondage*) en 'dienstbaarheid' zoals gedefinieerd in diverse internationale verdragen, zijn volgens de ILO vormen van gedwongen arbeid.[31] Het EHRM ziet echter het begrip dienstbaarheid als een verschijnsel waarbij bovenop gedwongen arbeid ook nog sprake is van de verplichting om te wonen bij de ander en er geen mogelijkheid is om iets aan de situatie te veranderen.[32] Het EHRM is echter niet consistent met betrekking tot de vraag hoe mensenhandel zich verhoudt tot de in artikel 4 EVRM genoemde concepten en welke verplichtingen hier voor de verdragsluitende staten uit volgen.[33]

De discussie over de definitie van het begrip mensenhandel zoals neergelegd in het Palermo Protocol en overgenomen in andere internationale instrumenten komt in verschillende bewoordingen neer op de vraag hoe ruim of beperkt de drie elementen uit de definitie uitgelegd dienen te worden. De vraag naar de reikwijdte van het begrip mensenhandel kan onderverdeeld worden in enkele subvragen.[34] Ten eerste bestaan er verschillende opvattingen over de kwestie of de definitie van mensenhandel ook van toepassing is op alleen de eigenlijke uitbuiting zelf zonder dat er sprake is van een van de in de definitie genoemde handelingen werven, vervoeren, overbrengen, opnemen

29 Artikel 13 lid 2 Richtlijn 2004/81/EG.
30 ILO 2008, overweging 297.
31 Zie bijv. Belser 2005, p. 2.
32 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*).
33 EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), r.o. 282 en EHRM 13 november 2012 (*C.N./Verenigd Koninkrijk*).
34 Gallagher 2010, p. 47-49.

of onderdak bieden. Hathaway begrijpt de definitie als puur gericht op het proces dat kan leiden tot uitbuiting maar niet op de eigenlijke uitbuiting zelf.[35] Hij meent dat dit het toepassingsbereik van het concept mensenhandel serieus beperkt. In een reactie hierop stelt Gallagher dat de handelingsbegrippen zo breed zijn geformuleerd dat zowel het brengen in een situatie van uitbuiting als het houden in een situatie van uitbuiting onder de definitie van mensenhandel valt. Zij stelt dat er eigenlijk geen situatie denkbaar is waarin wel sprake is van uitbuiting maar niet van mensenhandel.[36] Een tweede punt ziet op de vraag welke dwangmiddelen te kwalificeren zijn als drukmiddel in de zin van de definitie. Een discussiepunt hier is bijvoorbeeld of economische dwangmiddelen ook gelden als dwangmiddel.[37] Koettl bedoelt hiermee dat iemand werk verricht, omdat hij daartoe door economische motieven wordt gedwongen, zonder dat er sprake is van een andere vorm van dwang. Lestrade brengt een onderscheid aan tussen *harmful exploitation* en *mutually advantageous exploitation*.[38] Zij baseert dit onderscheid op een verschil in de dwangmiddelen die zijn gebruikt. Als er sprake is van (dreiging met) fysiek of ander geweld, of misleiding over de aard van de werkzaamheden of de beloning, dan heeft de uitgebuite persoon geen vrije keuze kunnen maken. Dit noemt zij een inperking van de negatieve vrijheid. In dat geval is er sprake van *harmful exploitation*. Als er echter omstandigheden zijn waardoor iemand zich gedwongen voelt om een bepaalde baan te accepteren, bijvoorbeeld omdat deze persoon geen inkomsten heeft en geen huisvesting, of omdat deze persoon dringend geld nodig heeft voor de behandeling van een ziek kind, dan is er geen sprake van een inbreuk op de negatieve vrijheid. Als voor het werk (veel) minder salaris wordt betaald dan wat gebruikelijk is, als de dagen te lang zijn, of de omstandigheden waaronder gewerkt wordt slecht zijn, is er wel sprake van uitbuiting, maar profiteren beide partijen hiervan, ook de uitgebuite persoon. Het is echter wel uitbuiting omdat de uitbuiter misbruik maakt van de omstandigheden waaronder de ander bereid is om bepaalde werkzaamheden te verrichten. Dit noemt Lestrade *mutually advantageous exploitation*. Het derde punt ten slotte, is welke vormen van uitbuiting vallen onder het begrip uitbuiting en hoe ernstig de (beoogde) uitbuiting moet zijn om te spreken van mensenhandel.[39] Deze vraag is ook duidelijk herkenbaar in de Nederlandse jurisprudentie die in paragraaf 3.4 zal worden besproken.

35 Hathaway 2008, p. 10.
36 Gallagher 2009, p. 814-815. Zie ook Lestrade 2018, p. 188.
37 Koettl 2009.
38 Lestrade 2018, p. 24.
39 Gallagher 2010, p. 49.

3.3 Het strafrechtelijk kader in Nederland

In deze paragraaf wordt de stafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting in Nederland geschetst. Eerst komen de totstandkoming en inhoud van de Nederlandse strafbepaling inzake mensenhandel aan bod. Vervolgens worden de richtlijnen voor strafvordering besproken. Als afsluiting van deze paragraaf volgt een kort exposé van enkele juridische dilemma's bij de strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting in Nederland.

3.3.1 Het materiële delict

In de Nederlandse strafwetgeving zijn twee delicten opgenomen die zijn terug te voeren op het hierboven geschetste internationale kader: mensenhandel in artikel 273f Sr en slavenhandel in artikel 274 Sr. Enkele deelnemingshandelingen aan slavenhandel zijn opgenomen in de artikelen 275-277 Sr. In Nederland is geen aparte strafbepaling opgenomen ten aanzien van slavernij zelf of met slavernij vergelijkbare praktijken zoals neergelegd in het Aanvullend slavernijverdrag.[40]

De geschiedenis van de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland reflecteert de internationale ontwikkelingen, maar heeft gedeeltelijke ook een nationale achtergrond.[41] De eerste nationale strafbaarstelling van mensenhandel was beperkt tot strafbaarstelling van vrouwenhandel ten behoeve van uitbuiting in de prostitutie (artikel 250ter Sr, oud). Deze bepaling werd uitgebreid tot strafbaarstelling van handel in minderjarige jongens in 1927 en in 1994 geherformuleerd tot mensenhandel waarbij ook handel in volwassen mannen onder de strafbaarstelling viel. Deze laatste bepaling is in 2000 omgenummerd naar 250a Sr en uitgebreid tot profiteren van mensenhandel. In 2002 werd de materiële reikwijdte verder uitgebreid tot seksuele uitbuiting in het algemeen. De implementatie van internationale regelgeving in de Nederlandse strafwetgeving heeft voor een grondige herziening van de strafbepaling inzake mensenhandel gezorgd. Op 1 januari 2005 trad artikel 273a (oud) Sr in werking. Deze bepaling is in 2006 ongewijzigd omgenummerd tot artikel 273f Sr (zie voor de volledige tekst van artikel 273f Sr de bijlage bij dit proefschrift).[42] In artikel 273a Sr (oud) heeft de wetgever zowel de internationaal erkende definitie uit het Palermo Protocol en het Kaderbesluit mensenhandel willen implementeren als de nationale strafbepaling van artikel 250a Sr. Deze laatste is uitgebreid tot andere vormen van uitbuiting buiten de seksindustrie. In de Memorie van Toelichting wijst de wetgever op de verschillende benaderingen van de strafbaarstelling van mensenhandel in het Palermo Protocol en het

40 Zie ook Lestrade & Rijken 2014, p. 2.
41 Zie voor een overzicht bijv. Smit & Boot 2007; Esser 2019, p. 51.
42 Staatsblad 2006, 300.

Kaderbesluit enerzijds en de wijze waarop dit in artikel 250a Sr was geredigeerd anderzijds:

> 'De omschrijving van mensenhandel in het protocol en het kaderbesluit is anders opgebouwd dan de omschrijving van seksuele uitbuiting in artikel 250a, eerste lid, onderdeel 1° Sr. Dit onderdeel ziet op het met bepaalde middelen dwingen of bewegen van een persoon tot het zich beschikbaar stellen tot seksuele dienstverlening. De redactie van deze bepaling heeft primair het oog op de uitbuiting. De omschrijving van mensenhandel in de beide instrumenten heeft primair betrekking op de activiteit van de mensenhandel (…) gericht op de verwezenlijking van het einddoel, de uitbuiting of de verwijdering van organen.'[43]

De wetgever heeft ervoor gekozen om de internationale benadering van de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273a lid 1 sub 1 Sr (nu 273f lid 1 sub 1 Sr) neer te leggen. Deze bepaling luidt:

> 'Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie gestraft:
> 1°. degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen'.

De uitzondering ten aanzien van kinderen - die inhoudt dat bij kinderen niet aangetoond hoeft te worden dat er gebruik is gemaakt van een dwangmiddel – is opgenomen in lid 1 onderdeel 2. De redactie van deze bepalingen sluit nauw aan bij de definitie van mensenhandel uit het Palermo Protocol. De in de Palermo definitie opgenomen vormen van uitbuiting zijn apart genoemd in artikel 273f lid 2 Sr:

> 'Uitbuiting omvat ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, met inbegrip van bedelarij, slavernij en met slavernij te vergelijken praktijken, dienstbaarheid en uitbuiting van strafbare activiteiten.'

Uitbuiting volgens de omschrijving in lid 2 omvat zowel de termen gedwongen arbeid als verplichte arbeid. Verplichte arbeid wordt niet genoemd in de Palermo Protocol definitie maar wel in het Kaderbesluit mensenhandel. Als implementatie van de EU Richtlijn mensenhandel is een omschrijving van het

43 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291 nr. 3, p. 18.

begrip kwetsbare positie opgenomen in artikel 273f lid 6 Sr. Hieronder wordt mede verstaan 'een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan'.[44]

De nationale benadering van mensenhandel zoals die was opgenomen in artikel 250a, lid 1 sub 1 Sr – waarbij het met name gaat om de uitbuiting zelf – is in gewijzigde vorm (waarbij meerdere vormen van uitbuiting onder het toepassingsbereik vallen dan alleen seksuele uitbuiting) opgenomen in artikel 273f lid 1 sub 4 Sr.[45] Als schuldig aan mensenhandel wordt ook gestraft:

> 'degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt;'

De ongelukkige formulering van het vierde onderdeel van lid 1, waarin het woord uitbuiting zelf niet voorkomt, zorgt voor verwarring met betrekking tot de vraag of (het oogmerk) van uitbuiting een delictsbestanddeel van deze bepaling is.[46] De bedoeling van de wetgever op dit punt blijkt niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis.[47]

Het verbod op slavenhandel is als apart delict in artikel 274 Sr gehandhaafd.[48] De Memorie van Toelichting geeft als reden hiervoor dat ook de internationale instrumenten die enerzijds aan het verbod op mensenhandel en anderzijds aan het verbod op slavernij en slavenhandel ten grondslag liggen als afzonderlijk internationale instrumenten naast elkaar zijn gehandhaafd.

De term uitbuiting en de diverse vormen van uitbuiting zoals slavernij, dienstbaarheid, gedwongen en verplichte arbeid die in 273f lid 2 Sr zijn opgenomen, zijn in de wet niet gedefinieerd. Zoals uit de in paragraaf 3.4 besproken strafrechtelijke jurisprudentie zal blijken, heeft dit geleid tot divergentie in de uitleg van deze begrippen. In de hieronder te bespreken richtlijnen voor strafvordering wordt wel een definitie van dienstbaarheid gegeven.

---

44 Artikel II onder C van de wet van 6 november 2013 tot implementatie van de richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad inzake voorkoming en bestrijding van mensenhandel, de bescherming van slachtoffers ervan en ter vervanging van kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad (PbEU L 101) (*Stb.* 2013, 444).

45 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, nr. 3, p. 18.

46 Zowel Esser & Dettmeijer 2014 als Lestrade & Rijken 2014 wijzen op het risico van een te ruime uitleg van het delict mensenhandel als de letterlijke tekst van sub 4 voldoende zou zijn voor kwalificatie als mensenhandel.

47 Esser 2019, p. 170-173.

48 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29291, nr. 3, p. 13.

3.3.2 Strafvordering

De Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (hierna Richtlijn strafvordering) bevat aanwijzingen voor de te eisen strafmaat voor de verschillende vormen van mensenhandel.[49] Voor de betekenis van de termen slavernij, dienstbaarheid en arbeidsuitbuiting wordt in de richtlijn aangehaakt bij een Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel'.[50] Voor het begrip slavernij wordt gebruik gemaakt van de internationale definitie. Aan dienstbaarheid wordt een eigen definitie gegeven:

> 'Dienstbaarheid is onderworpenheid, een toestand van dominantie over het slachtoffer op werk- en leefgebied en van een (dubbele of meervoudige) afhankelijkheid van het slachtoffer, waarin het wordt gedwongen om arbeid of diensten te verrichten en het (redelijkerwijs) gelooft dat het geen uitvoerbaar alternatief heeft voor het verrichten daarvan. Dienstbaarheid vormt een ernstige inbreuk op de persoonlijke vrijheid en is te beschouwen als een lichtere vorm van slavernij.'[51]

Uit de omschrijving die gegeven wordt van de diverse vormen van uitbuiting volgt een classificatie van zwaar naar licht waarbij de zwaarte van de uitbuiting wordt bepaald aan de hand van de onvrijheid van het slachtoffer:

> 'Bij de begrippen "slavernij", "met slavernij te vergelijken praktijken", "dienstbaarheid" en "gedwongen arbeid of diensten", is sprake van een glijdende schaal van absolute onvrijheid naar relatieve onvrijheid. De ruimte voor het slachtoffer om te kiezen voor een reëel alternatief is afwezig (bij slavernij) dan wel, – in verschillende gradaties -, ingeperkt. Gedwongen arbeid of diensten vormen de ondergrens.'[52]

Het begrip uitbuiting zelf wordt echter ook in de Richtlijn strafvordering niet gedefinieerd. Ten aanzien van dienstbaarheid en arbeidsuitbuiting zijn twee verschillende tabellen opgenomen voor bepaling van de strafmaat. Voor dienstbaarheid is de strafmaat in beginsel alleen gerelateerd aan de duur van de uitbuiting, voor arbeidsuitbuiting is de strafmaat gerelateerd aan het aantal slachtoffers en de duur van de uitbuiting. In geval van verzwarende omstandigheden kan de basis-strafeis worden verhoogd. De Richtlijn strafvordering maakt onderscheid tussen verschillende types van strafmaat beïnvloedende factoren.[53] Met betrekking tot de ernst van het feit worden naast de wettelijke verzwarende factoren (zoals slachtoffer was jonger dan 18 jaar of misbruik

49 Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (*Stcr*. 2016, 14665).
50 Alink & Wiarda 2010, p. 28-29.
51 Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (*Stcr*. 2016, 14665), p. 2.
52 Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (*Stcr*. 2016, 14665), p. 2.
53 De hier genoemde voorbeelden zijn niet alle in de Richtlijn strafvordering genoemde factoren.

van kwetsbare positie[54]) ook factoren genoemd die op het ILO indicatoren lijstje staan: het aantal gewerkte uren per dag en dagen per week, de werkomstandigheden, de hoeveelheid geld die werd afgedragen en de beperking van de bewegingsvrijheid. Bij de verzwarende factoren met betrekking tot het slachtoffer wordt ook weer bijzondere kwetsbaarheid genoemd, die onder andere kan bestaan uit het ontbreken van een legale verblijfsstatus, een opgelopen trauma, schuldenproblematiek of niet kunnen terugkeren naar het land van herkomst. Het is niet duidelijk hoe de verzwarende omstandigheden zich verhouden tot de constituerende elementen van de definitie van mensenhandel (zoals het gebruik van een van de dwangmiddelen die in de definitie opgesomd worden), of tot de indicatoren voor gedwongen arbeid. Nu het begrip uitbuiting zelf niet is gedefinieerd, blijft onduidelijk wat de grenzen zijn tussen geen uitbuiting – uitbuiting – en verzwarende factoren. De Richtlijn strafvordering maakt geen onderscheid tussen het 'eigenlijke' delict mensenhandel zoals neergelegd in artikel 273f lid 1 sub 1 Sr en mensenhandel in de vorm van uitbuiting op grond van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr.

3.3.3 Arbeidsuitbuiting als een vorm van het delict mensenhandel nader beschouwd

In de Nederlandse literatuur worden verschillende vragen opgeworpen die ook in het internationaal discours aan de orde zijn gesteld: wat moet precies worden verstaan onder uitbuiting[55] en waar ligt de grens tussen (excessieve) vormen van uitbuiting die vallen onder het begrip mensenhandel[56] en slecht werkgeverschap?[57] A-G Knigge geeft in zijn Conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 2009[58] een uitgebreid exposé over de vraag wanneer er sprake is van uitbuiting.[59] Hij gaat ook in op de vraag of, en zo ja hoe de eventuele instemming van het slachtoffer en de keuze die hij heeft een rol spelen bij de vraag of er sprake is van uitbuiting. Hij waarschuwt voor een te beperkte invulling van het begrip uitbuiting waarbij er alleen sprake zou zijn van uitbuiting als het gaat om excessief misbruik, of om schending van de fundamentele mensenrechten. Een lijn die in de vroege jurisprudentie volgens A-G Knigge wel is te herkennen.[60] De vraag blijft dan, aldus Knigge, wanneer de arbeidsomstandigheden 'miserabel genoeg zijn' om van uitbuiting te kunnen spreken. Hij verwijst voor een verdere duiding naar het voorbeeld dat in de Memorie van Toelichting wordt gegeven waarbij wordt gesproken

54 Artikel 273f lid 3 onder 2 Sr.
55 Lestrade 2018, p. 58-71.
56 Zie bijv. Korvinus 2010, p. 286-290.
57 De Jonge van Ellemeet 2007, p. 107 - 119.
58 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097.
59 Concl. A-G G. Knigge, PHR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7097.
60 Concl. A-G G. Knigge, PHR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7097, punt 38.

in termen van een 'extreem lange werkweek', tegen 'onevenredig lage beloning' onder 'slechte omstandigheden'.[61] Deze termen moeten in zijn visie gezien worden in de context van wat naar Nederlandse maatstaven normaal is. Hierbij dient tevens betrokken te worden wat het financiële voordeel is voor de uitbuiter. Ten aanzien van de instemming en keuzemogelijkheden van het slachtoffer meent A-G Knigge dat het oogmerk van de dader er op gericht dient te zijn het slachtoffer in een situatie te brengen 'waarin deze "redelijkerwijs geen andere keuze" heeft dan zich te laten exploiteren'.[62] Zodra is vastgesteld dat er sprake is van misbruik van een kwetsbare positie (of van een van de andere dwangmiddelen), is de eventuele 'vrijwilligheid' niet meer relevant.

Een ander discussiepunt is of artikel 273f Sr voldoet aan de eisen die het EHRM stelt ten aanzien van strafbaarstelling van de in artikel 4 EVRM genoemde handelingen.[63] In hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.1 is geconcludeerd dat na de uitspraak in de zaak *Chowdury en anderen tegen Griekenland*[64] aangenomen kan worden dat Nederland in dit opzicht aan zijn verplichtingen voldoet.

Een laatste complicerende relevante factor voor de afbakening van arbeidsuitbuiting, is het onderscheid tussen mensenhandel en mensensmokkel. Van mensensmokkel is sprake als iemand een ander hulp verleent bij het verschaffen van toegang tot Nederland terwijl hij weet dat dit wederrechtelijk is, of iemand uit winstbejag behulpzaam is bij het verschaffen van verblijf, terwijl hij weet dat dit wederrechtelijk is.[65] Mensensmokkel kan naast mensenhandel ten laste worden gelegd of subsidiair. Lestrade concludeert dat in bijna alle gevallen van mensenhandel waarbij het slachtoffer geen verblijfsrecht had, ook mensensmokkel ten laste is gelegd.[66] Uit de dadermonitor mensenhandel 2015-2019 volgt dat in 18% van de zaken waarin mensenhandel ten laste was gelegd daarnaast ook voor mensensmokkel werd vervolgd.[67] Met name het uit winstbejag behulpzaam zijn bij het verschaffen van verblijf kan dicht tegen mensenhandel aan liggen. Iemand zonder verblijfsrecht laten werken of tegen betaling huisvesten kan zowel onder mensenhandel als onder mensensmokkel vallen. Daarnaast kan iemand zonder verblijfsrecht laten werken ook nog bestraft worden op grond van artikel 197b Sr als betrokkene weet of had kunnen vermoeden dat het verblijf onrechtmatig was. Voor een veroordeling

61 Concl. A-G G. Knigge, PHR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7097, punt 44.
62 Concl. A-G G. Knigge, PHR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7097, punt 53.
63 Lestrade & Rijken 2014, Lestrade 2018, p. 327.
64 Zie EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 105-109.
65 Artikel 197a lid 1 en 2 Sr. De Nederlandse strafbepaling is gebaseerd op Richtlijn 2002/90/EG van de Raad van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf (*PbEG* 2002, L328/17). Het element 'winstbejag' is op basis van deze richtlijn niet noodzakelijk bij het geven van hulp bij het wederrechtelijk verkrijgen van toegang, maar nog wel bij het verlenen van hulp bij onrechtmatig verblijf. Zie ook *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 5-6.
66 Lestrade 2018, p. 114-115. Zie hiervoor ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.1.
67 NRM 2021, p. 155.

op grond van artikel 197b Sr is geen (oogmerk van) uitbuiting of winstbejag nodig. Voor mensensmokkel hoeft geen '(oogmerk van) uitbuiting' bewezen te worden, wel winstbejag. Bij mensensmokkel hoeft ook geen sprake te zijn van een inperking van de vrijheid door middel van het gebruik van dwangmiddelen. Wat precies het verschil is tussen winstbejag en uitbuiting, is niet makkelijk vast te stellen. Van der Leun en van Schijndel noemen als een mogelijke oorzaak voor het langzame op gang komen van vervolging en berechting van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, de tweedeling in het beleid tussen enerzijds de bestrijding van illegale migratie, illegale tewerkstelling en de smokkel van illegale migranten en anderzijds de illegale migrant die slachtoffer is van uitbuiting.[68] Als wel mensensmokkel bewezen wordt verklaard, maar geen mensenhandel heeft het slachtoffer geen recht op de bescherming die voor slachtoffers van mensenhandel beschikbaar is.

3.4 Artikel 273f Sr uitgelegd door de rechter

Sinds de uitbreiding van de reikwijdte van artikel 273f Sr tot situaties van arbeidsuitbuiting is het aantal zaken gegroeid waarin strafrechtelijk onderzoek, vervolging en berechting heeft plaatsgevonden. In de periode 2015-2019 zijn 74 opsporingsonderzoeken opgestart,[69] 144 zaken bij het Openbaar Ministerie (OM) ingeschreven en 167 zaken afgehandeld[70] en 76 zaken door de rechter in eerste aanleg afgedaan. De NRM merkt op dat het bij arbeidsuitbuiting nog steeds gaat om een relatief beperkt aantal zaken.[71] Dit betekent ook dat nog niet alle rechtsvragen en interpretaties ten aanzien van de uitlegging van artikel 273f Sr in zaken van arbeidsuitbuiting zijn uitgekristalliseerd. In deze paragraaf wordt de analyse van de jurisprudentie uit de periode 1 januari 2005 tot 1 januari 2021 met betrekking tot arbeidsuitbuiting op grond van artikel 273f Sr gepresenteerd. Arbeidsuitbuiting kan zowel vallen onder artikel 273f lid 1 sub 1 als onder sub 4 Sr.

3.4.1 Verantwoording en afbakening

De zaken die in het onderzoek zijn meegenomen, zijn op verschillende manieren geselecteerd. Op de eerste plaats is gezocht op rechtspraak.nl op trefwoord arbeidsuitbuiting/rechtsgebied strafrecht in de periode 1 januari 2005 tot

68 Van der Leun & Van Schijndel 2012.
69 NRM 2021, p. 120
70 NRM 2021, p. 135 en p. 141. De zaken bij het OM zijn verdeeld in de categorieën seksuele uitbuiting en niet-seksuele uitbuiting. Deze cijfers moeten met enige voorzichtigheid worden benaderd. Zie voor een toelichting op de wijze waarop deze zijn samengesteld NRM 2021, p. 131-133.
71 NRM 2021a, p. 5-6.

1 januari 2021. Dit geeft 89 hits.[72] Deze zaken zijn allemaal bekeken op relevantie. Waar onder deze zaken wel een beroepsprocedure te vinden was, maar niet de zaak in eerste aanleg, is getracht deze te achterhalen met behulp van het ECLI-nummer of op basis van datum. Daarnaast zijn zaken die genoemd zijn in jurisprudentieoverzichten van de NRM en in de literatuur onderzocht en waar relevant meegenomen.

De NRM maakt een onderscheid tussen seksuele uitbuiting, uitbuiting buiten de seksindustrie en orgaanhandel.[73] De uitbuiting buiten de seksindustrie bestaat uit arbeidsuitbuiting, gedwongen dienstverlening en criminele uitbuiting.[74] Vormen van criminele uitbuiting zijn het aanzetten tot drugssmokkel[75] en het aanzetten van kinderen of andere kwetsbare personen tot diefstal of oplichting.[76] Deze vormen van uitbuiting worden hier verder niet besproken. Arbeidsuitbuiting kan bestaan uit uitbuiting binnen een min of meer formele werkgever-werknemerrelatie of in de vorm van het verlenen van diensten. Een aantal zaken waarin is vervolgd wegens arbeidsuitbuiting ziet op het overhalen van personen tot het afsluiten van een telefoonabonnement op eigen naam. In de jurisprudentie werd eerst wisselend geoordeeld over de vraag of dit valt onder arbeidsuitbuiting.[77] Door de Hoge Raad is uiteindelijk bevestigd dat het overhalen van personen tot het afsluiten van telefoonabonnementen, mede vanwege de korte duur van de diensten, in beginsel niet onder arbeidsuitbuiting valt.[78] Deze zaken zijn in dit onderzoek niet meegenomen, omdat deze vorm van dienstverlening in het kader van dit onderzoek ook niet beschouwd wordt als een vorm van arbeid. In totaal zijn 86 uitspraken in de analyse opgenomen. Dit zijn zowel uitspraken in eerste aanleg als in hoger beroep en cassatie. In sommige zaken zijn er meer uitspraken, omdat er meerdere verdachten zijn. Deze uitspraken zijn niet apart geteld. Alle zaken zien op een vorm van arbeidsuitbuiting. In de eerste selectie zijn zowel de zaken opgenomen waarin slachtoffers een niet Nederlandse nationaliteit

72 Er is niet gekozen voor gebruikmaking van het trefwoord 'mensenhandel'. Dit trefwoord levert voor de onderzoeksperiode 2247 hits op. Met het trefwoord mensenhandel worden ook de zaken die zien op uitbuiting in de sfeer van seksuele handelingen geselecteerd, die getalsmatig ver in de meerderheid zijn.

73 NRM 2017, p. 11.

74 NRM 2017, p. 11.

75 Zie bijv. de zaken Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL8022; Rb. 's-Gravenhage: 16 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6593.

76 Zie bijv. de zaken Rb. Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679; Rb. Den Haag 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10605; Rb. Noord-Holland 9 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2328; Rb. Midden-Nederland 28 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE: 5642; Rb. Gelderland 28 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:6045.

77 Zie bijv. Rb. Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010: BO8985; Rb. Gelderland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3166; Hof Amsterdam 7 november 2012, ECLI:NL:2012:BY3257; Hoge Raad 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:556.

78 HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:556, r.o. 2.4.2-2.5.3.

hebben, als de zaken waarin de nationaliteit niet wordt vermeld en dus in ieder geval geen rol speelt in de procedure.

In onderstaande analyse volgt eerst een beschrijving van de zaken aan de hand van twee kenmerken: nationaliteit/land van herkomst van de slachtoffers, en de sector waarin de slachtoffers werkzaam waren. Vervolgens wordt gekeken naar de rol die de verblijfsstatus van de migrant speelt in de procedure en hoe het gegeven dat het gaat om een migrant van invloed is op het bewijs van het gebruik van dwangmiddelen. Daarna wordt ingegaan op de afbakening van het begrip (arbeids)uitbuiting en het gebruik van de verschillende uitbuitingsvormen die in artikel 273f lid 2 Sr zijn opgenomen. Dan komt het oneigenlijke gebruik van de slachtofferregeling in het kader van de betrouwbaarheid van de slachtoffers aan bod. De analyse sluit af met een overzicht van de wijze waarop een vordering tot schadevergoeding door de rechter wordt afgedaan.

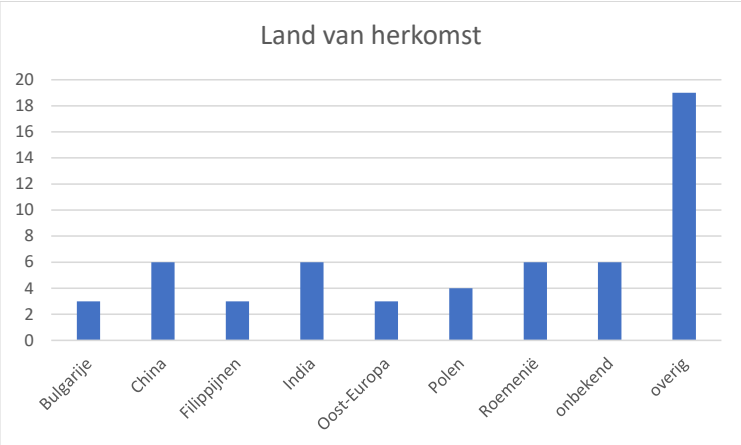
3.4.2 Beschrijving van de zaken

Na toepassen van bovengenoemde criteria voor het selecteren van de relevante zaken blijven er van de 86 uitspraken, 58 zaken in eerste aanleg over. Deze 58 zaken betreffen meer procedures, omdat in veel zaken meer dan een verdachte is berecht.[79]

Van de 58 zaken gaat het in 51 zaken om personen met een andere dan de Nederlandse nationaliteit. In acht zaken wordt geen melding gemaakt van de nationaliteit. In deze zaken speelt een eventuele migratieachtergrond in ieder geval geen rol. Het gaat dus in 88% van de zaken om een migrant en in 12% van de zaken om een Nederlander of een persoon van wie de nationaliteit niet wordt vermeld, maar waar de nationaliteit ook geen rol speelde in de zaak. In vergelijking met de verhouding tussen het aantal Nederlanders en niet-Nederlanders dat eerder op basis van onderzoek van onder andere de NRM is vastgesteld (4 % tegenover 96 %, zie paragraaf 3.1), ligt het aandeel van zaken die Nederlanders of personen met een niet benoemde nationaliteit betreffen in deze selectie iets hoger (12 %). Het aandeel van zaken die migranten betreffen is echter nog steeds veruit het grootst.

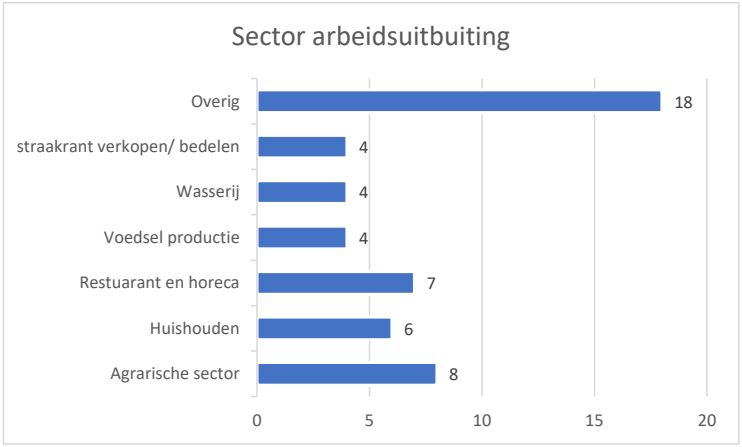
De meest voorkomende landen van herkomst van de slachtoffers zijn China, India, Polen en Roemenië (zie figuur 3). Dit wil niet zeggen dat de meeste slachtoffers ook uit deze landen komen. Het aantal slachtoffers per zaak varieert. In sommige zaken zijn er slachtoffers uit meerdere landen.

79 Het aantal verdachten per zaak is in dit onderzoek niet systematisch in beeld gebracht, maar in het jurisprudentieoverzicht zijn tussen haakjes de nummers van uitspraken t.a.v. andere verdachten in dezelfde zaak weergegeven.



Figuur 3: Land van herkomst slachtoffers arbeidsuitbuiting

In de 51 zaken die migranten betreffen, zijn de meest voorkomende sectoren waarin slachtoffers van arbeidsuiting werkzaam waren, de agrarische sector, hulp in de huishouding, restaurant en horeca, voedselproductie en wasserijen (zie figuur 4). In sommige zaken ging het om bemiddeling naar arbeid in verschillende sectoren of uitzending van arbeidsmigranten naar ongespecificeerde sectoren.



Figuur 4: Aantal zaken per arbeidssector

3.4.3 Verblijfsrechtelijke status

Migranten die slachtoffer zijn van arbeidsuitbuiting kunnen verschillende verblijfsrechtelijke statussen hebben. Op basis van het jurisprudentieonderzoek

zijn zes verschillende situaties te onderscheiden. Ten aanzien van derdelanders zijn dit: a) geen verblijfrecht (ook aangeduid als onrechtmatig, niet-rechtmatig of irregulier verblijf), b) frauduleus verkregen verblijfsrecht, c) verblijfsrecht gekoppeld aan werk, of d) ander verblijfrecht dat niet is gekoppeld aan werk. Voor Unieburgers wordt onderscheid gemaakt tussen de situatie e) verblijfsrecht en f) wel verblijfsrecht maar geen tewerkstellingsvergunning (twv). In tabel 1 zijn deze zes verblijfsrechtelijke statussen opgenomen met het aantal zaken per categorie en het aantal veroordelingen en vrijspraken in eerste aanleg en in hoger beroep voor zover deze afwijken van de beslissing in eerste aanleg.[80]

De meeste zaken[81] betroffen derdelanders zonder verblijfsrecht. In 16 van de 25 zaken werd in eerste aanleg arbeidsuitbuiting door een of meerdere daders bewezen verklaard. Voor zover beroepszaken zijn gevonden, is in zes zaken na hoger beroep alsnog een veroordeling gevolgd. Een tweede vorm van verblijfsrechtelijke status is dat er een verblijfsvergunning regulier is aangevraagd en verleend, maar dat al bij de aanvraag fraude is gepleegd. Dit maakt dat de verblijfsvergunning ten onrechte is verleend en er dus feitelijk sprake was van onrechtmatig verblijf. Dit speelde ten aanzien van enkele zaken waar Filipijnse werknemers waren aangetrokken voor de offshore en de binnenvaart.[82] Dit speelde ook in de zaak waar een Chinees echtpaar op basis van een vergunning als kennismigrant was aangetrokken voor een managementfunctie in een hotel, maar beide partners meteen na aankomst als schoonmaker en 'manusje van alles' tewerk werden gesteld tegen een veel lagere vergoeding dan de vergoeding die op basis van de kennismigrantenregeling minimaal betaald moet worden voor het verkrijgen en behouden van deze vergunning.[83] De derde vorm van verblijfrecht betreft verblijf op grond van een verblijfsvergunning die gekoppeld is aan het werken voor een bepaalde werkgever. Deze vorm kwam enkele keren voor met betrekking tot een Chinese en een Indiase kok.[84] In de laatste variant ten aanzien van derdelanders hadden betrokken migranten een geldige verblijfsstatus. In één zaak ging het om

80 Lang niet in alle zaken is een beroepszaak gevonden. Het is niet met zekerheid te zeggen dat van alle uitspraken waarin hoger beroep is ingesteld, deze beroepszaak is gevonden.

81 De 'meeste zaken' wil niet zeggen de meeste slachtoffers.

82 Zie bijv. Rb. Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2367; Rb. Rotterdam 10 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:339.

83 Zie Rb. 's-Gravenhage 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR3337.

84 Er bestaat sinds 2014 een speciale regeling voor toelating van Aziatische koks, waarbij onder soepeler voorwaarden een verblijfsvergunning wordt verstrekt: Convenant Chinese horeca geldig van 1 oktober 2014 tot 1 oktober 2016, Stcr. 2014, 30765; Regeling Aziatische horeca geldig van 1 oktober 2016 tot 1 oktober 2019, Stcr. 2016, 50328; Regeling Aziatische horeca geldig vanaf 1 oktober 2019, Stcr. 2019, 48234. Tegelijk bestaan er signalen dat uitbuiting onder Chinese koks die op grond van deze opvolgende regelingen naar Nederland zijn gehaald op grote schaal voorkomt. Zie Van den Braak, Kuipers & Wouters 2021. Voor 2014 kon een verblijfsvergunning worden verleend als er een tewerkstellingsvergunning werd verstrekt.

migranten met een verblijfsvergunning asiel.[85] In de andere zaak ging het om Turkse werknemers.[86] Uit deze laatste zaak werd niet duidelijk op welke grond deze verblijfsvergunning was verleend en of betrokkenen afhankelijk waren van het werk voor het behoud van deze verblijfsvergunning.

De vijfde verblijfsstatus is EU-verblijfsrecht voor Unieburgers. Deze verblijfsstatus kwam na 'geen verblijfsrecht' het vaakst voor. Een variant op het EU-verblijfsrecht voor Unieburgers is dat de betrokken Unieburger wel recht op verblijf had, maar niet mocht werken zonder een twv. Deze situatie bestond in de jaren na de toetreding van Oost- en Midden-Europese landen tot de EU vanaf 2004 in het kader van een overgangsregeling met betrekking tot toegang tot de arbeidsmarkt van de burgers van de nieuwe EU-lidstaten.[87] Na elke toetreding van nieuwe lidstaten gold een overgangsregeling voor enkele jaren. Dit is de zesde verblijfsvariant.

Tabel 1: Uitspraak naar verblijfsstatus

	Aantal	*Veroordeling in 1ste aanleg*	*vrijspraak in 1ste aanleg*	*Veroordeling in hoger beroep op vrijspraak**	*Vrijspraak in hoger beroep op veroordeling**
Geen verblijfsrecht	25	16	9	6**	1
Frauduleus verkregen verblijfsrecht	4	2	2	0	0
Verblijfsrecht gekoppeld aan werk	3	3	0	0	0
Verblijfsrecht derdelander	2	1	1	0	0
Verblijfsrecht unieburger	13	11	2	0	2***
Wel verblijfsrecht geen twv Unieburger	4	1	3	0	0
Onbekend	1	0	1	0	0
Totaal	51	34	18	6	3

* Lang niet in alle zaken is beroep ingesteld.
** In een zaak is pas na cassatie en terug-verwijzing alsnog een veroordeling tot stand gekomen.
*** In een zaak alleen vrijspraak t.a.v. twee van de vier slachtoffers.

85 Rb. Amsterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1631.
86 Rb. Den Haag 20 januari 2015, RBDHA:2015:456.
87 Zie over de overgangsregelingen meer in hoofdstuk 4.

3.4.4 Onrechtmatig verblijf in relatie tot kwetsbaarheid

Na de invoering van het strafrechtelijk verbod op arbeidsuitbuiting had de rechter in de eerste zaak van uitbuiting van Chinese koks zonder verblijfsrecht, in eerste aanleg geconcludeerd dat er geen sprake was van mensenhandel.[88] Dit oordeel werd door het Hof overgenomen. Het Hof stelde dat hoewel aangenomen mocht worden dat betrokken Chinezen zich in een kwetsbare positie bevonden door hun irreguliere verblijfsstatus, niet bewezen kon worden dat verdachten doelbewust misbruik hebben gemaakt van de afhankelijkheid of kwetsbare positie.[89] In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat het Hof hier een te strenge eis heeft gesteld.[90] Uit de tekst van artikel 273f lid 1 sub 1 Sr kan ten aanzien van het gebruik van de dwangmiddelen niet een extra opzetvereiste in de vorm van *doelbewust* misbruik worden afgeleid, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad onderstreept met een verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 273f Sr, dat in een situatie van onrechtmatig verblijf afhankelijkheid en een kwetsbare positie mogen worden verondersteld. Voor het aantonen van misbruik van deze kwetsbare positie is het volgens de Hoge Raad voldoende 'dat de dader zich bewust moet zijn geweest van de relevante feitelijke omstandigheden van de betrokkenen waaruit het overwicht blijkt'.[91] Ook stelt de Hoge Raad dat het geen zelfstandig vereiste is dat het initiatief is uitgegaan van de verdachte of dat de verdachte betrokkene in de uitbuitingssituatie heeft gebracht.[92] Verder hoeft de omstandigheid dat het slachtoffer van tevoren op een of meerdere plekken heeft gewerkt geen aanwijzing te zijn voor vrijwilligheid.[93] Deze uitspraak van de Hoge Raad (ook wel aangeduid als het Chinese horeca-arrest) heeft geleid tot een aantal veroordelingen in hoger beroep van zaken van niet-rechtmatig verblijvende migranten, waarin de rechter in eerste aanleg tot een vrijspraak was gekomen.

Toch leidt irregulier verblijf na de uitspraak van de Hoge Raad van 2009 niet altijd tot bewezenverklaring van arbeidsuitbuiting. Ook als misbruik van kwetsbare positie bewezen kan worden, is voor het bewijs van arbeidsuitbuiting nog wel vereist dat de acties plaats vonden met het *oogmerk van uitbuiting* (273f lid 1 sub 1 Sr), dan wel dat iemand is gedwongen of overgehaald om zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of het verlenen van diensten met het *oogmerk van uitbuiting* (273f lid 1 sub 4 Sr). Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter oordeelde dat er geen sprake was van uitbuiting is de zaak van Singh migranten in een rotifabriek.[94] Twee van hen werkten twee à drie maanden van 22.00 uur tot 07.00 uur in een keuken waar het

88 Rb. 's-Hertogenbosch 8 maart 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA0141.
89 Hof 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2999.
90 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099.
91 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, r.o. 2.5.1.
92 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, r.o. 2.5.2.
93 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, r.o. 2.5.2.
94 Rb. Den Haag 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12549.

ongeveer 40 graden was voor € 50 per nacht. De rechter beoordeelt de vraag of er sprake was van uitbuiting als volgt:[95]

> 'Als de rechtbank de situatie van aangevers tegen dit licht beschouwt, dan con stateert zij dat de omstandigheden waaronder werkt gewerkt weliswaar zwaar waren (…) maar dat de duur zoals die kon worden vastgesteld niet extreem lang was (…). Verdachte regelde het vervoer van en naar de woning van aangevers en elke dag konden zij opnieuw beslissen of zij wel of niet wilden komen werken. Hoewel [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], gelet op hun illegale status beperkt waren in hun keuzevrijheid, hebben zij uiteindelijk zelf besloten niet meer te komen en zijn op zoek gegaan naar een nieuwe werkgever, zoals zij dat ook al eerder hadden gedaan. (…) en hoewel verdachte ontegenzeggelijk economisch voordeel heeft genoten door aangevers zwart uit te keren onder het minimumloon is het door aangevers ontvangen uurloon (ongeveer € 6,25) niet zodanig laag in verhouding tot het minimum netto loon dat dit doorslaggevend gewicht in de schaal legt.'

Een ander voorbeeld is de zaak van de Marokkaan die bij wijze van vriendendienst in de kassen mocht werken.[96] In deze laatste zaak is in hoger beroep alsnog arbeidsuitbuiting bewezen verklaard.[97] Het Hof vond in tegenstelling tot de rechtbank dat er wel sprake was van uitbuiting.

3.4.5 Dwangmiddelen bij rechtmatig en onrechtmatig verblijvende migranten

Ook in veel van de onderzochte zaken waarin geen sprake was van onrechtmatig verblijf is arbeidsuitbuiting wel bewezen verklaard (zie tabel 1). Het gaat hierbij zowel om verblijf van Unieburgers op grond van het Unierecht, als om derdelanders die verblijven op grond van een verblijfsvergunning. Dat betekent dat in deze zaken geen kwetsbaarheid op grond van de onrechtmatige verblijfsstatus kan worden aangenomen, maar dat er sprake moet zijn van andere omstandigheden waaruit kwetsbaarheid kan worden afgeleid of dat er sprake moet zijn van het gebruik van andere dwangmiddelen. De dwangmiddelen die in het kader van arbeidsuitbuiting van migranten meest worden gebruikt zijn misleiding, misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht of misbruik van een kwetsbare positie. Daarnaast wordt ook in meerdere zaken dreiging met (of gebruik van) geweld aangenomen als een van gebruikte de dwangmiddelen.[98] Een voorbeeld van het gebruik van misleiding is te vinden in de zaak van het Chinese echtpaar dat in een hotel ging werken:

---

95 Rb. Den Haag 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12549, r.o. 3.4.2.
96 Rb. Overijssel 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3888.
97 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1659.
98 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM4240; Rb. Gelderland 15 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7746.

> 'Het (dwang)middel misleiding acht de rechtbank wel bewezen, omdat verdachte aan [A] en [B] een baan als manager aanbood tegen een naar Nederlandse maatstaven passend salaris, terwijl daar meteen na aankomst in Nederland geen sprake van bleek te zijn.'[99]

Ten aanzien van de Turkse werknemers in een naaiatelier en stomerij nam de rechter ook het bestaan van misleiding aan:

> 'De rechtbank is op grond van bovenstaande van oordeel dat verdachte aangevers (…) heeft misleid door hen voor te stellen dat zij € 13 per uur zouden gaan verdienen voor reguliere uren, dat de werkdagen in beginsel acht uren zouden bedragen en dat zij geen huur zouden hoeven te betalen.'[100]

Het Hof Den Bosch meent echter in de zaak van de aspergestekers dat voor bewijs van misleiding aangetoond moet kunnen worden dat het vooraf al de bedoeling was dat een in deze zaak toegezegde beloning niet zou worden uitgekeerd.[101] Hoewel misleiding inderdaad veronderstelt dat de situatie anders wordt voorgesteld dan deze in werkelijkheid is, of zal zijn, lijkt het moeten aantonen van de intentie vooraf een – te – strenge eis.

Misbruik maken van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht of van een kwetsbare positie wordt ingevuld aan de hand van verschillende indicatoren die gedeeltelijk samenhangen met de situatie van een migrant. In de zaak van een Chinese kok met verblijfsvergunning stelt de rechtbank vast dat 'Aangever zich in een land bevond waarvan hij de taal niet sprak en de cultuur niet kende.'[102] In de zaak van de Oost-Europese (voornamelijk Slowaakse) aardbeienplukkers in Steenwijk werd de kwetsbaarheid door de rechter als volgt omschreven:

> 'Hiertoe overweegt de rechtbank dat de betreffende werknemers zich bevonden in een economisch kwetsbare en zwakke positie. De levensstandaard en lonen liggen in het land van herkomst aanzienlijk lager dan in Nederland. Voorts waren zij de Nederlandse taal niet machtig, verkeerden zij door hun lange werkdagen en verblijfplaats in een relatief sociaal isolement, hadden zij in de beginfase weinig financiële middelen, verkeerden zij in onzekerheid over het door hen te verdienen loon en waren zij slecht op de hoogte van de hier te lande geldende wet- en regelgeving.'[103]

De rechter baseert hier de kwetsbaarheid op een combinatie van factoren die samenhangen met migratie en economische factoren. Andere omstandigheden die in de rechtspraak worden meegenomen bij de vraag of er sprake is van

---

99 Rb. 's-Gravenhage 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR3337.
100 Rb. Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:456.
101 Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0599.
102 Rb. Oost-Brabant 29 november 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6594.
103 Rb. Overijssel 28 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2951.

kwetsbaarheid of overwicht zijn: het innemen van identiteitsdocumenten,[104] het laten ondertekenen van een contract in een taal die het slachtoffer niet kent, het niet (volledig) uitbetalen van het salaris (waardoor werknemers gedwongen zijn om te blijven of terug te keren),[105] het innemen van een bankpas,[106] aanzienlijke kosten die het slachtoffer heeft gemaakt om in Nederland te kunnen werken,[107] de schuld die het slachtoffer heeft aan de werkgever of aan anderen,[108] of een gedwongen combinatie van huisvesting en werk.[109]

3.4.6 Uitbuiting

In de jurisprudentie is divergentie ontstaan ten aanzien van de vraag of uitbuiting onderdeel uitmaakt van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr en daarmee noodzakelijk is voor de bewezenverklaring van mensenhandel, terwijl dit niet in de tekst van dit artikellid staat. Enerzijds wordt door rechters onder verwijzing naar de strekking van de bepaling of de Memorie van Toelichting aangenomen dat er wel sprake moet zijn van uitbuiting:

> 'Hoewel artikel 273f, lid 1, onder 4 Sr niet expliciet 'uitbuiting' noemt, dient, wil aan de delictsomschrijving zijn voldaan, gelet op de strekking van deze strafbepaling wel sprake te zijn van het zich beschikbaar stellen tot het verrichten van arbeid in een situatie die als uitbuiting kan worden gekenschetst.'[110]

Andere rechters stellen echter, nu uitbuiting of het oogmerk van uitbuiting geen onderdeel van de delictsomschrijving is, dat uitbuiting niet in dit bestanddeel ingelezen mag worden.[111] In twee uitspraken in 2015 en 2016 heeft de Hoge Raad duidelijkheid geschapen door vast te stellen dat voor het bewijs van mensenhandel op grond van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr er sprake moet zijn van een veronderstelling van uitbuiting[112] en dat uitbuiting moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel.[113]

Divergentie in de jurisprudentie ten aanzien van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel komt echter niet alleen door het al dan niet inlezen van het begrip uitbuiting in artikel 273f lid 1 sub 4 Sr, maar ook door onduidelijkheid ten aanzien van de vraag wat uitbuiting inhoudt. In de rechtspraak

104 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0599.
105 Zie bijv. Rb. Roermond 26 oktober 2010, RBROE:2010:BO3022.
106 Zie bijv. Hof Amsterdam 29 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3143.
107 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM4240.
108 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 2010, EXLI:NL:GHSHE:2010:BL5492.
109 Zie bijv. Rb. Limburg 10 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9602.
110 Rb. 's-Gravenhage 3 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM3374. Zie ook bijv. Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ1281.
111 Rb. Overijssel 28 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2951.
112 HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, r.o. 4.3.2.
113 HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:201:554, r.o. 2.4.3. Zie ook: Esser 2019, p. 234-235.

worden verschillende maatstaven genoemd. In het Chinese horeca-arrest van de Hoge Raad van 2009 formuleert de Hoge Raad het criterium voor de vraag of er sprake is van (oogmerk van) uitbuiting:

> 'De vraag of – en zo ja, wanneer – sprake is van uitbuiting in de zin van onderhavige bepaling is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Bij de beantwoording van die vraag komt in een geval als het onderhavige onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkenen meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald. Bij de weging van deze en andere relevante factoren dienen de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader te worden gehanteerd'.[114]

Dit criterium is in verschillende zaken overgenomen en wordt nu standaard toegepast.[115] In plaats van verwijzing naar het Nederlandse referentiekader wordt ook wel als maatstaf de vraag genoemd of 'een mondige Nederlandse werknemer met deze omstandigheden had ingestemd'.[116] Het Hof Arnhem-Leeuwarden merkt echter op:

> 'dat niet iedere afwijking van wat voor een mondige werknemer acceptabel is arbeidsuitbuiting oplevert. Een vergelijking met de normale arbeidssituatie in Nederland kan als relevant worden aangemerkt voor zover de arbeidsomstandigheden excessief en onaanvaardbaar zijn volgens de in de Nederlandse maatschappij en rechtsorde geldende normen.'[117]

Een complicerende factor is dat de uitbuitingsvormen opgenomen in artikel 273f lid 2 Sr (slavernij en hiermee vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid en gedwongen of verplichte arbeid) allemaal zelf ook een vorm van onvrijheid kennen. Arbeidsuitbuiting op basis van 273f lid 1 sub 1 Sr veronderstelt dus een vorm van dwang bij een van de acties met het oogmerk op uitbuiting, maar ook een vorm van dwang die inherent is aan de uitbuitingsvormen zelf. Dit geldt ook voor arbeidsuitbuiting op grond van lid 1 sub 4, nu ook hier uitbuiting als impliciet bestanddeel dient te worden bewezen. Omdat deze vormen van uitbuiting voorbeelden zijn, is niet duidelijk of er voor bewezenverklaring altijd sprake moet zijn van beperking van de vrijheid ten aanzien van het ondergaan van de uitbuiting. Het begrip uitbuiting zelf is zoals eerder opgemerkt niet gedefinieerd. In de rechtspraak is dit terug te zien in het criterium of het 'voor de arbeiders in redelijkheid mogelijk is zich aan de

114 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, r.o. 2.6.1.

115 Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6501; Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:996; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2189.

116 Zie bijv. Rb. Overijssel 28 november 2013 ECLI:NL:RBOVE:2013:2951; Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0599.

117 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI;N:GHARL:2014:2257.

situatie te onttrekken'.[118] Dit criterium leidt in sommige zaken tot vrijspraak, zoals bijvoorbeeld de zaak van de Turkse werknemers in een naaiatelier en stomerij, waarbij wel gebruik van een van de dwangmiddelen was bewezen, te weten, misleiding, maar waar de rechtbank toch oordeelde dat arbeidsuitbuiting niet kon worden bewezen, omdat de mannen niet in de positie verkeerden dat zij geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze hadden dan het misbruik te ondergaan.[119] In de zaak van vier Roemeense straatkrantverkopers concludeerde het Hof in hoger beroep ten aanzien van twee van de slachtoffers dat in tegenstelling tot wat de rechtbank had geoordeeld, er geen sprake was van uitbuiting, omdat zij de middelen en mogelijkheid (bezit van een auto en enkele kennissen in Nederland) hadden om zich aan de uitbuiting te onttrekken.[120] In de zaak van de onrechtmatig verblijvende Singh migranten in een rotifabriek formuleert rechtbank Den Haag het als volgt:

> 'Kunnen deze situaties kwalificeren als uitbuiting? Gedwongen arbeid of diensten, slavernij of met slavernij vergelijkbare praktijken vallen onder mensenhandel wanneer iemand werkt onder significant slechtere omstandigheden of tegen een fors lager loon dan dat van mondige werknemers, terwijl keuzevrijheid ontbreekt om te stoppen.'[121]

Het is onduidelijk hoe het ontbreken van deze keuzevrijheid, die is besloten in de vormen van uitbuiting die zijn opgenomen in artikel 273f lid 2 Sr (en ontleend aan de definitie van mensenhandel uit het Palermo Protocol) zich verhoudt tot het beginsel dat de instemming van het slachtoffer met de voorgenomen uitbuiting irrelevant is indien een van de vormen van dwang die in de definitie zijn genoemd, is gebruikt.[122]

Wat precies de grenzen zijn om te kunnen spreken van uitbuiting is nog niet duidelijk. In de zaak van Indiase onrechtmatige verblijvende werknemers in een tempé- en tahoefabriek oordeelde het Hof dat een salaris van € 800 voor een gemiddeld 72-urige werkweek, ver onder het minimumloon ligt en dat de arbeidsomstandigheden relatief zwaar waren.[123] A-G Knigge meent in dit verband dat de mate van inperking van de vrijheid en de ernst van misstanden tegen elkaar afgewogen kunnen worden. Hij spreekt over twee polen – de eerste pool ziet op de mate van afhankelijkheid en onvrijheid en de tweede pool op de arbeidsvoorwaarden en het economisch gewin.[124] Deze twee polen

118 Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0599; Rb. Amsterdam 1 maart 2018 ECLI:NL:RBAMS:2018:1117.
119 Rb. Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:456.
120 Rb. Noord-Nederland 25 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:3918; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10098.
121 Rb. Den Haag 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12549, r.o. 3.4.2.
122 Zie artikel 3b Palermo Protocol.
123 Hof Arnhem 29 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011: BQ9784.
124 Concl. A-G G. Knigge, PHR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7097, punt 56.

zijn op te vatten als communicerende vaten. Hoe groter de inperking van de vrijheid, hoe minder belangrijk de arbeidsomstandigheden en het economisch gewin zijn en vice versa.

3.4.7 De verschillende uitbuitingsvormen

Lestrade merkt op dat in de Nederlandse jurisprudentie in het algemeen niet expliciet wordt gespecificeerd om welke uitbuitingsvorm het gaat.[125] Esser concludeert dat uit het Chinese horeca-arrest van 2009 volgt, dat de Hoge Raad ook niet een dergelijke specificering vereist.[126] Een voorbeeld van een uitspraak waarin de rechter wel expliciet de verschillende uitbuitingsvormen benoemt is de zaak van de Roemeense bouwvakkers.[127] De rechter stelt dat hij eerst zal onderzoeken of er sprake is van uitbuiting, omdat dit zowel een bestanddeel is van artikel 273f lid 1 sub 1 Sr, als ingelezen dient te worden in artikel 273f lid 1 sub 4 Sr:

> 'De rechtbank zal daarom eerst onderzoeken of de ten laste gelegde gedragingen gedwongen of verplichte arbeid of diensten, slavernij en met slavernij of dienstbaarheid te vergelijken praktijken in de zin van artikel 273f Sr. hebben opgeleverd. Daarbij is van belang of de ten laste gelegde gedragingen in strijd zijn met de menselijke waardigheid, de lichamelijke integriteit of de persoonlijke vrijheid – in de zin van beperking van de bewegingsvrijheid – van de in de tenlastelegging genoemde personen. Voorts moet sprake zijn van een zekere mate van onderwerping of horigheid van deze personen.'[128]

Het gebruik van de termen onderwerping of horigheid in bovengenoemde overweging doen sterk denken aan het begrip dienstbaarheid, zoals door het EHRM in de zaak *Siliadin tegen Frankrijk* uitgelegd. Deze passage toont het belang aan van een goed onderscheid tussen de verschillende gedragingen. Het is denkbaar dat er in een bepaalde situatie geen sprake is van dienstbaarheid, maar dat de behandeling van het slachtoffer wel te kwalificeren is als gedwongen arbeid. Dit onderscheid wordt door de rechtbank in deze zaak niet duidelijk gemaakt. Het EHRM beschouwt dienstbaarheid als een zwaardere vorm van uitbuiting. Ook in de Richtlijn Strafvordering wordt hiervan uitgegaan.

De meeste Nederlandse zaken waarin een met de zaak *Siliadin tegen Frankrijk* vergelijkbaar feitencomplex speelde, zijn echter door de rechtbank niet expliciet als een vorm van dienstbaarheid gekenschetst. Lestrade noemt het

125 Lestrade 2018, p. 60-63.
126 Esser 2019, p. 198.
127 Rb. Leeuwarden 13 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN1233.
128 Rb. Leeuwarden 13 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN1233.

voorbeeld van de Turkse huishoudelijke hulp.[129] Het gaat in deze zaak om een minderjarig Turks meisje zonder verblijfsrecht dat inwoont bij haar oom en tante en grotendeels het huishouden doet, voor de kinderen zorgt, niet naar school gaat en alleen naar buiten mag om de kinderen weg te brengen of op te halen. De rechter benoemt de omstandigheden waaruit uitbuiting bestaat, maar classificeert dit niet als dienstbaarheid. Naast deze zaak zijn er nog een paar zaken waarin een vergelijkbaar feitencomplex speelde.[130]

3.4.8 Oneigenlijk gebruik slachtofferrechten

In de situatie dat slachtoffers onrechtmatig verblijf hebben, kunnen zij in ruil voor medewerking aan het strafproces verblijfsrechtelijke bescherming krijgen en recht op opvang en materiële voorzieningen.[131] Ook Unieburgers kunnen rechten aan deze regeling ontlenen voor zover zij deze rechten niet op basis van hun status als Unieburger kunnen inroepen.[132] Bij diverse overheidsinstanties bestaat enige bezorgdheid over mogelijk misbruik van verblijfsaanspraken en andere rechten waar slachtoffers van mensenhandel gebruik van kunnen maken.[133] Deze zorgen hebben geleid tot diverse onderzoeken naar mogelijk oneigenlijk gebruik van de slachtofferregeling.[134] In 2019 zijn er zorgen geuit over de stijging van het aantal aangiftes van asielzoekers voor wie een andere lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek (zogenaamde Dublinclaimanten).[135] Een mogelijk recht op verblijf en aanspraak op overige voorzieningen wordt ook door de rechter soms gezien als een reden om voorzichtigheid te betrachten ten aanzien van de betrouwbaarheid van de door het slachtoffer afgelegde verklaringen. Hier zijn meerdere voorbeelden van te geven. Rechtbank Rotterdam overweegt in 2012 in een zaak van een Marokkaans meisje dat als minderjarige onrechtmatig in Nederland verbleef en in de huishouding van familie werkte: 'Daarbij moet bovendien bedacht worden dat aangeefster ten tijde van haar aangifte mogelijk belang heeft gehad bij de strekking van haar verklaring in verband met een beroep op de zogeheten B9-regeling uit de Vreemdelingencirculaire.'[136]

---

129 Lestrade 2018, p.62; Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:996.

130 Zie de zaak van een irregulier verblijvend jong meisje dat de huishouding deed en voor de gehandicapte dochter van haar 'bazin' moest zorgen, Rb. Den Haag 26 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1968, en de Marokkaanse neef die lange dagen in de stoffenkraam werkte, Rb. Amsterdam 3 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8010.

131 Vc B8/3. Zie ook par. 2.4.3.

132 Vc B8/3.1.

133 Zie bijv. Klaver, Van der Leun & Schreijenberg 2013, p. II.

134 Klaver, Van der Leun & Schreijenberg 2013; Lettinga, Keulemans & Smit 2013.

135 Brief van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 28 juni 2019, 2620667.

136 Rb. Rotterdam 23 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY4062.Zie ook Rb. Rotterdam 1 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3785.

Een ander voorbeeld is een uitspraak van het Hof in een zaak over een Chinese kok in 2016: 'Een verdere reden voor terughoudendheid bij het bezigen van deze verklaringen is dat niet uitgesloten kan worden dat het belang van het verkrijgen van een verblijfsvergunning een rol heeft gespeeld bij de beslissing tot het doen van aangifte.'[137] Ook in de eerder genoemde zaak van de Singh migranten in een roti fabriek merkte de rechter op dat er aanleiding was tot behoedzaamheid:

> 'De rechtbank is van oordeel dat de omstandigheid dat aangevers van mensenhandel die illegaal in Nederland verblijven alsnog op grond van hoofdstuk B8 van de Vreemdelingencirculaire voor de duur van de strafrechtelijke procedure rechtmatig in Nederland verblijven (…) grond is om enige behoedzaamheid te betrachten ten aanzien van de verklaringen van aangevers.'[138]

3.4.9 Schadevergoeding in het strafproces

Een slachtoffer kan zich als benadeelde partij voegen in het strafproces en een schadevergoeding vorderen. In 2013 is een onderzoek verschenen naar de mogelijkheden voor en gebruik van compensatieregelingen voor slachtoffers van mensenhandel.[139] Een van de conclusies was dat op dat moment in veel gevallen door slachtoffers geen schadevergoeding in het strafproces werd aangevraagd of dat die niet werd toegekend.[140] Uit de jurisprudentie die in het kader van dit hoofdstuk is verzameld en geanalyseerd, blijkt dat nog steeds veel slachtoffers geen schadevergoeding in het strafproces vorderen. Tabel 2 geeft een overzicht van de beslissingen van de rechter op een eis tot schadevergoeding. In 31 van de onderzochte zaken in eerste aanleg is door een of meer slachtoffers een vordering ingesteld. Op grond van het jurisprudentieonderzoek kan niets gezegd worden over de vraag waarom geen vordering wordt ingesteld. Er zijn verschillende beslissingen mogelijk op een eis tot schadevergoeding. Deze zijn weergegeven in tabel 2 met het aantal zaken per beslissing. In dit overzicht is niet opgenomen door hoeveel slachtoffers per zaak wel of geen claim in het strafproces is ingesteld.

137 Hof Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3153.
138 Rb. Den Haag 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12549, r.o 3.4.1.
139 Willemsen & Heemskerk 2013.
140 Zie voor een overzicht Willemsen & Heemskerk 2013, p. 12.

Tabel 2: Beslissing op vordering schadevergoeding

Beslissing	*Aantal*
Niet-ontvankelijk wegens vrijspraak	6
Niet-ontvankelijk wegens onevenredige belasting strafproces	5
Niet-ontvankelijk diverse redenen	1
Gedeeltelijk toegekend	16
Volledig toegekend	3
Totaal	31

In alle gevallen waar de rechter in eerste aanleg tot vrijspraak voor mensenhandel heeft geconcludeerd is de vordering tot schadevergoeding niet ontvankelijk verklaard, met uitzondering van de zaak van de Marokkaan die in de kassen werkte.[141] In deze zaak nam de rechtbank wel mensensmokkel aan en stelde dat de werkgever wederrechtelijk verkregen voordeel had door het niet uitbetalen van het salaris waar het slachtoffer recht op had. De rechter wees de materiële schadevergoeding voor gederfde inkomsten toe op basis van de cao voor de Glastuinbouw. In zes zaken oordeelde de rechter dat de vordering in zijn totaal te gecompliceerd was en een onevenredige belasting voor het strafproces vormde. De slachtoffers zijn dan aangewezen op een civiele vordering. In veel van de zaken waarin slechts een gedeelte van de vordering was toegewezen, werd de vordering voor het overige niet-ontvankelijk verklaard als een onevenredige belasting van het strafproces. In de zestien gevallen waarin de rechter de vordering gedeeltelijk toekent, worden verschillende maatstaven gehanteerd voor de vaststelling van de schade. Als het gaat om de vaststelling van de hoogte van het achterstallig loon, wordt in de zaak van de Braziliaanse hulpen in de huishouding de vordering gebaseerd op de cao voor schoonmaakwerk.[142] In enkele zaken gaat de rechter uit van het minimum uurloon.[143] In andere zaken neemt de rechter het volgens verklaringen van betrokkenen afgesproken salaris als uitgangspunt, hoewel dat in deze gevallen onder het minimumloon ligt.[144] In één zaak geeft de rechter als motivatie voor een lagere toewijzing dan gevorderd, dat het aantal uren niet met zekerheid kan worden vastgesteld en dat bij mensen zonder rechtmatig verblijf niet zonder meer van het minimumloon uitgegaan kan worden.[145] Ten aanzien van het aantal uren en gewerkte dagen wordt een vordering alleen toegewezen, voor zover gedurende die tijd mensenhandel is bewezen. De

141 Rb. Overijssel 16 oktober 2017, ECLI:NL: RBOVE:2017:3888.
142 Rb. Amsterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:717.
143 Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6501; Rb. Amsterdam 29 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4592; Rb. Amsterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1631.
144 Zie Rb. Amsterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1619 (1620) en Rb. Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1663.
145 Rb. Amsterdam 1 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1117.

toekenning van immateriële schadevergoeding is bijna altijd lager dan gevorderd en er lijken geen duidelijke criteria te bestaan voor het vaststellen van de hoogte. Opvallend is dat voor drie van de vier zaken van kinderen die inwoonden bij familie of kennissen en als minderjarige jarenlang zijn uitgebuit als hulp in de huishouding, verzorging of als hulpje op de markt, de gevorderde schadevergoeding volledig voor zowel het materiële deel als het immateriële deel is toegekend.[146] Het lijkt dat de ernst en de duur van de uitbuiting hier een rol in heeft gespeeld.

3.5 Conclusie

Nederland heeft zowel verschillende internationale verplichtingen als de oude nationale strafrechtelijke bepaling inzake mensenhandel in één strafrechtelijke bepaling opgenomen. Dit heeft geresulteerd in een lang en gecompliceerd wetsartikel. De complexiteit van de bepaling heeft zijn weerslag op de vervolging en berechting. Rechterlijke uitspraken laten zich moeilijk lezen, zowel wat betreft de tenlastelegging als de weergave van de bewijsvoering als het oordeel van de rechter. Daar komt nog bij dat er in veel zaken meerdere slachtoffers en daders zijn en meerdere delicten ten laste worden gelegd. Dit maakt de uitspraken vaak moeilijk te doorgronden.

De Nederlandse strafbepaling kent twee delictsvormen die als arbeidsuitbuiting zijn te beschouwen. Dat is ten eerste mensenhandel op basis van de internationale definitie die is onderverdeeld in drie elementen: a) een handeling (werven, vervoeren, overbrengen, opnemen of huisvesten), b) onder dwang, c) met als oogmerk uitbuiting (artikel 273f lid 1 sub 1 Sr). De tweede vorm is iemand met gebruik van een dwangmiddel bewegen of dwingen om zich beschikbaar te stellen voor het verrichten van werk of diensten (artikel 273f lid 1 sub 4 Sr). De Hoge Raad heeft in deze delictsomschrijving het bestanddeel 'uitbuiting' ingelezen. Dat betekent dat er voor een bewezenverklaring van beide delictsvormen sprake moet zijn van de elementen dwang en uitbuiting.

Als het gaat om onrechtmatig verblijvende migranten heeft de uitspraak van de Hoge Raad in 2009 voor een kentering gezorgd. De aanname dat een illegale vreemdeling zich in een kwetsbare positie bevindt, leidt al snel tot de conclusie dat er sprake is van misbruik van een kwetsbare positie. Omdat er in veel gevallen sprake is van een meervoudige afhankelijkheid, financiële problemen en isolement wordt de vrijheid om zich aan de uitbuitingssituatie te onttrekken sterk beperkt. Het gebruik van dwang is bewezen als de werkgever zich bewust moet zijn geweest van deze omstandigheden. In zaken waarin het slachtoffer niet onrechtmatig verbleef, werden bij de vraag of er

146 Rb. Amsterdam 3 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8010; Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:996 en Rb. Den Haag 26 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1968.

sprake is van een kwetsbare positie andere omstandigheden meegewogen die gerelateerd zijn aan de situatie van een migrant, zoals het niet kennen van de taal, niet op de hoogte zijn van wetten en regels of in een sociaal isolement verkeren. Ook economische factoren werden meegenomen zoals schulden in het land van herkomst of in Nederland, of het ontbreken van inkomsten.

Ten aanzien van het element uitbuiting loopt de jurisprudentie verder uiteen. De criteria die de Hoge Raad noemt in het Chinese horeca-arrest: de aard en duur van de tewerkstelling en het economisch voordeel, worden vaak toegepast. De maatstaf om te bepalen of er sprake is van uitbuiting varieert echter van 'of een mondige Nederlander de omstandigheden zou accepteren, tot 'excessieve' omstandigheden. Ook wordt in sommige zaken het al of niet ontbreken van keuzevrijheid aan het concept van uitbuiting gekoppeld. Dit vertaalt zich in de vraag of betrokkene keuzevrijheid had om zich aan de situatie te onttrekken. Als dit bevestigend wordt beantwoord, oordelen sommige rechters dat, hoewel er sprake is van een kwetsbare positie of bijvoorbeeld misleiding, mensenhandel niet bewezen kan worden, omdat er geen (oogmerk van) uitbuiting is.

De rechtspraak is ook ondoorzichtig met betrekking tot het toekennen van een schadevergoeding. Voor de vaststelling van de materiele schadevergoeding hanteren rechters diverse maatstaven: een relevant cao-loon, minimumloon of de afgesproken vergoeding, ook als dit lager ligt dan het minimumloon. Het bepalen van de hoogte van het achterstallig salaris op basis van een uurloon dat lager is dan het wettelijk minimum uurloon is echter in strijd met de normen die in het vorige hoofdstuk zijn besproken. Dat is daarom geen aanvaardbaar criterium. Voor het vaststellen van een immateriële schadevergoeding lijkt geen standaard te zijn en beslissingen worden niet of nauwelijks gemotiveerd. Ook de beslissing dat het meenemen van de vordering een onevenredige beslissing van het strafproces vormt, wordt niet gemotiveerd en lijkt niet gebaseerd op duidelijke criteria.

Doordat de uitspraken zich lastig laten lezen, is het moeilijk om in kaart te brengen op grond van welke feiten, welke criteria met betrekking tot het element dwang en het element uitbuiting en op basis van welke weging de rechter tot een oordeel komt. Hetzelfde geldt voor het al dan niet toekennen van een schadevergoeding. Dat creëert voor zowel daders als slachtoffers veel onzekerheid over de uitkomt van een zaak. Het is nodig dat er een duidelijker lijn in de jurisprudentie komt. Hier kom ik hoofdstuk 7 op terug.

4 Vrij verkeer van Unieburgers en de bescherming tegen arbeidsuitbuiting

4.1 Inleiding. Wat is er aan de hand?[1]

In het vorige hoofdstuk zijn meerdere strafrechtelijke zaken besproken waarbij er mogelijk sprake was van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel van Unieburgers in Nederland. In veel van deze zaken is de rechter ook tot een veroordeling gekomen.[2] In enkele zaken oordeelde de rechter dat er wel misstanden waren, maar dat deze niet ernstig genoeg waren om te concluderen dat dit abreidsuitbuiting in strafrechtelijk zin vormde.[3]

Intra-Europese arbeidsmigratie is de laatste jaren om verschillende redenen een heet hangijzer. Op de eerste plaats bestaan er in diverse lidstaten grote zorgen over de gevolgen van de EU-arbeidsmigratie voor de lokale werknemers. Denk bijvoorbeeld aan de motivatie van de *leave*-stemmers bij het Brexit-referendum, het Polen-meldpunt of de 'Code Oranje' boodschap van voormalig minister Asscher.[4] Arbeidsmigratie van met name EU-burgers uit de Midden- en Oost Europese landen (Moe-landers) zou leiden tot verdringing van de lokale arbeiders en sociale dumping. Dit laatste begrip kent geen universele definitie maar kan omschreven worden als een situatie waarbij de arbeidsvoorwaarden van de eigen bevolking onder druk staan door de aanwezigheid van arbeidsaanbod van migranten die bereid zijn om tegen minder gunstige voorwaarden hetzelfde werk te doen. Arbeidsmigratie van EU-burgers blijft ook actueel door regelmatige berichten over uitbuiting van deze werknemers. De in opdracht van de Tweede Kamer in 2011 ingestelde 'Tijdelijke commissie arbeidsmigratie' stelde toen al geschrokken te zijn van de aard en omvang van uitbuitingssituaties.[5] Sindsdien zijn er verschillende rapporten en onder-

---

1 Dit hoofdstuk is gebaseerd op G.G. Lodder, 'Loon naar werken voor de EU-arbeidsmigrant?' *NJB* 2016/37, p. 2744-2752.

2 Zie bijv. de zaak van de Oost-Europese en Portugese aspergestekers in Someren, Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6501 of van de Oost-Europese en Slowaakse aardbeienplukkers in Steenwijk, Rb. Overijssel 28 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2951.

3 Zie bijv. de zaak waar Oost-Europese en met name Poolse werknemers op verschillende plekken werkten via een uitzendbureau, en het Hof in hoger beroep oordeelde dat er geen sprake was van arbeidsuitbuiting: Rb. 14 december 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2188 en Hof Arnhem-Leeuwarden,18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2256.

4 Asscher & Goodhart 2013.

5 Tijdelijke commissie Lessen uit recente arbeidsmigratie, Arbeidsmigratie in goede banen (*Kamerstukken II* 2011/12, 32680, nr. 4, p. 15).

zoeken verschenen over de situatie van EU-arbeidsmigranten.[6] Ook op beleidsniveau is Europese arbeidsmigratie een onrustig terrein. In Nederland volgen de maatregelen en regelgeving elkaar in hoog tempo op.[7] Op Europees niveau was de termijn voor de implementatie van de Handhavingsrichtlijn[8] nog niet verstreken of de Europese Commissie (EC) kwam met een voorstel tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn.[9] De herziene Detacheringsrichtlijn is in 2018 aangenomen en op 30 juli 2020 in werking getreden.[10]

In de discussie over de vermeende negatieve aspecten van EU-arbeidsmigratie worden de drie begrippen verdringing, sociale dumping en uitbuiting vaak in een adem genoemd. De precieze betekenis van en de onderlinge relatie tussen deze begrippen is echter niet duidelijk.[11]

Maatregelen ter bestrijding van uitbuiting van arbeidsmigranten, zoals het versterken van hun rechtspositie door aanpassing van de Detacheringsrichtlijn 1996, zijn vaak tegelijk bedoeld om verdringing en sociale dumping tegen te gaan. Als lokale werknemers inderdaad worden verdrongen doordat goedkopere EU-arbeidskrachten worden ingezet, zouden maatregelen om de kostenvoordelen van de inzet van EU-arbeidsmigranten teniet te doen, ertoe kunnen leiden dat die niet meer geworven worden.[12] Dat is ook een van de redenen waarom er binnen de EU geen overeenstemming bestaat over hoe verschil in beloning en andere arbeidsvoorwaarden tussen binnenlandse werknemers en EU-arbeids-

6 McGauran e.a. 2016. Zie ook o.a. SER 2014; Cremers 2011; Rijken & De Volder 2014; CRM 2013, Roemer 2020 en Roemer 2020a.

7 Zie voor een overzicht van de maatregelen de kamerstukken in het dossier 34108 (Aanpak schijnconstructies).

8 Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt („de IMI-verordening") (*PbEU* 2014, L 159/11).

9 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM (2016)128.

10 De Detacheringsrichtlijn en de herziening van deze richtlijn worden in paragraaf 4.4 besproken. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt de 'oude' detacheringsrichtlijn aangeduid met Detacheringsrichtlijn 1996 en de 'nieuwe' richtlijn met herziene Detacheringsrichtlijn.

11 Zie bijv SER 2014, p. 99, waarin een neutrale definitie van verdringing wordt gegeven (het vervangen van een groep werknemers door een andere groep); het rapport van Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 57, waarin verdringing wordt beschouwd als het gevolg van oneerlijke concurrentie of de minister van SZW die ook stelt dat verdringing het gevolg is van oneerlijke concurrentie, Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 1 oktober 2014 (*Kamerstukken II* 2014/15, 29544, nr. 588).

12 Uit diverse onderzoeken blijkt dat er in bescheiden mate sprake is van verdringing. Op macroniveau is er wel sprake van verdringing maar zijn de gevolgen beperkt. De effecten op microniveau concentreren zich op risicogroepen zoals laagopgeleiden, allochtonen en jongeren in bepaalde segmenten. Zie bijv. Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. II-IV, Gardeniers e.a. 2015; Home Office UK 2014; Van den Berge 2018.

migranten gekwalificeerd en aangepakt moet worden. Verschillende auteurs wijzen op het spanningsveld tussen Oost- en West-Europa; tussen de zendlanden en de ontvangende landen.[13] Wat door de ene lidstaat wordt gezien als oneerlijke concurrentie of misschien zelfs uitbuiting, wordt door het andere land gezien als gebruik maken van een legitiem kostenvoordeel.[14]

De discussie over of en hoe de ongelijke behandeling van lokale- en EU-arbeiders moet worden aangepakt, wordt verder bemoeilijkt door de bereidheid van werknemers uit landen waar de lonen lager liggen dan in West-Europa om voor een lager bedrag te werken, dat vaak nog wel veel hoger is dan het salaris dat zij in hun eigen land zouden kunnen verdienen.[15]

De positie van EU-arbeidsmigranten hangt mede af van de juridische grondslag waarop een Unieburger in een andere lidstaat werkt. Het Unierecht voor Unieburgers biedt drie legale constructies om te werken en verblijven in een andere lidstaat van de Europese Unie: a) het vrij verkeer van werknemers, b) de vrijheid van vestiging, en c) de vrijheid diensten te verrichten. Deze vrijheden maken deel uit van de vrijheden die aan de basis liggen van de interne markt die in het werkingsverdrag van de Europese Unie zijn neergelegd (VWEU).[16] Het arbeidsrecht inclusief het bepalen van de arbeidsvoorwaarden en beloning is echter nog grotendeels[17] een nationale aangelegenheid.[18] In geval van een internationale situatie geeft in beginsel het internationaal privaatrecht regels voor de bepaling welk nationaal recht van toepassing is op een dergelijke arbeidsovereenkomst. Het Unierecht geeft op dit terrein weinig materiële normen maar kent wel een systeem van Unierechtelijke conflictregels.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre uitbuiting van EU-arbeidsmigranten (mede) een gevolg is van de Uniewetgeving op het terrein van vrij verkeer, de coördinatieregels ten aanzien van het toepasselijk arbeidsrecht en de wijze waarop deze door het Hof van Justitie worden uitgelegd. In paragraaf twee tot en met vier komen achtereenvolgens de drie Unierechtelijke vrijheden

13 Zie bijv. Schout, Wiersma & Gomes Neto, 2016; Heerma van Voss 2016, p. 179-180.

14 Zie voor de verschillende standpunten van lidstaten en andere betrokkenen het overzicht van de raadpleging bij het voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn, COM (2016)128, p. 5-6 en de gele kaart die n.a.v. dit voorstel is getrokken door het indienen van een subsidiariteitsbezwaar door de parlementen van Bulgarije, Denemarken, Estland, Hongarije, Kroatië, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië, Slowakije en Tsjechië. Zie ook de procedure die Hongarije en Polen zijn gestart tegen het Europees Parlement om de herziene Detacheringsrichtlijn nietig te laten verklaren: HvJ EU 8 december 2020, C-620/18 en C-626/18 (*Hongarije & Polen/Europees Parlement*).

15 Zie Van Hoek & Houwerzijl 2011, p. 269.

16 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2012, C 326/47). Zie respectievelijk artikel 45, 49 en 56 VWEU.

17 Er bestaan wel enkele EU-richtlijnen die minimumarbeidsvoorwaarden voorschrijven voor bepaalde sectoren of op bepaalde terreinen, zoals richtlijnen voor de transportsector, de uitzendsector en de informatieverplichting van werkgevers ten aanzien van hun werknemers.

18 Verschueren 2014, p. 550-564.

op grond waarvan een Unieburger in een andere lidstaat kan werken, aan de orde. Bij de bespreking van deze constructies wordt eerst kort aandacht besteed aan de verblijfsrechtelijke kant en vervolgens aan het toepasselijk arbeidsrecht en de risico's op uitbuiting. Uitbuiting van arbeidsmigranten is voor een belangrijk deel te wijten aan een gebrek aan handhaving. Dit hoofdstuk is echter beperkt tot een analyse van het Unierecht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie en gaat niet in op het probleem van handhaving. Socialezekerheidsrechten kunnen ook van invloed zijn op de kwetsbaarheid voor uitbuiting. Dit aspect ligt (met uitzondering van een korte referentie aan het recht op gelijke behandeling van EU-werknemers) buiten de focus van dit hoofdstuk. In de conclusie volgt een antwoord op de vraag in hoeverre in het Unierecht risico's op uitbuiting van EU-arbeidsmigranten besloten liggen.

4.2 Vrij werknemersverkeer

Artikel 45 VWEU bepaalt dat het verkeer van werknemers binnen de Unie vrij is. Unieburgers hebben het recht werk te zoeken en werk te aanvaarden, te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten voor dit doel en onder voorwaarden op het grondgebied van een lidstaat te verblijven na afloop van een dienstbetrekking.

Het verblijfsrecht van een EU-werknemer is geregeld in richtlijn 2004/38/EG (verder Verblijfsrichtlijn).[19] Op grond van artikel 7 lid 1 sub a Verblijfsrichtlijn heeft een Unieburger als werknemer een verblijfsrecht zonder de aanvullende eis dat hij beschikt over voldoende bestaansmiddelen voor zichzelf en zijn gezinsleden.[20] Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het begrip 'werknemer' in de zin van artikel 45 VWEU een communautair begrip is dat niet eng mag worden uitgelegd. Het moet gaan om reële en daadwerkelijk arbeid, het geringe niveau van de beloning noch de herkomst van de middelen is van belang. Het feit dat iemand minder dan het bestaansminimum verdient, is geen beletsel om die persoon als werknemer aan te merken, ook niet als een aanvullend beroep op de openbare middelen wordt gedaan.[21] De EU-werknemer behoudt zijn verblijfsrecht in geval van ziekte of tijdelijke arbeidsongeschiktheid (artikel 7 lid 3 sub a Verblijfsrichtlijn). In geval van

19 (Rectificatie van) Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (*PbEU* 2004, L 229/35).

20 Die eis geldt wel voor economisch niet actieve EU-burgers en studenten. Zie artikel 7 lid 1 sub b en c Verblijfsrichtlijn. Zie ook Oosterom-Staples 2016, p. 203-210.

21 Zie bijv. de samenvatting van eerdere jurisprudentie in: HvJ EG 4 juni 2009, C-22/08 en C-23/08 (*Vatsouras en Koupatantze*).

onvrijwillige werkloosheid na een jaar gewerkt te hebben, blijft zijn status als werknemer behouden (artikel 7 lid 3 sub b Verblijfsrichtlijn). Wordt hij binnen een jaar onvrijwillig werkloos dan kan hij zijn status als werknemer zes maanden behouden.[22] Als de werkloosheid echter vrijwillig is, dan kan de Unieburger zijn status als werknemer verliezen. Unieburgers die de status van werknemer hebben en rechtmatig verblijven op grond van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn, hebben recht op gelijke behandeling met de eigen burgers.[23] Dat betekent dat zij zolang zij de status als werknemer behouden, zij ook aanspraak kunnen maken op sociale voorzieningen. Als een Unieburger echter zijn status als werknemer verliest, verliest hij daarmee ook de aanspraken op gelijke behandeling als lokale burgers op grond van de Verblijfsrichtlijn (artikel 24 lid 2 Verblijfsrichtlijn). In dat geval kan een onredelijk beroep op de openbare kas reden zijn tot verblijfsbeëindiging (artikel 14 lid 1 en 3 Verblijfsrichtlijn).

4.2.1 Toepasselijk arbeidsrecht

Op grond van het tweede lid van artikel 45 VWEU houdt het vrij werknemersverkeer in: 'de afschaffing van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden'. Arbeidsovereenkomsten gesloten tussen een in Nederland gevestigde werkgever en een in Nederland woonachtige werknemer vallen in beginsel onder het toepasselijk Nederlands arbeidsrecht. He beginsel van gelijk loon voor gelijk werk zou onverkort moeten gelden voor EU-werknemers. Daarnaast zijn er enkele arbeidsrechtelijke Unierichtlijnen die de positie van werknemers – zowel de lokale werknemers als werknemers afkomstig uit een andere (lid)staat – beogen te beschermen. Vooral van belang voor EU-werknemers, die vaak op basis van een uitzendovereenkomst werken,[24] is Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (Uitzendrichtlijn).[25] De Uitzendrichtlijn bepaalt in artikel 5 lid 1 dat de essentiële arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten gelijk zijn aan de voorwaarden die

22 Zie artikel 7 lid 3 sub c Richtlijn 2004/38/EG. Zie ook HvJ EU 20 december 2017, C 442/16 (*Gusa*), r.o. 45, waar het Hof bepaalde dat het ontbreken van vrijwilligheid wel naar behoren dient te worden vastgesteld.

23 Artikel 24 Richtlijn 2004/38/EG.

24 Uit gegevens van het SEO-onderzoek komt naar voren dat in 2012 van de 93.000 in de Basisregistratie Personen (BRP) geregistreerde MOE-arbeidsmigranten, 37.000 werkzaam waren via de uitzendsector. Van de 164.000 niet in de BRP geregistreerde Moe-landers, die wel elders als werkend in Nederland staan geregistreerd via een van de mogelijke constructies, waren 90.000 personen werkzaam in de uitzendsector, Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 83, tabel 19. Dat veel EU-arbeidsmigranten via uitzendbureaus werken wordt bevestigd in het rapport van het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, Roemer 2020a, p. 13.

25 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008, L 327/9).

zouden gelden als betrokkene rechtstreeks bij de inlener werkzaam zou zijn. Artikel 5 lid 2, 3 en 4 bieden echter ruime mogelijkheden om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling. Bijvoorbeeld ingeval de uitzendkracht een vaste aanstelling heeft bij het uitzendbureau en tussen de opdrachten in wordt doorbetaald (lid 2). Ook kan – na overleg met sociale partners (al dan niet vastgelegd in een cao) – een periode worden vastgesteld waarna pas de gelijke behandeling ingang vindt (lid 3 en 4).[26] Richtlijn 91/533/EEG (de Informatierichtlijn) verplicht een werkgever zijn werknemers te informeren over een aantal wezenlijke arbeidsvoorwaarden zoals beloning, vakantiedagen, arbeidstijden en dergelijke.[27] Ten aanzien van verlof, opzegtermijn, aanvangsbeloning en arbeidstijden kan de werkgever volstaan met een verwijzing naar algemeen verbindende afspraken of wettelijke regelingen (artikel 2 lid 3 in samenhang met lid 2 sub f, g, h en i Informatierichtlijn).

4.2.2 Risico's op uitbuiting van EU-werknemers

De Unierechtelijke regeling inzake vrij werknemersverkeer die bestaat uit het recht werk te zoeken, te aanvaarden en een verblijfsrecht, gecombineerd met een verbod op alle vormen van discriminatie, biedt een stevig kader om uitbuiting in de zin van profiteren van ongelijke behandeling te voorkomen. Het lijkt grotendeels een kwestie van handhaving van arbeidsvoorwaarden in plaats van een deficit in de regelgeving.[28] Er is echter toch wel een aantal risico's voor uitbuiting te noemen die besloten liggen in de Uniewetgeving. Het verblijfsrecht van de EU-werknemer en zijn recht op een bijstandsuitkering hangt het eerste jaar af van zijn status als werknemer. Tot aan de verkrijging van een duurzaam verblijfsrecht (op grond van artikel 16 Verblijfsrichtlijn) kan vrijwillige werkloosheid leiden tot verlies van de status van werknemer en daarmee verlies van rechtmatig verblijf. Een aanvraag voor een bijstandsuitkering kan in die situatie grond zijn tot beëindiging van het verblijfsrecht. De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat een tendens zien dat lidstaten meer ruimte krijgen om in geval van economisch niet-actieve Unieburgers een

26 In Nederland gold bijvoorbeeld in 2014 op grond van de bijna volledig algemeen verbindend verklaarde uitzend cao van de Algemene Bond Uitzendondernemingen een termijn van 26 weken voordat een gelijk loon werd betaald aan uitzendkrachten en werknemers direct in dienst bij het bedrijf. Deze uitzondering op gelijke beloning is m.i.v. 1 januari 2015 komen te vervallen: Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 75.

27 Richtlijn 91/533/EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (*PbEG* 1991, L288/32).

28 Zie bijv. het onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens en de constatering dat er wel sprake is van discriminatie bij beloning en overige arbeidsvoorwaarden van Poolse werknemers ten opzicht van Nederlandse. Geconstateerd wordt dat controle op gelijke behandeling bij arbeidsvoorwaarden van EU-arbeiders lastig is als er geen Nederlandse werknemers zijn, CRM 2013. Zie ook Heerma van Voss 2016, p. 173.

bijstandsuitkering te weigeren en eerst te toetsen of er – bij gebreke van voldoende middelen – wel sprake is van rechtmatig verblijf.[29] Dit plaatst de EU-werknemer het eerste jaar, maar ook daarna nog, in een kwetsbaardere positie dan de lokale bevolking. Werkloosheid kan voor hem grotere gevolgen hebben dan voor een vergelijkbare werknemer die de nationaliteit van het EU-land heeft waar hij woont en werkt.

In verhouding tot lokale werknemers werkt een EU-werknemer vaker via de uitzendsector.[30] Hoewel de Uitzendrichtlijn gelijke behandeling van werknemers direct in dienst bij een bedrijf en werknemers die via een uitzendbureau werken voorschrijft, biedt de richtlijn ruime mogelijkheden om van dit beginsel af te wijken.

De informatierichtlijn zou in de verplichtingen die deze richtlijn een werkgever oplegt meer toegesneden kunnen worden op de positie van een arbeidsmigrant, die in veel gevallen de taal van de lidstaat waar hij werkt niet of onvoldoende meester is.

4.3 VRIJHEID VAN VESTIGING VAN ZELFSTANDIGEN

Een EU-burger die zich als zelfstandig dienstverlener (EU-zelfstandige) in een andere lidstaat vestigt, valt onder de vrijheid van vestiging. Artikel 49 VWEU voorziet in een verbod op beperkingen op de vrijheid van EU-burgers om zich in een andere lidstaat te vestigen. De vrijheid van vestiging omvat onder meer de toegang tot en het recht op uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst.

Het verblijfsrecht van een EU-zelfstandige in Nederland volgt uit artikel 7 lid 1 sub a Verblijfsrichtlijn. Net als de EU-werknemer behoudt de EU-zelfstandige zijn verblijfsrecht in geval van ziekte en tijdelijke arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7 lid 3 sub a Verblijfsrichtlijn. Ook de regeling met betrekking tot het behoud van de status van een EU-zelfstandige na onvrijwillige beëindiging van zijn activiteiten als zelfstandige[31] is gelijk aan de regeling die ziet op behoud van de status als EU-werknemer.[32]

---

29 Zie de zaken HvJ EU 11 november 2014, C-333/13 (*Dano*); HvJ EU 15 september 2015, C-67/14 (*Alimanovic*) en HvJ EU 25 februari 2016, C-299/14 (*Jovanna García-Nieto*). Zie ook n.a.v. de zaak *Alimanovic*: Eleveld 2015, p. 312-318.

30 Zie voor Nederland Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 83; Roemer 2020a, p. 13.

31 Artikel 7 lid 3 sub b (onvrijwillig werkloos na één jaar) en artikel 7 lid 3 sub c (onvrijwillig werkloos binnen één jaar).

32 HvJ EU 20 december 2017, C 442/16 (*Gusa*), r.o. 31-46.

4.3.1 Regels ten aanzien van EU-zelfstandigen

Op grond van artikel 49 VWEU is de toegang tot arbeid anders dan in loondienst onder dezelfde voorwaarden toegestaan als die voor de eigen burgers zijn vastgesteld. Richtlijn 2006/123/EG[33] (de Dienstenrichtlijn) regelt in hoofdstuk III de vrije vestiging van EU-zelfstandige dienstverrichters. Voorwaarden die gesteld worden aan de vestiging van EU-zelfstandigen mogen geen discriminatie naar nationaliteit opleveren en moeten noodzakelijk en evenredig zijn. Een EU-zelfstandige die zich in Nederland vestigt, moet zich net als een Nederlandse zzp'er inschrijven bij de Kamer van Koophandel onder overlegging van een burgerservicenummer en een bewijs van inschrijving in de Basisregistratie Personen.[34] De Belastingdienst hanteert eigen criteria om vast te stellen of er sprake is van een zelfstandig ondernemer.[35] Als een zzp'er voldoet aan de criteria om door de Belastingdienst als zodanig aangemerkt te worden, kan hij gebruik maken van fiscaal voordelige regelingen voor ondernemers. Een zzp'er draagt geen verplichte premies af voor de werknemersverzekeringen (of hij zich hiervoor wil verzekeren komt voor zijn eigen risico). De opdrachtgever van een zelfstandige hoeft geen loonheffing in te houden en af te dragen.

4.3.2 Risico's op uitbuiting van EU-zelfstandigen

In beginsel geldt ten aanzien van zelfstandigen dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor de voorwaarden waaronder zij werk aannemen. In tijden van krapte kan dat betekenen dat een zelfstandige hogere tarieven bedingt, maar bij overaanbod zullen de vergoedingen onder druk komen te staan.[36] Net als bij de EU-werknemer kan angst om het verblijfsrecht te verliezen als een uitkering wordt aangevraagd ertoe leiden dat eerder wordt ingestemd met ongunstige voorwaarden.

Het Hof van Justitie concludeerde in de zaak *FNV Kiem* dat het op grond van de mededingingsbepalingen van artikel 101 lid 1 VWEU[37] niet is toegestaan om collectieve afspraken te maken namens zelfstandigen over arbeidsvoorwaar-

33 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, L 376/36).

34 SER 2014, p. 175.

35 Zie informatie op de website van de Belastingdienst onder Wet DBA.

36 Zie ook Kreijger 2015, p. 18-24.

37 Artikel 101 lid 1 VWEU bepaalt (voor zover hier van belang): 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in: a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden.'

den.[38] De zogenaamde *Albany*-uitzondering geldt niet voor personen die als zelfstandige diensten verlenen. Deze *Albany*-uitzondering houdt in, dat het sluiten van cao's tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, ondanks de mededinging beperkende werking, niet onder de mededingingsbepalingen van artikel 101 lid 1 VWEU valt. De reden die het Hof van Justitie in de zaak *Albany* hiervoor aanvoerde, was dat de sociale doelstellingen die via collectieve afspraken worden nagestreefd anders ernstig zouden worden belemmerd.[39] Voor zzp'ers geldt deze uitzondering op grond van het oordeel in de zaak *FNV Kiem* niet. Het Unierecht laat een versteviging van de positie van zelfstandigen via collectieve afspraken op dit punt niet toe.

Het belangrijkste issue met betrekking tot uitbuiting van EU-zelfstandigen is echter de kwestie van schijnzelfstandigheid. Van schijnzelfstandigheid is sprake als iemand formeel als zelfstandige is aangenomen, maar er feitelijk sprake is van werknemerschap. In een in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerd onderzoek naar *Precarious Work* wordt schijnzelfstandigheid samen met *Casual Work* het meest genoemd als een vorm van een kwetsbare werkrelatie, omdat schijnzelfstandigheid de laagste arbeidsrechtelijke en sociale zekerheidsbescherming biedt.[40] In acht van de twaalf deelnemende landen, waaronder Nederland, werd schijnzelfstandigheid door de geïnterviewde personen beschouwd als een veelvoorkomend verschijnsel.[41] De begrippen werknemerschap, zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid zijn echter binnen de Europese Unie niet uniform gedefinieerd.[42]

De bovengenoemde zaak *FNV Kiem* is met name interessant vanwege de overwegingen ten aanzien van schijnzelfstandigheid. Als er sprake zou zijn van schijnzelfstandigheid, geldt volgens het Hof van Justitie het verbod op het maken van collectieve afspraken niet. Het Hof geeft in deze zaak een communautaire invulling aan het begrip zelfstandigheid, waarbij het niet relevant is of betrokkene onder nationaal recht op 'fiscale, administratieve of bureaucratische gronden is aangeworven als zelfstandige'.[43] Het HvJ noemt onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie waarin de begrippen werknemer en zelfstandige dienstverlener zijn uitgelegd,[44] drie karakteristieken die bepa-

38 HvJ 4 december 2014, C-413/13 (*FNV Kiem*). Zie ook Kreijger, 2015, p. 18-24.
39 HvJ 21 december 1999, C-67/96 (*Albany*).
40 Working Lives Research Institute 2012, p. 6.
41 Working Lives Research Institute 2012, p. 26. De acht landen waren Griekenland, Italië, Letland, Nederland, Polen, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden.
42 Zie SER 2014, p. 171.
43 HvJ EU 4 december 2014, C-413/'13 (*FNV Kiem*), r.o. 36.
44 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het kenmerk van de arbeidsverhouding dat iemand gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning, zie bijv. HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Lawrie-Blum*), r.o.17. De kenmerken die een zelfstandige dienstverrichter onderscheid van een werknemer zijn meer bewegingsruimte in de keuze van het soort werk en de uit te voeren taken, van de wijze waarop dit werk of deze taken moeten worden verricht, van de werktijden en van de werkplek, en meer

len of een werkrelatie gekwalificeerd dient te worden als een werknemersrelatie of een zelfstandige – opdrachtgever relatie. Deze drie kenmerken zijn: a) de betrokkene handelt onder leiding van zijn werkgever wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, b) hij deelt niet in de commerciële risico's van die werkgever, en c) hij is tijdens de duur van de arbeidsverhouding opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.[45]

Deze drie criteria vormen volgens Pennings een minder zware bewijslast voor het bestaan van schijnzelfstandigheid dan bijvoorbeeld de criteria van de Belastingdienst.[46] In veel sectoren waar gewerkt wordt met zzp'ers, zoals in de bouw of het busvervoer zal de zzp'er niet vrij zijn om zelf zijn tijdschema, plaats en inhoud van het werk te bepalen.[47] Het is de vraag of de invulling die anno 2021 door de Belastingdienst in Nederland aan de drie criteria wordt gegeven nog steeds een zwaardere bewijslast voor schijnzelfstandigheid vormt.[48]

Welke consequenties zouden getrokken moeten worden op grond van de Unierechtelijke vaststelling dat er sprake is van schijnzelfstandigheid? In Italië en Letland bestaat de praktijk dat in geval van schijnzelfstandigheid de zelfstandigheidsrelatie wordt omgezet in een betaalde werknemersrelatie.[49] Het HvJ lijkt in de zaak *FNV Kiem* te veronderstellen dat het mogelijk is dat iemand onder EU-recht een schijnzelfstandige is en onder nationaal recht een zelfstandige. Als echter een EU-arbeidsmigrant geen echte zelfstandige is, dan is hij werknemer in de zin van artikel 45 VWEU, en mag hij niet gediscrimineerd worden ten opzichte van lokale werknemers. Het is de vraag wie dan de vergelijkingsgroep vormen. Nederlandse schijnzelfstandigen of Nederlandse werknemers in loondienst? Kortom, de constructie van de schijnzelfstandige onder EU-recht als bijzondere categorie roept nog de nodige vragen op.

Nederland is op zoek naar een andere manier om (echte) zelfstandigen te beschermen. Hiertoe zijn verschillende opties verkend. Een daarvan was het voorstel dat bij een uurtarief lager dan € 16 zou worden aangenomen dat de zelfstandige een werknemer is. Dat voorstel is afgekeurd, omdat het niet

---

vrijheid bij het uitkiezen van zijn eigen personeel, HvJ EU 10 september 2014, C-270/13 (*Haralambidis*), r.o. 33.

45 HvJ EU 4 december 2014, C-413/'13 (*FNV Kiem*), r.o. 36.

46 Pennings 2015 en Pennings 2019, p. 227.

47 Zie Pennings 2015, p. 116; Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:ERZWB:2015:813, die het oordeel van het HvJ overneemt.

48 Op het moment van het afsluiten van de update van dit hoofdstuk op 1 mei 2021 is er sprake van een overgangssituatie tussen handhaving op grond van de Wet DBA en verwachtte nieuwe regels die per 1 oktober 2021 ingevoerd zouden moeten worden. Tijdens deze overgangssituatie wordt ten aanzien van een werkgever alleen handhavend opgetreden als hij: 'opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan omdat hij [u] weet – of had kunnen weten – dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking'. Zie: Belastingdienst/controle Wet DBA.

49 Thörnqvist 2015, p. 405.

in overeenstemming werd geacht met het Unierecht.[50] Een Duitse maatregel om voor zelfstandige architecten verplichte minimumtarieven in te voeren, is door het Hof van Justitie verboden op grond van strijdigheid met het in artikel 49 VWEU neergelegde recht op vrijheid van vestiging.[51] Nederland overweegt ook minimumtarieven in te voeren voor zelfstandigen in het belang van het tegengaan van sociale dumping en het bestrijden van armoede. De context en de belangen die Duitsland aanvoerde om een beperking van het recht op vrijheid van vestiging te rechtvaardigen, verschillen met de belangen die Nederland met het beoogde minimumtarief wil dienen.[52] Op grond van de uitspraak tegen Duitsland kan niet geconcludeerd worden dat het vaststellen van minimumtarieven wegens andere publieke belangen ook strijdig is met de vrijheid van vestiging.[53]

4.4 VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

Artikel 56 VWEU bepaalt dat beperkingen op het vrij verrichten van diensten verboden zijn ten aanzien van Unieburgers die een dienst verrichten in een andere lidstaat dan de lidstaat waar zij gevestigd zijn. Het verdrag beschouwt een dienst als een verrichting waar gewoonlijk een beloning tegenover staat en waarop de bepalingen met betrekking tot het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen niet van toepassing zijn (artikel 57 VWEU). De vrijheid van dienstverlening is uitgewerkt in de Dienstenrichtlijn. Er bestaan twee constructies waarbij een Unieburger op grond van het vrij verkeer van diensten in Nederland kan werken. De eerste constructie is dat een zelfstandige dienstverlener die in een andere lidstaat is gevestigd, diensten verricht in Nederland. Het verschil met de EU-zelfstandige die in de vorige paragraaf is besproken, is dat de EU- dienstverlener niet in Nederland is gevestigd. De tweede optie is dat een in een andere lidstaat gevestigd bedrijf diensten aanbiedt in Nederland die erin bestaan dat personeel dat bij dit bedrijf in dienst is, werkzaamheden in Nederland uitvoert voor een opdrachtgever. Deze constructie is geregeld in Richtlijn 96/71/EG (Detacheringsrichtlijn 1996).[54]

Op grond van artikel 6 VWEU heeft iedere Unieburger gedurende drie maanden het recht te reizen en te verblijven op het grondgebied van een andere lidstaat. Het verblijfsrecht van een EU-gedetacheerde werknemer langer

50 Laagland 2020, p. 26.
51 HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17 (*Commissie/Duitsland*). Zie ook Laagland 2020, p. 33.
52 De minimum uurtarieven en een herziene Wet DBA zouden in 2021 in moeten gaan.
53 Laagland 2020, p. 33
54 Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (*PbEG* 1997, L18/1). Deze richtlijn is herzien bij Richtlijn (EU) 2018/957. Hier volgt eerst een bespreking op basis van de Detacheringsrichtlijn 1996. In paragraaf 4.4.3 wordt besproken in welke opzichten de herziene richtlijn afwijkt van de oude richtlijn.

dan drie maanden is niet geregeld in de Verblijfsrichtlijn maar volgt impliciet uit artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. Artikel 16 lid 1 tweede alinea bepaalt: 'de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zorgt voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op zijn grondgebied.' Dit geldt zowel voor de zelfstandige dienstverlener die in een andere lidstaat een dienst verricht als voor het personeel van een dienstverrichter. Deze Unieburgers vallen niet onder artikel 45 VWEU en de Verblijfsrichtlijn en hebben in beginsel dus geen recht op de bescherming die de Verblijfsrichtlijn biedt aan EU-werknemers en EU-zelfstandigen.

4.4.1 Voorwaarden voor dienstverrichters

Artikel 16 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat er geen eisen gesteld mogen worden aan het vrije verkeer van diensten die niet voldoen aan het discriminatieverbod, het vereiste van noodzakelijkheid en het vereiste van evenredigheid.[55]

4.4.1.1 Toepasselijk arbeidsrecht gedetacheerde werknemers

In een internationale situatie worden de regels die van toepassing zijn op een overeenkomst bepaald door het internationaal privaatrecht (IPR). Voor de Europese Unie is dit IPR gecommunautariseerd in Verordening (EG) 593/2008 (hierna Rome I of Rome I-verordening).[56] Voor intra-Europese detachering heeft de Detacheringsrichtlijn 1996 echter voorrang op de Rome I-Verordening.[57]

Detachering wordt in Richtlijn 96/71/EG in artikel 1 lid 1 omschreven als de situatie waarin een werkgever in lidstaat A werknemers – met wie ten tijde van de terbeschikkingstelling een dienstverband bestaat – tijdelijk beschikbaar stelt voor de uitvoering van werkzaamheden in lidstaat B. De Detacheringsrichtlijn 1996 voorziet in drie modaliteiten: a) een werkgever in lidstaat A neemt een opdracht aan in lidstaat B en neemt zijn eigen personeel mee, waarmee hij de opdracht in lidstaat B uitvoert, b) de werknemers van een werkgever in lidstaat A worden ter beschikking gesteld aan een andere vestiging of binnen concernverband in lidstaat B, en c) een uitzendorganisatie in lidstaat A stelt werknemers beschikbaar aan een onderneming in lidstaat B.[58]

---

55 Artikel 16 lid 1, 3de alinea sub a, b en c Richtlijn 2006/123/EG.

56 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (*PbEU* 2008, L 177/6).

57 Zie preambule overweging 34 en artikel 23 Rome I. De Detacheringsrichtlijn 1996 is verder uitgewerkt in de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2014/67/EU). Een bespreking van deze richtlijn valt buiten het bestek van dit hoofdstuk.

58 Artikel 1 lid 3 sub a, b en c Richtlijn 96/71/EG.

Op grond van een detacheringsconstructie kan ook een derdelander die verblijft en werkt voor een onderneming in de ene lidstaat, worden uitgezonden om te werken in een andere lidstaat.

Als een situatie valt binnen het toepassingsbereik van de Detacheringsrichtlijn 1996 betekent dit dat op een aantal terreinen de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden van het land waar het werk wordt uitgevoerd (artikel 3 Detacheringsrichtlijn 1996). Dat betreft onder andere de regeling van het minimumloon inclusief de overwerkvergoeding, het minimum aantal betaalde vakantiedagen, maximale werktijden en minimale rusttijden. Voorwaarde voor toepassing van het recht van het land waar het werk wordt uitgevoerd is wel dat deze regelingen zijn vastgelegd in wetten of algemeen verbindend verklaarde cao's. Voor alle overige aspecten van de arbeidsovereenkomst, inclusief beëindiging van de arbeidsovereenkomst, moet het toepasselijk recht worden vastgesteld op grond van de Rome I-verordening. Als de Detacheringsrichtlijn 1996 helemaal niet van toepassing is, moet voor alle aspecten van de arbeidsovereenkomst worden bepaald welk recht van toepassing is.

Rome I bevat verschillende criteria om het toepasselijk recht vast te stellen. Het eerste criterium is de vrije rechtskeuze van de partijen (artikel 3 Rome I). Als er geen rechtskeuze is gemaakt, moet vervolgens op grond van artikel 8 lid 2, 3 en 4 Rome I worden bepaald wat het toepasselijk recht is.[59] De drie criteria die in deze bepalingen worden genoemd zijn respectievelijk het werkland (lid 2), het land van vestiging van de werkgever die de werknemers in dienst heeft genomen (lid 3) en alle overige relevante omstandigheden (lid 4). In geval van detachering is het werkland – omschreven als het land waar of van waaruit gewoonlijk wordt gewerkt – vaak niet het land waar de werkzaamheden gedurende de detachering worden uitgevoerd. Dit volgt uit de preambule waarin is opgenomen dat als de werkzaamheden tijdelijk in een ander land worden verricht, dit betekent dat het land waar of van waaruit gewoonlijk wordt gewerkt, niet is gewijzigd.[60] Het vestigingscriterium moet worden toegepast als niet duidelijk is waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. Als echter uit alle omstandigheden die betrekking hebben op de overeenkomst blijkt dat er nauwere banden bestaan met een ander land, dan is het recht van dat land van toepassing.

Een verdere uitzondering ten aanzien van welk recht toegepast dient te worden kan ontleend worden aan artikel 9 Rome I dat ziet op bepalingen van 'bijzonder dwingend recht'. Dit zijn bepalingen waarvan een land de handhaving op grond van openbare belangen zo belangrijk vindt, dat ze op elke overeenkomst van toepassing zijn, ongeacht de rechtskeuze voor een bepaald rechtstelsel.

---

59 Vanwege de beperkte ruimte beperk ik mij hier tot een beknopte bespreking van artikel 8 lid 2, 3 en 4 van Rome I. Artikel 8 lid 1 en het objectief toepasselijk recht die de vrije rechtskeuze beperken, worden hier niet besproken.

60 Preambule overweging 36 Rome I.

4.4.2 Risico's op uitbuiting dienstverrichter en gedetacheerde werknemers

De Dienstenrichtlijn is gericht op het opheffen van belemmeringen voor het vrij verkeer van diensten. Doordat een registratieplicht, inschrijving in de Kamer van Koophandel en dergelijke eisen voor een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener worden beschouwd als verboden belemmeringen, is er geen zicht op de omvang van deze vorm van EU dienstverlening door zelfstandigen en is controle op bijvoorbeeld schijnzelfstandigheid bijzonder moeilijk.[61]

De meeste problemen die ten aanzien van uitbuiting van EU-arbeidsmigranten in Nederland worden aangekaart, betreffen gedetacheerde werknemers. In het kader van dit hoofdstuk worden drie structurele oorzaken besproken. Dit zijn ten eerste de keuze voor het onderbrengen van gedetacheerde werknemers onder het vrij verkeer van diensten, ten tweede de compromissen die gesloten moesten worden bij de totstandkoming van de Detacheringsrichtlijn 1996 en ten derde de samenloop tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn 1996.

4.4.2.1 Gedetacheerde werknemers als deel van het vrije dienstenverkeer

Aan de basis van het verschil in behandeling tussen lokale en gedetacheerde werknemers ligt de gekozen constructie waarbij gedetacheerde werknemers niet beschouwd worden als zelfstandige dragers van het recht op vrij werknemersverkeer, maar als 'gereedschap' van de dienstverlener die gebruik maakt van zijn recht op vrij dienstenverkeer.[62] Deze constructie is door het Hof van Justitie gebruikt in de zaak *Rush Portuguesa*.[63] Het HvJ oordeelde in deze zaak dat een dienstverrichter om een dienst in een andere lidstaat te kunnen verrichten soms zijn eigen personeel dient mee te nemen en dat deze werknemers niet toetreden tot de arbeidsmarkt van de lidstaat waar de dienst wordt verricht. Dit zou anders kunnen zijn als er sprake was van het in- en uitlenen van personeel. Deze uitspraak van het Hof is in de Detacheringsrichtlijn 1996 gecodificeerd waarbij als rechtsbasis is gekozen voor het vrije dienstenverkeer. In de Detacheringsrichtlijn 1996 is echter het puur grensoverschrijdende inlenen van personeel wel onder de noemer van het vrije dienstenverkeer gebracht (artikel 1 lid 3 sub c). Dat betekent dat ook deze 'uitgeleende werknemers' in beginsel niet als werknemer op grond van de Verblijfsrichtlijn in de gastlidstaat verblijven en geen aanspraak kunnen maken op de rechten op verblijf, werk en bijstand en non-discriminatiebepaling van deze richtlijn. Gezien de

61 SER 2014, p. 176.

62 Zie voor de achtergrond bij deze keuze Houwerzijl 2009, p. 5

63 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (*Rush Portuguesa*). Al eerder had het Hof in de zaak *Webb* bepaald dat het ter beschikking stellen van werknemers via een uitleenconstructie valt onder het begrip 'diensten', HvJ EG 17 december 1981, C279/80 (*Webb*), r.o. 7-11.

ruime betekenis die het Hof geeft aan het begrip werknemer is de vraag opgeworpen of het Hof ingeval een beroep wordt gedaan op werknemerschap in de zin van de Verblijfsrichtlijn niet zal beslissen dat de gedetacheerde werknemer toch beschouwd moet worden als een werknemer en dus rechten kan ontlenen aan de Verblijfsrichtlijn.[64] De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Vicoplus* leek deze benadering van gedetacheerde werknemers te ondersteunen.[65] Het Hof ging er in deze zaak vanuit dat de toelating van gedetacheerde Poolse werknemers die ten tijde van de overgangsregeling[66] via een uitzendconstructie werkten wel van invloed kan zijn op de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat. Als een lidstaat uitgezonden gedetacheerde werknemers ten aanzien van de tewerkstellingsverplichting als werknemers mag beschouwen, zou dan niet geredeneerd kunnen worden dat deze werknemers vallen onder artikel 45 VWEU en hier ook rechten aan kunnen ontlenen?[67] In de latere zaak *Essent* werd echter duidelijk dat het Hof toch vasthoudt aan de lijn van *Rush Portuguesa*.[68] Het Hof bevestigde zijn eerdere lijn dat uitgezonden gedetacheerde werknemers vallen onder het vrij verkeer van diensten. De eis van een tewerkstellingsvergunning voor een legaal in Duitsland verblijvende derdelander die werd uitgezonden naar Nederland, vormde een belemmering van het vrije dienstenverkeer. In de zaak *Martin Meat* geeft het Hof van Justitie een complex toetsingskader om te beoordelen of er sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten zoals bedoeld onder artikel 1 lid 3 sub c Richtlijn 96/71/EG of van een werkgever-werknemersrelatie tussen de gedetacheerde werknemer en het inlenende bedrijf.[69]

4.4.2.2 De Detacheringsrichtlijn 1996 als compromis

Bij de vaststelling van de Detacheringsrichtlijn 1996 zijn compromissen gesloten tussen enerzijds het belang van bescherming van rechten van gedetacheerde werknemers en anderzijds het vrije dienstenverkeer. Dit compromis blijkt bijvoorbeeld uit een beperking van de arbeidsvoorwaarden waarop het recht van het tijdelijk werkland van toepassing is en het niet invullen van het begrip tijdelijk, waardoor in beginsel ook zeer lange periodes als tijdelijk kunnen worden beschouwd, gedurende welke alleen de minimale bescherming via de Detacheringsrichtlijn 1996 geldt.[70] Deze dubbele – en volgens sommigen

64 Zie Houwerzijl 2011, p. 259-265. De vraag welk recht voorrang heeft in geval een bepaalde situatie onder twee verschillende vrijheden zou kunnen vallen wordt geadresseerd door Botman 2015, p. 189 e.v.

65 HvJ EU 19 februari 2011, C-307/09 (*Vicoplus*) r.o. 35.

66 De overgangsregeling hield voor Nederland in dat er nog geen recht op vrij werknemersverkeer bestond maar wel een recht op vrij dienstenverkeer.

67 Zie ook Van den Eeckhout 2012, p. 15-16; Houwerzijl 2011.

68 HvJ EU 11 september 2014, C-91/13 (*Essent*), r.o. 42.

69 HvJ EU 18 juni 2015, C-586/13 (*Martin Meat*), r.o. 32-41.

70 In de herziene Detacheringsrichtlijn is deze bepaling gewijzigd. Zie verder paragraaf 4.4.3.

niet te verenigen – doelstelling van de Detacheringsrichtlijn 1996 creëert een spanningsveld waarin het Hof van Justitie een balans probeert te vinden.[71] Volgens critici slaat deze balans in verschillende zaken door naar de doelstelling van het wegnemen van belemmeringen op het vrij dienstenverkeer.[72] Bijvoorbeeld in de zaak *Laval* oordeelde het Hof dat de kernbepalingen waarop het recht van de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd, zoals opgenomen in de Detacheringsrichtlijn 1996, bedoeld zijn als een limitatieve opsomming. Dit houdt in dat deze bepalingen niet mogen worden uitgebreid door het land van ontvangst om de belangen van werknemers te beschermen, omdat dit een onterechte beperking van de vrijheid van het dienstenverkeer zou inhouden.[73]

Ten slotte is ook de rechtsbescherming van de gedetacheerde werknemer halfslachtig geregeld in de Detacheringsrichtlijn 1996. Een gedetacheerde werknemer die meent dat zijn rechten in het tijdelijk werkland zijn geschonden kan een claim indienen bij de rechtbank van dit land (artikel 6 Detacheringsrichtlijn 1996). Er kunnen echter allerlei praktische obstakels zijn om zijn recht in het tijdelijk werkland af te dwingen, zoals onbekendheid met de rechten die een gedetacheerde werknemer heeft, het rechtssysteem, of het feit dat betrokkene tegen de tijd dat een zaak voorkomt allang niet meer in de gaststaat verblijft.[74] Hij kan ook een claim indienen bij de rechtbank in zijn land van oorsprong of het land waar zijn werkgever is gevestigd. De Detacheringsrichtlijn 1996 verplicht de rechter in deze andere staten niet het recht van het tijdelijk werkland toe te passen.[75] De nationale rechter van die andere staat moet op grond van de Rome I-verordening zelfstandig besluiten welk recht hij toepasselijk acht op de arbeidsovereenkomst en dat blijkt in de praktijk vaak het recht van het land van herkomst van de werknemer te zijn.[76]

71 Verschueren 2014, p. 557.

72 Zie bijv. de zaken HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval)* en HvJ EG 2 april 2008, C-346/06 (*Rüffert*) en het commentaar hierop Van den Eeckhout 2009.

73 Zie HvJ EG 18 december 2007, C- 341/05 (*Laval)*. In de Finse vakbondszaak geeft het Hof overigens wel blijk van oog te hebben voor de sociale bescherming van gedetacheerde werknemers en ruimte te laten voor een nationale invulling van het begrip minimumloon. Zie HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliitto ry*), r.o. 28 e.v.

74 Zie het onderzoek van Hoek & Houwerzijl 2011, p. 267-270, waar zij concluderen dat er bijna geen rechtszaken zijn van gedetacheerde werknemers in de gaststaat om arbeidsvoorwaarden van de gaststaat conform de Detacheringsrichtlijn af te dwingen en een overzicht geven van de verklaringen die hiervoor worden gegeven. Zie ook: Fornassier & Torga 2013, p. 356-365.

75 Fornassier & Torga 2013, p. 361.

76 Fornassier & Torga 2013, p. 359. Zie ook voor de uitzondering op deze regel de door hen becommentarieerde uitspraak van het Estse Hooggerechtshof van 16 januari 2013, No. 3-2-1-179-12 2013, p. 362.

4.4.2.3 Rome I en de Detacheringsrichtlijn 1996

Het is de vraag of en zo ja in hoeverre gaten in de bescherming die de Detacheringsrichtlijn 1996 biedt, kunnen worden opgevuld door de Rome I-verordening.[77] Betoogd wordt dat het soms gunstiger kan zijn voor de werknemer om aan te voeren dat de Detacheringsrichtlijn 1996 niet van toepassing is en zich volledig te beroepen op vaststelling van het toepasselijk recht op grond van Rome I.[78] Als de Detacheringsrichtlijn 1996 wel van toepassing is, zal het in veel gevallen lastig zijn om als toepasselijk recht voor de overige arbeidsvoorwaarden ook uit te komen bij het recht van het tijdelijk werkland op grond van Rome I. De invulling die in de preambule bij Rome I aan het begrip gewoonlijk werkland wordt gegeven, sluit in geval van echte detachering namelijk het recht van het tijdelijk werkland uit.[79] Dit zou alleen anders kunnen zijn als op grond van een van de andere criteria van Rome I het recht van het land waar tijdelijk wordt gewerkt als toepasselijk recht kan worden aangewezen. Daarbij speelt de vraag of op grond van Rome I dat recht toepasselijk kan worden verklaard dat de meeste bescherming biedt aan een gedetacheerde werknemer. De jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt dit in ieder geval niet als een criterium voor rechtskeuze aan te wijzen.[80]

---

77 Zie bijv. Van den Eeckhout 2014, p. 157-169; Kullmann 2015, p. 215-216.

78 Dit kan overigens ook een risico zijn, omdat niet zonder meer op voorhand is vast te stellen tot welk toepasselijk recht op grond van welke criteria van Rome I de rechter zal besluiten: zie Van den Eeckhout, 2015 p. 2-4.

79 Overweging 36 van de preambule stelt dat het gewoonlijk werkland juist niet het land is waar tijdelijk wordt gewerkt. De complexiteit van deze materie blijkt ook uit de Nederlandse jurisprudentie waar rechters worstelen met de begrippen werkland en gewoonlijk werkland. Zie bijv. de uitspraak in de zaak van de Hongaarse truckers van 8 januari 2015, waar de rechter eerst stelt dat o.g.v. Rome I Nederland het gewoonlijk werkland is en vervolgens tot de conclusie komt dat dat de Detacheringsrichtlijn van toepassing is. Zie Kantonrechter Rb. Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 8 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:18. Zie ook de annotatie van Franssen 2015. De Kantonrechter zp Rb. Overijssel is in een vergelijkbare zaak een stuk voorzichtiger in haar oordeel: ECLI:NL:RBOVE:2015:3865. Uiteindelijk heeft de rechter na enkele beroepsprocedures in de zaak van de Hongaarse truckers van 8 januari 2015, geoordeeld dat o.g.v. Rome I Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is; Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, r.o. 3.21. Het Hof van Justitie heeft in een andere zaak in 2020 geoordeeld dat de Detacheringsrichtlijn van toepassing is op bepaalde vormen van wegtransport; Zie HvJ EU 1 december 2020, C-815/18 (*FNV/Van den Bosch*).

80 Zie bijv. HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 (*Schlecker*) en de commentaren op deze zaak van Van den Eeckhout 2015 en Van Hoek 2014.

4.4.3 De herziening van de Detacheringsrichtlijn 1996

Op 30 juli 2020 is de herziene Detacheringsrichtlijn in werking getreden.[81] Het doel van deze richtlijn is het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie ingang te doen vinden.[82] De drie modaliteiten van detachering die in artikel 1 lid 3 van de Detacheringsrichtlijn 1996 waren opgenomen, zijn gelijk gebleven. Hier worden drie aanpassingen in de herziene richtlijn benoemd: a) de wijziging in de rechten die een gedetacheerde werknemer heeft, b) de beperking van de termijn waarvoor de herziene Detacheringsrichtlijn geldt en c) het toepasselijk verklaren van artikel 5 van de Uitzendrichtlijn (zie ook paragraaf 4.2.1) op buitenlandse uitzendbureaus.[83]

De rechten die een gedetacheerde werknemer had op basis van artikel 3 van de oude richtlijn waren vastgesteld op het minimumniveau. In de herziene Detacheringsrichtlijn wordt in de aanhef van artikel 3 duidelijk gemaakt dat met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in deze bepaling, een recht geldt op gelijke behandeling als lokale werknemers. Wel is de beperking gehandhaafd dat het recht op gelijke behandeling alleen geldt voor normen die zijn opgenomen in een wettelijke of bestuurlijke maatregel of in cao's die algemeen verbindend zijn verklaard. Aan het lijstje van normen zijn twee normen toegevoegd: het ter beschikking stellen van huisvesting en vergoedingen voor reis-, maaltijd- en verblijfskosten voor werknemers die in het kader van het werk van huis zijn.

In Richtlijn 96/71/EG was de duur dat een werknemer op basis van de richtlijn uitgezonden kon worden niet beperkt. In de herziene richtlijn is op zich geen beperking van de maximumtermijn voor detachering opgenomen, maar is wel bepaald dat na twaalf maanden recht bestaat op gelijke behandeling ten aanzien van alle toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn neergelegd in wetten en algemeen verbindend verklaarde cao's.[84] Bedrijven kunnen deze termijn vrij simpel verlengen tot 18 maanden door middel van een gemotiveerde kennisgeving. De richtlijn bepaalt niet wat geldige redenen voor verlenging zouden kunnen zijn. Bepalingen ten aanzien van ontslag blijven uitgezonderd van het recht op gelijke behandeling.

Het toepasselijk verklaren van de Uitzendrichtlijn op gedetacheerde uitzendkrachten[85] is een aanzienlijke verbetering voor de arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde uitzendkrachten (onder voorbehoud van de in paragraaf 3.1 gemaakte opmerkingen).

---

81 Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. (*PbEU* L 173/16).

82 Zie COM(2016) 128, p. 1.

83 Zie voor een evaluatie van de herziene Detacheringsrichtlijn bijv. Carter 2018.

84 Artikel 1bis Richtlijn (EU) 2018/957.

85 Zie artikel 1ter Richtlijn (EU) 2018/957.

De herziene richtlijn kan net als zijn voorganger met betrekking tot de bescherming van de rechten van de gedetacheerde werknemers alleen succes hebben indien de nationale autoriteiten hun handhavingsinspanningen vergroten. In de regeling van de rechtsbescherming in artikel 6 van de herziene Detacheringsrichtlijn is niets veranderd. De bezwaren die hierover in paragraaf 4.4.2.2 naar voren zijn gebracht, lijken daarom ook onder de herziene richtlijn nog relevant.

Ten slotte rijst nog de vraag of de aanwijzing van de gaststaat als werkland de positie van de gedetacheerde werknemer kan versterken door middel van een beroep op het vrij werknemersverkeer. De verhouding tussen de vaststelling van het toepasselijk recht op grond van Rome I en eventuele aanspraken op grond van de non-discriminatiebepalingen die onderdeel uitmaken van het vrij werknemersverkeer, is nog een onontgonnen terrein.[86] Een ander punt is of rechten op verblijf, werk en bijstand (in combinatie met sociale zekerheidsrechten) kunnen worden geclaimd op grond van de Verblijfsrichtlijn. Het argument van Houwerzijl, al eerder genoemd in paragraaf 4.4.2.1, zou versterkt kunnen worden door de impliciete erkenning dat deze gedetacheerde werknemers wel toetreden tot de arbeidsmarkt – nu de gastlidstaat het gewoonlijk werkland is geworden. Dat zou inhouden dat zij werknemers zijn in de zin van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn en op grond hiervan de rechten kunnen inroepen die aan de status van werknemer zijn verbonden.

4.5 Conclusie

Het Unierecht maakt op diverse manieren mogelijk dat werkgevers zoveel mogelijk kostenvoordeel proberen te halen door de inzet van goedkopere EU-arbeidsmigranten. Dit kan leiden tot arbeidsuitbuiting.

De norm gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie gaat uit van een categorisering van arbeid in twee groepen: werknemers en (echte) zelfstandigen. Werknemers moeten gelijk behandeld worden en zelfstandigen dienen hun eigen voorwaarden af te dwingen. De Unierechtelijke werkelijkheid is echter complexer. Geredeneerd vanuit de arbeidsmigrant zijn er vier verschillende constructies denkbaar: de EU-werknemer die in Nederland woont en werkt, de EU-zelfstandige die in Nederland is gevestigd, de EU-dienstverlener die in een andere lidstaat is gevestigd en in Nederland diensten verricht en de intra-EU gedetacheerde arbeidsmigrant. Deze vier verschillende constructies worden gereguleerd door drie verschillende Unierechtelijke vrijheden: het vrij werknemersverkeer, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten met daaronder een vangnet dat wordt gevormd door het IPR in de vorm van de Rome I-verordening. Omdat de voorwaarden waaronder de EU-arbeidsmigrant mag werken niet voor alle constructies gelijk zijn, kan hier een kostenvoordeel

86 Van den Eeckhout 2016.

behaald worden. Het kostenvoordeel dat met de inzet van gedetacheerde werknemers kan worden behaald, is verkleind met de inwerkingtreding van de herziene Detacheringsrichtlijn. Toch zijn de verschillende posities nog niet volledig gelijk en kunnen ook bepaalde gedetacheerde werknemers buiten de geboden bescherming vallen (bijvoorbeeld als er geen bindende cao is voor een bepaalde bedrijfstak). Een zelfstandige dienstverlener die (al dan niet onder druk) bereid is om voor een lage vergoeding hetzelfde werk te doen en geen kosten voor bijvoorbeeld verzekeringen en ouderdomspensioen doorberekent aan de opdrachtgever, kan goedkoper zijn dan een werknemer in loondienst.

Het adagium gelijke arbeidsomstandigheden voor gelijk werkt komt dus niet overeen met de Unierechtelijk juridische werkelijkheid. Deze twee kunnen dichter bij elkaar gebracht worden door strakker te handhaven. Het Unierecht staat echter een volledige gelijkschakeling in de weg. Het Hof van Justitie benadrukt in zijn uitspraken het belang van de vrijheden van de interne markt. Dit heeft voor de werknemer een versterking van zijn rechtpositie tot gevolg, door de ruime uitleg die het Hof geeft aan het begrip werknemer. Hoewel het Hof knabbelt aan potentiële rechten op verblijf, werk en bijstand en sociale bijstandsrechten van economisch niet-actieven lijkt vooralsnog de positie van de economisch actieve – ook bij werkloosheid na een jaar – sterk. Gedurende het eerste jaar is de positie van zowel de EU-werknemers als EU-zelfstandige nog wel kwetsbaarder dan de positie van een lokale werknemer, omdat verlies van werk of opdrachten gevolgen kan hebben voor het recht op een bijstandsuitkering en verblijfsrecht. Voor de zelfstandige belemmert het Unierecht verder een versteviging van zijn rechtpositie middels collectieve afspraken wegens strijdigheid met de mededingingsregels. Wellicht dat hier enige ruimte is voor verbetering van de rechtspositie van de naar Unierecht schijnzelfstandige, of via de invoering van minimumtarieven. Ten aanzien van de gedetacheerde werknemer verhindert het Unierecht nog steeds een volledige gelijkschakeling met de rechten die een lokale werknemer heeft. Ook in de herziene Detacheringsrichtlijn is de gedetacheerde werknemer te zien als het gereedschap van de dienstverrichter of zelfs als de dienst zelf. Dat betekent onder meer dat zijn verblijfsrecht is gekoppeld aan het verrichten van de dienst en eindigt als de dienst is beëindigd. Zeker voor een derdelander die met een verblijfsrecht in de ene lidstaat als gedetacheerde werknemer in een andere lidstaat werkt, is de afhankelijkheid van de formele werkgever groot. De compacte beschrijving in dit hoofdstuk van de bescherming die het 'vangnet' in de vorm van Rome I al dan niet kan vormen, laat zien dat het inroepen van of wel de Detacheringsrichtlijn of wel de Rome I-verordening kan leiden tot juridische scherpslijperij waarbij de uitkomst van de vraag welk rechtsregime van toepassing is verder nog wordt beïnvloed door welke rechter (uit welke lidstaat) de zaak wordt beoordeeld.

Een werkelijke doorvoering van de norm gelijke arbeidsomstandigheden voor gelijk werk is alleen mogelijk als de juridische Unierechtelijke werkelijkheid wordt aangepast aan de arbeidsrechtelijke tweedeling in werknemers

en zelfstandigen. Dat is gezien de verschillen in kwalificering binnen de EU van de huidige situatie als uitbuiting, verdringing, sociale dumping of legitiem kostenvoordeel vooralsnog een utopie.

5 Bescherming van derdelanders tegen arbeidsuitbuiting in de EU

5.1 INLEIDING[1]

In 2018 en 2019 werden in zowel Duitsland[2] als Frankrijk[3] maatregelen aangekondigd om arbeidsmigratie van migranten van buiten de EU te reguleren en stimuleren. Het argument in beide landen was dat er als gevolg van de vergrijzing en economische ontwikkeling tekorten zijn op de arbeidsmarkt en dat het aanbod van arbeidskrachten uit eigen land en andere EU-landen niet voldoende is om in de vraag naar arbeidskrachten te voorzien. Ook in Nederland is er bij tijd en wijle discussie over de vraag of Nederland behoefte heeft aan meer arbeidsmigranten en of deze vraag naar arbeidskrachten kan worden vervuld uit alleen het aanbod van binnen de EU.[4] Tijdens de Covid-pandemie en de afsluiteng van landen voor arbeidsmigranten, ontstonden er zorgen over de beschikbaarheid van migranten voor het werk in met name de land- en tuinbouw.[5]

Hoewel er (toenemende) behoefte is aan arbeidsmigranten, worden deze migranten niet altijd goed behandeld. In het inleidend hoofdstuk zijn verschillende voorbeelden gegeven van mediaberichten en rapporten over de situatie van arbeidsmigranten in Nederland en de EU. De EU-wetgever zet zich in voor de strijd tegen mensenhandel in het algemeen en arbeidsuitbuiting als een specifieke vorm van mensenhandel in het bijzonder. Dit heeft zich vertaald in een verbod op slavernij, dienstbaarheid, gedwongen en verplichte arbeid en mensenhandel in het Grondrechten Handvest, waaraan in hoofdstuk 2 is gerefereerd.[6] Meer concreet biedt de EU-richtlijn tegen mensenhandel bescherming tegen zowel seksuele uitbuiting als gedwongen arbeid.[7] Deze richtlijn is in het kader van de strafrechtelijke aanpak in hoofdstuk 3 besproken.

---

1 Dit hoofdstuk is gebaseerd op: G.G. Lodder, 'Bescherming van derdelandmigranten tegen arbeidsuitbuiting in de EU', *ArA* 2020 (14) 3, p. 3-25.
2 Zie J. Eijsvoogel, Duitsland wordt soepeler met arbeidsmigratie, *NRC* 19 december 2018.
3 Zie D. Kool, Frankrijk scherpt asielbeleid fors aan en stelt quota in voor arbeidsmigratie, *de Volkskrant* 6 november 2019.
4 D66, Grip op arbeidsmigratie, *D66.nl* 13 februari 2020.
5 S. Carroll, e.a., Covid-19 crisis stokes European tensions over migrant labour, *The Guardian* 11 mei 2020.
6 Artikel 5 Grondrechten Handvest.
7 Artikel 2 lid 3 Richtlijn 2011/36/EU.

Dit hoofdstuk gaat over bescherming tegen arbeidsuitbuiting die is opgenomen in de EU-migratiewetgeving ten aanzien van derdelanders. Ook in de EU-wetgeving ten aanzien van (arbeids)migratie van burgers van derde landen naar de EU wordt aandacht besteed aan uitbuiting.[8] Tegelijkertijd is het doel van deze wetgeving met name ook het 'zorgen voor een efficiënt beheer van migratiestromen' en preventie en bestrijding van illegale immigratie.[9] De ontwikkeling van een gemeenschappelijk beleid voor migratie werd voorts voor een belangrijk deel ingegeven door economische overwegingen.[10] Deze uiteenlopende doelstellingen van het EU migratiebeleid kunnen met elkaar botsen.

Vanuit dit perspectief staat in dit hoofdstuk de vraag centraal wat de invloed is van EU-migratiewetgeving op de bescherming van arbeidsmigranten. Migratiewetgeving kan op verschillende manieren bescherming bieden tegen arbeidsuitbuiting van migranten door een werkgever (zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.5): a) door het stellen van normen ten aanzien van de behandeling in een arbeidsrelatie, b) door het versterken van de positie van een migrant tegenover een werkgever, en c) door het bieden van bescherming aan migranten in een situatie van arbeidsuitbuiting. Anderzijds kan migratiewetgeving ook de positie van migranten tegenover een werkgever verzwakken, bijvoorbeeld door het recht op verblijf te koppelen aan het werken voor een bepaalde werkgever.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Paragraaf 5.2 geeft een overzicht van de totstandkoming van het EU-migratiebeleid voor derdelanders. In paragraaf 5.3 wordt onderzocht in hoeverre de wijze waarop de toegang tot en verblijfsrecht op het EU-grondgebied is gereguleerd, de kwetsbaarheid van derdelanders voor arbeidsuitbuiting beïnvloedt. In paragraaf 5.4 volgt een overzicht van de rechten in de migratiewetgeving, die derdelanders beschermen die zich in een situatie van arbeidsuitbuiting bevinden. In paragraaf 5.5 worden de normen ten aanzien van de behandeling van derdelanders in een arbeidsrelatie besproken. De conclusies volgen in paragraaf 5.6.

5.2 De regulering van migratie van derdelanders naar de EU

Het Verdrag van Amsterdam (1997) creëerde de bevoegdheid voor de EU om richtlijnen en verordeningen op het gebied van migratie van derdelanders naar

8 Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2014/36/EU waar in de preambule wordt gesteld dat de richtlijn beoogt bij te dragen aan fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden en leefomstandigheden voor seizoenarbeiders (overweging 7), Richtlijn (EU) 2016/801 waar in de preambule t.a.v. au pairs wordt opgemerkt dat zij het risico lopen te worden uitgebuit (overweging 23) en Richtlijn 2009/52/EG die bescherming biedt aan illegaal verblijvende arbeidsmigranten.

9 Artikel 79 lid 1 VWEU.

10 Europese Raad, Het Haags Programma – Versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, (2005/C 53/01) (*PbEU* 2005, C 53/4).

de EU te ontwikkelen.[11] Tegenwoordig worden de toelating tot het EU-grondgebied, de voorwaarden voor verschillende soorten verblijf, verblijfsrechten en terugkeer geregeld door het Unierecht. Ook op het gebied van arbeidsmigratie zijn diverse richtlijnen tot stand gekomen. Voor dit hoofdstuk is met name de regulering van arbeidsmigratie relevant. Daarnaast is van belang welke andere kanalen voor legale migratie toegankelijk zijn en onder welke voorwaarden migranten die zijn toegelaten voor een ander doel dan het verrichten van arbeid, toegang hebben tot de arbeidsmarkt.

De regulering van migratie van derdelanders naar de EU gaat uit van een fundamenteel ander beginsel dan de intra-EU-migratie van Unieburgers, die in het vorige hoofdstuk is besproken. Voor Unieburgers geldt als basisbeginsel het recht vrij te reizen en verblijven op het grondgebied van de Unie en het recht om te werken in loondienst of als zelfstandige en diensten te verrichten.[12] Deze vrijheden kunnen aan bepaalde voorwaarden worden gebonden, maar volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, moeten beperkingen van de vrijheden restrictief worden toegepast. Daarnaast geldt ten aanzien van deze vrijheden een verbod op discriminatie naar nationaliteit.[13]

Voor derdelanders die toegang en verblijf op het grondgebied van de Unie zoeken, geldt het omgekeerde beginsel: zij hebben geen recht op toegang en verblijf, tenzij wordt voldaan aan bepaalde voorwaarden. De grondslag voor de diverse maatregelen die op het gebied van migratie van derdelanders zijn vastgesteld, is te vinden in artikel 78 en 79 van het VWEU. Artikel 78 VWEU regelt de bevoegdheid om maatregelen op het gebied van asielmigratie vast te stellen en artikel 79 VWEU biedt een grondslag voor regulering van overige migratie, zoals arbeidsmigratie.

Twintig jaar nadat de eerste voorstellen voor de regulering van migratie op grond van deze bepalingen door de Europese Commissie zijn gedaan, is er nu een stelsel van richtlijnen dat ziet op verschillende fases van migratie. Op het gebied van toegang zijn met name twee verordeningen van belang die de voorwaarden voor toegang en kort verblijf (dat wil zeggen verblijf van maximaal drie maanden) reguleren. Dit zijn de Schengengrenscode[14] en de Visumcode.[15] De regulering van verblijf van langer dan drie maanden is per verblijfsdoel uitgewerkt. De Gezinsherenigingsrichtlijn is de eerste richtlijn

11 Zie nu artikel 77-80 VWEU.
12 Zie artikel 20, 21, 45, 49 en 56 VWEU.
13 Zie artikel 45 lid 2, 49 en 57 VWEU.
14 Verordening (EU) 2016/399 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende een Uniecode voor de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode) (*PbEU* 2016, L 77/1).
15 Verordening (EG) 810/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot vaststelling van een gemeenschappelijke visumcode (Visumcode) (*PbEU* 2009, L 243/1).

die in dit kader tot stand is gekomen.[16] Deze richtlijn bepaalt de voorwaarden waaronder gezinsleden van derdelanders met een verblijfsvergunning in een van de lidstaten van de EU een recht op gezinshereniging hebben. Op het gebied van asiel zijn enkele richtlijnen en een verordening tot stand gekomen. In het kader van dit hoofdstuk is de Opvangrichtlijn van belang, waarin regels zijn opgenomen ten aanzien van de opvang van asielzoekers tijdens de aanvraagprocedure.[17] Verder is de Kwalificatierichtlijn relevant, die bepaalt wat de gronden zijn voor toekenning van een verblijfstitel voor internationale bescherming en welke rechten een asielzoeker aan wie bescherming is verleend, heeft.[18] Er bestaan diverse richtlijnen die een specifieke categorie van arbeid of uitwisseling reguleren. In de Richtlijn Onderzoekers en Studenten worden naast de regulering van verblijf voor wetenschappelijk onderzoek en studie ook het verblijf voor au pair, scholierenuitwisseling, vrijwilligerswerk en stage geregeld.[19] Er is een richtlijn voor de toelating van hooggekwalificeerde arbeid (Richtlijn Blauwe kaart),[20] voor overplaatsing binnen een onderneming (ICT-richtlijn)[21] en voor seizoenarbeiders (Richtlijn Seizoenarbeid).[22] Verder is er een richtlijn die procedures voor het aanvragen van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid vaststelt en de rechten van arbeidsmigranten na toelating regelt (Richtlijn Verblijf en Werk).[23] De toegang tot het recht op permanent verblijf en de rechten van langdurig verblijvende derdelanders zijn

16 Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (*PbEU* 2003, L 251/12).

17 Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking) (*PbEU* 2013, L 180/96).

18 Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking) (*PbEU* 2011, L 337/9).

19 Richtlijn 2016/801/EU van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders met het oog op onderzoek, studie, stages, vrijwilligerswerk, scholierenuitwisseling, educatieve projecten of au-pairactiviteiten (herschikking) (*PbEU* 2016, L 132/21).

20 Richtlijn 2009/50/EG van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan (*PbEU* 2009, L 155/17).

21 Richtlijn 2014/66/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen in het kader van een overplaatsing binnen een onderneming (*PbEU* 2014, L157/1).

22 Richtlijn 2014/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op tewerkstelling als seizoenarbeider (*PbEU* 2014, L94/375).

23 Richtlijn 2011/98/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende één enkele aanvraagprocedure voor een gecombineerde vergunning voor onderdanen van derde landen om te verblijven en te werken op het grondgebied van een lidstaat, alsmede inzake een gemeenschappelijk pakket rechten voor werknemers uit derde landen die legaal in een lidstaat verblijven (*PbEU* 2011, L343/1).

geregeld in de Richtlijn Langdurig ingezetenen.[24] De procedures met betrekking tot terugkeer van irregulier verblijvende derdelanders zijn neergelegd in de Terugkeerrichtlijn.[25]

Ten slotte is de Werkgeverssanctierichtlijn[26] relevant. Deze richtlijn is vooral een instrument in de strijd tegen irreguliere migratie, maar biedt tegelijkertijd bescherming aan arbeidsmigranten zonder rechtmatig verblijf.

In de paragrafen 5.3, 5.4 en 5.5 wordt de hierboven genoemde EU-migratiewetgeving, op de in de inleiding genoemde drie manieren van invloed op uitbuiting geanalyseerd.

5.3 Regulering verblijfsrecht

De wijze waarop het verblijfsrecht voor derdelanders is gereguleerd, kan de kwetsbaarheid van migranten voor uitbuiting versterken of juist verminderen.[27] In deze paragraaf wordt de EU-migratieregelgeving getoetst aan de mogelijke effecten van de regulering van het verblijfsrecht op de kwetsbaarheid voor uitbuiting. De vraag die hier wordt beantwoord, is of de wijze waarop de toelating en het verblijf van derdelanders in het EU-recht is geregeld, bijdraagt aan de bescherming van derdelanders tegen arbeidsuitbuiting, of hieraan juist afbreuk doet. Voor de beantwoording van deze vraag wordt eerst gekeken naar de wijze waarop toegang tot het EU-grondgebied is geregeld (paragraaf 5.3.1) en daarna naar hoe de verkrijging en het intrekken van de diverse vormen van verblijf is gereguleerd (paragraaf 5.3.2). Vervolgens komt aan bod of een derdelander mag werken (paragraaf 5.3.3) en de mogelijkheid heeft om van werkgever te wisselen (paragraaf 5.3.4). Ten slotte wordt besproken hoe de verblijfsduur is geregeld en of er uitzicht is op permanent verblijf (paragraaf 5.3.5).

5.3.1 Toegang tot het EU-grondgebied

De EU heeft strenge voorwaarden voor toegang en strikte grenscontrole aan de buitengrenzen van de EU om deze voorwaarden te handhaven.[28] De laatste

24 Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen (*PbEU* 2003, L16/44).

25 Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (*PbEU* 2008, L348/98).

26 Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (*PbEU* 2009, L168/24).

27 Zie FRA 2015 en FRA 2019. Het gaat in deze rapporten om zowel EU-migranten als derdelanders.

28 Guild & Carrera 2013.

decennia zijn zowel de regels voor het verkrijgen van toegang als de instrumenten bij grenscontroles, zoals het inzetten van radarcontroles, hogere hekken en pre-boarding controles door vliegmaatschappijen, aangescherpt.[29] Vanuit EU-perspectief moet grenstoezicht bijdragen aan de bestrijding van illegale immigratie en mensenhandel.[30] Door verschillende auteurs wordt echter gewezen op het vergroten van de kwetsbaarheid van migranten voor mensenhandel en mensensmokkel door de invoering en versterking van strenge grenscontroles.[31] In het kader van dit hoofdstuk gaat het niet om de fysieke maatregelen, maar om het juridisch kader dat toegang van derdelanders tot het EU-grondgebied regelt. Hieronder worden drie voorwaarden uitgelicht die het derdelanders moeilijk kunnen maken om legaal toegang te krijgen tot het grondgebied van de EU.

De eerste voorwaarde heeft betrekking op het verkrijgen van toegang voor kort verblijf. Kort verblijf wil in deze context zeggen een verblijf van maximaal 90 dagen. De voorwaarden zijn opgenomen in de Schengengrenscode. Deze voorwaarden zijn in grote lijnen: beschikken over een geldig reisdocument en indien nodig een visum, beschikken over voldoende middelen van bestaan voor het voorgenomen reisdoel en reisduur en geen gevaar opleveren voor de openbare orde.[32] Uit de formulering van artikel 6 Schengengrenscode kan worden afgeleid dat als aan de voorwaarden voor een kort verblijf is voldaan, toegang wordt verleend. In beginsel biedt deze bepaling dus een duidelijk kader voor het recht op toegang. De visumcode werpt echter een drempel op voor derdelanders voor wie een visumplicht geldt. Dit is bijna altijd het geval, in het bijzonder voor inwoners van landen waar veel vluchtelingen vandaan komen[33] en van landen die economisch minder ontwikkeld zijn.[34] Op grond van de Visumcode moet bij het onderzoek van een visumaanvraag 'bijzondere aandacht worden besteed aan de beoordeling of de aanvrager een risico op illegale immigratie vertoont' (...) en of de aanvrager voornemens is het grondgebied van de lidstaten te verlaten vóór het verstrijken van het aangevraagde visum'.[35] Deze voorwaarde geeft de lidstaten in de praktijk een ruime beoordelingsvrijheid om visumaanvragen te weigeren.[36] Uit onderzoek blijkt dat

29 Guild & Carrera 2013, p. 4.
30 Zie bijv. preambule overweging 6 Verordening (EU) 2016/399.
31 Hailbronner 2000, p. 163; Nanopoulos, Guild & Weatherhead 2018, p. 13.
32 Zie artikel 6 Verordening (EU) 2016/399.
33 Ansems, De Vries & Guild 2019, p. 2156-2166.
34 Bijlage bij Verordening (EG) 539/2001 van de Raad van 15 maart 2001 tot vaststelling van de lijst van derde landen waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen in het bezit moeten zijn van een visum en de lijst van derde landen waarvan de onderdanen van die plicht zijn vrijgesteld, laatst gewijzigd bij Verordening (EU) 2017/850.
35 Artikel 21 lid 1 Verordening (EG) 810/2009.
36 HvJ EU 19 december 2013, C-84/12 (*Koushkaki*). Zie ook: Vennik & Schoneveld 2018, p. 356-362.

dit voor Nederland een van de meest voorkomende redenen is voor de weigering van een visum.[37]

De tweede maatregel ziet op het verkrijgen van toegang voor verblijf van langer dan 90 dagen. De toegangsvoorwaarden van de Schengengrenscode zijn alleen van toepassing op kort verblijf. Als het gaat om het verlenen van toegang voor verblijf van langer dan 90 dagen zijn andere regels van toepassing. De voorwaarden van artikel 6 Schengengrenscode mogen geen reden zijn om de toegang te weigeren aan een migrant die asiel zoekt op het grondgebied van de EU of aan een migrant aan wie toestemming voor verblijf van langer dan drie maanden is verleend door één van de lidstaten.[38] Voor migranten die nog geen verblijfsrecht hebben, geldt echter op grond van de EU-migratierichtlijnen, met uitzondering van de asielrichtlijnen, het principe dat een aanvraag alleen kan worden ingediend als de aanvrager zich buiten het grondgebied van de EU bevindt. De EU-richtlijnen betreffende werk hebben het toepassingsbereik expliciet beperkt tot derdelanders die buiten het grondgebied van de EU-lidstaten verblijven.[39] Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn Seizoenarbeid blijkt dat lidstaten geen mogelijkheid wilden bieden aan een irregulier verblijvende derdelander om een aanvraag op het grondgebied in te dienen.[40] Voor derdelanders die verzoeken om gezinshereniging is het een procedurele voorwaarde dat gezinsleden buiten het grondgebied van de lidstaat verblijven.[41] Als gevolg van deze voorwaarde kan een derdelander in beginsel alleen toegang krijgen tot het EU-grondgebied voor een verblijf langer dan 90 dagen, als hij een verblijfsvergunning aanvraagt terwijl hij buiten het grondgebied van de EU verblijft en nadat de aanvraag voor een verblijfsvergunning is ingewilligd. De voorwaarde 'verblijf buiten het grondgebied' houdt in dat een aanvraag ingediend door een op het grondgebied van een van de lidstaten van de EU irregulier verblijvende migrant kan worden afgewezen.

Het laatste voorbeeld van een maatregel die het legaal toegang krijgen tot het grondgebied van de EU bemoeilijkt, is een uitvloeisel van de Terugkeerrichtlijn. De Terugkeerrichtlijn heeft een inreisverbod geïntroduceerd voor derdelanders die illegaal op het grondgebied van een van de lidstaten van de EU zijn aangetroffen.[42] Het kan hierbij gaan om derdelanders die nooit legaal verblijf hebben gehad, of om derdelanders die na eerder legaal verblijf niet tijdig het grondgebied van de Unie hebben verlaten. Met een inreisverbod is het in principe onmogelijk om toestemming te krijgen om het EU-grondgebied gedurende een bepaalde periode te betreden.

37 Van Benthem & Tieben 2018, p. 28.
38 Artikel 14 lid 1 in samenhang met artikel 6 lid 5 (a) Verordening (EU) 2016/399.
39 Zie artikel 3 Richtlijn 2009/50/EG, artikel 2 lid 1 Richtlijn 2014/36/EU en artikel 2 lid 1 Richtlijn 2014/66/EU.
40 Zie Fudge & Herzfeld Olsson 2014, p. 448.
41 Artikel 5 lid 3 Richtlijn 2003/86/EG.
42 Artikel 11 Richtlijn 2008/115/EG.

5.3.2 Voorwaarden voor verkrijging en gronden voor verlies

De regulering van verblijf van langer dan 90 dagen is neergelegd in verschillende richtlijnen, die ieder eigen voorwaarden voor toelating en gronden voor verlies kennen. In tegenstelling tot de regulering van kort verblijf, waarbij in beginsel verblijf wordt toegestaan als aan de voorwaarden is voldaan, kent de regulering van verblijf voor langer dan 90 dagen voor enkele verblijfscategorieën meer discretionaire bevoegdheid toe aan de lidstaten. Gezinsherenigers,[43] asielzoekers[44] en studenten[45] hebben een recht op toelating als aan de voorwaarden in de betreffende richtlijn is voldaan. Voor andere categorieën geldt het beginsel dat als aan de voorwaarden is voldaan een verblijfsvergunning wordt verleend.[46] Echter, alle richtlijnen met betrekking tot specifieke vormen van werk stellen de lidstaten in staat om rekening te houden met de nationale situatie op de arbeidsmarkt en een aanvraag op deze grond af te wijzen.[47] Deze bepalingen zijn gebaseerd op artikel 79 lid 5, VWEU, dat de lidstaten het recht verleent om 'zelf te bepalen hoeveel onderdanen van derde landen, afkomstig uit derde landen, tot hun grondgebied worden toegelaten teneinde daar al dan niet in loondienst arbeid te verrichten'. Dat houdt in dat ook al voldoet een derdelander aan de voorwaarden voor toelating zoals het hebben van een baan waarmee voldoende inkomsten worden verworven, de aanvraag voor een verblijfsvergunning toch kan worden afgewezen. Vanuit het perspectief van de arbeidsmigrant is deze bevoegdheid van de lidstaten een factor die de toegang tot het verkrijgen van een vergunning als arbeidsmigrant bemoeilijkt.

Voor alle verblijfstypes met uitzondering van een verblijf op basis van internationale bescherming, is het hebben van voldoende middelen van bestaan een voorwaarde voor het verkrijgen en behoud van een verblijfsvergunning. Deze voorwaarde kan de derdelander afhankelijk maken van de werkgever.[48] Ook andere gronden waarop een verblijfsvergunning kan worden geweigerd of ingetrokken kan het verblijfsrecht onzeker maken. Een onzekere verblijfsstatus wordt door slachtoffers van uitbuiting genoemd als een belangrijke risicofactor voor uitbuiting.[49]

Het verblijfsrecht van de houders van een werkgerelateerde verblijfsvergunning is afhankelijk van het hebben van een arbeidsovereenkomst. Als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, is dit een reden om het verblijfsrecht

43 Artikel 1 en 13 Richtlijn 2003/86/EG.
44 Artikel 24 Richtlijn 2011/95/EU.
45 Artikel 6 Richtlijn 2016/801/EU.
46 Zie bijv. artikel 4 lid 3 Richtlijn 2011/98/EU en artikel 5 lid 3 Richtlijn 2016/801/EU.
47 Zie artikel 6 Richtlijn 2009/50/EG (Richtlijn Blauwe kaart), artikel 8 (3) Richtlijn 2014/36/EU (Richtlijn Seizoenarbeid), artikel 6 Richtlijn 2014/66 /EU (ICT-richtlijn) en artikel 6 en 20 lid 3 Richtlijn 2016/801/EU (Richtlijn Onderzoekers en Studenten).
48 FRA 2019, p. 68-69.
49 FRA 2019, p. 67.

te beëindigen. De Richtlijn Seizoenarbeid en de ICT-richtlijn bevatten naast deze intrekkingsgrond een reeks vrijwel identieke gronden voor het afwijzen en het intrekken (of weigering om te verlengen) van een verblijfsvergunning. Deze gronden lijken met name bedoeld om malafide werkgevers aan te pakken en illegale immigratie te bestrijden. Als de werkgever of de gastentiteit is bestraft voor zwartwerk of illegale tewerkstelling, wijzen de lidstaten de verblijfsvergunning af, dan wel trekken de lidstaten de verblijfsvergunning in.[50] Deze bepaling is dwingend geformuleerd. Niet is gespecificeerd hoever terug in de tijd een veroordeling van de werkgever aanleiding kan zijn de vergunning af te wijzen dan wel in te trekken. Tegelijkertijd bieden de woorden 'in voorkomend geval' of 'indien nodig' ruimte aan lidstaten om de vergunning niet in te trekken. Omdat echter onduidelijk is wat hiermee wordt bedoeld, is het de vraag of een derdelander wiens vergunning op deze grond wordt ingetrokken enige bescherming aan deze bepaling kan ontlenen. Verder kunnen lidstaten de vergunning afwijzen of intrekken wanneer de werkgever of de gastentiteit zijn wettelijke verplichtingen met betrekking tot sociale zekerheid, belastingen, arbeidsrechten of arbeidsvoorwaarden niet is nagekomen.[51] In het geval van seizoenarbeiders kan het enkele feit dat de werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst niet is nagekomen, een reden zijn om de verblijfsvergunning in te trekken.[52] De Richtlijn Onderzoekers en Studenten bevat vergelijkbare bepalingen voor het weigeren of intrekken van de vergunning van au pairs, vrijwilligers en scholieren.[53] De bepalingen zijn voor deze categorieën facultatief geformuleerd. Alle werknemers van betrokken werkgever die op grond van de Richtlijn Seizoenarbeid, de ICT-richtlijn of de Richtlijn Onderzoekers en Studenten een vergunning hebben gekregen, kunnen hun verblijfsvergunning verliezen, ook als zij niet illegaal tewerk zijn gesteld, of de werkgever ten aanzien van hen de arbeidsvoorwaarden wel is nagekomen. Zeker waar het gaat om seizoenarbeiders geven deze verliesgronden daarom aanleiding tot bezorgdheid.[54]

50 Artikel 8 lid 2 (a) en 9 lid 2 (a) Richtlijn 2014/36/EU (Richtlijn Seizoenarbeid) en artikel 7 lid 2 en 8 lid 2 Richtlijn 2014/66/EU (ICT-richtlijn).

51 Artikel 8 lid 4 (a) en 9 lid 3 (b) Richtlijn 2014/36/EU (Richtlijn Seizoenarbeid) en artikel 7 lid 3 (a) en 8 lid 5 (b) Richtlijn 2014/66/EU (ICT-richtlijn) (deze bepaling is facultatief geformuleerd).

52 Artikel 9 lid 3 (c) Richtlijn 2014/36/EU.

53 Zie artikel 20 lid 2 en 21 lid 2.

54 Zie bijv. Commissie Meijers 2011, p. 3; Fudge & Herzfeld Olsson 2014, p. 453-455; Lazorowicz 2014, p. 4.

5.3.3 Toegang tot werk

Voor veel migranten is economische noodzaak een van de redenen om slechte werkomstandigheden te accepteren.[55] Beperking van toegang tot de arbeidsmarkt voor legaal verblijvende derdelanders kan migranten nopen illegaal werk te aanvaarden. Dit maakt niet alleen een illegaal verblijvende derdelander kwetsbaar voor uitbuiting, maar ook een derdelander die op grond van zijn verblijfsvergunning niet mag werken. Het is daarom van belang of een derdelander op grond van zijn verblijfsvergunning toegang heeft tot de arbeidsmarkt.

De meeste richtlijnen voorzien in een (beperkt) recht om te werken voor migranten die legaal op het grondgebied van de lidstaat verblijven. Asielzoekers die in afwachting zijn van een beslissing over een asielverzoek, krijgen uiterlijk negen maanden na de datum van indiening van het verzoek om internationale bescherming toegang tot de arbeidsmarkt indien geen beslissing in eerste aanleg wordt genomen en de vertraging niet is te wijten aan de asielzoeker.[56] Het is onduidelijk of hier een afdwingbaar recht op toegang tot de arbeidsmarkt wordt verleend. De lidstaten kunnen enerzijds voorwaarden stellen aan het verlenen van toegang tot de arbeidsmarkt maar moeten anderzijds ervoor zorgen dat asielzoekers effectieve toegang tot de arbeidsmarkt hebben. De tekst van de richtlijn is op dit punt verwarrend. Verder mogen lidstaten om redenen van arbeidsmarktbeleid prioriteit geven aan EU- en EER-burgers en burgers van derde landen die legaal op het grondgebied verblijven.[57] Op grond van het EU-recht bestaat er geen recht op toegang tot de arbeidsmarkt in de eerste negen maanden na indiening van een asielverzoek en nog geen positieve beslissing op het verzoek is genomen. Onmiddellijk nadat internationale bescherming is verleend, geven de lidstaten volledige toegang tot de arbeidsmarkt.[58]

Gezinsmigranten hebben op grond van de Gezinsherenigingsrichtlijn op dezelfde manier als de sponsor (het familielid bij wie zij verblijven) recht op toegang tot werkzaamheden in loondienst of als zelfstandige.[59] Een van de voorwaarden die lidstaten aan gezinshereniging kunnen stellen, is dat de sponsor moet zorgen voor voldoende inkomsten. Dit houdt over het algemeen in dat de sponsor toegang zal hebben tot de arbeidsmarkt en daarmee dus ook de overkomende gezinsleden. De Gezinsherenigingsrichtlijn bevat twee beperkingen voor het recht op toegang tot werk. Ten eerste kan de toestemming aan familieleden om een activiteit als werknemer of zelfstandige uit te oefenen met maximaal twaalf maanden worden uitgesteld om redenen van arbeidsmarktbeleid. Ten tweede kunnen afhankelijke ouders en volwassen

55 FRA 2015, p. 45-46; FRA 2019, p. 70.
56 Artikel 15 lid 1 Richtlijn 2013/33/EU.
57 Artikel 15 lid 2 Richtlijn 2013/33/EU.
58 Artikel 26 lid 1 Richtlijn 2011/95/EU.
59 Artikel 14 lid 1 Richtlijn 2003/86/EG.

ongehuwde kinderen die zijn toegelaten met het oog op hun gezondheid, worden uitgesloten van het recht op toegang tot werkzaamheden in loondienst of als zelfstandige. Nu het hier gaat om gezinsleden die op grond van hun afhankelijkheid van de sponsor zijn toegelaten kan dit de uitsluiting van toegang tot de arbeidsmarkt verklaren. Tegelijkertijd kan deze beperking ook de afhankelijkheid vergroten.

Dezelfde dubbelzinnigheid met betrekking tot de toegang tot de arbeidsmarkt van asielzoekers is van toepassing op studenten. Hoewel studenten het recht hebben om minimaal 15 uur per week in loondienst of als zelfstandige te werken, kunnen lidstaten ook ten aanzien van deze categorie migranten rekening houden met de situatie op de arbeidsmarkt.[60] In het voorstel voor de Richtlijn Onderzoekers en Studenten stelt de EC dat de beperking van toegang van studenten tot de arbeidsmarkt 'dient te gebeuren op evenredige wijze, zodat het recht om te werken niet systematisch wordt beknot'.[61] Voor studenten die een bijbaantje hebben om in hun kosten van levensonderhoud te voorzien kan een overschrijding van de maximale tijd die zij mogen werken reden zijn om de verblijfsvergunning in te trekken.[62]

Derdelanders die een vergunning als langdurig ingezetene hebben gekregen, hebben gelijke toegang tot activiteiten als werknemer en zelfstandige als de eigen burgers. De enige uitzondering heeft betrekking op werk dat deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag behelst.[63] Voor de langdurig ingezetene die van zijn recht op intra-EU-mobiliteit gebruik wil maken om een economische activiteit uit te oefenen in een andere lidstaat, kunnen de lidstaten de toegang tot de arbeidsmarkt wel beperken en daarmee de mogelijkheden voor intra-EU-mobiliteit.[64] In dat opzicht is de arbeidsmarktpositie van een langdurig ingezetene dus nog niet gelijk aan die van een EU-burger.

5.3.4 Het recht van werkgever te veranderen

Een volgend aspect dat de kwetsbaarheid voor uitbuiting kan vergroten of verkleinen, betreft het recht van werkgever te wisselen. Voor alle richtlijnen die een specifieke categorie van arbeid reguleren, is een geldig arbeidscontract of bindend aanbod een voorwaarde voor het verkrijgen en behoud van een verblijfsvergunning. Voor derdelanders die een verblijfsvergunning hebben verkregen op basis van een van deze richtlijnen voor arbeidsmigratie, is van belang in welke mate zij gebonden zijn aan een werkgever. Gebondenheid

60 Artikel 24 lid 1 en 3 Richtlijn 2016/801/EU.
61 Zie het voorstel voor deze richtlijn waar ten aanzien van zowel stagiairs als au pairs wordt gewezen op het risico van uitbuiting, COM(2013) 151 final, p. 3.
62 Artikel 21 lid 2 sub f Richtlijn 2016/801/EU.
63 Artikel 11 lid 1 Richtlijn 2003/109/EG.
64 Artikel 14 lid 2 Richtlijn 2003/109/EG.

aan een werkgever maakt een migrant afhankelijk van die werkgever en daarmee kwetsbaar voor uitbuiting.[65]

De seizoenarbeider is gemachtigd om ten minste eenmaal zijn verblijf bij dezelfde werkgever of een andere werkgever te verlengen, zolang de maximale duur van zijn verblijf niet wordt overschreden.[66] Deze mogelijkheid moet het risico op misbruik verkleinen dat ontstaat als een werknemer gebonden is aan één werkgever.[67] Tegelijk staat in de preambule echter:

> 'De aan de seizoenarbeider geboden mogelijkheid om door een andere werkgever tewerkgesteld te worden onder de in deze richtlijn vastgelegde voorwaarden mag niet inhouden dat de betrokkene werk kan zoeken op het grondgebied van de lidstaat terwijl hij werkloos is.'[68]

De seizoenarbeider die van werkgever wil veranderen, bijvoorbeeld omdat hij zich in een uitbuitingssituatie bevindt, zal dus eerst een andere werkgever moeten vinden voordat hij bij zijn oorspronkelijke werkgever vertrekt. De positie van de au pair is onduidelijk. De au pair is voor zijn verblijfsrecht afhankelijk van het gastgezin. De richtlijn vermeldt niet of het mogelijk is om tijdens de geldigheid van de verblijfsvergunning van gastgezin te veranderen. Hetzelfde geldt voor de vrijwilligers en stagiairs die op grond van de Richtlijn Onderzoekers en Studenten in een lidstaat verblijven. De verschillende categorieën hoger opgeleide derdelanders hebben op dit punt een meer bevoorrechte positie. De blauwe kaarthouder heeft in geval van werkloosheid gedurende de geldigheidsduur van zijn verblijfsvergunning een periode van drie maanden om een andere baan te zoeken die voldoet aan de voorwaarden van de richtlijn.[69] Bovendien kan gedurende deze periode onvoldoende middelen van bestaan geen reden zijn om de vergunning in te trekken.[70] De onderzoeker heeft een periode van negen maanden na voltooiing van de onderzoeksactiviteit om werk te zoeken of een bedrijf op te richten.[71] De arbeidsmigrant die is uitgezonden in het kader van overplaatsing binnen een onderneming, heeft binnen het kader van de aan hem verleende verblijfsvergunning geen mogelijkheid om van werkgever te veranderen, omdat hij dan niet meer voldoet aan de voorwaarden die van toepassing zijn op deze vergunning.

65 FRA 2019, p. 69.
66 Artikel 15 lid 1-4 Richtlijn 2014/36/EU.
67 Preambule overweging 31 Richtlijn 2014/36/EU.
68 Preambule overweging 31 Richtlijn 2014/36/EU.
69 Artikel 13 lid 1 Richtlijn 2009/50/EG.
70 Artikel 9 lid 3 sub b Richtlijn 2009/50/EG.
71 Artikel 25 lid 1 Richtlijn 2016/801/EU.

5.3.5 Duur verblijfsrecht en permanent verblijf

Een laatste facet met betrekking tot de regulering van het verblijfsrecht dat van invloed is op de kwetsbaarheid voor uitbuiting, betreft de duur van het verblijfsrecht en het zicht op permanent verblijf. Tijdelijk verblijf maakt migranten kwetsbaarder voor uitbuiting, omdat een tijdelijk verblijfsrecht afhankelijk is van het blijven voldoen aan voorwaarden. Pas op het moment dat een migrant een permanente verblijfsvergunning heeft, hangt het verblijfsrecht niet meer af van het voldoen aan voorwaarden als beschikken over werk en voldoende inkomen. Verder zijn de rechten van een migrant met tijdelijk verblijf vaak beperkt in vergelijking met de rechten van een migrant met permanent verblijf.[72] Uit onderzoek blijkt voorts dat sommige werkgevers misbruik maken van de tijdelijkheid van het verblijf van een migrant door niet al het loon uit te betalen aan een migrant die verplicht is terug te keren naar zijn land van herkomst.[73]

Arbeidsgerelateerde migratie wordt al decennialang beschouwd als een vorm van tijdelijke migratie, met name bedoeld om tekorten in het nationale arbeidsaanbod op te vullen zo lang dit nodig is.[74] In alle huidige EU-migratie-instrumenten, waaronder de instrumenten die arbeidsgerelateerde migratie reguleren, is vastgelegd dat het initiële verblijfsrecht dat een derdelander kan verwerven voor een bepaalde tijd is. De duur van het initiële verblijf, de mogelijkheid om het verblijf te verlengen en de totale mogelijke verblijfsduur, verschillen aanzienlijk per verblijfssoort. Verblijfscategorieën zoals verblijf voor au pairs, stagiairs en vrijwilligers, zijn opgezet als vormen van tijdelijk verblijf met korte duur. In de Richtlijn Onderzoekers en Studenten wordt de verblijfsduur voor elk van deze categorieën bepaald. Deze vormen van verblijf zijn allemaal bedoeld om een bepaalde ervaring op te doen en niet als een volwaardige baan. Het beperken van de verblijfsduur van deze vormen van migratie kan ertoe bijdragen dat deze verblijfsmogelijkheden ook door migranten worden gebruikt als een eenmalige ervaring. Tegelijkertijd is vaak de vraag van de gastentiteit (bijvoorbeeld het gastgezin of het bedrijf dat stagiairs aanneemt) niet tijdelijk. Dat betekent dat de tijdelijkheid van het verblijf van de derdelander migrant gebruikt kan worden door de gastentiteit om te profiteren van goedkope tijdelijke krachten. Ten aanzien van het verblijf als au pair laat onderzoek in Nederland zien dat er sprake is van misbruik van de au pair door het gastgezin.[75] Het risico op uitbuiting van au pairs en stagiairs is ook door de EC onderkend.[76]

---

72 Zie bijv. Ruhs & Martin 2008; Zapata-Barrero, Faúndez García & Sanchez-Montijano 2012; Carens 2010.
73 FRA 2015, p. 49.
74 Castles 1986, p. 761-778; Zie ook: CDMG 1996.
75 Schans, Galloway & Lansang 2014.
76 COM(2013) 151 final, p. 3.

Ook seizoenarbeid wordt geassocieerd met uitbuiting.[77] Voor deze sector blijkt dat de beperkte duur van het verblijf bijdraagt aan het vergroten van de kwetsbaarheid voor uitbuiting.[78] De tijdelijkheid van dit werk vloeit in eerste instantie voort uit het seizoengebonden karakter van het werk en niet uit de keus van een werknemer. Het tijdelijke karakter van seizoenarbeid wordt onderstreept in de preambule van de Richtlijn Seizoenarbeid: 'De maximale duur van het verblijf moet door de lidstaten worden vastgesteld en beperkt blijven tot een periode van vijf tot negen maanden, die samen met de definitie van seizoenarbeid ervoor moet zorgen dat het werk echt seizoengebonden is.'[79] Seizoenwerk is echter per definitie een vorm van terugkerende arbeid en het is niet uitgesloten dat een seizoenarbeider jaar na jaar terugkomt. Circulaire migratie, waarbij een migrant afwisselend een periode werkt in een gastland en teruggaat naar zijn land van herkomst, wordt wel gezien als een win-win-win situatie.[80] Het voorziet in de behoefte van werkgevers in de gaststaat aan tijdelijk personeel; het betekent terugvloeiende inkomsten naar het land van oorsprong van de migrant en de migrant zelf verwerft inkomsten die hij in zijn land van oorsprong niet kan verwerven. Circulaire migratie betekent echter ook een gedeelte van het jaar geen inkomsten, geen verblijfsrecht en dus geen mogelijkheid om een volwaardig bestaan in de gaststaat op te bouwen. Voor veel migranten is dit (op den duur) niet een ideale situatie.[81]

Overplaatsing binnen een onderneming op grond van de ICT-richtlijn is ook tijdelijke migratie.[82] Deze categorie derdelanders is echter beschermd tegen werkloosheid door de voorwaarde dat de derdelander na afloop van de detachering zal worden overgeplaatst naar een andere entiteit in een derde land.[83] Alleen de Richtlijn Blauwe kaart biedt perspectief op een langer verblijf. Hoewel deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten de geldigheidsduur van de verblijfskaart kunnen bepalen tussen één en vier jaar, kan het verblijfsrecht na deze periode worden verlengd.[84]

Pas nadat een derdelander een permanent verblijfsrecht heeft verworven, is zijn verblijf niet langer afhankelijk van het voldoen aan voorwaarden als voldoende inkomen of het hebben van een baan. Een permanent verblijfsrecht kan op grond van de Richtlijn Langdurig ingezetenen worden verleend. Deze richtlijn bepaalt dat na een periode van vijf jaar rechtmatig en ononderbroken verblijf bepaalde categorieën derdelanders recht hebben op permanent ver-

77 FRA 2015, p. 49.
78 Zie bijv. Rijken 2015, p. 432; Consterdine & Samuk 2018, p. 1005-1020.
79 Preambule overweging 31 Richtlijn 2014/36/EU.
80 Wickramasekara 2011.
81 Wickramasekara 2011, p. 23.
82 Preambule overweging 17-18 Richtlijn 2014/66/EU.
83 Preambule overweging 19 Richtlijn 2014/66/EU.
84 Artikel 16 Richtlijn 2009/50/EG.

blijf.[85] Derdelanders met een verblijfsrecht van tijdelijke aard op het moment van aanvraag, zijn echter uitgesloten van de reikwijdte. Ook telt verblijf van tijdelijke aard niet mee voor de periode van vijf jaar legaal verblijf.[86] De richtlijn bevat geen uitputtende lijst met soorten verblijf die kwalificeren als verblijf van tijdelijke aard, maar verblijf voor seizoenarbeid, als au pair of gedetacheerde werknemer wordt wel expliciet genoemd. Voor deze derdelanders is er dus geen zicht op permanent verblijf.

5.4 Bescherming van migranten in een uitbuitingssituatie

In de vorige paragraaf is onderzocht of de wijze waarop toelating en verblijf van derdelanders naar de EU in het EU-recht is gereguleerd, bijdraagt aan de bescherming tegen uitbuiting of juist kwetsbaar maakt voor uitbuiting. In deze paragraaf komt de deelvraag aan bod of en zo ja op welke wijze het EU-migratierecht bescherming biedt aan derdelanders, die zich in een uitbuitingssituatie bevinden. Het bieden van bescherming aan migranten in een uitbuitingssituatie kan een aansporing zijn om zich aan de uitbuiting te onttrekken.[87] Hierbij kan gedacht worden aan recht op voorzieningen, zoals verblijfsrecht en recht op vordering van achterstallig loon.[88] Daarnaast kan strafrechtelijke vervolging van de werkgever bescherming bieden. Een derdelander die geen recht heeft op bescherming zal bij het melden van een uitbuitingssituatie het aanmerkelijke risico lopen dat hij zonder werk, inkomen en zonder verblijfsrecht achterblijft. Een juridisch kader waarin het recht op bescherming is vastgelegd is een eerste stap richting bescherming. Voorts is de wijze waarop de toegang tot het recht is geregeld van groot belang.[89]

Het meest kwetsbaar voor uitbuiting zijn migranten zonder rechtmatig verblijf. Het ontbreken van een legale verblijfsstatus vergroot de afhankelijkheid van de werkgever en versterkt de machtpositie van de werkgever ten opzichte van de arbeidsmigrant. Een arbeidsmigrant in een irreguliere situatie is vaak bang teruggestuurd te worden naar het land van herkomst en accepteert de arbeidsomstandigheden, omdat hij geen alternatieven ziet.[90] De Werkgeverssanctierichtlijn biedt deze groep derdelanders enige bescherming. Het hoofddoel van deze richtlijn is echter het tegengaan van illegale immigratie en illegale tewerkstelling. Volgens de preambule is een cruciale aantrekkingsfactor

85 Artikel 4 lid 1 Richtlijn 2003/109/EG.
86 Artikel 3 lid 2 sub e en 4 lid 2 Richtlijn 2003/109/EG.
87 Tielbaard, Van Meeteren & Commandeur 2016, p. 47.
88 FRA 2015, p. 73 e.v. en FRA 2019, p. 77 e.v.; Dewhurst 2014, p. 216-238.
89 De effectiviteit van een juridisch kader dat bescherming biedt is van meer factoren afhankelijk en hangt onder meer samen met hoe migranten hun kans op genoegdoening (financiële compensatie en/of bestraffing van uitbuiter) inschatten als ze een werkgever aangeven: FRA 2019, p.44.
90 FRA 2019, p. 67.

voor illegale immigratie de mogelijkheid om werk in de EU te verwerven zonder de vereiste wettelijke status.[91] De EU-wetgever is van mening dat de kern van maatregelen ter bestrijding van illegale immigratie een algemeen verbod moet zijn op de tewerkstelling van derdelanders zonder rechtmatig verblijf, in combinatie met sancties tegen werkgevers die deze verplichting schenden.[92]

Naast de maatregelen ter bestrijding van illegale immigratie bevat de Werkgeverssanctierichtlijn maatregelen die illegale migranten bescherming moeten bieden. Op grond van de Werkgeverssanctierichtlijn zorgen lidstaten ervoor dat werkgevers aansprakelijk zijn voor de achterstallige betalingen van alle uitstaande beloningen, inclusief een bedrag dat gelijk is aan belastingen en sociale zekerheidsbijdragen die de werkgever zou hebben betaald in het geval dat de onderdaan van een derde land legaal was tewerkgesteld.[93] Eventuele kosten die voortvloeien uit het sturen van betalingen naar het land waarnaar de derdelander is teruggekeerd, moeten door de werkgever worden betaald. Illegale tewerkstelling moet op grond van artikel 9 van de Werkgeverssanctierichtlijn strafbaar worden gesteld. Als het gaat om illegale tewerkstelling die gepaard gaat met arbeidsgerelateerde uitbuiting of om de illegale tewerkstelling van een minderjarige, kan de derdelander in het kader van een strafprocedure een verblijfsrecht van beperkte duur krijgen.[94] De regeling voor het verkrijgen van een (tijdelijk) verblijfsrecht is beperkt tot onrechtmatig verblijvende derdelanders die kunnen worden aangemerkt als slachtoffers van arbeidsuitbuiting in een mate die vergelijkbaar is met mensenhandel.[95] Deze verblijfsvergunning is echter uitdrukkelijk bedoeld ter facilitering van het strafproces tegen de betrokken werkgever. Deze constructie is gebaseerd op de regeling van het tijdelijke verblijfsrecht bij meewerken aan een strafprocedure wegens mensenhandel.[96] Aan slachtoffers van mensenhandel zonder verblijfstitel die meewerken aan een nationale strafprocedure kan ook een tijdelijk verblijfsrecht worden verleend.[97] Lidstaten dienen in hun nationale wetgeving de voorwaarden te bepalen waaronder zij een vergunning kunnen verlenen voor de duur van de nationale strafprocedure. Bovendien moeten de lidstaten als een vergunning is verleend, de voorwaarden definiëren waar-

91 Preambule overweging 2 Richtlijn 2009/52/EG.
92 Preambule overweging 3 Richtlijn 2009/52/EG.
93 Artikel 6 Richtlijn 2009/52/EG.
94 Artikel 13 lid 4 in samenhang met artikel 9 lid 1 sub c en e Richtlijn 2009/52/EG.
95 Arbeidsgerelateerde uitbuiting is in artikel 2 lid 1 Richtlijn 2009/52/EG gedefinieerd als: 'arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, ook die voortvloeien uit discriminatie op grond van geslacht of anderszins, waarin er een opvallende wanverhouding bestaat in vergelijking met de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gelden voor legaal tewerkgestelde werknemers, waardoor bijvoorbeeld de gezondheid en veiligheid van de werknemers in gevaar worden gebracht, en die indruisen tegen de menselijke waardigheid.' Zie ook Richtlijn 2004/81/EG.
96 Zie artikel 8 Richtlijn 2004/81/EG.
97 Zie artikel 8 Richtlijn 2004/81/EG.

onder de duur van deze tijdelijke verblijfsvergunning kan worden verlengd totdat de derdelander de betaling van de achterstallige vergoeding heeft ontvangen.[98] De regulering van een verblijfsrecht is echter niet alleen beperkt tot situaties van zware uitbuitende arbeidsomstandigheden, het is ook een facultatieve clausule die de lidstaten veel vrijheid laat en alleen voorziet in een tijdelijk verblijfsrecht voor de duur van nationale strafprocedures en mogelijk de afwikkeling van achterstallige betalingen.

De Richtlijn Seizoenarbeid, de ICT-richtlijn en de Richtlijn Onderzoekers en Studenten bevatten enkele bepalingen die derdelanders dienen te beschermen als hun verblijfsvergunning is ingetrokken, onder andere omdat de werkgever is bestraft wegens zwart werk of illegale tewerkstelling. Bij een beslissing tot intrekking moet rekening gehouden worden met de specifieke omstandigheden van het geval, de belangen van de werknemer en het evenredigheidsbeginsel.[99] De Richtlijn Seizoenarbeid biedt verdergaande mogelijkheden om de vergunning in te trekken, maar ook verdergaande bescherming ingeval de vergunning wordt ingetrokken. Deze richtlijn schrijft voor dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de werkgever

> 'aansprakelijk wordt gesteld voor de betaling van een vergoeding aan de seizoenarbeider volgens de procedures van het nationale recht. De aansprakelijkheid dekt alle resterende verplichtingen die de werkgever had moeten nakomen indien de vergunning met het oog op seizoenarbeid niet was ingetrokken'.[100]

De richtlijn biedt echter geen recht op verblijf in afwachting van de nakoming van deze verplichtingen door de werkgever.

Als het gaat om het faciliteren van toegang tot de verleende rechten, bevat de Werkgeverssanctierichtlijn enkele bepalingen die bedoeld zijn om de toegankelijkheid te bevorderen. Lidstaten moeten effectieve mechanismen creëren die onrechtmatig verblijvende derdelanders in staat stellen een klacht in te dienen tegen hun werkgever.[101] Derden met een legitiem belang bij het waarborgen van de naleving van de richtlijn, zoals vakbonden, dienen namens of ter ondersteuning van derdelanders te kunnen deelnemen aan civiele of administratieve procedures waarin is voorzien op basis van de richtlijn. De pakkans van malafide werkgevers dient te worden vergroot door effectieve en adequate inspecties om de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen te kunnen controleren.[102] Verder schrijft de Werkgeverssanctierichtlijn voor dat illegaal tewerkgestelde derdelanders vooraf-

98 Artikel 6 lid 5 Richtlijn 2009/52/EG.

99 Zie artikel 9 lid 5 Richtlijn 2014/36/EU, artikel 9 lid 6 Richtlijn 2014/66/EU en artikel 21 lid 7 Richtlijn 2016/801/EU. De ICT-richtlijn en de Richtlijn Onderzoekers en Studenten noemen niet expliciet de belangen van de werknemer/derdelander.

100 Artikel 17 lid 2 Richtlijn 2014/36/EU.

101 Artikel 13 Richtlijn 2009/52/EG.

102 Artikel 14 Richtlijn 2009/52/EG.

gaand aan de uitvoering van de terugkeerbeslissing objectief geïnformeerd worden over hun rechten met betrekking tot nabetaling en een tijdelijk verblijfsrecht.[103]

De toegankelijkheid van de bescherming die aan derdelanders op basis van de definitieve tekst van de Werkgeverssanctierichtlijn wordt geboden, is op verschillende punten afgezwakt ten opzichte van de bescherming waarin de conceptversie voorzag.[104] Dit geldt bijvoorbeeld voor de wijze waarop een loonvordering moet worden geregeld en de betrokkenheid van de overheid hierbij. Ook de termijn waarbinnen een loonvordering moet worden ingesteld is in de definitieve versie teruggebracht van zes naar drie maanden. Tenslotte is de bepaling die een recht geeft op een tijdelijk vergunning in geval van een strafrechtelijke procedure tegen een werkgever in de uiteindelijke tekst omgezet naar een facultatieve bepaling.[105] De inbreng van Nederland op dit punt kwam voort uit de vrees illegale tewerkstelling aantrekkelijk te maken.[106]

Het sluitstuk van een geloofwaardig migratiebeleid is volgens de EU-wetgever een effectief terugkeerbeleid.[107] In beginsel zal aan een irregulier verblijvende migrant samen met de verplichting het grondgebied van de lidstaten te verlaten (het zogenaamde terugkeerbesluit) een inreisverbod opgelegd moeten worden.[108] Het inreisverbod als gevolg van onrechtmatig verblijf, zoals voorgeschreven door de Terugkeerrichtlijn, kan een extra belemmering vormen voor illegaal verblijvende derdelanders om misbruik in een werksituatie te melden.[109]

5.5 Normen die uitbuiting tegengaan

De derde vorm van invloed is het stellen van normen die uitbuiting moeten voorkomen. In het kader van migratiewetgeving gaat het dan om een recht op gelijke behandeling van migrerende werknemers met eigen burgers. Gelijke behandeling als eigen burgers op het gebied van arbeidsvoorwaarden dient een tweeledig doel.[110] Ten eerste moet het de eigen bevolking beschermen tegen sociale dumping en oneerlijke concurrentie. Ten tweede moet het de migrerende werknemers beschermen tegen uitbuiting. Deze zienswijze is ook verwoord in de preambule van de Richtlijn Verblijf en Werk.[111] Uit de defini-

103 Artikel 6 lid 2 Richtlijn 2009/52/EG.
104 Zie Krop, De Lange & Tjebbes 2009, p. 336-346.
105 Krop, De Lange & Tjebbes 2009, p. 344-345.
106 Krop, De Lange & Tjebbes 2009, p. 344.
107 COM(2014) 199 final, p. 2.
108 Artikel 6 lid 1 en 11 lid 1 Richtlijn 2008/115/EG.
109 Zie bijv. Dewhurst 2014, p. 217-218.
110 Groenendijk 2015, p. 23.
111 Preambule overweging 19 Richtlijn 2011/98/EU.

tie van (arbeids)uitbuiting die in dit proefschrift wordt gebruikt, volgt dat ongelijke behandeling op zichzelf al een vorm van (arbeids)uitbuiting is.

In de paragrafen hierboven is al geconstateerd dat op verschillende gebieden derdelanders onderling niet gelijk behandeld worden. Dit geldt voor het stellen van een inkomensvereiste als voorwaarde voor het verlenen en behouden van een verblijfsvergunning, de duur van de verblijfsvergunning, de mogelijkheid tot verlenging, toegang tot permanent verblijf, toegang tot werk en het recht om van werkgever te wisselen. De ongelijke behandeling van derdelanders onderling op diverse terreinen is met name problematisch voor de zwakkere categorieën seizoenarbeiders en au pairs.[112] In deze paragraaf wordt gekeken naar de gelijke behandelingsrechten die als zodanig in de diverse richtlijnen zijn opgenomen en moeten voorzien in een recht op gelijke behandeling als de eigen burgers. In het geval dat er geen recht op gelijke behandeling wordt toegekend is het de vraag of er wel minimumnormen worden gesteld.

Een algemeen verbod op discriminatie is opgenomen in artikel 21 lid 1 Grondrechten Handvest. Artikel 21 lid 2 bevat een verbod op discriminatie naar nationaliteit binnen de werkingssfeer van de Verdragen. Op grond van artikel 31van het Grondrechten Handvest heeft iedere werknemer recht op rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden.

De EU-migratierichtlijnen bevatten een recht op gelijke behandeling op verschillende terreinen. Op de eerste plaats bevatten de richtlijnen normen ten aanzien van gelijke behandeling met betrekking tot arbeidsvoorwaarden. Een tweede terrein betreft rechten op het gebied van sociale zekerheid en sociale bijstand. Een derde categorie rechten heeft betrekking op toegang tot goederen en diensten. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan toegang tot huisvesting, gezondheidszorg en onderwijs. Er bestaan met name ten aanzien van gelijke behandeling op het gebied van sociale zekerheid en bijstand aanzienlijke verschillen tussen de gelijke behandelingsrechten van derdelanders die in de diverse migratierichtlijnen zijn neergelegd.[113]

De Richtlijn Verblijf en Werk bevat volgens artikel 1 een gemeenschappelijk pakket aan rechten voor legaal op het grondgebied verblijvende werknemers, gebaseerd op gelijke behandeling als de eigen burgers. Derdelanders zonder rechtmatig verblijf en derdelanders die wel rechtmatig verblijf hebben, maar niet mogen werken, vallen niet onder het toepassingsbereik van deze richtlijn.[114] De richtlijn volgt verder de gefragmenteerde benadering van de regulering van migratie door verschillende verblijfscategorieën van het toepassingsgebied uit te sluiten, zoals seizoenarbeiders, binnen een onderneming over-

112 Zoeteweij 2016.

113 De Vries 2017, p. 260; Verschueren 2018, p. 112-113.

114 Zie artikel 1 sub b, de definitie van werknemer in artikel 2 sub b en het toepassingsbereik onder artikel 3 lid 1 sub b van Richtlijn 2011/98/EU.

geplaatste personen en au pairs.[115] Verder zijn nog enkele andere groepen uitgesloten, zoals personen die internationale bescherming genieten en langdurig ingezetenen.[116] Lidstaten mogen bepalen dat de richtlijn niet van toepassing is op derdelanders die voor studie of voor een periode van maximaal zes maanden zijn toegelaten.[117] Alle migratierichtlijnen, behalve de Gezinsherenigingsrichtlijn,[118] bevatten echter zelf ook een clausule met betrekking tot gelijke behandeling. De sterkste bescherming wordt geboden aan langdurig ingezeten migranten[119] en vluchtelingen.[120] Ook de rechten die worden geboden aan de blauwe kaarthouders[121] zijn sterker dan de rechten die worden gegarandeerd in de Richtlijn Verblijf en Werk.[122] Wat betreft basale arbeidsvoorwaarden zoals beloning, ontslag, werkuren, verlof en vakantie, gezondheids- en veiligheidseisen op de werkplek, voorzien alle werkgerelateerde richtlijnen in een recht op gelijke behandeling. Bovendien hebben arbeidsmigranten het gelijke recht om te staken en industriële actie te ondernemen.[123] Er wordt verschil gemaakt als het gaat om toegang tot huisvesting, scholing en studiefinanciering, toegang tot goederen en diensten, belastingvoordelen en sociale bijstand.[124] Als het gaat om recht op gelijke behandeling, zijn de meest kwetsbare groepen stagiairs, vrijwilligers en au pairs. Zij hebben alleen recht op gelijke behandeling als burgers van de gaststaat voor zover zij een arbeidsverhouding hebben. Als de grondslag waarop zij werkzaamheden verrichten echter niet beschouwd wordt als een arbeidsverhouding, hebben ze alleen recht op gelijke behandeling met betrekking tot toegang tot goederen en diensten.[125] De richtlijn voorziet niet in aanwijzingen of criteria om te beslissen of werk als stagiair, vrijwilliger of au pair moet worden aangemerkt

115 Artikel 3 lid 2 sub d Richtlijn 2011/98/EU.
116 Artikel 3 lid 2 sub g en i Richtlijn 2011/98/EU.
117 Artikel 4 lid 3 Richtlijn 2011/98/EU.
118 Richtlijn 2003/86/EG voorziet alleen in een recht op gelijke behandeling als de sponsor als het gaat om toegang tot de arbeidsmarkt.
119 Artikel 11 Richtlijn 2003/109/EG. Overigens is de mogelijkheid tot het maken van een uitzondering op gelijke behandeling op het gebied van sociale zekerheid in de Richtlijn Langdurig ingezetenen (zie artikel 11 lid 4 Richtlijn 2003/109/EG) ruimer geformuleerd dan in de Richtlijn Verblijf en Werk, zie Verschueren 2018, p. 108.
120 Zie artikel 26-30 Richtlijn 2011/95/EU. Voor personen die een vorm van subsidiaire bescherming hebben gekregen i.p.v. bescherming als vluchteling, geldt ten aanzien van het recht op sociale bijstand de mogelijkheid om deze te beperken tot de meeste fundamentele prestaties, artikel 29 lid 2 Richtlijn 2011/95/EU.
121 Artikel 14 Richtlijn 2009/50/EG.
122 Artikel 12 Richtlijn 2011/98/EU.
123 Zie bijv. artikel 21 lid 1 sub b Richtlijn 2011/98/EU en artikel 23 lid 1 sub b Richtlijn 2014/36/EU.
124 Groenendijk 2015, p.34-35. De grenzen van het recht op gelijke behandeling worden in de rechtspraak verder bepaald. Zo oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *Kamberaj* dat een langdurig ingezetene recht kan hebben op huursubsidie onder dezelfde voorwaarden als de eigen ingezetenen o.g.v. artikel 11 lid 1 sub d Richtlijn 2003/109/EG, HvJ EU 24 april 2012, C-571/10 (*Kamberaj*).
125 Artikel 22 lid 3 en 4 Richtlijn 2016/801/EU.

als een arbeidsverhouding of niet. Deze beslissing wordt overgelaten aan de beoordelingsmarge van de lidstaten.

In artikel 12 van de Richtlijn Verblijf en Werk wordt het recht op sociale zekerheid gekoppeld aan het begrip sociale zekerheid zoals gedefinieerd in artikel 3 van Verordening (EG) 883/2004 (Verordening Coördinatie Sociale Zekerheid).[126] In artikel 3 worden de takken van sociale zekerheid opgesomd die onder het toepassingsbereik van deze verordening vallen. Dit betreft onder meer vergoedingen bij ziekte, uitkeringen ingeval van invaliditeit, arbeidsongevallen, ouderdom en werkloosheid en gezinsbijslagen. In de zaak *Martninez Silva* heeft het Hof van Justitie bevestigd dat de brede omschrijving van het begrip sociale zekerheid ook van toepassing is op dit concept in de Richtlijn Verblijf en Werk.[127] Het Hof herinnert in deze zaak verder aan eerdere jurisprudentie waarin het Hof heeft bepaald dat voor de vaststelling of een bepaalde uitkering een sociale zekerheidsuitkering is of sociale bijstand, het niet van belang is op welke wijze de uitkering wordt gefinancierd. Dat betekent dat in beginsel ook uitkeringen die uit de openbare kas worden gefinancierd onder het begrip sociale zekerheid kunnen vallen.[128] Lidstaten mogen echter op grond van de Richtlijn Verblijf en werk de toegang tot sociale zekerheid beperken tot migranten die werken, of die tenminste zes maanden hebben gewerkt en onvrijwillig werkloos zijn.[129] Seizoenarbeiders, die zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van de Richtlijn Verblijf en Werk, hebben op grond van de Richtlijn Seizoenarbeid in beginsel ook recht op sociale zekerheidsuitkeringen zoals omschreven in artikel 3 van de Verordening Coördinatie Sociale Zekerheid.[130] Lidstaten kunnen dit recht echter beperken door het uitsluiten van gezinsbijlagen en werkloosheidsuitkeringen.[131] ICT'ers hebben eveneens recht op sociale zekerheidsuitkeringen conform de Verordening Coördinatie Sociale Zekerheid.[132] Lidstaten kunnen het recht op gelijke behandeling voor deze categorie alleen beperken als het gaat om gezinstoelagen van ICT'ers die maximaal negen maanden mogen blijven.[133] Langdurig ingezetenen en personen die internationale bescherming genieten hebben naast recht op sociale zekerheid ook recht op sociale bijstand.[134] Voor andere verblijfstypes kan

126 Verordening (EG) Nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (*PbEU* 2004, L166/1).

127 HvJ EU 21 juni 2017, C-449/16 (*Martinez Silva*), r.o. 19.

128 HvJ EU 21 juni 2017, C-449/16 (*Martinez Silva*), r.o. 20-21. De verordening heeft echter geen betrekking op sociale bijstand. Zie artikel 3 lid 5 Verordening (EG) 883/2004.

129 Artikel 12 lid 2 sub b Richtlijn 2011/98/EU.

130 Artikel 23 lid 1 sub d Richtlijn 2014/36/EU.

131 Artikel 23 lid 2 sub i Richtlijn 2014/36/EU.

132 Artikel 18 lid 2 sub c Richtlijn 2014/66/EU.

133 Artikel 18 lid 3 Richtlijn 2014/66/EU.

134 Zie voor langdurig ingezetenen artikel 11 lid 1 sub d Richtlijn 2003/109/EG en de toegestane beperkingen op het recht in artikel 11 lid 2 Richtlijn 2003/109/EG (verblijfplaats in lidstaat) en artikel 11 lid 4 Richtlijn 2003/109/EG ('belangrijkste prestaties'); zie voor asielgerechtig-

afhankelijkheid van het sociale bijstandsstelsel van de gaststaat een reden zijn om de verblijfsvergunning in te trekken. Dit is bijvoorbeeld van toepassing op gezinshereniging[135] en verblijf op grond van de Richtlijn Onderzoekers en Studenten.[136]

Een laatste punt met betrekking tot gelijke behandeling is het recht op gezinshereniging. Het recht op gezinsleven en een verdergaand recht op gezinshereniging kunnen beschouwd worden als onderdeel van sociale rechten en van wezenlijk belang voor het welbevinden van een migrerende werknemer. Het belang van gezinsleven voor een werknemer in het algemeen is onder andere te vinden in artikel 27 van het Europees Sociaal Handvest waarin het recht is vastgelegd op het kunnen combineren van werk met gezinsverantwoordelijkheden. Specifiek ten aanzien van migrerende werknemers bepaalt het Internationaal verdrag ter bescherming van de rechten van migrerende werknemers in artikel 44 lid 2 dat staten maatregelen dienen te nemen om gezinshereniging te faciliteren.

In het kader van vrij werknemersverkeer en gelijke behandeling binnen de EU oordeelde het Hof van Justitie al in 1986 dat gezinshereniging valt onder 'sociaal voordeel' als bedoeld in artikel 7 lid 2 van Verordening 1612/68.[137] Het recht op gelijke behandeling omvatte daarom volgens het Hof ook het recht op gezinshereniging onder dezelfde voorwaarden die gelden voor de nationale werknemers. Als het gaat om het recht op gezinshereniging voor derdelander werknemers, valt echter op dat alleen bij de verblijfscategorieën die bedoeld zijn voor hoogopgeleide derdelanders een recht op gezinshereniging bestaat, zoals verblijf op grond van de blauwe kaart,[138] verblijf als onderzoeker,[139] of verblijf als binnen een onderneming gedetacheerde derdelander.[140] Voor gezinsleden van werknemers die niet vallen onder deze specifieke regelingen gelden de standaardvoorwaarden van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Deze richtlijn sluit derdelanders met een verblijfsrecht dat korter is dan een jaar en die geen zicht hebben op permanent verblijf uit van het recht op gezinsherenging.[141] Dat geldt dus onder andere voor seizoenarbeiders.

---

den artikel 29 lid 1 Richtlijn 2011/98/EU en de beperking voor personen met een subsidiaire beschermingsstatus artikel 29 lid 2 ('meest fundamentele prestaties').

135 Artikel 7 lid 1 sub c en artikel 16 lid 1 Richtlijn 2003/86/EG.

136 Artikel 7 lid 1 sub e Richtlijn 2016/801/EU.

137 HvJ EG 17 april 1986, C-59/85 (*Reed*).

138 Artikel 15 Richtlijn 2009/50/EG.

139 Artikel 26 Richtlijn 2016/801/EU.

140 Artikel 19 Richtlijn 2014/66/EU.

141 Artikel 3 lid 1 Richtlijn 2003/86/EG.

5.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht wat de invloed is van de EU-migratiewetgeving op bescherming van derdelanders tegen uitbuiting. Er zijn drie vormen van invloed te onderscheiden. Ten eerste kan de wijze waarop toelating en verblijf is gereguleerd de kwetsbaarheid voor uitbuiting vergroten of verkleinen. Ten tweede kan EU-migratiewetgeving bescherming bieden aan derdelanders in een uitbuitingssituatie. Ten slotte stelt deze wetgeving normen voor de behandeling van derdelanders om uitbuiting te voorkomen.

Ten aanzien van de wijze waarop toelating en verblijf van derdelanders is gereguleerd, kan geconcludeerd worden dat EU-migratiewetgeving in bepaalde opzichten bijdraagt aan de bescherming van migranten tegen uitbuiting. De wetgeving creëert een systeem van voorwaarden voor toegang tot en verblijf op het EU-grondgebied dat diverse mogelijkheden voor legale migratie biedt. Dit systeem biedt rechtszekerheid en dit versterkt de positie van een migrant en maakt hem minder kwetsbaar voor uitbuiting. Echter, de wijze van regulering kent voor enkele verblijfsdoelen ook aspecten die toegang en verblijf onzeker maken. Dit vergroot de kwetsbaarheid voor uitbuiting. Hierbij moet met name gedacht worden aan beperkingen met betrekking tot de toegang tot de arbeidsmarkt, gebondenheid aan een werkgever door de voorwaarde van voldoende inkomsten of een arbeidscontract en de tijdelijkheid van het verblijf.

Aan derdelanders in een uitbuitingssituatie wordt in theorie wel enige bescherming geboden. Dit geldt zowel voor illegaal verblijvende derdelanders als voor bijvoorbeeld seizoenarbeiders. Ten aanzien van het faciliteren van de toegang tot deze rechten schiet de EU-wetgeving echter te kort. Het is duidelijk dat op dit punt het bestrijden van illegale migratie en controleren van migratie voorrang heeft gekregen boven bescherming van migranten.
De EU-migratiewetgeving bevat normen voor de behandeling van derdelanders die uitbuiting moet voorkomen. Voor alle legaal verblijvende derdelanders die werkzaam zijn in een lidstaat geldt een recht op gelijke behandeling als de eigen burgers van die lidstaat op het gebied van de standaard arbeidsvoorwaarden en socialezekerheidsrechten verbonden aan de status van werknemer. Er is geen (volledig) recht op gelijke behandeling als het gaat om overige sociale voordelen. De verschillen tussen richtlijnen zijn wat dat betreft aanzienlijk. De minst gunstige behandeling geldt in dit opzicht voor au pairs, vrijwilligers en stagiairs die niet werkzaam zijn op grond van een arbeidsverhouding.

De migratiewetgeving van de EU kent meerdere doelen. Om bepaalde vormen van migratie te stimuleren en andere vormen van migratie in te dammen wordt er onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën derdelanders. Hierdoor is er een grote mate van ongelijkheid tussen diverse vormen van migratie en migranten gecreëerd. Hooggekwalificeerde werknemers en onderzoekers worden verondersteld bij te dragen aan de doelen met betrekking tot de ontwikkeling van de EU als een kenniseconomie. Voor

deze categorieën biedt de EU- migratiewetgeving kansen en bescherming tegen uitbuiting. Ten aanzien van andere categorieën migranten, zoals seizoenarbeiders, asielzoekers of irregulier verblijvende migranten ligt meer de nadruk op de doelstelling van controleren en beheersbaar houden van migratie. De bijdrage van de EU-migratiewetgeving aan de bescherming tegen uitbuiting van deze groepen is beperkter of de wetgeving werkt zelfs contraproductief.

6 Het toetsingskader toegepast

In hoofdstuk 1 is het begrip arbeidsuitbuiting gedefinieerd als een situatie waarin er sprake is van een slechte behandeling van een arbeidsmigrant door de werkgever in absolute of relatieve zin (ongelijke behandeling). Daarbij kan er sprake kan zijn van dwang, maar dit is geen noodzakelijke voorwaarde. In de hoofdstukken 2 tot en met 5 is vervolgens de aanpak van arbeidsuitbuiting op basis van vier verschillende rechtsgebieden geanalyseerd: het mensenrechteninstrumentarium, het strafrecht, vrij verkeer voor Unieburgers en migratierecht voor derdelanders. In dit hoofdstuk volgt aan de hand van het toetsingskader van paragraaf 1.7 een inventarisatie van de rechten op bescherming tegen arbeidsuitbuiting die een migrant heeft op grond van de vier rechtsgebieden.

Het onderzoek richt zich specifiek op rechten die een migrant tegenover de staat kan inroepen. Hiertoe is in paragraaf 1.6.1 het begrip recht gedefinieerd en is een typologie van verschillende rechten gegeven. Er is sprake van een recht op resultaat (RR) als het recht van de migrant een plicht tot handelen van de staat inhoudt die het resultaat garandeert. Als de plicht van de staat beperkt blijft tot een inspanningsverplichting om het uitoefenen van het recht tegenover een ander mogelijk te maken en eventueel te faciliteren, wordt dit een recht op een inspanningsplicht genoemd (RI). Een recht waaraan voorwaarden zijn verbonden, zonder dat de staat discretie heeft om het recht toe te kennen als de voorwaarden vervuld zijn, is een voorwaardelijk recht (VR). Heeft de staat discretie om ondanks het vervullen van de voorwaarden toch niet het recht toe te kennen, dan wordt dit aangegeven als een voorwaardelijk discretionair recht (VDR), of als een discretionair recht (DR), indien er geen specifieke voorwaarden zijn gesteld, maar er wel discretie is.

Het toetsingskader is ingedeeld op basis van drie verschillende manieren van invloed die de staat heeft op de relatie tussen de migrant en de werkgever. Deze zijn: a) invloed door het stellen van normen voor de behandeling van de migrant door de werkgever; b) het toekennen of weigeren van rechten op verblijf, werk en bijstand die de positie van de migrant ten opzichte van de werkgever versterken of verzwakken, en c) de bescherming die de staat biedt aan migranten in een situatie van arbeidsuitbuiting.
In onderstaande paragrafen worden de deelvragen, ingedeeld naar de drie manieren van invloed, per rechtsgebied besproken op basis van de bevindingen uit de hoofdstukken 2 tot en met 5.

6.1 Normen voor de behandeling in een arbeidsrelatie

Een staat heeft invloed op de migrant in zijn relatie met de werkgever door het stellen van normen die de werkgever tegenover de migrant moet naleven en die een migrant rechten geven ten opzichte van de werkgever. Deze normen zijn enerzijds geformuleerd als een verbod (bijvoorbeeld een verbod op gedwongen arbeid, mensenhandel of discriminatie) en anderzijds als een recht (een recht op gunstige arbeidsvoorwaarden of op gelijke beloning). In dit onderzoek is arbeidsuitbuiting gedefinieerd als elke inbreuk op deze arbeidsnormen waarbij er sprake kan zijn van het gebruik van dwang, maar dit is geen noodzakelijke voorwaarde. De normen die in de verschillende juridische benaderingen van arbeidsuitbuiting zijn opgenomen verschillen in de ernst van de misstanden waartegen bescherming wordt geboden en de vraag of het gebruik van een vorm van dwang een impliciet bestanddeel is van de betreffende norm. Deelvragen 1 en 2 zien op een inventarisatie van deze normen per rechtsgebied. Vraag 1 ziet op de normen en de soort en ernst van de misstanden die onder de betreffende normen worden geadresseerd en onder vraag 2 wordt besproken of schending van deze normen een vorm van dwang vereist.

1. *Welke normen zijn van toepassing op de behandeling van een migrant in een arbeidsrelatie en op grond van welke criteria wordt vastgesteld of er sprake is van een schending van deze arbeidsnormen?*
2. *Is het gebruik van dwangmiddelen een noodzakelijk element voor de vaststelling dat de normen zijn geschonden en zo ja, welke criteria worden gebruikt om het element van dwang in te vullen en welke rol speelt hierbij het gegeven dat het gaat om arbeidsuitbuiting van een migrant?*

Deze twee deelvragen worden hieronder gecombineerd beantwoord voor de aanpak van arbeidsuitbuiting in de vier rechtsgebieden. Bij het strafrecht gaat het alleen om de normen die in het kader van de aanpak van arbeidsuitbuiting op grond van artikel 273f Sr worden beschermd.

6.1.1 Arbeidsnormen in het mensenrechteninstrumentarium

Het mensenrechtelijk raamwerk bestaat uit een veelheid aan instrumenten. Voor een inventarisatie van de relevante normen die van toepassing zijn in een arbeidsrelatie, wordt een onderscheid gemaakt tussen de normen die worden beschouwd als een verbod op een specifieke vorm van arbeidsuitbuiting en de normen die zien op een recht op werkomstandigheden in het algemeen. De normen die behoren tot de eerste categorie zijn met name ontleend aan het Slavernijverdrag en het Aanvullende slavernijverdrag, de ILO Conventie C29 tegen gedwongen arbeid, artikel 4 van het EVRM, artikel 5

van het Grondrechten Handvest en het Europees Mensenhandelverdrag. Voor de normen die zien op werkomstandigheden in het algemeen zijn diverse ILO conventies relevant, met name C111 die ziet op discriminatie in arbeid en beroep, het IVESCR en het ESH. Voor de wijze waarop de normen worden uitgelegd, is de jurisprudentie van het EHRM, het ECSR en het Comité van Ministers van belang. Verder is onder meer gebruik gemaakt van het ILO Protocol 2014 en aanbevelingen van het CESCR.

Eerst komt de inhoud van de norm voor wat betreft de misstanden waartegen de norm bescherming poogt te bieden aan bod en vervolgens de vraag welke betekenis toekomt aan het gebruik van dwang bij de vatstelling of een norm is geschonden.

6.1.1.1 Invulling van de normen in de mensenrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting

De normen die zien op een bepaalde vorm van arbeidsuitbuiting betreffen een verbod op slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid en gedwongen arbeid. Deze mensenrechten zijn opgenomen in verschillende internationale en regionale mensenrechtenverdragen. Daarnaast is in het Europees Mensenhandelverdrag en in artikel 5 lid 3 van het Grondrechten Handvest een verbod op mensenhandel opgenomen. Een verbod op mensenhandel wordt door onder andere het EHRM ingelezen in het verbod op slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid.

Voor de afbakening van het begrip gedwongen arbeid wordt gebruik gemaakt van de definitie van gedwongen arbeid uit de ILO Conventie C29. Elke vorm van arbeid of het verlenen van diensten kan hieronder vallen. De indicatoren voor gedwongen arbeid van de ILO bevatten een aanwijzing voor de mate van ernst die is vereist.[1] Indicatoren voor gedwongen arbeid zijn extreem lange werkdagen, zeer slechte arbeidsomstandigheden en geen of zeer laag salaris. Deze laatste indicator kan ook als dwangmiddel worden gebruikt. Als de betaling wordt uitgesteld kunnen werknemers zich gedwongen voelen te blijven werken in de hoop later alsnog het beloofde salaris te ontvangen.

De jurisprudentie van het EHRM kent geen duidelijke criteria voor het afbakenen van welke misstanden wel of niet onder de verschillende normen vallen. Het Hof gaat er wel van uit dat er een minimumniveau van ernst dient te zijn. Niet elke afgedwongen vorm van werk is gedwongen arbeid.[2] Het soort werk en de omvang van de werkzaamheden moeten hierbij in ogenschouw worden genomen. In de zaak *Chowdury en anderen* bevestigt het Hof het eerder geformuleerde criterium van een 'disproportionele belasting'.[3] In deze zaak ging het onder meer om buitensporig zware werkomstandigheden

1 ILO 2012.
2 EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*).
3 EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 91.

en het niet uitbetalen van salaris gedurende zes maanden. Er is geen jurisprudentie in situaties van arbeidsuitbuiting van migranten waar de omstandigheden minder uitzonderlijk slecht waren. Hierdoor is de ondergrens van misstanden die onder gedwongen arbeid kunnen vallen, nog niet duidelijk. Het begrip dienstbaarheid wordt gezien als een vorm van gedwongen arbeid met daarbij een ernstiger vorm van inperking van de vrijheid.

Andere mensenrechteninstrumenten geven normen voor de behandeling van werknemers die niet alleen zien op extremen of een disproportionele belasting. Deze normen variëren van het stellen van een ondergrens (eenieder heeft recht op gunstige arbeidsvoorwaarden en een gunstige en rechtvaardige beloning, artikel 23 UVRM), tot gelijke beloning (artikel 7 IVESCR), of een volledig recht op gelijke behandeling in werk en beroep op basis van de ILO Conventie C111.

6.1.1.2 Dwang en kwetsbaarheid in het mensenrechtelijk instrumentarium

Het gebruik van dwang is een belangrijke vereiste voor de afbakening van de normen onder de mensenrechtelijke aanpak, die een vorm van arbeidsuitbuiting behelzen. Het EHRM gebruikt de mate waarin de vrijheid is beperkt als onderscheidend criterium voor de verschillende uitbuitingsvormen. Bij slavernij – dat door het EHRM in de klassieke betekenis van een juridisch eigendomsrecht over een ander wordt gezien – is er sprake van een complete juridische inperking van de vrijheid.[4] Bij met slavernij vergelijkbare vormen en dienstbaarheid is er sprake van een feitelijke onmacht om iets aan de eigen situatie te veranderen.[5] Om te kunnen spreken van gedwongen arbeid kan er in de uitleg die het EHRM hier aan geeft, ook sprake zijn van lichtere vormen van dwang zoals misleiding en misbruik maken van een kwetsbare positie.[6] Het verschil met dienstbaarheid is volgens het EHRM de mogelijkheid om iets aan de situatie te kunnen veranderen, die bij dienstbaarheid niet bestaat.[7] In de zaak *Rantsev* heeft het EHRM geoordeeld dat mensenhandel ook valt onder artikel 4 EVRM. Het Hof beschouwt in deze zaak mensenhandel als een vorm van slavernij op basis van een feitelijk eigendomsrecht.[8] Dit veronderstelt dus ook een bijzonder zware inperking van de vrijheid. In alle zaken waarin het EHRM uitspraak heeft gedaan over een inbreuk op het verbod op slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid (buiten de zaken die gingen over vormen van seksuele uitbuiting en gedwongen uithuwelijking) en een schending is

4 Zie bijv. de zaken EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 122 en EHRM 31 juli 2012, 40020/03 (*M. a.o/Italië en Bulgarije*), r.o. 161.

5 Zie bijv. EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 123-124 en EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*), r.o.92.

6 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 98.

7 EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 99.

8 Zie voor kritiek op deze extensieve uitleg van het Hof van artikel 4 EVRM o.a.: Allain 2010, p. 546-557 en Stoyanova 2012, p. 163-194.

aangenomen, waren de slachtoffers migranten. In de zaken van (jonge) migranten die in de huishouding werkten en in de zaak van de aardbeienplukkers uit Bangladesh in Griekenland, gaat het EHRM expliciet in op de kwetsbaarheid van migranten en onderkent met name de kwetsbaarheid van niet-rechtmatig verblijvende migranten.[9] De jurisprudentie van het EHRM is te beperkt om algemene conclusies te kunnen trekken over de betekenis van de kwetsbaarheid van (onrechtmatig verblijvende) migranten voor de invulling van de verschillende vormen van arbeidsuitbuiting.

De indicatoren die de ILO heeft opgesteld als signalen voor gedwongen arbeid zijn enerzijds normen voor de behandeling zelf (zie hierboven onder paragraaf 6.1.1.1) en anderzijds vormen van dwang. De indicatoren bevatten feitelijke omstandigheden, zoals het innemen van identiteitsdocumenten, het beperken van de bewegingsvrijheid en het niet uitbetalen van salaris. Anderzijds worden ook misleiding, misbruik van een kwetsbare positie en intimidatie en bedreiging genoemd. Deze als vormen van dwang te kenschetsen indicatoren, moeten echter wel weer aan de hand van feitelijke omstandigheden worden ingevuld. Hierbij besteedt de ILO aandacht aan de bijzondere kwetsbaarheid van migranten. Over de indicator 'misbruik van een kwetsbare positie' stelt de ILO dat bijvoorbeeld gebrek aan kennis van de lokale taal en wetten iemand kwetsbaar kan maken voor gedwongen arbeid.[10] De indicator 'inname van identiteitsdocumenten' is met name een indicator die speelt bij migranten.[11] Ook in andere documenten geeft de ILO blijk van aandacht voor de bijzondere kwetsbaarheid van migranten voor arbeidsuitbuiting.[12]

Voor arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel is het gebruik van een dwangmiddel een vereiste om te kunnen vaststellen dat er sprake is van arbeidsuitbuiting. In het Europees Mensenhandelverdrag zijn de dwangmiddelen die in het Palermo Protocol staan, overgenomen. Dit betekent dat naast vormen van fysieke en psychologische dwang, ook misleiding en misbruik maken van een kwetsbare positie als dwangmiddelen kunnen gelden. De kwetsbaarheid van migranten voor arbeidsuitbuiting wordt erkend. In het Toelichtend rapport bij dit verdrag wordt als mogelijke oorzaak van kwetsbaarheid een onzekere of irreguliere verblijfsstatus genoemd.[13]

Voor de andere normen, die zien op werkomstandigheden, beloning en gelijke behandeling in werk en beroep, speelt dwang geen rol.

---

9 Zie bijv. EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*) r.o. 92 en EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 95.

10 ILO 2012, p. 5.

11 ILO 2012, p. 17.

12 Zie bijv. ILO 2018, p. 24.

13 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005, overweging 83.

6.1.2 Arbeidsnormen in het strafrecht

De normen die zien op arbeidsuitbuiting als een vorm van het strafrechtelijke delict mensenhandel zijn ontleend aan het Palermo Protocol, de EU Richtlijn mensenhandel en de nationale wetgeving. Ook diverse normen die besproken zijn onder het mensenrechteninstrumentarium verplichten tot strafbaarstelling. Deze worden hier niet herhaald. Hieronder wordt eerst weer de invulling die aan de normen wordt gegeven besproken, en daarna op welke wijze het gebruik van een dwangmiddel als verplicht element van het delict mensenhandel wordt uitgelegd.

6.1.2.1 Invulling van de normen in de strafrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting

De strafrechtelijke aanpak van arbeidsuitbuiting is gebaseerd op de definitie van mensenhandel zoals opgenomen in het Palermo Protocol. In deze definitie zijn verschillende vormen van uitbuiting opgenomen die als een vorm van arbeidsuitbuiting beschouwd worden: slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid en gedwongen arbeid en diensten. Het begrip uitbuiting is niet gedefinieerd. In het Kaderbesluit Mensenhandel is als extra uitbuitingsvorm 'verplichte arbeid of diensten' opgenomen. In de EU Richtlijn mensenhandel is de definitie van mensenhandel uit het Palermo Protocol geredigeerd door deze in twee delen te knippen. Verder zijn de uitbuitingsvormen uitgebreid met twee nieuwe vormen van uitbuiting: bedelarij en uitbuiting van strafbare activiteiten.[14]

De Nederlandse strafbepaling artikel 273f lid 1 sub 1 Sr haakt aan bij de definitie van de EU Richtlijn mensenhandel en heeft alle uitbuitingsvormen overgenomen in artikel 273f lid 2 Sr. Daarnaast is er in Nederland een nationale variant van (arbeidsuitbuiting als een vorm van) mensenhandel. Op grond van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr is 'iemand bewegen of dwingen zich voor arbeid of diensten beschikbaar te stellen', ook als mensenhandel strafbaar gesteld. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het bestanddeel uitbuiting in deze delictsomschrijving ingelezen dient te worden.[15] Ook in de Nederlandse strafbepaling is het begrip uitbuiting niet gedefinieerd. Het is aan de rechtspraak overgelaten invulling te geven aan de normen die beschermd worden.

De normen zelf worden zelden gebruikt als invulling van wat uitbuiting inhoudt. In het Chinese horeca-arrest noemt de Hoge Raad factoren die moeten worden meegewogen bij de vaststelling of er sprak is van uitbuiting. Deze zijn de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkenen meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald. Als maatstaf om te bepalen of er sprake is van

14 Artikel 2 lid 3 Richtlijn 2011/36/EU.

15 HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309 en HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:201:554.

uitbuiting moeten deze factoren worden afgewogen tegen de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven.[16] Een andere maatstaf die in de rechtspraak wordt gehanteerd is of een 'mondige Nederlandse werknemer met deze omstandigheden had ingestemd'.[17] Dit zou kunnen duiden op een bescherming tegen elke inbreuk op arbeidsnormen inclusief een ongelijke behandeling, ervan uitgaande dat een mondige Nederlandse werknemer hier niet akkoord mee zou gaan. Volgens andere rechters is dit criterium echter te ruim en moet het gaan om arbeidsomstandigheden die 'excessief en onaanvaardbaar zijn volgens de in de Nederlandse maatschappij en rechtsorde geldende normen'.[18] In deze formulering komt duidelijk de worsteling in de rechtspraak met het afbakenen van de te beschermen normen naar voren. Eerst wordt het adjectief *excessief* gebruikt, wat duidt op een behoorlijke mate van ernst van de inbreuk, daarna volgt de aanvulling wat *onaanvaardbaar* is volgens de in Nederland geldende normen. Onaanvaardbaar is echter elke overtreding van geldende normen.

Kortom, er lijkt wel een zekere mate van ernst van inbreuk op de normen te worden vereist, maar de precieze invulling en de grenzen van de misstanden die via het strafrecht beschermd dienen te worden, zijn nog niet uitgekristalliseerd.

6.1.2.2 Dwang en kwetsbaarheid in de strafrechtelijk aanpak

De definitie van mensenhandel vereist een van de in de definitie opgenomen dwangmiddelen bij de toepassing van een van de acties (werven, vervoeren, overbrengen, huisvesten, opnemen) met het oogmerk van uitbuiting in een van de vormen. Als wel bewezen kan worden dat een dwangmiddel is ingezet, maar niet dat er (een oogmerk is op) een situatie die als uitbuiting valt te kwalificeren, kan arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel niet worden vastgesteld. De dwangmiddelen variëren van het gebruik van, of dreigen met fysiek en psychisch geweld tot misleiding, misbruik van afhankelijkheid en misbruik van een kwetsbare positie. In de EU Richtlijn mensenhandel wordt het begrip 'kwetsbare positie' ingevuld. Hiermee wordt een situatie bedoeld 'waarin de betrokkene geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan'.[19]

Bij de nationale variant van mensenhandel dient de inzet van de dwangmiddelen gericht te zijn op het iemand bewegen of dwingen zich voor arbeid of diensten beschikbaar te stellen (artikel 273f lid 1 sub 4 Sr). Bij arbeidsuitbuiting komen vooral de dwangmiddelen misleiding en misbruik van afhankelijk-

16 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, r.o. 2.6.1.
17 Zie bijv. Rb. Overijssel 28 november 2013 ECLI:NL:RBOVE:2013:2951; Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0599.
18 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI;NL:GHARL:2014:2257.
19 Artikel 2 lid 2 Richtlijn 2011/36/EU.

heid en kwetsbare positie voor. In het Chinese horeca-arrest heeft de Hoge Raad bevestigd dat onrechtmatig verblijf inhoudt dat een migrant kwetsbaar is. Voor het aannemen van misbruik is voldoende dat de werkgever zich bewust moet zijn geweest van de feitelijke omstandigheden die de kwetsbaarheid bepalen. Ook andere omstandigheden die specifiek gelden voor migranten dragen bij aan kwetsbaarheid, zoals het niet spreken van de taal, niet op de hoogte zijn van de regels en wetten, een combinatie van huisvesting en werk en het ontbreken van een sociaal netwerk (zie paragraaf 3.4.4). Daarnaast worden ook economische omstandigheden aangemerkt als feitelijkheden die iemand kwetsbaar kunnen maken, zoals gebrek aan inkomen, schulden, of het niet volledig uitbetaald krijgen van het salaris.

In de jurisprudentie worden de dwangmiddelen misbruik en misleiding snel aangenomen. Als er sprake is van het gebruik van een van de dwangmiddelen komt aan de eventuele instemming van het slachtoffer geen betekenis toe (artikel 3b Palermo Protocol). Toch lijkt in de Nederlandse rechtspraak soms een extra vorm van dwang te worden vereist. Nadat door de rechter is vastgesteld dat er bijvoorbeeld sprake is van misleiding, wordt bekeken of betrokkene zich aan het misbruik kan of had kunnen onttrekken. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de invulling van het concept 'kwetsbare positie' zoals dit in de EU Richtlijn mensenhandel is verwoord als 'geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze om het misbruik te ondergaan'[20] De relatie tussen wel bewezen misbruik of misleiding en de in sommige zaken toch aanwezige keuzevrijheid blijft onduidelijk.

Samenvattend, het gebruik van een dwangmiddel is in de strafrechtelijk aanpak een vereiste om van arbeidsuitbuiting te kunnen spreken. Misleiding of misbruik van overwicht of een kwetsbare positie wordt vaak makkelijk aangenomen. Omstandigheden die specifiek voor migranten relevant zijn, spelen hierbij prominent een rol.

6.1.3 Arbeidsnormen in het vrij verkeer voor Unieburgers

Arbeidsnormen die zijn opgenomen in het vrij verkeer voor Unieburgers zien op het recht op een bepaalde (met name gelijke) behandeling van Unieburgers door de werkgever. Bij de afbakening van de inhoud van deze normen speelt het element dwang geen rol. Dit element wordt daarom niet apart besproken.

De relevante wetgeving met betrekking tot het vrij verkeer kan onderverdeeld worden in normen voor de behandeling van EU-werknemers, EU-zelfstandigen en EU-gedetacheerde werknemers. De normen voor de behandeling van deze drie groepen werkers zijn verschillend. Voor EU-werknemers geldt een volledig recht op gelijke behandeling als de werknemers van de gastlidstaat

20 Rb. Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:456.

wanneer het gaat om de toegang tot werk,[21] werkomstandigheden en beloning.

Bij EU-zelfstandigen wordt er in beginsel van uitgegaan dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor de voorwaarden waaronder zij opdrachten aannemen. Dit kan anders zijn als er sprake is van schijnzelfstandigheid. Van schijnzelfstandigheid is sprake wanneer een persoon formeel als zelfstandige werkt, maar de relatie feitelijk een relatie tussen een werkgever en werknemer is. In deze situatie kan een zelfstandige onder voorwaarden werken die onder het niveau van de minimale arbeidsvoorwaarden liggen, of niet voldoen aan het principe van gelijke beloning en overige arbeidsvoorwaarden. Als op grond van de Unierechtelijke invulling van het begrip schijnzelfstandige sprake is van deze constructie, zouden alsnog de normen van gelijke behandeling die gelden voor EU-werknemers, van toepassing kunnen zijn op EU-zelfstandigen.

Op Unieburgers (of derdelanders met een verblijfsrecht in een van de lidstaten) die op grond van het vrij verkeer van diensten als gedetacheerd werknemer worden uitgezonden naar een andere lidstaat, zijn echter niet de gelijke behandelingsrechten die gelden voor het vrij verkeer van EU-werknemers en EU-zelfstandigen van toepassing, maar de herziene Detacheringsrichtlijn. Deze richtlijn, die op 30 juli 2020 in werking is getreden, kent voor een aantal belangrijke arbeidsnormen een recht op gelijke behandeling als de werknemers van de gastlidstaat, zoals ten aanzien van werk- en rusttijden, verlofdagen, beloning inclusief de uitbetaling voor overwerk, veiligheid en toeslagen voor reis-, maaltijd- en verblijfskosten. Na een jaar – met de mogelijkheid tot verlenging van deze periode – is het arbeidsrecht van de gastlidstaat in volle omvang van toepassing.

Bij het opstellen van de regels voor het vrij verkeer voor Unieburgers en in de jurisprudentie over deze regelgeving van het Hof van Justitie, is voor sommige specifieke groepen migranten expliciet aandacht voor de kwetsbare positie. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie over gedetacheerde werknemers waarin het Hof een afweging maakt tussen de sociale bescherming van deze werknemers en het recht op vrij verkeer van diensten (zie paragraaf 4.4.2.1). Schijnzelfstandigheid wordt gebruikt voor en door migranten, bijvoorbeeld in een situatie waar een EU-arbeidsmigrant (nog) geen vrije toegang heeft tot de arbeidsmarkt.[22] In de zaak *FNV Kiem* besteedt het Hof van Justitie aandacht aan de kwetsbaarheid van schijnzelfstandigen (zie paragraaf 4.3.2).

Het proces rond de totstandkoming van de herziening van de Detacheringsrichtlijn laat het spanningsveld zien tussen enerzijds de bescherming van rechten van gedetacheerde werknemers, maar ook van werknemers van de gastlidstaat, en anderzijds de belangen van lidstaten die veel werknemers

21 Met uitzondering van betrekking in overheidsdienst, artikel 45 lid 4 VWEU.
22 Working Lives Research Institute 2012, p. 27.

uitzenden via deze constructie en menen dat goedkopere arbeidskrachten behoren tot hun competitieve voordeel.

6.1.4 Arbeidsnormen in het migratierecht voor derdelanders

Ook het migratierecht voor derdelanders bevat in verschillende instrumenten normen die zien op de wijze waarop derdelanders in een arbeidssituatie door hun werkgever behandeld dienen te worden. Deze normen zijn niet voor alle derdelanders hetzelfde.

Derdelanders die rechtmatig op het grondgebied van de EU verblijven en werken, hebben op grond van de Richtlijn Verblijf en Werk een pakket aan rechten dat ziet op gelijke behandeling. Ook de verschillende richtlijnen die een bepaalde vorm van werk reguleren (hooggekwalificeerd werk, seizoenarbeid, overplaatsing binnen een onderneming, en onderzoek), de Richtlijn Langdurig ingezetenen en de Kwalificatierichtlijn, bevatten bepalingen die zien op gelijke behandeling. Deze normen omvatten in ieder geval gelijke behandeling ten aanzien van basale arbeidsvoorwaarden zoals beloning, ontslag, werkuren, verlof en vakantie en gezondheids- en veiligheidseisen op de werkplek. Bovendien hebben arbeidsmigranten het gelijke recht om te staken en industriële actie te ondernemen.

Een flink aantal categorieën derdelanders is echter uitgesloten van de overkoepelende Richtlijn Verblijf en Werk en kan ook geen recht op gelijke behandeling aan een specifieke richtlijn ontlenen. Het gaat hier om derdelanders zonder rechtmatig verblijf, derdelanders die wel rechtmatig verblijven, maar niet mogen werken, stagiairs, au pairs en vrijwilligers die niet op basis van een arbeidscontract werken, en derdelanders die op grond van een visum zijn toegelaten.[23] Ten slotte mogen lidstaten derdelanders die voor maximaal zes maanden zijn toegelaten, van het toepassingsbereik uitsluiten.[24] Voor al deze categorieën bevat het migratierecht geen normen voor de behandeling in een arbeidssituatie.

Bij de arbeidsnormen die in het migratierecht zijn opgenomen ten aanzien van de behandeling van rechtmatig verblijvende derdelanders, speelt het element dwang geen rol. Bij het opstellen van deze normen is ten aanzien van enkele categorieën van derdelanders wel stilgestaan bij de kwetsbaarheid van deze specifieke groep. Dit geldt met name voor seizoenarbeiders en au pairs. Het niveau van bescherming dat aan deze groepen wordt gegeven, is echter lager dan de bescherming die geldt voor derdelanders die voor hooggekwalificeerde arbeid worden toegelaten. Voor seizoenarbeiders zoekt de Uniewetgever

23 Zie artikel 1 sub b in samenhang met 2 sub b en 3 lid 1 sub b en lid 2 van Richtlijn 2011/98/EU.

24 Artikel 4 lid 3 Richtlijn 2011/98/EU.

naar een balans tussen bestrijding van irreguliere migratie en bescherming van de migrant.[25]

Voor niet-rechtmatig verblijvende derdelanders heeft de Uniewetgever een verbod op tewerkstelling ingevoerd.[26] De hierboven genoemde arbeidsnormen zijn op deze groep niet van toepassing. Uit de bescherming die in de Werkgeverssanctierichtlijn wordt geboden, kunnen wel minimum arbeidsnormen worden afgeleid ten aanzien van uitbetaling van salaris en arbeidsuitbuiting. Werkgevers zijn aansprakelijk voor de uitbetaling van achterstallig loon aan de migrant. Zonder tegenbewijs wordt ervan uitgegaan dat het loon minimaal op het niveau van het officiële minimumloon, het cao-loon of het gebruikelijke loon voor de betreffende bedrijfstak ligt. Deze norm geldt alleen voor onrechtmatig verblijvende derdelanders. Derdelanders die wel rechtmatig verblijven, maar niet rechtmatig werken, vallen hier niet onder. De Werkgeverssanctierichtlijn biedt verdergaande bescherming aan migranten die slachtoffer zijn van 'arbeidsgerelateerde uitbuiting', in een mate vergelijkbaar met mensenhandel. Bij de definiëring van dit begrip worden termen gebruikt als een 'opvallende wanverhouding met arbeidsvoorwaarden en omstandigheden voor legale werknemers' en 'aantasting van de menselijke waardigheid'.[27] Arbeidsgerelateerde uitbuiting kan volgens de definitie die in de Werkgeverssanctierichtlijn is gegeven, ook bestaan uit discriminatie. Of voor invulling van wat onder 'arbeidsgerelateerde uitbuiting' valt, dezelfde criteria gelden als voor de strafrechtelijke variant van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel (opgenomen in de EU Richtlijn mensenhandel), en of er sprake moet zijn van het gebruik van een van de dwangmiddelen, is op grond van de tekst van de richtlijn niet duidelijk.

6.1.5 Schematisch overzicht arbeidsnormen

In onderstaand overzicht zijn de verschillende arbeidsnormen opgenomen, die onder de vier rechtsgebieden zijn besproken. Met betrekking tot de normen wordt een indicatie gegeven van de criteria of de mate die nodig is om de inhoud van de norm vast te stellen. Zoals uit de bespreking van de verschillende normen in de voorgaande hoofdstukken al is gebleken, is niet altijd duidelijk wat precies de inhoud is van de norm die wordt beschermd.

25 Zie bijvoorbeeld preambule overweging 7 Richtlijn 2014/36/EU.
26 Richtlijn 2009/52/EG.
27 Artikel 2 sub i Richtlijn 2009/52/EG.

Tabel 3: Overzicht beschermde normen

		Normen	*Mate*	*Dwang*
MR	Verbod op uitbuiting	• Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid • Mensenhandel	'Niet elke afgedwongen arbeid' 'Disproportionele belasting' 'Excessieve werkomstandigheden	Ja, van slavernij tot gedwongen arbeid in afnemende mate
	Sociaal-economische rechten	• Gunstige arbeidsvoorwaarden en beloning • Recht op gelijke beloning • Recht op gelijke behandeling in werk	'Voldoende om niet in armoede te leven', 'Mens is geen koopwaar; 'Menselijke waardigheid'	Nee
SR		Mensenhandel waarbij uitbuiting bestaat uit: • Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid	'Aard en duur van tewerkstelling + economisch voordeel', 'Mondige Nederlander', 'Excessief en onaanvaardbaar'	Ja
VVU	Werknemers	Volledig gelijke behandeling	n.v.t.	Nee
	Zelfstandigen	Eigen verantwoordelijkheid Schijnzelfstandigheid	n.v.t. normen voor werknemers	Nee
	Gedetacheerde	Gelijke behandeling	Ten minste basisnormen	Nee
MRD	Rechtmatig verblijf	Gelijke behandeling	Ten minste basisnormen	Nee
	Rechtmatig kort verblijf + divers	Niet geregeld in MRD		
	Onrechtmatig	Uitbetaling salaris	'Legaal tewerkgestelde migrant'	Nee
		Arbeidsgerelateerde uitbuiting	'Wanverhouding', i.s.m. waardigheid', 'vergelijkbaar met mensenhandel'	Onduidelijk

MR = mensenrechteninstrumentarium; SR = strafrecht; VVU = vrij verkeer voor Unieburgers; MRD = migratierecht voor derdelanders

6.2 Rechten op verblijf, werk en bijstand

In deze paragraaf wordt een antwoord gegeven op de vragen die zien op een recht op verblijf, een recht om te werken en het recht op een vorm van bijstand. Onder bijstand wordt verstaan vergoedingen in geld of natura die een bestaansminimum garanderen. Deze rechten kunnen de positie van migranten tegenover de werkgever versterken en hun afhankelijkheid van de werkgever verkleinen. Dit kan bijdragen aan het voorkomen van arbeidsuitbuiting. De vragen dienen zo gelezen te worden, dat het telkens gaat om de vraag of een recht bestaat in de EU en/of in Nederland in het bijzonder. Op grond van het strafrecht kunnen alleen rechten aan een migrant worden verleend als er sprake is van arbeidsuitbuiting. Het strafrecht blijft daarom in deze paragraaf buiten beschouwing. De rechten die migranten hebben als ze in een situatie van arbeidsuitbuiting verkeren, worden in paragraaf 6.3 besproken.

De deelvragen die in deze paragraaf per rechtsgebied aan bod komen luiden:

3. *Heeft een migrant het recht op toegang en verblijf en zo ja onder welke voorwaarden?*
4. *Heeft een migrant het recht om te werken en zo ja onder welke voorwaarden?*
5. *Heeft een migrant een recht op een vorm van bijstand en zo ja onder welke voorwaarden?*

De drie deelvragen worden gecombineerd per rechtsgebied besproken, waarbij aandacht wordt besteed aan het soort recht dat een migrant eventueel heeft. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen een recht op resultaat, een recht op inspanning, een voorwaardelijk recht met of zonder discretie en een volledig discretionair recht.

6.2.1 Recht op verblijf, werk en bijstand in het mensenrechteninstrumentarium

Op basis van het mensenrechteninstrumentarium zijn staten in beginsel vrij om zelf te bepalen of zij migranten tot hun grondgebied toelaten en verblijf geven. Op dit beginsel gelden enkele uitzonderingen waarvan het verbod van refoulement het meest omvattend is. Een beroep op artikel 3 EVRM kan wel succesvol zijn in geval van een reëel risico op repercussies van mensenhandelaren of hernieuwde rekrutering voor mensenhandel in het land van herkomst.[28] Als is vastgesteld dat er sprake is een risico op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling indien betrokkene zou worden teruggestuurd,

28 Zie: EHRM 18 februari 2014, 13950/12 (*O.G.O./Verenigd Koninkrijk*).

dan heeft de staat geen beoordelingsruimte meer om een andere afweging te maken. De migrant heeft een recht om niet te worden teruggestuurd.

Een beroep op een verblijfsrecht op grond van het recht op gezinsleven is voor niet-rechtmatig verblijvende migranten met gezinsleven in het gastland een onzekere weg. Staten krijgen hier een ruime beoordelingsmarge van het EHRM, zodat niet gesproken kan worden van een recht, of voorwaardelijk recht op verblijf. Verblijf op grond van het mensenrechtelijk recht op gezinsleven, is slechts te kwalificeren als een voorwaardelijk discretionair recht. Op grond van het mensenrechteninstrumentarium kan geen recht op toelating voor werkgerelateerd verblijf worden afgeleid.

Hoewel verschillende instrumenten in het mensenrechteninstrumentarium toegang tot werk als een recht formuleren,[29] behelst dit niet een gegarandeerd recht voor een individu, maar een inspanningsverplichting voor de staat. Bovendien is het ESH niet van toepassing op migranten die onrechtmatig verblijven.[30] Alleen voor als vluchteling erkende personen kan op basis van het Vluchtelingenverdrag een recht op toegang tot werk afgeleid worden.[31]

Een recht op een vorm van sociale bijstand kan niet uit het mensenrechteninstrumentarium gedestilleerd worden. Hoewel in verschillende instrumenten een recht op bijstand op het niveau van basisvoorzieningen is neergelegd,[32] zijn deze rechten niet afdwingbaar op individueel niveau en impliceren geen resultaatsverplichting voor de staat. Deze rechten zijn bedoeld als een inspanningsverplichting, gericht aan de verdragsluitende staten. Het ECSR heeft ten aanzien van uitgeprocedeerde asielzoekers in de zaak *CEC tegen Nederland* anders geoordeeld.[33] Het Comité is van mening dat het niet verlenen van basisvoorzieningen zoals minimaal noodzakelijke sociale bijstand en onderdak, een schending is van de verplichtingen onder het ESH. De reikwijdte van deze uitspraak is vooralsnog niet uitgebreid tot andere groepen migranten, maar dit is op basis van de gekozen formulering niet uitgesloten. De uitspraken van het ECSR en de resoluties van het Comité van Ministers zijn echter niet juridisch bindend.

6.2.2 Recht op verblijf, werk en bijstand in het vrij verkeer voor Unieburgers

Alle burgers van de Unie hebben op basis van artikel 6 van de Verblijfsrichtlijn het recht om maximaal drie maanden in een andere lidstaat te verblijven

29 Zie bijv. artikel 23 UVRM, artikel 6 IVESCR en artikel 1 Deel 1 ESH.
30 Zie artikel 1 Bijlage bij het ESH.
31 Zie artikel 17-19 Vluchtelingenverdrag. In deze bepalingen is een recht op toegang tot arbeid in loondienst, als zelfstandige of in een vrij beroep gekoppeld aan de (meest gunstige) voorwaarden voor andere vreemdelingen. Dit komt voor wat betreft de toegang tot arbeid in loondienst in de EU neer op de voorwaarden voor andere Unieburgers.
32 Zie bijv. artikel 25 lid 1 UVRM, artikel 11 IVESCR en artikel 13, 30 en 31 ESH.
33 ECSR 1 juli 2014, 90/2013 (*CEC/Nederland*).

zonder een enkele andere voorwaarde of formaliteit dan het bezit van een paspoort of identiteitskaart. Na deze periode wordt het rechtmatig verblijf voor Unieburgers gekoppeld aan het doel van het verblijf en gelden aanvullende voorwaarden. Voor EU-werknemers en EU-zelfstandigen is de enige voorwaarde dat wordt gewerkt. Het moet hierbij gaan om reële en daadwerkelijke arbeid. Zolang een Unieburger zijn status als werknemer of zelfstandige behoudt, blijft het verblijfsrecht op grond van artikel 7 lid 1 Verblijfsrichtlijn bestaan. Bij onvrijwillige werkloosheid na een jaar kan de status van werknemer of zelfstandige in stand blijven. In geval van onvrijwillige werkloosheid binnen een jaar is de termijn voor het behoud van deze status beperkt tot zes maanden.[34] Het verblijfsrecht van EU-gedetacheerde werknemers is gebaseerd op de Dienstenrichtlijn en niet op de Verblijfsrichtlijn.[35] Dit verblijfsrecht is gekoppeld aan de duur van de dienst.

Migrerende Unieburgers hebben in beginsel het recht om te werken onder dezelfde voorwaarden als de burgers van de gastlidstaat. De enige uitzondering hierop die lidstaten mogen maken betreft werk in overheidsdienst.[36]

In het kader van het vrij verkeer voor Unieburgers gaat het bij de vraag of EU-burgers recht hebben op bijstand, om de vraag of zij ten aanzien van de toegang tot sociale bijstand, een recht op gelijke behandeling hebben. Wat onder het begrip sociale bijstand valt, is niet gedefinieerd. Het recht op sociale bijstand is in het vrij verkeer van personen gekoppeld aan het recht op verblijf op grond van de Verblijfsrichtlijn. Unieburgers die rechtmatig verblijven op grond van artikel 7 of 16 Verblijfsrichtlijn hebben het recht op gelijke behandeling als burgers van de gastlidstaat.[37] Een beroep op sociale bijstand kan ten aanzien van een Unieburger die op basis van artikel 7 Verblijfsrichtlijn in de gastlidstaat verblijft, wel tot de conclusie leiden dat er niet meer aan de voorwaarden van het rechtmatig verblijf wordt voldaan. Een recht op verblijf op grond van artikel 6 Verblijfsrichtlijn voor maximaal drie maanden geeft geen recht op bijstand. Nu gedetacheerde werknemers geen rechtmatig verblijf op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn hebben, kunnen zij zich niet beroepen op een recht op sociale bijstand.

6.2.3 Recht op verblijf, werk en bijstand in het migratierecht voor derdelanders

In het migratierecht voor derdelanders is het recht op verblijf, werk en bijstand gedifferentieerd per verblijfsdoel.

---

34 Zie artikel 7 lid 3 Richtlijn 2004/38/EG.
35 Dit verblijfsrecht volgt impliciet uit artikel 16 lid 1 Richtlijn 2006/123/EG.
36 Artikel 45 lid 4 VWEU.
37 Artikel 24 Richtlijn 2004/38/EG.

In het kader van toelating op basis van asiel heeft een derdelander als hij voldoet aan de definitie voor bescherming (en er is geen sprake van uitsluitingsgronden) recht op toelating.[38] De Kwalificatierichtlijn bepaalt dat lidstaten een verblijfsstatus verlenen aan een derdelander die wordt erkend als vluchteling, of die in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming. Deze verplichting van lidstaten wordt in het kader van dit onderzoek aangeduid als een recht op resultaat. Derdelanders die in het kader van gezinshereniging of voor studie een aanvraag indienen, hebben recht op toelating als aan de voorwaarden wordt voldaan.[39] Voor deze twee groepen kan er gesproken worden van een voorwaardelijk recht op verblijf. Ook toegang tot het grondgebied van de EU voor maximaal drie maanden lijkt in eerste instantie op een voorwaardelijk recht.[40] De voorwaarden voor verlening van een visum bieden echter een ruime beoordelingsruimte aan lidstaten om te vast te stellen of er mogelijk een risico op illegale immigratie of het niet tijdig verlaten van de EU bestaat.[41] Dit is daarom als een voorwaardelijk discretionair recht te kwalificeren.

Voor toelating van migranten voor verschillende vormen van werk of uitwisseling bestaan er diverse mogelijkheden in het Unierecht. Lidstaten behouden echter wel de mogelijkheid om op basis van arbeidsmarktoverwegingen geen verblijfsvergunning te verstrekken, ook al voldoet de derdelander aan de voorwaarden.[42] Derdelanders hebben voor deze doelen dus geen gegarandeerd of voorwaardelijk recht op toelating, maar slechts een voorwaardelijk discretionair recht.

De verblijfsrechtelijke positie van toegelaten derdelanders verschilt ook per verblijfsdoel. Voor alle verblijfsdoelen geldt, dat als het doel niet meer bestaat ook het recht op verblijf kan komen te vervallen. Deze verliesgrond is niet van toepassing op derdelanders die een status als langdurig ingezetene hebben. Dit verblijfsrecht is niet langer gekoppeld aan een bepaald verblijfsdoel en kan daarom ook niet worden ingetrokken als het doel komt te vervallen. Het verblijfsdoel van asielgerechtigde derdelanders, gezinsherenigers en studenten hangt niet samen met het hebben van werk. Het verlies van werk betekent daarom niet dat zij als gevolg hiervan hun verblijfsrecht verliezen. Verlies van inkomen kan eventueel voor gezinsherenigers en studenten wel betekenen dat zij niet meer kunnen voldoen aan de voorwaarde van voldoende middelen van bestaan. Dat is wel een grond om een verblijfsrecht niet te verlengen of in te trekken.[43] Voor alle werkgerelateerde verblijfsdoelen en stagiairs betekent dat het verlies van het werk (of de stageplaats), ook het

38 Zie artikel 13, 18 en 24 Richtlijn 2011/95/EU.
39 Zie resp. artikel 1 en 13 Richtlijn 2003/86/EG en artikel 6 Richtlijn 2016/801/EU.
40 Zie artikel 6 Verordening (EU) 2016/399.
41 Zie artikel 21 lid 1 Verordening (EG) 810/2009.
42 Zie artikel 6 Richtlijn 2009/50/EG, artikel 8 lid 3 Richtlijn 2014/36/EU, artikel 6 Richtlijn 2014/66 /EU en artikel 6 en 20 lid 3 Richtlijn 2016/801/EU.
43 Zie artikel 7 lid 1 sub c en artikel 16 lid 1 Richtlijn 2003/86/EG resp. artikel 7 lid 1 sub e en artikel 21 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/801.

verlies van het verblijfsrecht kan betekenen. Dat versterkt de afhankelijkheid van de werkgever. Dat geldt ook voor de afhankelijkheid van au pairs ten opzichte van het gastgezin; beëindiging van de positie als au pair kan intrekking van de verblijfsvergunning tot gevolg hebben. Verder is de maximale verblijfsduur voor seizoenarbeid, werk als au pair en werk als stagiair relatief kort. Een derdelander met een verblijfsrecht van beperkte duur heeft een zwakkere positie ten opzichte van zijn werkgever dan een migrant met een verblijfsrecht van langere of onbepaalde duur.

Recht op toegang tot werk en werkgever naar keuze versterkt de positie van een migrant tegenover de werkgever. Derdelanders met een verblijfsrecht als langdurig ingezetene of als asielgerechtigde hebben het recht om te werken bij een werkgever naar keuze.[44] Gezinsherenigers hebben in de regel ook recht op werk naar keuze.[45] Asielzoekers in afwachting van een beslissing en studenten hebben een beperkt recht op toegang tot de arbeidsmarkt. Lidstaten hebben hier wel enige beoordelingsmarge om dit recht te beperken.[46] Derdelanders die verblijven op grond van een van de werkgerelateerde verblijfsdoelen hebben op basis van de aard van hun verblijfsrecht het recht om te werken. De relevante vraag ten aanzien van deze derdelanders is, of zij de mogelijkheid hebben om van werkgever te veranderen op basis van het verleende verblijfsrecht. Dit kan hun afhankelijkheid van de werkgever verkleinen. Voor de blauwe kaarthouders zijn deze mogelijkheden het ruimst, seizoenarbeiders mogen eenmaal van werkgever veranderen, maar niet vanuit een situatie van werkloosheid en ICT'ers kunnen niet van werkgever wisselen. Het verblijfsrecht van derdelanders die verblijven op grond van de Richtlijn Onderzoekers en Studenten is gekoppeld aan een bepaalde gastentiteit of gastgezin. Hoewel deze richtlijn niet expliciet de mogelijkheid uitsluit dat een derdelander die bijvoorbeeld als onderzoeker, stagiair of au pair is toegelaten, gedurende de looptijd van de vergunning van gastentiteit of gastgezin verandert, lijkt dit niet de bedoeling van deze richtlijn. Het niet langer werken bij de gastentiteit of het gastgezin bij wie de derdelander is toegelaten, kan beschouwd worden als niet langer voldoen aan de voorwaarden voor de vergunning (die was verleend om te werken bij een bepaalde gastentiteit of gastgezin) of aan het verblijfsdoel. Dit zijn gronden om de vergunning in te trekken of de verlenging te weigeren.[47]

De rechtspositie van derdelanders ten aanzien van het recht op bijstand wordt eveneens bepaald door het verblijfsrecht. In het kader van het migratie-

---

44 Zie artikel 11 lid 1 Richtlijn 2003/109/EG voor langdurig ingezetenen en artikel 26 lid 1 Richtlijn 2011/95/EU voor asielstatushouders. Voor langdurig ingezetenen geldt wel een voorbehoud voor arbeid die betrekking heeft op uitoefening van het openbaar gezag.

45 Artikel 14 lid 1 sub b Richtlijn 2003/86/EG. Lid 2 van deze bepaling geeft lidstaten de mogelijkheid om voorwaarden te verbinden aan dit recht.

46 Zie Artikel 15 lid 1 Richtlijn 2013/33/EU voor asielzoekers en artikel 24 lid 1 en 3 Richtlijn 2016/801/EU voor studenten.

47 Zie artikel 21 lid 1 sub a en d Richtlijn (EU) 2016/801

recht wordt bijstand aangeduid als sociale bijstand. Wat hieronder valt verschilt per lidstaat. In hoofdstuk 5 is voor verschillende verblijfsdoelen onderscheid gemaakt tussen sociale zekerheid en sociale bijstand. Langdurig ingezetenen en asielgerechtigde personen kunnen wel aanspraak maken op een recht op gelijke behandeling als de eigen burgers wat betreft (de belangrijkste prestaties van) sociale bijstand.[48] Voor andere categorieën derdelanders, zoals gezinsherenigers en personen die verblijven op grond van de Richtlijn Onderzoekers en Studenten, kan een beroep op het sociale bijstandsstelsel van de lidstaat een grond zijn om de vergunning in te trekken. Een uitzondering hierop geldt voor blauwe kaarthouders die maximaal drie maanden werkloos mogen zijn zonder dat dit leidt tot verlies van hun verblijfsvergunning. Een beroep op sociale bijstand in die periode heeft geen gevolgen voor hun verblijfsrecht.[49] Voor de meeste verblijfsdoelen geldt alleen een recht op sociale zekerheid. De takken van sociale zekerheid waarvoor een recht op gelijke behandeling bestaat, zijn gedefinieerd in de Verordening Coördinatie Sociale Zekerheid. Voor de vaststelling wat een socialezekerheidsuitkering is, is niet doorslaggevend hoe deze wordt gefinancierd. Het recht op gelijke behandeling van derdelanders die verblijven op een van de werkgerelateerde vergunningen, is gedifferentieerd per verblijfsdoel, waarbij seizoenarbeiders minder rechten hebben dan bijvoorbeeld blauwe kaarthouders of onderzoekers.

6.2.4 Schematisch overzicht recht op verblijf, werk en bijstand

Tabel 4 geeft een overzicht van het recht op verblijf, werk en bijstand die een migrant heeft die zich (nog) niet in een situatie van arbeidsuitbuiting bevindt. Recht op verblijf, toegang tot werk en bijstand kunnen zijn afhankelijkheid ten opzichte van de werkgever verkleinen, waardoor de migrant een sterkere positie heeft ten opzichte van de werkgever. Dit verkleint de kans op arbeidsuitbuiting. De rechten zijn per rechtsgebied uitgesplitst naar verblijfsgrond. Het gaat om de rechten die in de verschillende in tabel 4 weergegeven instrumenten zijn opgenomen. Staten kunnen op grond van nationale wetgeving of andere internationale verplichtingen deze rechten uitbreiden. Uit het overzicht van tabel 4 blijkt duidelijk dat het mensenrechteninstrumentarium, met uitzondering van personen die recht op verblijf hebben op grond van het verbod van refoulement, de minste rechten op verblijf, werk en bijstand aan migranten biedt. Het vrij verkeer voor werknemers en zelfstandigen verleent de sterkste rechten op verblijf, werk en bijstand, waarbij voor het recht op verblijf en als afgeleide hiervan een recht op sociale bijstand, als enige voor-

48 Zie artikel 11 lid 1 sub d en lid 4 Richtlijn 2003/109/EG en artikel 29 Richtlijn 2011/95/EU.

49 Artikel 12 lid 3 sub b Richtlijn 2009/50/EG. Een beroep op sociale bijstand buiten deze periode van maximaal drie maanden werkloosheid kan wel reden zijn om de verblijfsvergunning in te trekken.

waarde geldt dat er sprake moet zijn van reële en daadwerkelijk arbeid. De rechten voor derdelanders zijn sterk gedifferentieerd en kennen veel specifieke voorwaarden.

De rechten die een migrant heeft die slachtoffer is van een vorm van arbeidsuitbuiting, zijn in tabel 5 in paragraaf 6.3.5 opgenomen.

Tabel 4: Overzicht rechten op verblijf, werk en bijstand

	Verblijfsgrond	*Verblijf: verlening*	*Verblijf: verlies*	*Werk*	*Bijstand*
MR	Onrechtmatig	Nee	n.v.t.	Nee	RI*
	Verbod van refoulement	RR	RR	RR**	RI
	Gezinsleven	VDR	VDR	RI	RI
VVU	Werknemers	VR: reële en daadwerkelijke arbeid	VR	RR	VR: verblijf o.g.v. art. 7 Verblijfs-richtlijn
	Zelfstandigen	VR: reële en daadwerkelijke arbeid	VR	RR	VR: verblijf o.g.v. art. 7 Verblijfs-richtlijn
	Gedetacheerd	VR: dienstver-lener	Voor de duur van de dienst	RR	Nee
MRD	Kort verblijf	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	Nee	Nee
	Asielzoeker	VR	VR (voorwaarden verblijfsdoel)	VDR: wachttijd + maximum werktijd	RR
	Seizoenarbeid	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VR: werkgever + soort werk	Nee
	Au pair	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VR: werkgever + soort werk	Nee
	ICT	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VR: werkgever + soort werk	Nee
	Blauwe kaart	VDR	VR (voorwaarden verblijfsdoel)	VR (inkomen)	VR
	Gezinsherenig-ing	VR	VR (voorwaarden verblijfsdoel)	RR	DR (kan gevolgen hebben voor verblijfsrecht)

	Verblijfsgrond	*Verblijf: verlening*	*Verblijf: verlies*	*Werk*	*Bijstand*
MRD	Studie	VR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VDR (maximum werktijd)	Nee
	Asiel-gerechtigd	RR	RR	RR	RR
	Langdurig ingezetene	VR	VR	RR	RR

DR = discretionair recht; MR = mensenrechteninstrumentarium; RI = recht op inspanning; RR = recht op resultaat; SR = strafrecht; VDR = voorwaardelijk discretionair recht; VR = voorwaardelijn recht; VVU = vrij verkeer voor Unieburgers; MRD = migratierecht derdelanders
* Dit recht zou afgeleid kunnen worden uit de rechtspraak van het ECSR. Deze uitspraken zijn echter niet juridisch bindend en individuen hebben ook geen individueel klachtrecht.
** Dit recht is gebaseerd op het Vluchtelingenverdrag en geldt alleen voor erkende vluchtelingen. Personen die op grond van andere refoulementverboden verblijf hebben kunnen hier geen aanspraak op maken.

6.3 Recht op bescherming bij schending van de normen in een arbeidsrelatie

De derde manier van invloed die een staat heeft op de positie van de migrant is door het bieden van bescherming in het geval de werkgever de normen die onder deelvraag 1 en 2 zijn besproken, heeft geschonden. Deze normen zien enerzijds op een verbod op slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid, mensenhandel en arbeidsgerelateerde uitbuiting en anderzijds op rechten op een bepaalde behandeling in een arbeidsrelatie, zoals een recht op gunstige arbeidsomstandigheden en beloning en recht op gelijke behandeling. Het gaat hierbij telkens om de vraag of in de vier betrokken rechtsgebieden een vorm van bescherming bestaat tegen schending van de normen die in dat rechtsgebied zijn opgenomen. Bijvoorbeeld, biedt het strafrecht bescherming tegen schending van de norm arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, of biedt het vrij verkeer van Unieburgers bescherming als de normen die zien op gelijke behandeling van EU-werknemers zijn geschonden. De analyse van de rechten op bescherming is beperkt tot het recht op compensatie, op verblijf en op bijstand. Ten aanzien van het recht op compensatie wordt er van uitgegaan dat dit in beginsel een recht is van een migrant jegens de werkgever. De analyse ten aanzien van de verplichtingen van de staat met betrekking tot het recht op compensatie concentreert zich op de vraag of en zo ja op welke manier de staat dit recht van de migrant jegens de werkgever faciliteert, of zelfs garandeert als de werkgever niet aan zijn verplichtingen voldoet. De drie deelvragen met betrekking tot de rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting luiden:

6. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting een recht op compensatie jegens de staat en zo ja, hoe wordt de hoogte van de compensatie vastgesteld?*
7. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting een recht op verblijf en zo ja, onder welke voorwaarden en voor welke duur?*
8. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting recht op een vorm van bijstand en zo ja, onder welke voorwaarden en voor welke duur?*

Onder een recht op bijstand wordt in dit verband verstaan of er een recht bestaat op basisvoorzieningen die een bestaansminimum moeten garanderen, als een migrant door schending van de betreffende arbeidsnormen hier niet meer zelf in kan voorzien.

6.3.1 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het mensenrechteninstrumentarium

De arbeidsnormen in het mensenrechteninstrumentarium die in dit onderzoek zijn meegenomen kunnen worden onderverdeeld in twee groepen. Enerzijds bevatten verschillende instrumenten een verbod op arbeidsuitbuiting in de vorm van slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel. Anderzijds bevat het mensenrechteninstrumentarium rechten die zien op werkomstandigheden en beloning, zoals een recht op gunstige arbeidsvoorwaarden en een gunstige en rechtvaardige beloning, een recht op gelijke beloning, of een volledig recht op gelijke behandeling in werk en beroep. Of er in dit instrumentarium ook een recht op compensatie, verblijf en bijstand is geregeld als deze normen worden geschonden, wordt hieronder besproken.

6.3.1.1 Recht op compensatie

Het Europees Mensenhandelverdrag verplicht tot schadeloosstelling van slachtoffers van arbeidsuitbuiting door de daders.[50] De wijze waarop de bepalingen met betrekking tot schadeloosstelling geformuleerd zijn, ziet op het resultaat. Zo moeten staten die maatregelen nemen die nodig zijn om schadeloosstelling te *waarborgen*.[51] Uit de gekozen formulering zou een recht op resultaat jegens de staat afgeleid kunnen worden. Het ILO Protocol 2014 verplicht tot het zeker stellen dat alle slachtoffers van gedwongen arbeid toegang hebben tot effectieve remedies zoals compensatie (artikel 1 en 4 lid 1). Deze formulering gaat minder ver. Toegang tot effectieve remedies garandeert

50 Artikel 15 lid 3 Europees Mensenhandelverdrag
51 Artikel 15 lid 4 Europees Mensenhandelverdrag.

een schadeloosstelling niet. Hier is wel sprake van een inspanningsverplichting van de staat. Beide verdragen specificeren niet welke schade vergoed moet worden en hoe de schade moet worden vastgesteld.

Op grond van artikel 41 van het EVRM kan een schadevergoeding worden toegekend, als het nationale recht van de staat die een van de rechten van het EVRM heeft geschonden, hierin niet in een voldoende mate voorziet. Wat voldoende is, is echter niet vastgesteld. In de zaak *Chowdury en anderen* verwijst het EHRM naar de verplichtingen die staten op grond van het Europees Mensenhandelverdrag hebben om in een recht op schadeloosstelling te voorzien en concludeert het EHRM dat Griekenland niet aan deze verplichtingen heeft voldaan.[52] Door het recht op en schadevergoeding te koppelen aan het Europees Mensenhandelverdrag geeft het EHRM dit recht meer handen en voeten.

De algemene aanbeveling van het CESCR om bij schending van het recht op eerlijke en gunstige werkomstandigheden van het IVESCR, compensatie als een van de remedies mogelijk te maken, bevat aanwijzingen voor de verdragsluitende staten op welke wijze deze verplichting ingevuld zou moeten worden.[53] Aanbevelingen van het CESCR zijn echter niet juridisch bindend. Artikel 7 IVESCR in combinatie met deze aanbeveling kan daarom niet als een recht op resultaat worden gezien, hooguit als een inspanningsverplichting voor de staat.

6.3.1.2 Recht op verblijf en bijstand

Slechts in uitzonderlijke situaties kan een mensenrechtelijke norm ertoe strekken dat een staat beperkt wordt in zijn soevereiniteit en verplicht is een persoon toe te laten of niet uit te zetten.

Artikel 14 van het Europees Mensenhandelverdrag verplicht in beginsel wel tot het verstrekken van een verlengbare verblijfsvergunning ingeval de autoriteiten oordelen dat dit noodzakelijk is op grond van de persoonlijke situatie van het slachtoffer (artikel 14 lid 1 sub a), en/of wanneer dit noodzakelijk is in verband met het onderzoek en strafrechtelijke vervolging (artikel 14 lid 1 sub b). Staten hebben echter discretie om te bepalen wanneer dit noodzakelijk is. Hoever deze discretie gaat is op dit moment nog niet duidelijk. Gezien het commentaar van GRETA op de koppeling die Nederland maakt tussen het strafproces en het verblijfsrecht, lijkt dit recht door GRETA uitgelegd te worden als een recht dat in beginsel losgekoppeld dient te worden aan medewerking aan het strafproces. Dat zou de reikwijdte en betekenis van dit recht enorm vergroten. In de toelichting op het verdrag ten aanzien van deze bepaling zijn enkele factoren opgenomen die meegenomen kunnen worden bij de beoordeling van de persoonlijke situatie. Dit zijn de veiligheid, de

52 EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 126.
53 CESCR 2016 General Comment 23, overweging 57.

gezondheidssituatie en de gezinssituatie. Dit is geen limitatieve opsomming.[54] Ook met behulp van de toelichting is de precieze afbakening van het recht op verblijf echter nog niet helemaal helder. Bovendien is door het gebruik van de strafrechtelijke definitie van het Palermo Protocol voor de afbakening van welke misstanden onder arbeidsuitbuiting vallen, de reikwijdte van de plicht een verblijfsvergunning te verlenen beperkt tot migranten die slachtoffer zijn van misstanden met een zekere mate van ernst en waarbij sprake is van een vorm van dwang (zie onder deelvraag 1 en 2). Dit recht zou daarom als een voorwaardelijk (er moet zijn voldaan aan de voorwaarden van de definitie van mensenhandel) en/of discretionair (lidstaten hebben ruimte om een eigen afweging te maken) recht gekwalificeerd kunnen worden. Het Europees Mensenhandelverdrag bevat de verplichting om gedurende een beperkte periode verblijf en bijstand aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting te verlenen in de vorm van onder andere huisvesting, voldoende levensstandaard en medische zorg.[55] Het ILO Protocol 2014 kent geen verplichting tot het verlenen van een verblijfsvergunning aan slachtoffers van gedwongen arbeid en kent slechts een heel algemene geformuleerde verplichting tot ondersteuning.[56] Deze verplichting is zo weinig gespecificeerd dat deze niet als een recht is te interpreteren.

Het EVRM bevat geen bepaling die aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting een recht op toelating of verbod op uitzetting toekent. Ook kent het EVRM geen verplichting tot het verlenen van bijstand in de vorm van basisvoorzieningen. In zaken die betrekking hadden op arbeidsuitbuiting kwam de vraag of op staten een verplichting rust om aan slachtoffers van een schending van artikel 4 EVRM een verblijfsrecht en bijstand te garanderen, niet expliciet aan de orde. In de zaak *Chowdury en anderen tegen Griekenland* verwijst het EHRM echter wel naar de positieve verplichtingen die op grond van het Europees Mensenhandelverdrag op een staat rusten om arbeidsuitbuiting te voorkomen en de slachtoffers te beschermen.[57] Bovendien stelt het EHRM dat het zich laat leiden door dit verdrag en de uitleg die hieraan door GRETA wordt gegeven. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat het EHRM de verplichtingen die in het Europees Mensenhandelverdrag zijn opgenomen, op dezelfde manier interpreteert. Er is echter nog geen jurisprudentie waarin het gaat om het afdwingen van verplichtingen zoals een verblijfsrecht of bijstand.

Als het gaat om onrechtmatig verblijvende vreemdelingen is het onthouden van dit recht volgens het EHRM in de zaak *Hunde tegen Nederland* in het algemeen geen schending van artikel 3 EVRM.[58] Het is echter wel mogelijk om op grond van andere jurisprudentie van het EHRM naar analogie een redenering

54 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005, overweging 180-185.
55 Artikel 12 lid 1 en 13 Europees Mensenhandelverdrag.
56 Artikel 3 ILO Protocol 2014.
57 EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 104 en 110.
58 EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland*).

op te bouwen op grond waarvan in bijzondere situaties mogelijk een verplichting tot het verlenen van een verblijfsrecht zou kunnen worden geconstrueerd. In het arrest *MSS tegen België en Griekenland* ging het om een asielzoeker die door België teruggestuurd dreigde te worden naar Griekenland, omdat Griekenland verantwoordelijk zou zijn voor de behandeling van zijn asielaanvraag op grond van de Dublinverordening.[59/60] Betrokkene diende bij het EHRM een klacht in dat de overdracht naar Griekenland strijdig zou zijn met het verbod op refoulement, onder andere omdat de situatie van asielzoekers in Griekenland wegens het ontbreken van opvang en voorzieningen onmenselijk was. Het EHRM, dat niet gaat over de uitleg van het EU-migratierecht, oordeelde echter wel dat op Griekenland een verplichting rust om te voorzien in de eerste levensbehoeften van asielzoekers die onder de bescherming vallen van Griekenland.[61] Naar analogie van het arrest *M.S.S. tegen België en Griekenland* kan betoogd worden dat ten aanzien van slachtoffers van arbeidsuitbuiting die onder de bescherming vallen van een verdragsstaat, ook een verplichting bestaat tot het verlenen van basisvoorzieningen, als het onthouden hiervan een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren.

6.3.2 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in de strafrechtelijke benadering

De arbeidsnorm die in de strafrechtelijke benadering wordt beschermd, is mensenhandel. Om hiervan te kunnen spreken, moet voldaan zijn aan de drie elementen van de definitie van het Palermo Protocol. In de Nederlandse strafbepaling zijn twee varianten van mensenhandel opgenomen. De eerste variant is gebaseerd op de definitie van mensenhandel die is opgenomen in het Palermo Protocol en is aangevuld in de EU Richtlijn mensenhandel. De tweede, nationale, variant kent niet het vereiste van een actie-element. In beide varianten moet er wel sprake zijn van uitbuiting en dwang. In de volgende twee subparagrafen komen achtereenvolgens de rechten op compensatie en op verblijf en bijstand in geval van schending van deze normen, op basis van het strafrecht, aan bod.

6.3.2.1 Recht op compensatie

Het Palermo Protocol bepaalt dat staten wettelijk dienen te regelen dat aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting de mogelijkheid van compensatie voor

59 Verordening (EU) Nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking) (*PbEU* 2013, L180/31).

60 EHRM 1 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*).

61 EHRM 1 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) r.o. 263.

schade wordt geboden.[62] In tegenstelling tot andere bepalingen die gericht zijn op bescherming van slachtoffers, is deze bepaling wel dwingend geformuleerd. De EU Richtlijn mensenhandel stelt in artikel 17 dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat slachtoffers van mensenhandel toegang hebben tot bestaande regelingen voor de schadevergoeding van slachtoffers van opzettelijke geweldmisdrijven.

In Nederland kan een slachtoffer zich voegen in het strafproces en een schadevergoeding eisen van de verdachte,[63] al blijkt uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 3 dat dit niet standaard gebeurt. Deze schadevergoeding bestaat doorgaans uit achterstallig loon en een bedrag voor immateriële schade. Bij een veroordeling en toewijzing van de vordering tot schadevergoeding is de dader hoofdelijk aansprakelijk. Het schadebedrag wordt voor het slachtoffer geïncasseerd door het Centraal Justitieel Incasso Bureau. Als de dader niet binnen acht maanden heeft betaald, kan het schadebedrag als voorschot door de staat worden uitgekeerd. Voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding bestaan geen standaardregels. De materiële schadevergoeding wordt door de rechter op grond van verschillende standaarden vastgesteld: cao-loon, minimumloon of afgesproken loon. Het wekt bevreemding dat door een enkele rechter ook het afgesproken loon wordt gehanteerd, als dit lager ligt dan het minimumloon. Verder is niet duidelijk hoe wordt omgegaan met het vaststellen van de hoogte van een immateriële schadevergoeding. De rechter kan zelf bepalen of hij meent dat er sprake is van een onevenredige belasting van het strafproces. In dat geval wordt de vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk verklaard. Als de verdachte wordt vrijgesproken van mensenhandel wordt de vordering ook niet-ontvankelijk verklaard. Andere gronden voor niet-ontvankelijk verklaring zijn bijvoorbeeld het ontbreken van een handtekening of het aangeven waar de schade uit bestaat. Nu de rechter op verschillende punten beoordelingsruimte heeft, is het recht van een slachtoffer van arbeidsuitbuiting in het kader van het strafproces een discretionair recht.

6.3.2.2 Recht op verblijf en bijstand

De bepalingen in het Palermo Protocol die bescherming bieden aan slachtoffers met betrekking tot noodzakelijke bijstand, zoals onderdak, medische en materiële bijstand en een tijdelijk of permanent verblijfsrecht zijn niet dwingend geformuleerd. De verdragsstaten wordt de ruimte gegeven om hier naar keuze invulling aan te geven. Dit blijkt uit het gebruik van woorden als 'overwegen' en 'in passende gevallen'.[64] In het Unierecht zijn regels ten aanzien van een recht op verblijf gedurende de strafprocedure opgenomen in Richtlijn 2004/81/

62 Artikel 6 lid 6 Palermo Protocol.
63 Aanwijzing slachtofferrechten, punt 7.
64 Artikel 6 lid 3 en 7 lid 1 en 2 Palermo Protocol.

EG.[65] Deze richtlijn voorziet in een bedenktijd waarvan de duur kan worden vastgesteld door de lidstaten[66] en in een tijdelijke, verlengbare verblijfsvergunning voor zolang de aanwezigheid van het slachtoffer dienstig is aan het onderzoek of de gerechtelijke procedure.[67] Overige voorwaarden voor de verlening zijn medewerking aan het strafproces en het verbreken van alle banden met de daders. Een vergunning mag niet worden verleend als niet aan de voorwaarden is voldaan.[68] De EU Richtlijn mensenhandel regelt het recht op bijstand voor slachtoffers van arbeidsuitbuiting als een vorm van het delict mensenhandel. De bescherming ziet op ten minste opvang, materiële bijstand en noodzakelijke medische Lidstaten mogen het verlenen van ondersteuning en bijstand niet laten afhangen van de bereidheid van het slachtoffer om mee te werken aan het strafproces.[69] Deze bepalingen zijn geformuleerd als een recht op resultaat: 'De lidstaten nemen de nodige maatregelen om er voor te zorgen (…) dat slachtoffers van bijstand en ondersteuning worden voorzien en aldus hun rechten kunnen uitoefenen'. De duur van het recht op voorzieningen is niet gespecificeerd anders dan als een passende periode, voor, tijdens en na het strafproces.

In Nederland is de regeling van een verblijfsrecht voor de duur van de strafprocedure voor getuigen en aangevers in de Vreemdelingenwet en hier op gebaseerde lagere regelgeving opgenomen. Er bestaat een verblijfsrecht gedurende de bedenktijd voor het doen van aangifte[70] en verblijf op grond van een verlengbare vergunning die in beginsel is gekoppeld aan medewerking aan het strafproces. In het vreemdelingenbesluit zijn diverse gronden voor tijdelijk verblijf van slachtoffers, getuigen en of aangevers van mensenhandel opgenomen. Deze rechten zijn alleen van toepassing 'voor zover er sprake is van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek of vervolgingsonderzoek naar of berechting in feitelijke aanleg van de verdachte van het strafbare feit waarvan aangifte is gedaan'.[71] Dit tijdelijk verblijfsrecht staat in beginsel ten dienste aan het strafproces. Het slachtoffer of de getuige krijgt een verblijfsrecht vanwege zijn rol in of betekenis voor het strafproces. Alleen een slachtoffer dat om zwaarwegende redenen geen aangifte wil doen, of zijn medewerking wil verlenen, kan een verblijfsrecht krijgen zonder dat hij een rol speelt in het strafproces. Deze laatste categorie slachtoffers kan, na een jaar in het bezit te zijn geweest van de tijdelijke verblijfsvergunning, een niet-tijdelijke verblijfsver-

65 Zie voor de toelichting op de reden waarom deze richtlijn (die op grond van de juridische grondslag eigenlijk hoort bij het migratierecht) hier wordt besproken en niet onder het migratierecht hoofdstuk 3 paragraaf 3.2.2.
66 Artikel 6 Richtlijn 2004/81/EG.
67 Artikel 8 lid 1 sub a Richtlijn 2004/81/EG.
68 Artikel 8 lid 1 sub b en c en lid 2 Richtlijn 2004/81/EG.
69 Artikel 11 en 12 Richtlijn 2011/36/EU.
70 Artikel 8 sub k Vw.
71 Artikel 3.48 lid 1 sub a-d Vb 2000. Vc B8/3.

gunning krijgen.[72] Aan slachtoffers, getuigen en aangevers die wel een rol spelen in het strafproces kan na drie jaar een niet-tijdelijk verblijfsrecht worden verleend of na een jaar als de officier van justitie besluit om vervolging in te stellen.[73] Voorzieningen zoals een recht op bijstand zijn gekoppeld aan het verblijfsrecht.

6.3.3 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het vrij verkeer voor Unieburgers

Op basis van het vrij verkeer gelden voor EU-werknemers, EU-zelfstandigen en EU-gedetacheerde werknemers verschillende arbeidsnormen. EU-werknemers hebben een volledig recht op gelijke behandeling als de eigen burgers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en beloning. EU-zelfstandigen zijn in beginsel zelf verantwoordelijk voor de voorwaarden waaronder zij werken. Alleen als er sprake is van schijnzelfstandigheid, zijn de normen die gelden voor werknemers van toepassing op de arbeidsrelatie. Voor EU-gedetacheerde werknemers geldt een beperkte vorm van gelijke behandeling op grond van de herziene Detacheringsrichtlijn. Hieronder wordt besproken of er op basis van het vrij verkeer voor Unieburgers een recht op compensatie, verblijf en bijstand bestaat in geval van schending van deze normen.

6.3.3.1 Recht op compensatie

Het vrij verkeer kent geen specifieke regeling voor compensatie of uitbetaling van achterstallig loon voor EU-werknemers of EU-zelfstandigen. Deze Unieburgers kunnen gebruik maken van dezelfde voorzieningen als de burgers van de gastlidstaat. Dit beginsel is ook neergelegd in de richtlijn die is bedoeld om het uitoefenen van de rechten van EU-werknemers te vergemakkelijken (Richtlijn Handhaving rechten vrij verkeer werknemers).[74]

Voor gedetacheerde werknemers bepaalt de herziene Detacheringsrichtlijn dat de lidstaten ervoor zorgen dat gedetacheerde werknemers toegang hebben tot passende procedures om de naleving van hun rechten op grond van de richtlijn te verzekeren. Deze verplichting is uitgewerkt in de Handhavingsrichtlijn. Op grond van deze richtlijn moeten lidstaten zorgen voor mechanismen om te waarborgen dat gedetacheerde werknemers onder andere nabetaling van achterstallig nettoloon ontvangen van de werkgever.[75] Dit kan zowel

72 Artikel 3.51 lid 1 sub h Vb 2000; Vc B9/10.
73 Artikel 3.51 lid 1 sub a onder 3 Vb 2000; Vc B9/12.
74 Artikel 3 lid 1 Richtlijn 2014/54/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende maatregelen om de uitoefening van de in de context van het vrije verkeer van werknemers aan werknemers verleende rechten te vergemakkelijken (*PbEU* 2014, L 128/8).
75 Artikel 11 lid 6 aanhef en onder a Richtlijn 2014/67/EU.

bij de rechter in de lidstaat waar de werkzaamheden zijn of worden uitgevoerd, als in de lidstaat van vestiging van de werkgever. De werkgever is in dit kader de buitenlandse formele werkgever (of eventueel een onderaannemer), maar niet de werkgever in de gastlidstaat waar de werkzaamheden feitelijk worden uitgevoerd. Er zijn dus altijd meerdere landen betrokken bij de arbeidsrelatie. Dat is voor het afdwingen van naleving van de arbeidsnormen een complicerende factor. Voor zowel de handhaving van de rechten onder artikel 45 VWEU van EU-werknemers als de handhaving van de rechten op grond van de herziene Detacheringsrichtlijn volgt uit de hierboven genoemde Handhavingsrichtlijnen geen resultaatsverplichting, maar slechts een verplichting om procedures tegenover de werkgever mogelijk te maken. Deze voorziening wordt daarom niet als een recht op resultaat jegens de staat beschouwd, maar een recht op inspanning.

6.3.3.2 Recht op verblijf en bijstand

De Verblijfsrichtlijn bevat geen specifieke bepalingen ten aanzien van een recht op verblijf en bijstand voor Unieburgers die slachtoffer zijn van schending van de arbeidsnormen, zoals opgenomen in het vrij verkeer voor Unieburgers. Unieburgers die als werknemer of zelfstandige hebben gewerkt in een andere lidstaat, behouden hun recht op verblijf op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn, als zij langer dan een jaar gewerkt hebben, onvrijwillig werkloos zijn en ingeschreven staan als werkzoekende. Dat betekent dat een Unieburger die wil stoppen met werken, omdat er sprake is van arbeidsuitbuiting, in een onzekere rechtspositie terecht komt. Het kan zijn dat dit opgevat wordt als vrijwillig stoppen met werken. Dit maakt dat het recht op verblijf van een werknemer of zelfstandige op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn afhangt van hoe zijn situatie beoordeeld wordt. De Richtlijn Handhaving rechten vrij verkeer werknemers bepaalt wel dat lidstaten maatregelen moeten nemen om EU-werknemers te beschermen tegen nadelige gevolgen van een klacht of procedure in verband met de naleving van hun recht op gelijke behandeling.[76] Het recht op bijstand is in het vrij verkeer van Unieburgers gekoppeld aan het recht op verblijf. Unieburgers die rechtmatig verblijven op grond van artikel 7 of 16 Verblijfsrichtlijn hebben gelijke rechten als burgers van de gastlidstaat met betrekking tot sociale bijstand. Een beroep op sociale bijstand kan echter wel tot de conclusie leiden dat er niet meer aan de voorwaarden voor het rechtmatig verblijf wordt voldaan. Als niet wordt aangenomen dat er rechtmatig verblijf op grond van artikel 7 als werknemer of zelfstandige bestaat, kan de voormalig werknemer of zelfstandige nog wel een verblijfsrecht hebben op grond van artikel 6 Verblijfsrichtlijn.

De positie van gedetacheerde werknemers is duidelijker en slechter. Het rechtmatig verblijf van de gedetacheerde werknemer is niet gebaseerd op de

76 Artikel 3 lid 6 Richtlijn 2014/54/EU.

Verblijfsrichtlijn, maar op de Dienstenrichtlijn. Op grond van deze richtlijn is het verblijfsrecht gekoppeld aan het verrichten van de dienst.[77] Als de gedetacheerde werknemer stopt met werken, heeft hij op grond van deze richtlijn geen verblijfsrecht meer in de gastlidstaat. Omdat de gedetacheerde werknemer niet op grond van artikel 7 of 16 van de Verblijfsrichtlijn in de gastlidstaat verblijft, kan hij geen aanspraak maken op sociale bijstand. Als de gedetacheerde werknemer een Unieburger is, geldt ook voor hem wat hierboven is gezegd over een verblijfsrecht op grond van artikel 6 van de Verblijfsrichtlijn. Een EU-gedetacheerde werknemer heeft op grond van deze bepaling wel het recht om drie maanden in de gastlidstaat te verblijven.

6.3.4 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders

De voor derdelanders geldende arbeidsnormen zijn gedifferentieerd per verblijfsdoel. Voor de meeste verblijfsdoelen geldt een recht op gelijke behandeling ten aanzien van tenminste de basale arbeidsvoorwaarden. Onrechtmatig verblijvende derdelanders vallen niet onder dit recht op gelijke behandeling, maar voor deze groep geldt op grond van de Werkgeversactierichtlijn wel een norm van beloning op niveau minimumloon of cao-loon. Voor derdelanders die als stagiair, vrijwilliger of au pair werken, of gedurende een verblijf van korter dan zes maanden werken, zijn geen specifieke arbeidsnormen in de relevante richtlijnen vastgelegd. Gezien de differentiatie in de toepasselijke arbeidsnormen, zijn ook de rechten op bescherming tegen schending van deze normen verschillend per categorie.

6.3.4.1 Recht op compensatie

Voor de meeste derdelanders die slachtoffer worden van schending van arbeidsnormen, bevatten de richtlijnen in het EU-migratierecht geen specifieke regeling voor compensatie. Voor twee groepen derdelanders bestaat er een uitzondering op dit uitgangspunt. Ten eerste hebben onrechtmatig verblijvende derdelanders op grond van de Werkgeverssanctierichtlijn een recht op nabetaling van hun loon.[78] Lidstaten moeten ervoor zorgen dat de werkgever verantwoordelijk is voor de betaling van achterstallig loon op ten minste minimumloon niveau. Er wordt uitgegaan van een gewerkte periode van minimaal drie maanden. Werkgever en migrant kunnen beiden tegenbewijs leveren. De lidstaten moeten waarborgen dat migranten een vordering kunnen instellen en een uitspraak kunnen afdwingen. Er bestaat op basis van de richtlijn geen verplichting tot een schadevergoedingsmaatregel op grond waarvan de staat

77 Artikel 16 lid 1 Richtlijn 2006/123/EG.
78 Artikel 6 Richtlijn 2009/52/EG.

de vergoeding aan de migrant uitbetaalt. De richtlijn biedt wel de optie dat de lidstaat de vordering bij de werkgever instelt, als de nationale wetgeving hierin voorziet.[79]

Ten tweede bestaat er een aparte regeling voor seizoenarbeiders van wie de verblijfsvergunning is ingetrokken wegens overtredingen van de werkgever, bijvoorbeeld ten aanzien van belastingafdracht of het laten werken van personen zonder verblijfsrecht. Deze regeling houdt in dat de werkgever aansprakelijk wordt gesteld voor een vergoeding aan de seizoenarbeider die alle verplichtingen dekt, ook voor de tijd die de seizoenarbeider gewerkt zou hebben als zijn verblijfsvergunning niet was ingetrokken.[80] Hierbij wordt echter verwezen naar de nationale procedures en wordt uitbetaling van de vergoeding niet door de staat gegarandeerd.

6.3.4.2 Recht op verblijf en bijstand

Een recht op verblijf en bijstand in een situatie van arbeidsuitbuiting is in de EU-migratiewetgeving alleen geregeld voor onrechtmatig verblijvende derdelanders die slachtoffer zijn van arbeidsgerelateerde uitbuiting. Aan de slachtoffers kan een tijdelijke vergunning voor de duur van het strafproces verleend worden. De formulering van deze bepaling laat erg veel ruimte voor een eigen invulling.[81] Op grond van het *nationale* recht bepalen de lidstaten de voorwaarden waaronder zij een vergunning *kunnen* afgeven.

Langdurig ingezetenen en asielgerechtigden hebben een verblijfsrecht dat niet afhangt van het hebben van werk of voldoende inkomen. Ze behouden hun verblijfsrecht ook in geval van verlies van werk in een situatie van arbeidsuitbuiting en hebben bovendien recht op bijstand. Voor derdelanders die verblijven op grond van gezinshereniging heeft verlies van werk niet direct invloed op het behoud van het verblijfsrecht, maar kan het verlies van inkomen als gevolg hiervan, wel consequenties hebben voor het behoud van het verblijfsrecht. Voor deze groep bevat het migratierecht geen specifieke regeling.

De Richtlijn Seizoenarbeid, de ICT-richtlijn en de Richtlijn Onderzoekers en Studenten bieden alle drie in enkele situaties bescherming tegen het intrekken van een verblijfsvergunning. Dit betreft onder andere de situatie dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen jegens de werknemers of is bestraft voor zwartwerk of illegale tewerkstelling.[82] Als nationale autoriteiten besluiten tot het intrekken van de verblijfsvergunning, moet rekening gehouden worden met de specifieke omstandigheden van het geval, het evenredigheidsbeginsel en in geval van seizoenarbeiders 'de belangen van de

79 Artikel 6 lid 2 sub b Richtlijn 2009/52/EG.
80 Artikel 17 lid 2 Richtlijn 2014/36/EU.
81 Zie Artikel 13 lid 4 Richtlijn 2009/52/EG.
82 Zie artikel 9 lid 2 sub a Richtlijn 2014/36/EU, artikel 8 lid 4 Richtlijn 2014/66/EU en artikel 21 lid 2 sub c Richtlijn (EU) 2016/801.

werknemer'. De formulering van deze bepalingen laat echter veel ruimte voor de lidstaten om een eigen afweging te maken. Uit deze bepalingen kan niet afgeleid worden dat betrokken derdelanders een recht op verblijf en/of sociale bijstand hebben bij schending van de arbeidsnormen door de werkgever. Hooguit kan geconcludeerd worden dat op de staat een verplichting rust om in het intrekkingsbesluit kenbaar te maken dat met de omstandigheden van het geval dan wel de belangen van de seizoenarbeider rekening is gehouden.

6.3.5 Schematisch overzicht rechten op bescherming in situatie van arbeidsuitbuiting

In tabel 5 wordt een overzicht gegeven van de rechten die migranten op basis van een bepaald rechtsgebied hebben, als een van de arbeidsnormen die door het betreffende rechtsgebied worden beschermd, door de werkgever is geschonden. Het gaat hier om rechten die specifiek zijn opgenomen voor de situatie van schending van de betreffende arbeidsnormen. Bij het recht op verblijf en bijstand wordt uitgegaan van de situatie dat de migrant zijn werk verliest als gevolg van een situatie van arbeidsuitbuiting. Het is dan de vraag of hij in deze situatie een recht op compensatie, verblijf en bijstand heeft of behoudt. Hierbij zijn twee voorafgaande opmerkingen op zijn plaats.

Ten eerste kan een migrant, die geen specifieke bescherming krijgt als er sprake is van de schending van een van de normen, mogelijk wel bescherming ontlenen aan de rechten die hij al heeft en die in paragraaf 6.2 in kaart zijn gebracht. Als bijvoorbeeld de werkgever van een blauwe kaarthouder de norm van gelijke beloning schendt, biedt de Richtlijn Blauwe kaart geen specifieke rechten op bescherming. Dit wordt in de tabel aangegeven met 'nee'. De blauwe kaarthouder kan wel terugvallen op de rechten op verblijf, werk en bijstand die in de richtlijn zijn vastgelegd, zoals het recht om van werkgever te veranderen. Als hij besluit om te vertrekken bij zijn werkgever en daardoor tijdelijk werkloos is, kan hij een beroep doen op de sociale bijstand, zonder dat dit consequenties heeft voor zijn verblijfsrecht. Deze rechten op verblijf, werk en bijstand zijn in tabel 4 opgenomen.

Ten tweede gaat het in tabel 5 om de bescherming die aan een bepaald rechtsgebied kan worden ontleend. EU-werknemers hebben op grond van het vrij personenverkeer het recht op gelijke beloning en arbeidsvoorwaarden als burgers van de gastlidstaat. Het vrij verkeer van personen biedt echter geen specifieke bescherming aan EU-werknemers die niet volgens de normen van de gastlidstaat worden behandeld. De EU-werknemer is voor compensatie aangewezen op dezelfde nationale rechtsmiddelen als de eigen burgers. Als de situatie echter zodanig ernstig is dat deze ook onder de strafrechtelijke norm van arbeidsuitbuiting valt, kan bijvoorbeeld een uitgebuite Roemeense aardbeienplukker mogelijk wel bescherming krijgen die gekoppeld ia aan het strafproces.

Op basis van het overzicht in tabel 5 kan geconcludeerd worden dat enkele mensenrechteninstrumenten een migrant, in een situatie van arbeidsuitbuiting die bestaat uit een van de verboden vormen van uitbuiting, een recht op inspanning door de staat verlenen om compensatie te regelen. Als het gaat om een recht op een verblijf bestaat er een onderscheid tussen een bedenktijd en een verblijfsvergunning. Zowel het Europees Mensenhandelverdrag als Richtlijn 2004/81/EG verplichten tot het verlenen van een bedenktijd gedurende welke periode slachtoffers van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel niet mogen worden uitgezet. Deze verplichting is ook in de Nederlandse Vreemdelingenwet opgenomen. De verplichtingen voor het verlenen van een verblijfsrecht (na afloop van deze bedenktijd) zijn in het Europees Mensenhandelverdrag het sterkst geformuleerd: als het nodig is voor het strafproces of op persoonlijke gronden verlenen de verdragsluitende staten een vergunning. Dit zou als een voorwaardelijk recht beschouwd kunnen worden. De staat behoudt echter wel een beoordelingsmarge om te bepalen of dit noodzakelijk is. Rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting onder het strafrecht zijn, zeker in Nederland, het sterkst. Ten aanzien van compensatie hebben migranten een discretionair recht. De rechter heeft zowel ten aanzien van de beslissing of de vordering tot schadevergoeding in het strafproces wordt meegenomen, als ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding ruimte om een eigen afweging te maken. Als de rechter een schadevergoeding toekent, is de uitbetaling hiervan wel gegarandeerd door de staat. Migranten hebben ook een recht op verblijf met als voorwaarde medewerking aan het strafproces. Het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht bevatten wel diverse normen voor een recht op volledige gelijke behandeling, dan wel ten aanzien van de basale arbeidsvoorwaarden, maar in deze instrumenten zijn praktisch geen rechten opgenomen ingeval de werkgever zijn verplichtingen niet nakomt. Alleen ten aanzien van enkele kwetsbaardere categorieën geldt voor de staat een verplichting om toegang tot rechten te faciliteren of zelfs te waarborgen.

Tabel 5: Overzicht recht op bescherming in situatie van arbeidsuitbuiting

		Geschonden normen	*Compensatie*	*Verblijf & bijstand*
MR	Verbod op uitbuiting	• Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid • Mensenhandel	EVRM: DR EMV: RR/RI ILO-2014:RI	Bedenktijd: EMV: RR V&B: EVRM: nee EMV: VDR/VR ILO-2014: nee / RI

		Geschonden normen	*Compensatie*	*Verblijf & bijstand*
MR	Sociaal-economische rechten	• Gunstige arbeidsvoorwaarden en beloning • Recht op gelijke beloning • Recht op gelijke behandeling in werk	IVESR/CESRC: RI	Nee
SR		Mensenhandel waarbij uitbuiting bestaat uit: • Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid	In de EU: RI In Nederland: DR/RR	Bedenktijd: EU + NL: RR V&B: EU: VDR NL: VR
VVU	Werknemers	Volledig gelijke behandeling	Nee	Nee
	Zelfstandigen	• Eigen verantwoordelijkheid • Schijnzelfstandigheid	• Nee • Beloning als werknemer	Nee
	Gedetacheerde	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	RI	Nee
MRD	Asielgerechtigd, langdurig ingezetene	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	Nee	Nee
	Gezinshereniging	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	Nee	Nee
	Blauwe kaart	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	Nee	Nee
	Seizoenarbeid	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	RI	Nee
	Rechtmatig kort verblijf + divers	Niet geregeld	n.v.t.	n.v.t.
	Niet-rechtmatig	Uitbetaling salaris	RI	Nee
		Arbeidsgerelateerde uitbuiting	RI	VDR (meewerken aan strafproces)

MR = mensenrechteninstrumentarium; SR = strafrecht; VVU = vrij verkeer voor Unieburgers; MRD = migratierecht derdelanders
DR = discretionair recht; RI = recht op inspanning; RR = recht op resultaat; VDR = voorwaardelijk discretionair recht; VR = voorwaardelijn recht; V&B = verblijf en bijstand

7 Conclusie: een vergelijking tussen de vier rechtsgebieden

7.1 INLEIDING

Dit onderzoek gaat over bescherming van migranten tegen arbeidsuitbuiting. Er bestaat wereldwijd brede consensus dat migranten in het bijzonder hier kwetsbaar voor zijn. Het doel van het onderzoek is een antwoord te geven op de vraag welke rechten op bescherming door de staat van zijn verblijf een migrant heeft tegen arbeidsuitbuiting door zijn werkgever, in de EU en in Nederland in het bijzonder.

Het begrip arbeidsuitbuiting is in dit onderzoek gedefinieerd als een situatie waarin er sprake is van een naar lokale maatstaven slechte behandeling van een arbeidsmigrant in absolute of relatieve zin (ongelijke behandeling). In andere woorden: er is sprake van een overtreding van arbeidsnormen. Dit is een bredere definitie dan gebruikelijk. Dit wil niet zeggen dat er geen verschil bestaat tussen de ernst van de misstanden en het inperken van de vrijheid van slachtoffers van arbeidsuitbuiting. Door voor een brede definitie van arbeidsuitbuiting te kiezen worden deze verschillen echter niet gebruikt om op voorhand een selectie te maken tussen arbeidsnormen die wel en die niet meegenomen worden in de definitie.

De arbeidsnormen die van toepassing zijn op een arbeidsrelatie, zijn in eerste instantie te vinden in het arbeidsrecht. Dit rechtsgebied is zeer omvangrijk en bevat vele, vaak per sector, situatie of beroep, verschillende normen. Een onderzoek naar de overtreding van arbeidsnormen die in het arbeidsrecht zijn neergelegd, is qua omvang dan ook ondoenlijk. Arbeidsnormen zijn ook in andere rechtsgebieden te vinden. Dit zijn normen die zo fundamenteel zijn, dat deze niet alleen via het arbeidsrecht worden beschermd, maar ook elders. In dit onderzoek zijn vier rechtsgebieden betrokken, waarin arbeidsnormen zijn opgenomen. Twee van deze rechtsgebieden bevatten normen die voor iedereen gelden. Zowel migranten als eigen burgers kunnen bescherming aan deze normen ontlenen. Deze rechtsgebieden zijn het mensenrechteninstrumentarium en het strafrecht. In de twee andere in dit onderzoek bestudeerde rechtsgebieden, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders, is de bescherming die wordt verleend, gekoppeld aan de nationaliteit (Unieburger of derdelander). Rechten die in dit kader worden verleend, zijn alleen van toepassing op bepaalde categorieën migranten.

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 zijn de mogelijkheden voor de aanpak van arbeidsuitbuiting in de vier rechtsgebieden besproken. Voor elk rechts-

gebied is geïnventariseerd welke arbeidsnormen in het betreffende rechtsgebied zijn opgenomen. Daarnaast is onderzocht hoe invulling aan de normen wordt gegeven, welke verplichtingen de staat heeft om de naleving van de normen te beschermen en welke rechten een migrant aan het betreffende rechtsgebied kan ontlenen. Deze rechten zijn in hoofdstuk 6 per rechtsgebied in kaart gebracht op grond van een onderverdeling naar drie categorieën. De eerste categorie rechten ziet op de arbeidsnormen zelf. Deze geven een migrant recht op een bepaalde behandeling door zijn werkgever in een arbeidsrelatie. De tweede categorie rechten heeft betrekking op de rechten op verblijf, werk en bijstand die een migrant heeft. Een migrant met sterke rechten op verblijf, werk en bijstand is minder afhankelijk van zijn werkgever en daardoor minder kwetsbaar voor arbeidsuitbuiting. De laatste categorie bestaat uit rechten die een migrant heeft als de arbeidsnormen die in de eerste categorie zijn opgenomen, zijn geschonden. Het gaat hierbij om rechten die specifiek bedoeld zijn als een reactie op de schending van een arbeidsnorm en niet om algemene rechten die betrokkene heeft. De rechten zijn geclassificeerd als een recht op resultaat wanneer de staat garant staat voor de naleving, als een recht op inspanning indien alleen van de staat wordt verwacht dat die maatregelen neemt om de naleving van het recht mogelijk te maken, als een voorwaardelijk recht als de toekenning afhangt van voorwaarden en als een (voorwaardelijk) discretionair recht als de staat beoordelingsruimte heeft.

Het op deze manier kijken naar de rechten van een migrant op bescherming tegen arbeidsuitbuiting levert verschillende inzichten op. Ten eerste geeft de inventarisatie van arbeidsnormen voor migranten die in verschillende rechtsgebieden zijn opgenomen, inzicht in welke arbeidsnormen zo fundamenteel worden geacht dat deze niet alleen in het arbeidsrecht maar ook in andere rechtsgebieden zijn neergelegd. Tegelijk legt dit overzicht ook bloot welke groepen migranten zijn uitgesloten van bepaalde arbeidsrechten. Op de tweede plaats wordt inzichtelijk of de wetgever of de verdragsluitende staten zich beperkt hebben tot het opnemen van rechten zonder dat hier een concrete verplichting tegenover staat, of dat zij hier ook daadwerkelijk invulling aan hebben willen geven door de verwezenlijking van dit recht te faciliteren of zelfs te garanderen. Door naar het recht te kijken aan de hand van de verplichtingen die de staat heeft wordt duidelijk of is voorzien in een stapje extra, bovenop de bescherming die aan iedereen op grond van schending van arbeidsnormen via het arbeidsrecht wordt gegeven. Ook geeft de inventarisatie van de rechten op bescherming bij schending van een arbeidsnorm per rechtsgebied een beeld van welk rechtsgebied de meeste bescherming biedt. Het ligt voor de hand dat voor de zwaardere vormen van arbeidsuitbuiting zoals die in artikel 4 EVRM, het Palermo Protocol en hierop gebaseerde regelgeving zijn opgenomen (bijvoorbeeld arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, gedwongen arbeid of dienstbaarheid), verdergaande bescherming wordt geboden. Echter, uit jurisprudentie en literatuur wordt duidelijk dat de afbakening van deze zwaardere vormen van arbeidsuitbuiting lastig is. Bovendien

kunnen er in de praktijk tal van andere redenen en belemmeringen zijn om een situatie wel of niet aan te pakken als een vorm van arbeidsuitbuiting die is te kwalificeren als mensenhandel of gedwongen arbeid. Als een bepaalde vorm van arbeidsuitbuiting onder verschillende rechtsgebieden zou kunnen vallen, is het daarom relevant om te weten op grond van welk rechtsgebied de beste bescherming wordt geboden. Tegelijk kan beter inzicht in de bescherming die wordt geboden ook aanleiding zijn om deze te herzien. Tenslotte maakt de inventarisatie van de rechten op verblijf, toegang tot werk en bijstand inzichtelijk of en zo ja in welke mate de extra kwetsbaarheid van migranten voor arbeidsuitbuiting wordt verkleind door het verlenen van sterke rechten of juist vergroot door het onthouden van rechten.

In dit laatste hoofdstuk volgt eerst een vergelijkende reflectie op de betekenis van de vier rechtsgebieden voor de bescherming van rechten door de staat tegen arbeidsuitbuiting van een migrant. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte beschouwing ten aanzien van de hierboven genoemde inzichten en enkele suggesties voor een versterking van de rechten van een migrant.

7.2 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het mensenrechteninstrumentarium

Het mensenrechteninstrumentarium bevat van de vier rechtsgebieden het breedste pakket aan arbeidsnormen. In de diverse instrumenten die tot dit rechtsgebied behoren, zijn enerzijds normen opgenomen die een verbod op een vorm van arbeidsuitbuiting inhouden (zoals slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel) en anderzijds normen die zien op een recht op een bepaalde behandeling in een arbeidsrelatie. De afbakening van de diverse vormen van arbeidsuitbuiting is niet eenduidig. Wat precies moet worden verstaan onder een begrip als dienstbaarheid of gedwongen arbeid, en hoe deze begrippen zich verhouden tot het concept mensenhandel, is nog niet uitgekristalliseerd. Dit geldt met name voor de invulling die het EHRM aan de in artikel 4 EVRM opgenomen begrippen heeft gegeven. Duidelijk is wel dat er zowel sprake moet zijn van een zekere mate van ernst van de uitbuiting, als van een vorm van dwang. Anderzijds bevat het mensenrechteninstrumentarium diverse normen die zien op arbeidsomstandigheden en beloning, zoals een recht op gunstige arbeidsvoorwaarden, *decent work*, gelijke beloning en gelijke behandeling in arbeid en beroep.

De rechten die aan het mensenrechteninstrumentarium ontleend kunnen worden hangen af van normen die zijn geschonden en het instrument waarin deze zijn opgenomen. Op grond van alle onderzochte instrumenten is strafbaarstelling, strafrechtelijk onderzoek en eventueel vervolging verplicht. Als het gaat om arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel biedt het Europees Mensenhandelverdrag de meest vergaande bescherming. Staten zijn altijd

verplicht aan slachtoffers een bedenktijd te verlenen en aansluitend een recht op verblijf als dat op grond van het strafproces of persoonlijke omstandigheden noodzakelijk is. Gedurende de bedenktijd en als een verblijfsvergunning is verleend, hebben slachtoffers recht op basisvoorzieningen. Staten moeten compensatie door de dader waarborgen. Het ILO Protocol 2014 verplicht staten tot het verlenen van een vorm van bijstand aan slachtoffers van gedwongen arbeid. De verplichtingen die zijn opgenomen in deze instrumenten, zijn op te vatten als een recht voor het slachtoffer, maar de vraag is wel hoe dit afgedwongen kan worden, als de werkgever of de staat zich niet aan deze verplichting houdt.

Op grond van het EVRM hebben staten in geval van een schending van artikel 4 EVRM buiten de strafrechtelijke verplichtingen, enkele andere positieve verplichtingen. In de zaak *Chowdury en anderen* heeft het Hof geconcludeerd dat de slachtoffers recht hebben op een schadevergoeding. Deze zaak gaf geen duidelijke normen voor het vaststellen van de hoogte van een schadevergoeding, maar het EHRM oordeelde wel dat de slachtoffers recht hebben op zowel een vergoeding voor niet uitbetaald loon als immateriële schade. Verder heeft het EHRM in deze zaak geoordeeld dat voor de positieve verplichtingen die een staat heeft, de bescherming die in het Europees Mensenhandelverdrag is opgenomen, leidend is. Deze uitspraak van het EHRM zou mogelijk kunnen dienen als middel om de verplichtingen in het Europees Mensenhandelverdrag af te dwingen.

Aan schending van de normen in het mensenrechteninstrumentarium door de werkgever die zien op arbeidsomstandigheden, beloning en gelijke behandeling kan geen recht jegens de staat op compensatie, verblijf of bijstand worden ontleend. De enige uitzondering hierop is de aanbeveling van het CESCR om bij schending van de normen uit het IVESCR ten aanzien van gelijke beloning een vorm van compensatie te bieden.

Als het gaat om preventieve bescherming door de positie van een migrant te versterken tegenover de werkgever, zodat voorkomen kan worden dat hij slachtoffer wordt van arbeidsuitbuiting, biedt het mensenrechteninstrumentarium weinig rechten. Op basis van het mensenrechteninstrumentarium kan een migrant op een enkele uitzondering na (verbod van refoulement, recht op gezinsleven en rechten voor vluchtelingen) geen rechten ontlenen om zijn verblijfsrechtelijke positie ten opzichte van de werkgever te versterken. Hetzelfde geldt voor het recht op toegang tot werk en bijstand. Alleen waar het onthouden van voorzieningen zou leiden tot een schending van artikel 3 EVRM, kan dit anders zijn. Het EHRM heeft in de zaak *Hunde tegen Nederland* echter geoordeeld dat ten aanzien van onrechtmatig verblijvende migranten in beginsel geen verplichting tot het verlenen van bijstand aan artikel 3 EVRM ontleend kan worden. Hoewel normen die zien op basisvoorzieningen als onderdak, voedsel en kleding in het ESH en het IVESCR geformuleerd zijn als een recht voor eenieder, zijn deze bedoeld als een inspanningsverplichting voor de staat. De uitspraken van het ECSR tegen Nederland laten echter zien

dat deze verplichtingen toch in bepaalde situaties als een recht op voorzieningen geïnterpreteerd dienen te worden. Wat de reikwijdte van deze uitspraken is voor andere migranten dan uitgeprocedeerde asielzoekers waar het in casu om ging, is nog niet uitgekristalliseerd. Een kanttekening hierbij is dat de uitspraken van het ECSR niet juridisch bindend zijn.

7.3 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het strafrecht

De arbeidsnorm die in het strafrecht wordt beschermd, is arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel. De strafrechtelijke norm die in het Palermo Protocol is gedefinieerd, heeft model gestaan voor het begrip mensenhandel, zowel in het Europees Mensenhandelverdrag als in de EU Richtlijn Mensenhandel en werkt door in de nationale strafwetgeving van de lidstaten van de EU. Dit kan op den duur leiden tot een meer eenduidige interpretatie van dit begrip.

In de Nederlandse strafbepaling van mensenhandel bestaan twee varianten van arbeidsuitbuiting. In beide varianten moet er sprake zijn van uitbuiting die voldoet aan een bepaalde mate van ernst. Criteria die daarvoor door de rechter worden gebruikt, hebben te maken met de aard en de duur van de tewerkstelling en de voordelen die de uitbuiting oplevert voor de werkgever. Ook moet er in beide varianten sprake zijn van dwang. In de meeste zaken die in het jurisprudentieoverzicht zijn opgenomen waarin de rechter tot een veroordeling is gekomen, werd het gebruik van het dwangmiddel misleiding of misbruik van een kwetsbare positie aangenomen. Hierbij spelen omstandigheden die te maken hebben met de situatie van een migrant een belangrijke rol.

Het strafrecht biedt van de vier vergeleken rechtsgebieden in Nederland de meeste bescherming in het geval de norm (mensenhandel) is overtreden. Dit kan verklaard worden op grond van de ernst van de misstanden en de inperking van de vrijheid die besloten ligt in arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel. Nederland kent naast een verblijfsregeling voor een periode van maximaal drie maanden, die geldt als bedenktijd om aangifte te doen, een verblijfsregeling die gekoppeld is aan het strafproces. Verder heeft een slachtoffer het recht om in het kader van het strafproces een schadevergoeding te vorderen, waarbij de staat de verplichting tot compensatie door de dader overneemt, als deze wordt toegekend. Er is dus sprake van een recht op resultaat. Tegelijk is het ook een discretionair recht, omdat niet duidelijk is op grond van welke criteria de rechter de hoogte van de schadevergoeding vaststelt en omdat hij kan bepalen dat de vordering een onevenredige belasting voor het strafproces vormt.

In hoofdstuk 3 is geconcludeerd dat, doordat rechterlijke uitspraken zich lastig laten lezen, het moeilijk is om in kaart te brengen op grond van welke feiten, welke criteria met betrekking tot de elementen dwang en uitbuiting,

en op basis van welke weging de rechter tot een oordeel komt. Er bestaat dus onduidelijkheid ten aanzien van de invulling van wat arbeidsuitbuiting precies inhoudt, maar ook wat betreft de toekenning van het recht op schadevergoeding. In het belang van rechtszekerheid voor zowel slachtoffers als daders is het nodig dat er voor beide aspecten een duidelijker lijn in de rechterlijke uitspraken komt. Een betere inzichtelijkheid in de overwegingen kan worden bereikt door de uitspraken in een duidelijk format te gieten. Ten aanzien van de beoordeling van de misstanden zou gekeken kunnen worden naar het ontwikkelen van richtsnoeren voor het beoordelen van de beloning, de duur van het werk en de arbeidsomstandigheden. Wat betreft de dwangmiddelen is er onduidelijkheid ten aanzien van de beoordeling van de keuzevrijheid om zich aan de uitbuiting te onttrekken. Waar de grens getrokken zou moeten worden tussen situaties die wel of niet onder de strafrechtelijke vorm van uitbuiting vallen, zou ook moeten afhangen van de rechten op bescherming die migranten hebben buiten het strafproces. Hierbij is met name ook van belang op welke wijze de staat de toegang of verwezenlijking van deze rechten faciliteert of garandeert.

7.4 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het vrij verkeer voor Unieburgers

De arbeidsnormen en rechten die gelden voor Unieburgers zijn verschillend voor de drie constructies op grond waarvan een Unieburger in een andere lidstaat kan werken, EU-werknemers, EU-zelfstandigen en EU-gedetacheerde werknemers. In vergelijking met de andere rechtsgebieden zijn de toepasselijke arbeidsnormen voor EU-werknemers het meest omvattend. Zij hebben een volledig recht op gelijke behandeling als de burgers van de gastlidstaat. EU-zelfstandigen hebben ook een volledig recht op gelijke behandeling, maar voor zelfstandigen geldt als basisprincipe dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor voorwaarden waaronder zij werken. Dit is slechts anders als er sprake is van schijnzelfstandigheid. In dat geval zouden de arbeidsnormen voor EU-werknemers moeten gelden. Voor gedetacheerde werknemers is de gelijke behandeling beperkt tot een in de herziene Detacheringsrichtlijn opgenomen lijst van basisarbeidsvoorwaarden.

Als er sprake is van schending van de normen voor EU-werknemers en EU-zelfstandigen, heeft de staat op basis van het vrij verkeer voor Unieburgers geen specifieke verplichtingen. Unieburgers zijn ook in dat opzicht gelijk aan burgers van de lidstaat en worden verondersteld zelf bescherming te kunnen regelen. De praktijk in Nederland en in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en Ierland laat echter zien dat van de nationale mogelijkheden tot vordering van nabetaling van achterstallig loon weinig gebruik wordt gemaakt. Deze procedures lijken in ieder geval voor migranten geen effectieve rechtsmiddelen te zijn. Ten aanzien van gedetacheerde werknemers is in de Detacheringsricht-

lijn 1996 de verplichting opgenomen (en behouden in de herziene richtlijn) dat staten bij overtreding van de normen door de werkgever, de toegang tot procedures mogelijk moeten maken. Deze verplichting is verder uitgewerkt in de Handhavingsrichtlijn. Een complicerende factor bij het afdwingen van de arbeidsnormen is echter dat de formele werkgever in eerste instantie aansprakelijk is. Nu dit de buitenlandse werkgever is, die niet gevestigd is in het land waar de werkzaamheden worden uitgevoerd, is er altijd sprake van een grensoverschrijdend element, zowel als een procedure wordt gestart in het land waar de werkzaamheden zijn uitgevoerd, als in het geval een vordering wordt ingesteld in het land waar de werkgever is gevestigd of in het land van oorsprong van de gedetacheerde werknemer.

Unieburgers hebben op grond van het vrij verkeer voor Unieburgers sterke rechten op met name toegang tot werk en verblijf. Als rechtmatig verblijvende werknemer of zelfstandige, kunnen zij ook aanspraak maken op gelijke behandeling op het gebied van sociale bijstand. Het verblijfsrecht is de eerste jaren echter gekoppeld aan het behoud van de status als werknemer of zelfstandige. De criteria voor het behoud van de status als werknemer of zelfstandige zijn niet volledig helder. Wanneer is er bijvoorbeeld sprake van 'onvrijwillig werkloos'? Dat beperkt de bescherming die zij aan dit recht kunnen ontlenen. Dat EU-werknemers, ondanks hun relatief sterke verblijfspositie toch kwetsbaar zijn voor arbeidsuitbuiting, blijkt ook uit het in hoofdstuk 3 weergegeven jurisprudentieonderzoek.

De positie van een EU-gedetacheerde werknemer is zowel wat betreft zijn verblijfsrecht als het recht op bijstand minder gunstig. Zijn verblijfsrechtelijke positie in de gastlidstaat is gebaseerd op de Dienstenrichtlijn – die alleen voorziet in een verblijfsrecht voor de duur van de dienst – en niet op de Verblijfsrichtlijn. Dat betekent dat hij niet valt onder de bescherming van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn voor EU-werknemers en EU-zelfstandigen. Nu het recht op gelijke behandeling ook met betrekking tot sociale voorzieningen gekoppeld is aan rechtmatig verblijf op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn en (behoud van) de status als werknemer, kan hij ook geen aanspraak maken op sociale bijstand in de gastlidstaat.

Een gelijkschakeling van de rechten van alle Unieburgers die werken in een andere lidstaat kan alleen gerealiseerd worden als de constructie van gedetacheerde werknemers wordt losgelaten, of nog verdergaand wordt aangepast. Gezien de onderlinge tegenstellingen ten aanzien van deze categorie migranten binnen de EU, die ook weer duidelijk naar voren kwamen in het kader van de herziening van de Detacheringsrichtlijn, is dat vooralsnog geen reële optie.

7.5 Bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders

Bij de vormgeving van bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders spelen migratieoverwegingen een belangrijke rol. Enerzijds worden bepaalde vormen van gewenste migratie gestimuleerd en anderzijds wordt minder gewenste migratie en in het bijzonder irreguliere migratie ontmoedigd of bestreden. Daarnaast verplichten internationale verdragen en beginselen, zoals het Vluchtelingenverdrag en het non-refoulement beginsel tot het nemen van bepaalde maatregelen en het verlenen van bepaalde rechten. Dit leidt ertoe dat de rechten voor derdelanders zowel als het gaat om arbeidsnormen, bescherming in geval van een inbreuk op deze arbeidsnormen en rechten inzake verblijf, toegang tot werk en sociale bijstand sterk zijn gedifferentieerd.

De arbeidsnormen die migranten aan het migratierecht voor derdelanders kunnen ontlenen, zijn grofweg onder te verdelen in normen voor twee groepen derdelanders. Voor derdelanders die een verblijfsvergunning hebben op grond van asiel, gezinshereniging, een vorm van arbeid of als langdurig ingezetene, geldt in ieder geval een recht op gelijke behandeling ten aanzien van de basale arbeidsvoorwaarden. Voor een tweede groep derdelanders, die ook weer bestaat uit diverse specifieke categorieën, geldt deze norm niet op grond van het migratierecht. Dit betreft derdelanders die onrechtmatig verblijven of wel rechtmatig verblijven, maar niet mogen werken, die op grond van een visum voor kort verblijf in de EU zijn, of die voor maximaal zes maanden in de EU verblijven. Daarnaast geldt dit recht niet voor au pairs en stagiairs die niet op grond van een arbeidsovereenkomst werken. Voor migranten zonder rechtmatig verblijf kunnen twee andere normen worden afgeleid uit de Werkgeversanctierichtlijn. Dit zijn een recht op salaris op basis van de toepasselijke cao of het minimumloon en een verbod op arbeidsgerelateerde uitbuiting. Deze laatste norm wordt gekoppeld aan het begrip mensenhandel, maar het is op grond van de wettelijke bepalingen niet duidelijk wat de ernst van de misstanden moet zijn en of er ook sprake dient te zijn van dwang.

Voor de derdelanders die een recht op gelijke behandeling hebben, is in het migratierecht geen specifieke bescherming opgenomen ingeval van overtreding van die norm door de werkgever. Zij zijn voor bescherming aangewezen op de voorzieningen die ook voor de eigen burgers van de staat beschikbaar zijn. De bescherming voor nabetaling aan onrechtmatig verblijvende derdelanders gaat echter verder. Naast een norm voor de vaststelling van de hoogte van het salaris, geldt ook een bewijsomdraaiing voor de duur van de tewerkstelling. In beginsel wordt uitgegaan van een duur van drie maanden, tenzij de werkgever of de migrant anders kan bewijzen. Dit recht gaat potentieel ook verder dan het recht op compensatie in het strafproces, nu er wel een norm voor de hoogte wordt gegeven en er zonder tegenbewijs van uitgegaan dient te worden dat er minimaal drie maanden is gewerkt. Als een slachtoffer van

arbeidsgerelateerde uitbuiting meewerkt aan het strafproces, kan hem een tijdelijk verblijfsrecht worden gegeven voor de duur van het proces. Op de staat rust een inspanningsverplichting om de toegang tot dit recht te faciliteren, maar staten hebben geen verplichting dit te garanderen. De verblijfsrechtelijke positie van seizoenarbeiders is zwakker dan van andere derdelanders die op grond van een vergunning voor arbeid in een lidstaat verblijven. Ter compensatie hiervan hebben seizoenarbeiders die hun werk en verblijfsrecht verliezen als gevolg van overtreding van de regels van hun werkgever, recht op uitbetaling van het salaris dat ze zouden hebben verdiend over de resterende periode. Dit is een recht tegenover de werkgever. De richtlijn voorziet niet in een mechanisme dat de staat verplicht om bij gebreke van het naleven van deze verplichting door de werkgever, uitbetaling aan de seizoenarbeider te garanderen.

De toegang tot een eerste verblijfsrecht hangt voor alle categorieën derdelanders af van het vervullen van verschillende voorwaarden. Voor derdelanders die onrechtmatig op het grondgebied van de EU verblijven, is het bijzonder lastig om op grond van het EU-recht een legaal verblijfrecht te verkrijgen. Dit maakt hen afhankelijk van een werkgever. Asielstatushouders en langdurig ingezetenen hebben de sterkste rechten, zowel wat betreft bescherming tegen verlies van het verblijfsrecht, als wat betreft toegang tot werk en recht op sociale bijstand. Dit versterkt hun positie tegenover een werkgever. Gezinsmigranten hebben in de regel ook toegang tot werk. Verlies van werk heeft niet direct consequentie voor het verblijfsrecht, maar een beroep op de bijstand kan wel gevolgen hebben voor het recht op verblijf van gezinsmigranten. Derdelanders met een vergunning voor werk zijn voor hun verblijfsrecht afhankelijk van dit werk. Uit het jurisprudentieoverzicht in hoofdstuk 3, blijkt dat dit inderdaad in enkele zaken een factor is die kwetsbaar maakt voor uitbuiting. Er bestaat voor blauwe kaarthouders en seizoenarbeiders wel een beperkte mogelijkheid om van werkgever te veranderen.

Voor de meeste derdelanders zijn in de migratiewetgeving normen voor gelijke behandeling ten aanzien van de basale arbeidsvoorwaarden opgenomen. De bijdrage van de EU-migratiewetgeving aan bescherming in geval van een inbreuk op deze arbeidsnormen is echter beperkt. Dit geldt ook voor het creëren van een rechtspositie die de derdelander, minder afhankelijk maakt van de werkgever. In dit opzicht is er een verschil tussen rechten voor asielstatushouders, langdurig ingezetenen en hoger opgeleide migranten enerzijds en andere categorieën migranten, zoals seizoenarbeiders, asielzoekers of onrechtmatig verblijvende migranten anderzijds. Aan onrechtmatig verblijvende derdelanders en seizoenarbeiders, wordt in een uitbuitingssituatie op papier wel enige bescherming geboden. De EU-wetgeving biedt echter geen specifieke faciliteiten om de toegang tot deze rechten te garanderen. Het controleren en bestrijden van (illegale) migratie heeft voorrang gekregen boven bescherming van migranten.

7.6 TOT SLOT: VERSTERKING VAN DE RECHTEN OP BESCHERMING IN NEDERLAND EN DE EU

Er bestaat tussen de vier rechtsgebieden een grote mate van overlap met betrekking tot de normen die in een arbeidsrelatie nageleefd moeten worden. Het verbod op arbeidsuitbuiting in diverse verschijningsvormen is opgenomen in verschillende mensenrechteninstrumenten, het strafrecht en het migratierecht voor derdelanders. De doorwerking van de definitie van mensenhandel uit het Palermo Protocol in het mensenrechteninstrumentarium beperkt de reikwijdte van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel nu in deze definitie mensenhandel wordt omschreven aan de hand van acties en intenties van de dader. Het recht op gelijke en gunstige arbeidsvoorwaarden is te vinden in het mensenrechteninstrumentarium, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders. Er bestaan in het migratierecht enkele gaten in de toepasselijkheid van de normen voor een aantal categorieën migranten. In het vrij verkeer voor Unieburgers zijn dit de gedetacheerde werknemers voor wie ook onder de herziene Detacheringsrichtlijn nog steeds niet volledig dezelfde arbeidsnormen gelden als voor burgers van de eigen lidstaat. In het migratierecht voor derdelanders zijn met name de arbeidsnormen voor onrechtmatig verblijvende migranten en enkele categorieën kort verblijvende migranten minder gunstig dan voor de overige categorieën derdelanders en de eigen burgers. Deze minder gunstige arbeidsnormen lijken te zijn ingegeven door de wens bepaalde vormen van migratie te beteugelen, maar botsen met de gelijke behandelingsnormen die ook in het mensenrechteninstrumentarium zijn opgenomen. De EU-wetgever zou zich hier bij het opstellen van migratiewetgeving beter rekenschap van dienen te geven.

Als het gaat om de rechten die migranten hebben op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting door de werkgever, is het beeld genuanceerd. Hier is een duidelijke tweedeling te zien tussen de twee categorieën normen: enerzijds de meest ernstige vormen van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, gedwongen arbeid, dienstbaarheid of slavernij en anderzijds de normen die zien op beloning en arbeidsomstandigheden. Zowel in het mensenrechteninstrumentarium als in het strafrecht zijn rechten opgenomen met betrekking tot compensatie, verblijf en bijstand in geval van schending van de betreffende normen. Deze rechten zijn gedeeltelijk geformuleerd als een recht op resultaat of een voorwaardelijk recht. Het afdwingen van rechten via het mensenrechteninstrumentarium is minder goed geregeld. Mogelijk kan meer gebruik gemaakt worden van een klacht over schending van artikel 4 EVRM bij het EHRM. In de strafrechtelijke aanpak beperkt de koppeling die wordt gemaakt met het strafproces (na de bedenktijd) de reikwijdte van deze rechten. Vanuit mensenrechtelijk oogpunt is deze koppeling aan het strafproces bezwaarlijk. GRETA heeft Nederland hier meermaals op gewezen.

Rechten op bescherming in geval van schending van de overige normen is buiten de procedures die voor iedereen open staan, minder goed of niet

geregeld. De rechten die migranten hebben op grond van het mensenrechteninstrumentarium zijn versnipperd over verschillende instrumenten. Ze zijn vaak niet geformuleerd als een sterk afdwingbaar recht van de migrant, maar als een oproep aan staten om rechten te faciliteren of de toekenning van rechten te overwegen. De verschillende toezichthoudende instanties hebben een beperkt mandaat om toe te zien op de naleving en dit belemmert de mogelijkheid tot het afdwingen van deze normen. Nationale toezichthoudende instanties, zoals in Nederland het College voor de rechten van de Mens, zouden hierin mogelijk een grotere rol kunnen spelen. Voor Nederland zou ratificatie van het aanvullend protocol bij het IVESCR, waarmee een individueel klachtrecht wordt geïntroduceerd, het afdwingen van de rechten onder het IVESCR kunnen verbeteren. Het migratierecht kent, op een enkele uitzondering na, helemaal geen specifieke verplichtingen voor staten om migranten bescherming te bieden als deze normen worden geschonden. Dit geldt zowel voor het migratierecht voor derdelanders als het vrij verkeer voor Unieburgers. Dat betekent dat migranten veelal zijn aangewezen op de nationale faciliteiten en procedures, die moeilijk toegankelijk zijn.

Deze grote ongelijkheid in bescherming tussen de verschillende vormen en gradaties van arbeidsuitbuiting is om verschillende redenen onwenselijk. De inhoud van de ernstigere vormen van arbeidsuitbuiting is (nog) niet uitgekristalliseerd. Dit creëert op nationaal en internationaal niveau ruimte voor verschillende interpretaties en schept rechtsonzekerheid. Gezien het verschil tussen de rechten die ontleend kunnen worden aan een situatie die als een vorm van gedwongen arbeid, dienstverlening of mensenhandel kan worden geclassificeerd en de rechten die bestaan op grond van een schending van de overige arbeidsnormen, is het belang voor betrokkenen groot om onder de eerste categorie te worden geschaard. Dit kan een enorme druk leggen op de strafprocedure. Waar rechten zijn gekoppeld aan de strafprocedure betekent dit ook dat voor het verwezenlijken van de rechten elk slachtoffer in een zaak moet worden meegenomen. Dit kan de afhandeling van de zaken geweldig compliceren en vertragen. Tenslotte is er niet een harde en duidelijke scheidslijn te trekken tussen de verschillende vormen van arbeidsuitbuiting. Het wringt om dan wel een harde scheidslijn aan te brengen in de rechten die migranten hebben in geval van schending van de verschillende arbeidsnormen.

Ten aanzien van rechten die migranten hebben die preventief kunnen bijdragen aan het verkleinen van de kwetsbaarheid voor arbeidsuitbuiting, biedt het mensenrechteninstrumentarium weinig rechten. Rechten in het kader van het migratierecht voor derdelanders zijn sterk gedifferentieerd. Hoewel er aandacht is voor de kwetsbaarheid van bijvoorbeeld seizoenarbeiders en au pairs, ligt de nadruk toch op het migratierecht als instrument om migratie te reguleren. Het recht op vrij verkeer voor Unieburgers biedt in beginsel wel sterke rechten aan met name EU-werknemers en EU-zelfstandigen. Echter, zolang voor het verblijfsrecht en daaraan gekoppelde rechten ten aanzien van sociale bijstand het behoud van de status als werknemer of zelfstandige is

verbonden, blijven deze Unieburgers afhankelijk van het hebben van werk. Het versterken van de rechten op verblijf, werk en bijstand van een migrant lijkt een effectief middel om de positie van een migrant te verbeteren. Het is opvallend dat de slachtoffers van arbeidsuitbuiting in de strafrechtelijke jurisprudentie die in hoofdstuk 3 is besproken, met name derdelanders zonder of met een minder sterk verblijfsrecht zijn en Unieburgers van wie het verblijf in de eerste jaren afhankelijk is van het behoud van de status als werknemer. Versterking van rechten op verblijf, werk en bijstand is echter een politieke keuze die op EU- en nationaalniveau niet veel kans maakt.

Ten slotte kan een vergelijking van de rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting die in de verschillende rechtsgebieden zijn neergelegd, ons iets leren over de verschillende manieren waarop verwezenlijking van rechten kan worden gefaciliteerd. Ten eerste een enkele opmerking over het recht op compensatie of schadevergoeding. De strafrechtelijke schadevergoedingsmaatregel, waarbij de staat de vergoeding aan het slachtoffer betaalt als de werkgever nalatig blijft en de vordering op de werkgever overneemt, is een heel sterk middel om het recht op compensatie te verwezenlijken. Het verdient aanbeveling om dit breder in te zetten dan alleen ten aanzien van slachtoffers van werkgevers die in een strafprocedure zijn veroordeeld. Een van de geconstateerde problemen ten aanzien van de schadevergoeding in het kader van de strafprocedure in Nederland is, dat er geen normen zijn voor de vaststelling van de hoogte en dat het soms lastig is om het gewerkte aantal uren en de duur van de tewerkstelling te bewijzen. Op grond van het mensenrechteninstrumentarium zou deze norm gebaseerd moeten zijn op het recht op gelijke behandeling. In de Werkgeverssanctierichtlijn is een regeling opgenomen ten aanzien van de hoogte (cao-loon of wettelijk minimumloon) en een fictieve periode van een aantal maanden die open staat voor tegenbewijs. Dit kan een goed middel zijn om meer eenheid ten aanzien van de criteria voor het vaststellen van de hoogte en de duur van de materiële schadevergoeding te creëren. Ook voor de immateriële schadevergoeding zouden normen kunnen worden opgesteld waarin bijvoorbeeld de duur, ernst van de misstanden en beperking van de vrijheid worden meegenomen. Op grond van de Werkgeverssanctierichtlijn is de werking van de bepalingen over recht op achterstallig loon beperkt tot onrechtmatig verblijvende migranten. Uitbreiding van deze bepaling tot rechtmatig verblijvende migranten kan het nuttig effect van deze bepaling vergroten.

Het tweede belangrijke recht is een (tijdelijk) recht op verblijf en bijstand. Zowel het Europees Mensenhandelverdrag als Richtlijn 2004/81/EG bieden een bedenktijd en een verblijfsrecht dat ofwel gekoppeld is aan het strafproces of op persoonlijke gronden kan worden verleend. Deze rechten zijn in Nederland in de Vreemdelingenwet geïmplementeerd. Voor migranten die slachtoffer zijn van een vorm van uitbuiting die niet ernstig genoeg is, of ten aanzien waarvan om andere reden geen strafrechtelijk onderzoek en vervolging wordt ingesteld, bestaat niet een dergelijk recht. Het is voor een migrant zonder

verblijfsrecht bijzonder moeilijk om een civiele procedure te starten om zelf het achterstallig loon te vorderen, dan wel vanuit het buitenland een dergelijke procedure te voeren. Het uitbreiden van de bedenktijd tot slachtoffers die niet via het strafrecht willen proberen genoegdoening te krijgen in combinatie met het beter faciliteren van de civiele procedure kan de rechtspositie van deze migranten versterken.

Hierboven zijn enkele voorbeelden genoemd van rechten die in een bepaald rechtsgebied zijn opgenomen en bijdragen aan een daadwerkelijke versterking van de rechtpositie van een migrant. Daarnaast zijn suggesties gedaan voor een bredere toepassing van deze rechten binnen andere rechtsgebieden. Een meer coherente benadering van rechten van migranten in een situatie van arbeidsuitbuiting in al zijn verschijningsvormen zou bereikt kunnen worden door rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting los te koppelen van het strafproces. Een recht op schadevergoeding, in ieder geval voor het deel dat ziet op nabetaling van achterstallig loon, bestaat los van de vraag of een bepaalde uitbuitingssituatie in strafrechtelijke zin als arbeidsuitbuiting valt te kwalificeren. Een bedenktijd kan niet alleen nodig zijn om te overwegen om aangifte te doen tegen een werkgever, maar ook om een strategie vast te stellen voor het effectueren van rechten. Bijkomend voordeel van het loskoppelen van de rechten op bescherming van het strafproces is, dat er voor een migrant meer opties zijn om zijn recht te verwezenlijken. Dit zou ook een overweging kunnen zijn bij de keuze om al dan niet tot strafrechtelijke vervolging over te gaan, of andere handhavingsinstrumenten in te zetten. In het inleidend hoofdstuk is het voorbeeld gegeven van de Poolse werknemers bij het bedrijf Prime Champ. Een poging 'recht te doen' aan de werknemers van dit bedrijf heeft hen via de strafrechtelijke procedure nog niets opgeleverd. Het versterken van hun positie buiten het strafrecht kan er toe leiden dat zij ook daadwerkelijk 'recht hebben'.

Summary

Doing Justice or having Rights.
An analysis of the migrant's rights to state protection against labour exploitation

Introduction

Labour exploitation is a serious problem worldwide, also in Europe and in the Netherlands. There is a broad consensus that migrants are particularly vulnerable to labour exploitation. The book *Ganz Unten* (English translation: Lowest of the Low) by Günther Wallraff, published in 1985, is a denunciation of the exploitation of foreign workers in Germany at that time. Following the adoption of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Human Beings (Palermo Protocol) in November 2000, labour exploitation became a form of human trafficking. This has renewed attention for labour exploitation which until the adoption of the Palermo Protocol in international law was mainly addressed as a human rights issue. Over the past two decades, numerous reports by NGOs, articles by investigative journalists, and media coverage, have testified to the sometimes shocking conditions under which migrants work. Excessively long working days under enormous pressure to meet production or picking targets, rewards that are far below the minimum wage, and salary that is not or only partially paid, are just a few examples of such conditions.

The general approach towards labour exploitation nowadays is a criminal approach. However, criminal proceedings often take a very long time and the burden of proof is high. It is questionable to what extent criminal proceedings contribute to the protection of migrants and what migrants who have been victims of labour exploitation gain from the criminal prosecution and possible conviction of their employer. Therefore, the focus of this research is not on the perpetrators, but on the protection of the victims of labour exploitation.

The aim of the research is to provide an answer to the question: what rights vis-a-vis the State does a migrant have to protection against labour exploitation by his employer, in the EU and in the Netherlands in particular?

Defining labour exploitation

The concept of labour exploitation is not clearly defined. Labour exploitation is used as a container term for various abuses in work-related situations. In international law, other concepts are also used, such as human trafficking, slavery and practices similar to slavery, servitude, forced and compulsory labour. Much has been written about the question of what labour exploitation entails exactly. Opinions on this vary considerably; from situations where payment below the minimum wage is considered a form of labour exploitation, to reserving the term exploitation for criminal exploitation in the sense of human trafficking. In this interpretation, other abuses are qualified as bad employment practices. It is clear that two components play a role in defining the concept of labour exploitation: a form of bad and/or unequal treatment and a form of coercion. The scope of the concept of labour exploitation varies enormously on the basis of a broad or restrictive interpretation given to these components. In this study, to avoid discussion about the exact demarcation of situations which can classify as labour exploitation and which situations do not, an inclusive definition of labour exploitation has been chosen. Here, labour exploitation is defined as a situation in which there is poor treatment of a migrant worker in absolute or relative terms by local standards, regardless of the use of coercion.

Different approaches to combatting labour exploitation

Labour exploitation can be approached through different legal mechanisms. The delineation of what constitutes labour exploitation in these various approaches may differ. Furthermore, the response of the State towards perpetrators and victims of labour exploitation depends on the chosen legal discipline. If labour exploitation is defined as a criminal offence, labour exploitation is such a serious breach of the rule of law that it must be tackled through criminal law. The primary focus of a criminal approach is on the prosecution of the perpetrators. The rights of victims are subordinate to the criminal proceedings. In a human rights approach, the rights of the victim should be a central focus point. From a human rights perspective, it is emphasised that various human rights are violated in labour exploitation and all those rights should be taken into account. It is also possible to consider labour exploitation as a violation of norms laid down in labour law. Violations of labour law can be responded to by the State through administrative law. The purpose of labour law is to protect employees in general and to create a level playing field for employers. However, for an individual redress of a violation of labour law, the worker is normally expected to start a civil complaint procedure against the employer. Finally, labour exploitation and migration law are interconnected in different ways. Labour exploitation of migrants

can involve a breach of migration rules on entry into a country, the right to stay and the right to work. A breach of migration rules by the employer can lead to administrative or sometimes even criminal sanctions. However, a violation of migration rules can also have consequences for the migrant, such as the termination of lawful residence and expulsion. At the same time, the way migration is regulated can increase or reduce migrants' vulnerability to labour exploitation.

The role of the State in protecting against labour exploitation

Labour exploitation involves exploitation within an employment relationship between the migrant and the employer. The employer violates the rights of the migrant by, for example, paying him no salary or insufficient salary, by making him work (far) too long hours or by employing the migrant under unsafe working conditions. Ideally, if there is a conflict between an employee and an employer, the employee can submit a complaint to the civil court, which can decide the conflict with a binding ruling. This requires that an employee is aware of his rights, has knowledge of the legal system, and is not in a dependent position vis-à-vis the employer. In a situation of labour exploitation of migrants, it is precisely these requirements which are often not met. Research in the Netherlands, the United Kingdom and Ireland into the use of a civil claim for damages shows that this is route is hardly ever taken by victims of labour exploitation.

Because of the vulnerable position of a migrant worker vis-à-vis the employer, this study focuses on the role of the State in protecting the migrant from labour exploitation. Three different ways can be discerned in which the State can influence the relationship between the migrant and the employer. Firstly, the State can influence the position of a migrant worker by setting labour standards the employer should adhere to. Secondly, the State can offer protection to a migrant if those labour standards are violated by the employer. Finally, the State can also influence the relationship between a migrant worker and his employer by defining the residence rights of a migrant worker, the right to work and the right to social assistance. A migrant with strong rights in this respect is less dependent on an employer. This makes him less vulnerable to labour exploitation by the employer.

Rights of a migrant worker

This study focuses on what rights a migrant has to protection from labour exploitation. To this end, the concept of what constitutes a right is defined. Based on the definition of Raz, the right of a person presupposes a duty on someone else. This study concerns the rights of a migrant vis-à-vis the State.

However, the obligations of the State depends on the type of right. A right can entail an obligation to act, or an obligation to refrain from action. For this study, only the obligations to act are relevant. To differentiate between the various obligations, a typology of five rights has been developed. The first right is a *right to result*. A right can be defined as a right to result if the migrant's right involves a duty to act on the part of the State that guarantees the result. Secondly, if the duty of the State is limited to a best efforts obligation to enable and possibly facilitate the exercise of the right vis-à-vis another, this is called a *right to an obligation to make an effort*. Thirdly, a right to which conditions are attached, without the State having discretion to grant the right if the conditions are fulfilled, is labelled as a *conditional right*. Fourth, if the State has discretion not to grant the right despite fulfilling the conditions, this is indicated as a *conditional discretionary right*, or fifth, as a *discretionary right*, if no specific conditions have been set, but there is discretion to grant the right or not.

Rights in different legal disciplines

Rights are categorised in different fields of law. This also applies to rights in respect of protection against labour exploitation. Labour standards that apply to an employment relationship which give migrants the right to a certain treatment can be found in labour law. However, in principle these are rights of a migrant worker vis-à-vis his employer and should be enforced by the migrant worker himself in a civil law suit. As concluded before, this is a difficult process and one that is not used often. Labour standards can also be found in other jurisdictions. These are standards that are so fundamental that they are protected not only through labour law, but also in other legal disciplines. This study focuses on the rights of migrants vis-à-vis the State outside the protection of labour law. To this end, four legal disciplines are selected which could offer protection from the violation of labour standards by an employer. These are criminal law, human rights law, migration law for Union citizens, and migration law for third-country nationals. Criminal law contains a prohibition of labour exploitation as a form of human trafficking. In criminal law, the focus is on the perpetrator and rights of the victims are subordinate to the criminal proceedings. In human rights law, a broad range of different rights relevant to labour exploitation (like a prohibition of slavery, servitude, forced labour and human trafficking) and labour standards (like a right to equal pay) are listed. The content of these rights is not always clear, nor are the possibilities to enforce these rights and the obligations of the State deriving from these rights. Migration law for Union citizens defines the right to work in other EU Member States and the conditions under which EU citizens can work in other Member States. Migration law for third-country nationals in the EU is also predominantly EU migration law. It consists of a range of direct-

ives and regulations laying down rules for getting access to the EU territory, for acquiring a right to residence for different purposes and work in the EU, and rules for the return to a country outside the EU. Furthermore, migration law for third-country nationals contains some standards for treatment of these migrants in labour situations. These rights of EU migration law for EU citizens and third-country nationals can influence the position of a migrant worker vis-à-vis his employer in an EU Member State.

Structure of the study

This thesis is based on four articles which discuss the possibilities for the protection of migrants against labour exploitation in the four legal disciplines mentioned above. These articles form the basis of Chapters 2 to 5. For each legal discipline, an inventory is made of which labour standards are included and how these standards are interpreted. Furthermore, for each discipline, the obligations of the State to protect compliance with the standards are discussed and the rights a migrant can derive.

In Chapter 6, the various rights of migrants in the four legal disciplines are compared and analysed based on the division of the three different ways a State can influence the migrant worker/employer relationship. The first category of rights relates to labour standards themselves. These entitle a migrant to a certain treatment by his employer in an employment relationship. The second category of rights relates to the right to residence, access to social assistance, and the right to work. A migrant with strong rights in these areas is less dependent on his employer and therefore less vulnerable to exploitation by this employer. The latter category consists of rights that a migrant has if the labour standards, which are included in the first category, have been violated. The rights are evaluated as rights towards the State. They are classified based on the typology of rights listed above.

Chapter 7 provides an answer to the research question and a final conclusion.

Protection against labour exploitation in human rights law

Human rights law consists of a wide range of instruments and contains the broadest set of labour standards of the four legal disciplines. The various instruments belonging to this area of law provide, on the one hand, for standards prohibiting a form of labour exploitation (slavery, practices comparable to slavery, servitude, forced labour and trafficking in human beings). In this respect, three sources of law have been evaluated specifically. These are Article 4 of the European Convention of Human Rights (ECHR) and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), the prohibition of

forced labour as laid down in the ILO C029 – Forced Labour Convention, 1930, and the P029 Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, and finally the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (ECTHB). The different instruments and concepts clearly mutually influence each other. Furthermore, the definition of human trafficking in the ECTHB is modelled on the definition of this concept in the Palermo Protocol. However, the demarcation of the content of the various forms of labour exploitation in these different instruments is not unambiguous. Common factors are that a minimum level of severity of maltreatment is necessary to qualify as a form of labour exploitation and that some form of coercion is exercised. Coercion can entail a form of physical or psychological violence, but also deception or abuse of a vulnerable situation.

On the other hand, human rights instruments provide for several norms relating to a right to a certain treatment in an employment relationship, like favourable labour conditions or a right to equal payment and equal treatment. Relevant instruments in this respect are the ILO C111 – Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), and the European Social Charter and rulings from the European Committee for Social Rights. For a violation of these rights, no specific minimum level of severity is required, nor the use of a form of coercion. Although these rights to a particular treatment in an employment relationship are prima facie formulated in clear language, the scope of these rights is limited.

In respect of the second category of rights (residence, access to work and social assistance), human rights law does not provide for strong rights for migrant workers. The right to compensation as laid down in the ECTHB is closest to a right to result. With a few specific exceptions, the granting of a right of residence, a right to work and a right to assistance, falls within the competence of the State.

Also, the rights vis-à-vis the State that can be derived from human rights instruments in the event of a violation of labour standards are limited. Here again, a distinction must be made between the prohibition of different forms of labour exploitation on the one hand, and the labour standards which formulate a right to a certain treatment on the other hand. In respect of the prohibition of different forms of labour exploitation as listed in Article 4 ECHR, some rights can be distilled from the case law of the ECtHR. These rights mainly centre around criminal investigation and prosecution. Also, a right to compensation and back pay can be derived from the case law of the ECtHR. The ECtHR refers in this respect to the ECTHB, which also provides for a right to compensation. The ILO 2014 Protocol likewise contains an obligation to compensation by the perpetrator. A right to residence and social assistance is only explicitly addressed in the ECTHB. The obligations contained in these instruments can be understood as a right for the victim. However, only the right

to compensation as formulated in the ECTHB can be understood as a right to a result. The right to residence can be qualified as a right to result in respect of the reflection time. In regardd of the subsequent right to a residence permit, the State is left some discretion. Furthermore, it is not regulated how these rights can be enforced if the employer or the State does not comply with these obligations. Possibly, a complaint to the ECtHR, who referred in respect of the protection of victims to the ECTHB, could be used to enforce compliance with the obligations of States under the ECTHB.

Human rights instruments which address labour standards that give rights to a certain treatment do not contain specific rights in case of a violation of these rights. According to the recommendations of the CESCR, workers are entitled to compensation by the State if their rights to equal or fair treatment is violated. However, the way to enforce these rights vis-à-vis the State remains unclear.

Protection against labour exploitation in criminal law

In criminal law, labour exploitation is a form of human trafficking. The definition of human trafficking in the Palermo Protocol has served as a model for the concept of trafficking in human beings, not only in the ECTHB (as mentioned above), but also in the EU Trafficking in Human Beings Directive (EU THBD). This has resulted in a more uniform legislation in regard of labour exploitation as a form of human trafficking in the national law of the EU Member States. Furthermore, the Palermo Protocol definition has also inspired the ECtHR via the definition in the ECTHB in its interpretation of Article 4 ECHR. This may eventually lead to a more unambiguous interpretation of this concept within Europe and the EU. At the same time, this also entails a risk that the demarcation of situations that fall under labour exploitation will be limited to the possibly stricter interpretation in criminal law and that the focus in combatting labour exploitation will be concentrated on the criminal law approach. This is already visible in the case law of the ECtHR and may limit the rights of victims of labour exploitation.

The interpretation of what is understood by labour exploitation as a form of the criminal offence of human trafficking, can be found in national criminal case law. In Dutch criminal law, two different forms of labour exploitation can be found. One is based on the definition of human trafficking in the Palermo Protocol and the EU THBD. The other form is based on a national definition of what labour exploitation as a form of human trafficking constitutes. In both variants, the level of exploitation must satisfy a certain degree of severity. Over the years, the Dutch courts have established criteria for determining this level of severity. These criteria concern the nature and duration of the employment and the benefits that the exploitation brings to the employer. The use of a form of coercion is also a necessary condition for

both forms of criminal labour exploitation. In Dutch case law, the coercive means of deception or abuse of a vulnerable position is adopted in most cases. In this respect, circumstances which are related to the situation of a migrant worker play an important role, like a weak residence status or irregular stay, lack of knowledge of the Dutch language, norms and rules, and social isolation.

In the Netherlands, of the four jurisdictions compared, criminal law offers the most protection in the event that the norm (human trafficking) has been violated. In addition to a residence scheme for a maximum period of three months, which serves as a reflection period to report human trafficking, the Netherlands has a residence scheme that is linked to the criminal proceedings. This can be seen as a right to result insofar as criminal proceedings are initiated and for the duration of the proceedings. However, from a human rights point of view, this link to the criminal process is questionable and seems to make this right more or less discretionary, because a migrant is dependent on the will and possibility of the authorities to start criminal proceedings. The Council of Europe's Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA) has repeatedly rebuked the Netherlands with regard to linking the right of residence to criminal prosecution. Furthermore, a victim has the right to claim compensation in the context of criminal proceedings. If compensation is awarded, normally the State will assume the offender's obligation to compensate. A right to compensation can in this regard be classified as a right to result. However, again, this is also a discretionary right, because the court can deny the claim for compensation because it is considered a disproportionate burden on criminal proceedings. Furthermore, it is not clear on the basis of what criteria the court determines the amount of damages.

Protection against labour exploitation in migration law for Union citizens

Union citizens can work in another EU Member State based on three different legal regimes. These are the right to freedom for workers, the right to freedom for self-employed persons, and the right to freedom to provide services. The freedom to provide services is mainly important in respect of posted workers, who are working for an EU company and providing a service in another EU country. The labour standards and rights applicable to Union citizens are different for these three legal regimes. Compared to the other jurisdictions, the applicable labour standards for EU workers are the most comprehensive. They have a full right to equal treatment with the citizens of the host Member State. EU self-employed people also have a full right to equal treatment, but the basic principle for the self-employed is that they themselves are responsible for the conditions under which they work. This is only different if there is a question of false self-employment. In that case, labour standards applicable to EU workers should apply. For posted workers, equal treatment is limited

to a list of basic working conditions contained in the revised Posting of Workers Directive.

If there is a breach of standards for EU workers and self-employed persons, the State has no specific obligations to assist EU citizens on the basis of free movement legislation for Union citizens. Union citizens are also equal to citizens of the Member State in that respect and are presumed to be able to regulate protection themselves. However, practice in the Netherlands and in, for example, the United Kingdom and Ireland, shows that little use is made of national possibilities for claiming back payment of arrears of wages. These procedures do not seem to be effective remedies for migrants. With regard to posted workers, the Posting of Workers Directive 1996 includes (and retains in the revised Directive) the obligation that States must allow access to procedures in the event of a breach of the standards by the employer. This obligation is further elaborated in the Enforcement Directive. However, a complicating factor in enforcing labour standards is that the formal employer is primarily liable. Since this is the foreign employer who is not established in the country where the work is carried out, there is always a cross-border element – both if proceedings are initiated in the country where the work was carried out, and in the event that a claim is brought in the country where the employer is established or in the country of origin of the posted worker.

Union citizens have strong rights to access to employment and residence. As legally resident workers or self-employed persons, they may also claim equal treatment in the field of social assistance. However, the right of residence is linked in the first years to the maintenance of the status as an employee or self-employed person. The criteria for maintaining the status as an employee or self-employed person are not completely clear. This limits the protection they can derive from this right.

The position of an EU posted worker is less favourable in all areas. Not only does he not enjoy a full right to equal treatment, his residence position in the host Member State is also linked to the length of service and he is not entitled to social assistance in that Member State.

Migration law for third-country nationals

For most third-country nationals (TCNs), migration legislation includes standards for equal treatment with regard to basic working conditions. However, labour standards do not apply equally to all categories of TCNs. Most TCNs with a residence permit are entitled to equal treatment as regards basic working conditions. This applies to TCNs with a residence permit on the grounds of asylum, family reunification, a form of employment or as long-term residents. For some groups of TCNs, this standard does not apply on the basis of migration law. This concerns TCNs who are staying unlawfully or who are lawfully staying but are not allowed to work, who are in the EU on the basis

of a short-stay visa, or who are staying in the EU for a maximum of six months. In addition, this right does not apply to au pairs and trainees who do not work on the basis of an employment contract.

For migrants without lawful residence, two other standards could be derived from the Employers' Sanctions Directive. These are a right to salary based on the applicable collective agreement or minimum wage and a prohibition of work-related exploitation. The latter standard is linked to the concept of trafficking in human beings, but there is no case law to explain the exact boundaries of this concept.

The rights of TCNs to residence, access to work, and to social assistance are differentiated, but overall weak in comparison with EU citizens. Access to a first right of residence for all categories of TCNs depends on the fulfilment of different conditions. For TCNs residing unlawfully in the territory of the EU, it is particularly difficult to obtain a legal right of residence under EU law. This makes them dependent on an employer. Asylum status holders and long-term residents have the strongest rights, both in terms of protection against loss of the right of residence, as well as in terms of access to employment and the right to social assistance. This strengthens their position vis-à-vis an employer. As a rule, family migrants do have access to work. Recourse to social assistance can have consequences for the right of residence of family migrants. TCNs with a work-related residence permit are dependent on keeping their job for the continuation of their right of residence. The residence status of seasonal workers is weaker than that of other TCNs residing in a Member State on the basis of an employment permit.

When it comes to protection in the event of a violation of the labour standards enshrined in migration law for TCNs, the picture is also diffuse. For TCNs who do have a right to equal treatment, migration law does not provide for specific protection in the event of a breach of that standard by the employer. They are dependent for protection on the facilities that are also available to the State's own citizens. However, the protection for back payment to unlawfully staying TCNs goes further. To facilitate proof of the duration of the work, the Employers' Sanctions Directive assumes a reversed burden of proof. In principle, it is assumed that an unlawfully staying migrant has worked for a period of three months, unless the employer or the migrant can prove otherwise. Furthermore, this right potentially goes beyond the right to compensation in criminal proceedings, since a standard for the amount is given, based on the amount which the employer would have paid if the migrant worker had legal residence. If a victim of work-related exploitation cooperates in the criminal proceedings, he may be granted a temporary right of residence for the duration of the criminal proceedings. The State has an obligation to use its best efforts to facilitate access to this right, but States have no obligation to guarantee the right. The Seasonal Workers Directive also provides for some extra protection. These rights have been incorporated to compensate for their weaker residence position. Seasonal workers who lose

their work and right of residence as a result of a breach of migration rules or other rules by their employer, are entitled to payment of the salary they would have earned over the remaining period. This is a right vis-à-vis the employer. The Directive does not provide for a mechanism obliging the State to guarantee payment to the seasonal worker in the absence of compliance with this obligation by the employer.

CONCLUSION

States can offer different forms of protection to migrants against labour exploitation by employers. Firstly, by strengthening the position of migrants in respect of a right to residence, access to work and a right to social assistance. Secondly, by setting labour standards employers should adhere to. Finally, they can offer protection when labour standards are violated. The aim of this study is to identify the rights of a migrant vis-à-vis the State in respect of these three areas.

Human rights law does not provide for (strong) rights to migrants in respect of residence, work or social assistance. Although EU workers and EU self-employed workers have strong residence rights, during the first years of residence, their right to residence and access to social assistance is dependent on being employed. This can contribute to their vulnerability to labour exploitation. TCNs without legal residence or with a weak residence right are also prone to exploitation. However, in respect of the possibility to strengthen the position of a migrant vis-à-vis the employer, by giving the migrant strong rights to residence, access to work and to social assistance, the importance attached to controlling migration by EU Member States limits the possibilities for strengthening the rights of migrants.

There is a large degree of overlap between the four legal disciplines with regard to the standards that must be observed in an employment relationship. The prohibition of labour exploitation in various forms is included in several human rights instruments, criminal law and migration law for third-country nationals. This is not surprising, considering these norms are fundamental human rights. Furthermore, the right to equal and favourable working conditions can be found in human rights law, free movement for Union citizens and migration law for TCNs. These standards, drawn from human rights treaties and Union law, are applicable in all Member States of the EU. The rights of some categories of migrants are less favourable. In respect of free movement of Union citizens, the same labour standards do not fully apply in the case of posted workers. In migration law for TCNs, labour standards for illegally staying migrants and some categories of short-stay migrants are less favourable than for the other categories of TCNs and nationals of the Member State. However, the exclusion of these categories of migrants from

the right to equal working conditions is contrary to the right to equal treatment as laid down in various human rights instruments.

When it comes to migrants' rights to State protection from employer labour exploitation, the picture is nuanced. There is a clear dichotomy between the two categories of norms: on the one hand, the more serious forms of labour exploitation such as trafficking in human beings, forced labour, servitude or slavery and, on the other hand, the standards relating to certain working conditions. Both human rights law and criminal law include rights with regard to compensation, residence and social assistance in the event of violation of the relevant standards. These rights are formulated in part as a right to result or a conditional right. The enforcement of rights through human rights instruments is less well regulated. As noted earlier, filing a complaint with the ECtHR may be a means to improve enforceability. Protection in the event of violation of the other standards is less well or not elaborated. The rights that migrants have under human rights law are fragmented across different instruments. They are often formulated not as a highly enforceable right of the migrant, but as a call for States to facilitate rights. With a few exceptions, migration law instruments do not include any specific rights to protection of the migrant in a situation where labour standards have been violated. This means that migrants are often dependent on national facilities and procedures, which are difficult to access.

This great disparity in protection connected to the two different types of labour exploitation is undesirable for several reasons. Firstly, given the difference between the rights linked to these two types of labour standards, the importance of being included among the more serious forms of labour exploitation is high. This can put enormous pressure on the criminal procedure. Secondly, where rights are linked to criminal proceedings, this also means that in order to realise the rights, every victim must be included in a case. This can seriously complicate and delay the proceedings. Thirdly, there is no hard dividing line between serious labour exploitation at one hand and violations of other labour standards at the other hand. In this situation, it is difficult to justify to make this hard distinction in granting rights in case of a violation of labour standards. A more coherent approach to labour exploitation in all its forms could be achieved by decoupling rights to protection in a situation of labour exploitation from criminal proceedings. This would create more options for a migrant to realize his rights.

Literatuurlijst

Akandji-Kombe 2007

J-F. Akandji-Kombe 2007, 'Positive obligations under the European Convention of Human Rights. A guide to the implementation under the European Convention of Human Rights', Strasbourg: Council of Europe 2007.

Alink & Wiarda 2010

M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht', Preadviezen 2010, p. 175-262.

Allain 2010

I. Allain, 'Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery', *Human Rights Law Review* 2010, Vol. 3, No. 10, p. 546-557.

Ansems de Vries, & Guild 2019

L. Ansems de Vries & E. Guild, 'Seeking refuge in Europe: spaces of transit and the violence of migration management', *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2019, nr. 45:12, p. 2156-2166.

Asscher & Goodhart 2013

L. Asscher & D. Goodhart, 'Code Oranje voor vrij werkverkeer binnen EU', *de Volkskrant* 17 augustus 2013.

Barnard & Ludlow 2016.

C. Barnard & A. Ludlow, Enforcement of Employment Rights by EU-8 Migrant Workers in Employment Tribunals, *Industrial Law Journal* 2021, Vol. 45, No. 1.

Beijer 2010

A. Beijer, 'Rantsev v. Cyprus en Rusland. Een korte schets van de situatie in Nederland wat betreft mensenhandel', *Ars Aequi* 2010, p. 684-691.

Belser 2005

P. Belser, 'Forced Labour and Human Trafficking: Estimating the Profits', Geneva: ILO WP42 2005.

Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014

E. Berkhout, P. Bisschop & M. Volkerink, 'Grensoverschrijdend aanbod van personeel', Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2014.

Berntsen & De Lange 2018,

L. Berntsen & T. de Lange, 'Employer Sanctions Instrument of Labour Market Regulation, Migration Control, and Worker Protection?', in: C. Rijken & T. de Lange, *Towards a Decent Labour Market for Low-Waged Migrant Workers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2018.

Boeles e.a. 2014

P. Boeles e.a., *European Migration Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2014.

Boot-Mathijssen 2010

M. Boot-Mathijssen, 'Annotatie bij EHRM 7 januari 2010 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), *NTM|NJCM-Bull*. 2010, Jrg 35, nr. 5.

Botman 2015
M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.
Braam 1994
S. Braam, *De blinde vlek van Nederland, Reportages over de onderkant van de samenleving*, Amsterdam: van Gennip-FNV Pers 1994.

Campana & Varese 2016
P. Campana & F. Varese, 'Exploitation in Human Trafficking and Smuggling', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2016, 22, p. 89-105.
Carter 2018
D. Carter, 'Equal Pay for Equal Work in the Same Place? Assessing the Revision to the Posted Workers Directive', *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2018, nr. 14(1), p. 31-68.
Castles 1986
S. Castles, 'The guest worker in Western Europe: An obituary', *The International Migration Review* 1986, Vol. 20, nr. 4, p. 761-778.
CDMG 1996
CDMG, 'Temporary migration for employment and training purposes', Strasbourg: Council of Europe, European Committee on Migration 1996.
Cleiren, Van der Leun & Van Meeteren 2015
T. Cleiren, J. van der Leun & M. van Meeteren, 'Beperkingen aan en dilemma's van de slachtoffergerichte aanpak van mensenhandel; een blik op arbeidsuitbuiting', *PROCES* 2015, nr. 94/2, p. 82-97.
Comensha 2013
Comensha, 'Jaarcijfers CoMensha; Het beeld van 2013'.
Commissie Meijers 2011
Commissie Meijers, 'Note on the proposal for a Directive on the conditions of entry and residence of third country nationals for the purposes of seasonal employment', CM1113, 31 oktober 2011.
Consterdine & Samuk 2018
E. Consterdine & S. Samuk, 'Temporary Migration Programmes: the Cause or Antidote of Migrant Worker Exploitation in UK Agriculture', *International Migration & Integration* 2018, nr. 19, p. 1005-1020.
Cremers 2011
J. Cremers, *In search of cheap labour in Europe. Working and living conditions of posted workers*, CLR Studies 6/International Books, 2011.
CRM 2013
CRM, 'Poolse arbeidsmigranten in Nederland', april 2013.

De Jonge van Ellemeet 2007
H. de Jonge van Ellemeet, 'Slecht werkgeverschap of 'moderne slavernij, handhaving van een nader af te bakenen verbod', *Justitiële verkenningen* 2007, nr. 7, p. 107-119.
De Lange 2011
T. de Lange, 'De verborgen schat in artikel 23 Wav', *Journaal Vreemdelingenrecht*, 10/1, p. 20-29.
De Vries 2017
K. de Vries, 'Integratie en de onzekere verwachting van gelijke behandeling van derdelanders. Great Expectations', *Asiel- & Migrantenrecht* 2017 nr. 6/7, p. 257-266.

Dewhurst 2014
E. Dewhurst, 'The right of irregular migrants to back pay: The spectrum of protection in international, regional, and national legal systems', in: C. Costello & M. Freedland, *Migrants at work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford: University Press 2014, p. 216-238.
Donders 2014
Y.M. Donders, 'Europa's voorvechter van economische en sociale rechten. Het Europees Comité voor Sociale Rechten', *Ars Aequi* 2014, p. 253-261.

Ebert & Oelz 2012
F.C. Ebert & M. Oelz, 'Bridging the gap between labour rights and human rights: The role of ILO law in regional human rights courts', *International Institute for Labour Studies* 2012, DP/212.
Eleveld 2015
A. Eleveld, 'Het recht op een bijstandsuitkering voor economisch niet-actieve EU-burgers na *Alimanovic:* het definitieve afscheid van de proportionaliteitstoets', *NtEr* 2015 nr. 10, p. 312-318.
Engbersen e.a. 2002
G. Engbersen, *Illegale vreemdelingen in Nederland. Omvang, overkomst, verblijf en uitzetting*, Rotterdam: RISBO Contractresearch BV/Erasmus Universiteit juni 2002.
Esser 2019
L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden; Serie E.M. Meijers Instituut, deel MI-325), Den Haag: Boom Juridisch 2019.
Esser & Vermeulen 2014
L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'Mensenhandel op een tweesprong. De omgang van rechters met de ruim geformuleerde mensenhandelgedraging in de delictsomschrijving van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr', *Delikt en Delinkwent* 2014/48, afl. 7, p. 512-528.

Fornassier & Torga 2013
M. Fornassier & M. Torga, 'The posting of workers: the perspective of the sending state', *EuZa* 2013, Bd. 6, p. 356-365.
FRA 2013
FRA, 'Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them, Annex', Luxembourg: FRA 2013.
FRA 2015
FRA, 'Severe labour exploitation-Workers moving within and into the European Union. States obligations and victims' rights, Luxembourg: FRA 2015.
FRA 2018a
FRA 'Out of sight – Migrant women exploited in domestic work, Luxembourg: FRA 2018.
FRA 2018b
FRA, 'Protection migrant workers from exploitation in the EU – Boosting workplace inspections', Luxembourg: FRA 2018.
FRA 2019
FRA, 'Protection migrant workers from exploitation in the EU: Protecting Workers perspectives', Luxembourg: FRA 2019.
Franssen 2015
E.J.A. Fransen, 'Annotatie bij Rb. Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 8 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:18', *JAR* 2015, nr. 29.
Fudge 2018
J. Fudge, 'Illegal Working, Migrants and Labour Exploitation in the UK', *Oxford Journal of Legal Studies* 2018, Vol. 38/3, p. 557-584.

Fudge & Herzfeld Olsson 2014
J. Fudge & P. Herzfeld Olsson, 'The seasonal workers directive', *European Journal of Migration and Law* 2014, nr.16, p. 439-466.

Gallagher 2008
A.T. Gallagher, 'Using international human rights law to better protect victims of human trafficking: The prohibition on slavery, servitude, forced labour and debt bondage', in: L.N. Sadat & M.P. Scarf, *The theory and practice of international criminal law: Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden: Martnus Nijhof 2008, p. 397-430.

Gallagher 2009
A.T. Gallagher, 'Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A response to James Hathaway', *Virginia Journal of International Law* 2009, Vol. 49/4, p. 789-848.

Gallagher 2010
A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*', Cambridge: University Press 2010.

Gardeniers e.a. 2015
J. Gardeniers, 'Arbeidsmigranten op de Limburgse arbeidsmarkt', Maastricht, februari 2015;

GRETA 2014
GRETA, 'Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Being by the Netherlands', Strasbourg: GRETA 2014(10).

GRETA 2018
GRETA, 'Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the Netherlands', Strasbourg, GRETA 2018(19).

GRETA 2019
GRETA, 'Human Trafficking for the Purpose of Labour Exploitation. Thematic Chapter of the 7th General Report on GRETA's Activities', Strasbourg, GRETA 2019.

Groenendijk 2015
K. Groenendijk, 'Equal treatment of workers from third countries: The added value of the Single Permit Directive', in P. Minderhoud & T. Strik (eds), *The Single Permit Directive: Central Themes and Problem Issues*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2015.

Groenendijk 2017
C.A. Groenendijk, 'Migratierecht is bijna helemaal Unierecht', *Asiel- & Migrantenrecht* 2017, nr. 8/9, p. 405-414.

Guild & Carrera 2013
E. Guild & S. Carrera, 'EU Borders and Their Controls: Preventing Unwanted Movement of People in Europe?', *CEPS Essays* 2013, nr. 6.

Hailbronner 2000
K. Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague: Kluwer Law International 2000.

Hatheway 2008
J.C. Hatheway, 'The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"', *Virginia Journal of International Law* 2008, Vol. 49/1, p. 1-59.

Heemskerk & Willemsen 2013
M. Heemskerk & E. Willemsen, 'Compensatie voor slachtoffers van mensenhandel', Fairwork,2013.

Heerma van Voss 2016
G. Heerma van Voss, 'The free movement of workers under discussion within the Social Council' in: B. Steunenberg, W. Voermans & S. Van den Bogaert (red), *Fit for the future*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016.
Home Office UK 2014
Home Office and Department for Business, Innovation & Skills, 'Impacts of migration on UK native employment: An analytical review of the evidence', Occasional Paper 109, March 2014.
Houwerzijl 2009
M. S. Houwerzijl, 'Verschillen in toepasselijk arbeidsrecht bij tijdelijke en structurele intracommunautaire arbeidsmigratie', In M. Houwerzijl, & H. Verschueren (Eds.), Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld, Onderneming en Recht 2009, No. 48, p. 159-189.
Houwerzijl 2011
M. S. Houwerzijl, 'Het arrest Vicoplus', *NtEr* 2011, afl. 8, p. 259- 265.
Houwerzijl 2014
M.S. Houwerzijl, 'Concurreren met behulp van detacheringsarbeid', In: J. Cremers, I. van den Burg, C. Hamans & A. Pilon (Eds.), *Voorbij de retoriek. Sociaal Europa vanuit twaalf invalshoeken*, Amsterdam: Van Gennip Amsterdam 2014, p. 92-106.
HRC 2012
HRC 2012, 'National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21, A/HRC/WG.6/13/NLD', UN 8 maart 2012.
HRC 2017
HRC, 'National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21', A/HRC/WG.6/27/NLD/', UN 27 februari 2017.

ILC/ILO 2012
ILC/ILO, 'Giving globalization a human face', ILC.101/III/1B.docx, Geneva: International Labour Office 2012.
ILO 2007
ILO, 'Eradication of forced labour. General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)', Geneva: International Labour Office 2007.
ILO 2008
ILO, 'General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization', Geneva: International Labour Office 2008.
ILO 2012
ILO, 'Indicators of forced labour', Geneva: International Labour Office 2012.
ILO 2014
ILO, 'Fair Migration: setting an ILO agenda', Geneva: International Labour Office 2014.
ILO 2018
ILO, 'Ending forced labour by 2030: a review of policies and programmes', Geneva: International Labour Office 2018.
ILO and Walk free foundation 2017
ILO and Walk free foundation, 'Global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage', Geneva: International Labour Office and Walk free foundation 2017.
ILO and Walk free foundation 2017a
ILO and Walk free foundation, 'Methodology of the global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage', Geneva: International Labour Office and Walk free foundation 2017.

De Jonge van Ellemeet 2007
H. de Jonge van Ellemeet, 'Slecht werkgeverschap of 'moderne slavernij, handhaving van een nader af te bakenen verbod', *Justitiële verkenningen* 2007, nr. 7, p. 107-119.
Juncker 2014
J-C. Juncker, 'Een nieuwe start voor Europa. Mijn agenda voor banen, groei, billijkheid en democratische verandering. Politieke beleidslijnen voor de volgende Europese Commissie', 15 juli 2014, Toespraak in het Europees Parlement.

Klaver, Van der Leun & Schreijenberg 2013
J. Klaver, J. van der Leun & A. Schreijenberg, 'Vooronderzoek oneigenlijk gebruik verblijfsregeling mensenhandel', Amsterdam: Regioplan 2013.
Koettl 2009
J. Koettl, 'Human trafficking, modern day slavery and economic exploitation. A Discussion on Definitions, Prevalence, Relevance for Development, and Roles for the World Bank in the Fight Against Human Trafficking', Special protection Discussion Paper No. 0911, The World Bank, May 2009.
Korvinus 2010
A.G. Korvinus e.a., 'Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273a Sr', *Trema* 2010, nr. 7, p. 286-290.
Kreijger 2015
P. Kreijger, 'Schijn bedriegt of juist niet? De introductie van de 'schijnzelfstandige' en de cao- exceptie', *M & M* 2015, nr. 1, p. 18-24.
Krop, De Lange & Tjebbes 2009
P. Krop, T. de Lange & M. Tjebbes, 'Richtlijn 2009/52/EG. Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders', *Migrantenrecht* 2009 nr. 08, p. 336-346.
Kullmann 2015
M. Kullmann, 'Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlijk werkland: over de verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn en de rol van de Handhavingsrichtlijn', *NiPR* 2015, afl. 2, p. 215-216.

Laagland 2020
F. Laagland, 'Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen: een analyse van Nederlands en Europees recht', *ArA* 2020, nr. 14/3, p. 26-49.
Lawson 2005
R.A. Lawson, 'Annotatie bij EHRM 26 juli 2005 (*Siliadin/Frankrijk*), *JV* 2005, nr. 425.
Lazorowicz 2014
Lazorowicz, 'A success story for the EU and seasonal workers' rights without reinventing the wheel', *EPC*, Policy Brief 28 maart 2014.
Lestrade 2012
S.A.J. Lestrade, 'Annotatie bij EHRM 13 november 2012, nr. 4239/08 (*C.N./Verenigd Koninkrijk*)', *EHRC* 2013, nr. 73.
Lestrade 2018
S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland. Een toetsing op basis van internationale en Europese mensenrechten, anti-mensenhandelregelgeving en de grondslagen van het strafrecht* (diss. Nijmegen; Serie Staat en Recht, deel 39), Deventer: Wolters Kluwer 2018.
Lestrade & Rijken 2014
S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald', *Delikt en Delinkwent* 2014, nr. 64, p. 665-681.

Lettinga, Keulemans & Smit 2013
D. Lettinga, S.A.C. Keulemans & M. Smit, 'Verblijfsregelingen voor slachtoffers van mensenhandel en oneigenlijk gebruik Een verkennende studie in het Verenigd Koninkrijk, Italië en België', Den Haag: WODC-Cahier 2013-3.

Marten 2005
S. Martin, 'The legal and normative framework of international law', Global Commission on International Migration, 2005.

Martens & Van den Brink 2013
E.D.I. Martens & S.M. van den Brink, 'Van signaal tot tenlastelegging? Uitdagingen in de opsporing, vervolging en berechting van mensenhandel', *Strafblad* 2013, nr. 11/3, p. 195-204.

McGauran e.a. 2016
K. McGauran e.a., 'Profiting from dependency. Working conditions of Polish migrant workers in the Netherlands and the role of the recruitment agencies', SOMO & Fair Work, juni 2016.

Morsink 2010
J. Morsink, *Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2010.

Murphy, M Doyle & Murphy 2020
C. Murphy, D. M Doyle & M. Murphy, 'Still Waiting' for Justice: Migrant Workers' Perspectives on Labour Exploitation in Ireland', Industrial Law Journal 2020, Vol 49, Issue 3, p. 318-351.

Nanopoulos, Guild & Weatherhead 2018
N. Nanopoulos, E. Guild & K.T. Weatherhead, 'Securitisation of Borders and the UN's Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration', Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper 2018, nr. 270.

NRM 2012
NRM, 'Mensenhandel. Jurisprudentie mensenhandelzaken 2009-2012. Een analyse', Den Haag: NRM 2012.

NRM 2014
NRM, 'Mensenhandel in en uit beeld. Cijfermatige rapportage 2008-2012', Den Haag: NRM 2014.

NRM 2017
NRM, 'Slachtoffer monitor mensenhandel 2012 – 2016', Den Haag: NRM 2017.

NRM 2020
NRM, 'Slachtoffermonitor mensenhandel 2015 – 2019', Den Haag: NRM 2020.

NRM 2021
NRM, 'Dadermonitor mensenhandel 2015 – 2019', Den Haag: NRM 2021.

NRM 2021a
NRM, 'Arbeidsuitbuiting', Den Haag: NRM 2021.

Obokata 2006
T. Obokata, *Trafficking of human beings from a human rights perspective*, Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

OHCHR 2010
OHCHR, 'Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking. Commentary', New York and Geneva: United Nations 2010.

OHCHR 2014
OHCHR, Human Rights and Human Trafficking Fact Sheet no. 36, United Nations, New York and Geneva: United Nations 2014.

Oosterom-Staples 2016
H. Oosterom-Staples, 'Is de bestaansmiddeleneis de achilleshiel van het recht op vrij verkeer van personen?', *NtEr* 2016, nr. 6, p. 203-210.

Pennings 2015
F.J.L. Pennings, 'Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn)zelfstandigen: de zaak FNV-Kiem', *NtER* 2015, alf. 21/4, p. 111-116.
Pennings 2019
F.J.L. Pennings, 'Mogelijkheden voor verbetering van de positie van zzp'ers', in: L. Holtus (ed.), *Deining in balie, rechtspraak en academie*, Den Haag: Sdu 2019, p. 223-232.
Postma & Van Wijk 2012
D. Postma & J. van Wijk, 'Op het land in plaats van achter het raam
Aard en omvang van arbeidsuitbuiting in Nederland', *PROCES* 2012, nr. 91/5, p. 327-339.

Raz 1984
J. Raz, 'On the nature of rights', *Mind* 1984, Vol. 93/370, p. 194-214.
Rijken 2011
C. Rijken (ed), *Combating Trafficking in Human Beings for labour exploitation*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.
Rijken 2015
C. Rijken, 'Legal Approaches to Combating the Exploitation of Third-Country National Seasonal Workers', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2015, 31/4, p. 431-452.
Rijken 2018
C. Rijken, 'When bad labour conditions become exploitation. Lessons learnt from the Chowdury case', in: C. Rijken & T. de Lange (eds.), *Towards a decent labour market for low-waged migrant workers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2018.
Rijken & De Volder 2009
C. Rijken & E. de Volder, 'The European Union's struggle to realize a human rights-based approach to trafficking in human beings. A call on the EU to take THB-sensitive action in relevant areas of law', *Conneticut Journal of Int'Law* 2009, Vol. 25;49, p. 49-79.
Rijken & De Volder 2014
C. Rijken & E. de Volder, *De Nederlandse Agrarische Sector in kaart*, Tilburg Law School 2014.
Rijken, Van Dijk & Klerx-van Mierlo 2013
C. Rijken, J. van Dijk & F. Klerx-van Mierlo, *Mensenhandel: het slachtofferperspectief. Een verkennende studie naar behoeften en belangen van slachtoffers mensenhandel in Nederland*, Tilburg: Intervicit 2013.
Rijken & De Lange 2018
C. Rijken & T. de Lange, *Towards a Decent Labour Market for Low-Waged Migrant Workers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2018.
Rodrigues 2016
P.R. Rodrigues, *Zorgen voor uitgeprocedeerde vreemdelingen* (Thorbeckecollege-41), Mechelen: Wolters Kluwer 2016.
Roemer 2020
Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, 'Eerste aanbevelingen', 11 juni 2020.
Roemer 2020a
Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, 'Geen tweederangsburgers. Aanbevelingen om misstanden bij arbeidsmigranten in Nederland tegen te gaan', 30 oktober 2020.
Ruhs & Martin 2008
M. Ruhs & P. Martin, 'Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Programs', *IMR* 2008, Vol. 42, nr.1, p. 249-265.

Scarpa 2008
S. Scarpa, *Trafficking in human beings. Modern slavery*, Oxford: University Press, 2008.
Schans, Galloway & Lansang 2014
J.M.D. Schans, M. Galloway & L. Lansang, 'Au pairs in Nederland. Culturele uitwisseling of arbeidsmigratie?', Den Haag: WODC Cahier 2014-2.
Schout, Wiersma & Gomes Neto 2016
A. Schout, J.M. Wiersma & M. Gomes Neto, 'De Europese Asscher-agenda: een politiek en economisch mijnenveld?', *Internationale spectator* 2016.
SER 2014
SER, 'Arbeidsmigratie', Advies 14/09, december 2014.
Sheldon-Sherman 2012
J. Sheldon-Sherman, 'The Missing 'P': Prosecution, Prevention, Protection, and Partnership in the Trafficking Victims Protection Act', *Penn State Law Review* 2012 Vol. 117, No. 443, p. 443-501.
Slingenberg 2015
L. Slingenberg, 'Resolutie Comité van Ministers 15 april 2015, CM/ResChS(2015)5. Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie', *Asiel- & Migrantenrecht* 2015, nr. 3, p. 132-134.
Smit & Boot 2007
M. Smit & M. Boot, 'Het begrip mensenhandel in de Nederlandse context; achtergronden en reikwijdte', *Justitiële Verkenningen* 2007, nr. 7, p. 10-22.
Snel, Faber & Engbersen 2013
E. Snel, M. Faber & G. Engbersen, 'Maatschappelijke positie van Midden- en Oost-Europese arbeidsmigranten', *Justitiële Verkenningen* (themanummer over arbeidsmigratie) 2013, nr. 6, p. 62-76.
Staring & Aarts 2010
R. Staring & J. Aarts, 'Werken in de marge. Illegaal vebrlijvende jongeren in Nederland', *Justitiële Verkenningen* 2010, jrg. 36 nr. 7, p. 43-55.
Stoyanova 2012
V. Stoyanova, 'Dancing on the borders of article 4: Human trafficking and the European court of Human Rights in the Rantsev case', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2012, Vol. 30/2, p. 163-194.
Stoyanova 2017
V. Stoyanova, 'Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR', *EJIL* 26 april 2017.
Swepston 2014
L. Swepston, 'Forced and compulsory labour in international human rights law', Geneva: ILO 2014.

Thörnqvist 2015
C. Thörnqvist, 'Welfare States and the Need for Social Protection of Self-Employed Migrant Workers in the EU', *International Journal of Comparative Law and Industrial relations 31* 2015, afl. 4, p. 391-410.
Tielbaard, Van Meeteren & Commandeur 2016
N. Tielbaard, M. van Meeteren & X. Commandeur, 'Slachtoffer van arbeidsuitbuiting? Een kwalitatieve studie naar ideaaltypische trajecten die leiden tot zelfidentificatie als slachtoffer van mensenhandel', *Tijdschrift voor Criminologie* 2016, nr. (58) 2, p. 36-53.

UNODC & NRM 2017
UNODC & NRM, 'Monitoring Target 16.2 of the United Nations' Sustainable Development Goals; A multiple systems estimation of the numbers of presumed human trafficking victims

in the Netherlands in 2010-2015 by year, age, gender, form of exploitation and nationality', Vienna: UNODC 2017.

Van Benthem & Tieben 2018
M. van Benthem & B. Tieben, 'Toegangswaarde. De maatschappelijke kosten en baten van het Schengen-visumbeleid voor Nederland', Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2018.

Van den Berge 2018
W. van den Berge, 'Verdringing op de arbeidsmarkt. Beschrijving en beleving', Den Haag: Centraal Planbureau/Sociaal & Cultureel Planbureau 2018.

Van den Eeckhout 2009
V. Van den Eeckhout, 'Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen vrij verkeer van personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en non-discriminatie', 2009. http://media.leidenuniv.nl/legacy/tra-uitgebreide-vers.def.3-2-09.pdf.

Van den Eeckhout 2012
V. Van den Eeckhout, 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij)', *ARBAC* 2012.

Van den Eeckhout 2015
V. Van den Eeckhout, 'The 'right' way to go in international labour law – and beyond', 2015.

Van den Eeckhout 2016
V. Van den Eeckhout, Modellering van Internationaal privaatrecht – Een enkele ipr-technische aantekening bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsichtlijn, *NJB*-Blog, 5 april 2016.

Van der Heijden 2014
P.F. van der Heijden, 'Uitbreiding van handhavingsmechanismen van fundamentele arbeidsrechten. Is meer ook beter', *NJB* 2014, nr. 12, p. 768-775.

Van der Heijden e.a. 2020
P.G.M. van der Heijden e. a., 'Schattingen onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen 2017-2018', Utrecht: WODC 2020.

Van der Hoeven & Van Meeteren
A.M. van der Hoeven & M.J. van Meeteren, 'Verbetert het cabinekampeerverbod de verblijfsomstandigheden van internationale vrachtwagenchauffeurs tijdens hun rust van 45 uur? Over de implicaties van de beslissing van het HvJ EU in Vaditrans', *ArA* 2020, nr. 14/1, p. 32-54.

Van der Leun & Schijndel 2012
J. van der Leun & A. Schijndel, 'Uitbuiting uit zicht? Getuigenverklaringen van gesmokkelde migranten nader bekeken aan de hand van indicatoren voor mensenhandel', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2012, nr. 11/3, p. 20-37.

Van Hoek 2014
A.A.H. van Hoek, 'Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union', *ELR* 2014, afl. 3, p. 157-169.

Van Hoek 2016
A.A.H. van Hoek, Internationaal privaatrecht in/en de interne markt – het blijft tobben?!, editorial, *NiPR* 2016, afl. 2, p. 223-225.

Van Hoek & Houwerzijl 2011
A.A.H. van Hoek & M. Houwerzijl, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2011.

Van Krimpen 2010
L. van Krimpen, 'Mensenhandel en arbeidsuitbuiting, Recente ontwikkelingen in de jurisprudentie', *Justitiële verkenningen* 2010, nr. 2, p. 56-67.

Van Meeteren 2013
M. van Meeteren, Illegale migranten en informele arbeid in België en Nederland, *Cahiers Politiestudies* 2013-4, nr. 29, p. 51-70.
Van Sasse van Ysselt 2013
P. van Sasse van Ysselt, Slavernij en slavenhandel: verboden maar niet voorbij, *NJB* 2013, nr. 26, p. 1694-1701.
Vennik & Schoneveld 2018
M.I. Vennik & E. Schoneveld, 'Gebreken van de procedure voor het visum kort verblijf', *Asiel- & Migrantenrecht* 2018, nr. 8, p. 356-362.
Verschueren 2014
H. Verschueren, 'De interne markt en de arbeidsrechtelijke normconcurrentie', *SEW* 2014, afl. 12, p. 550-564.
Verschueren 2018
H. Verschueren, 'Employment and social security rights of third-country nationals under the EU labour migration directives', *European Journal of Social Security* 2018. Vol. 20 afl. 2, p. 100-115.

Wallraff 1985
G. Wallraff, *Ganz Unten*, Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1985.
Weitzer 2015
R. Weitzer, ´Human Trafficking and Contemporary Slavery', *Annual Review of Sociology* 2015, nr. 41, p. 223-242.
Wertheimer 1996
A. Wertheimer, *Exploitation*, New Jersey: Princeton University Press 1996.
Wickramasekara 2011
P. Wickramasekara, 'Circular migration: A Triple Win or a Dead End', *Global Union Research Network*, Geneva: ILO 2011.
Working Lives Research Institute 2012
Working Lives Research Institute, 'Study on precarious work, carried out for the European Commission (VT/2010/084)', London Metropolitan University, april 2012.

Zapata-Barrero, Faúndez García & Sanchez-Montijano 2012
R. Zapata-Barrero, R. Faúndez García & E. Sanchez-Montijano, 'Circular Temporary Labour Migration: Reassessing Established Public Policies', *International Journal of Population Research* 2012.
Zoeteweij 2016
M. Zoeteweij, 'The Principle of (In)equality in EU Labour Migration Law', *European (Legal) Studies on-line papers* 2016, Vol. 5, Issue 3.
Zwolinski & Wertheimer 2017
M. Zwolinski & A. Wertheimer, 'Exploitation', in: E.N. Zalta, *The standard Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2017.

Jurisprudentie

INTERNATIONAAL

Amerika:

Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens
· IAHRM 20 oktober 2016, C-318 (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde/Brazilië*)

Europa:

Comité van Ministers
· Comité van Ministers 7 juli 2010, CM/ResChS(2010)6 *(DCI/Nederland*)
· Comité van Ministers 15 april 2015, CM/ResChS(2015)5 (*CEC/Nederland*)

Europees Comité Sociale en Culturele Rechten
· ECSR 20 oktober 2009, 47/2008 *(DCI/Nederland*)
· ECSR 1 juli 2014, 90/2013 (*CEC/Nederland*)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
· EHRM 23 november 1983, 8919/80 (*Van der Mussele/België)*
· EHRM 28 mei 1985, 30471/08 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*)
· EHRM 30 oktober 1991, 13163/87 (*Vilvarajah e.a./Verenigd Koninkrijk*)
· EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*)
· EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*)
· EHRM 1 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*)
· EHRM 17 januari 2012, 8139/09 (*Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk*)
· EHRM 31 juli 2012, 40020/03 (*M. e.a./Italië en Bulgarije*)
· EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*)
· EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./Verenigd Koninkrijk*)
· EHRM 18 februari 2014, 13950/12 (*O.G.O./Verenigd Koninkrijk*)
· EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland)*
· EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*)

Europese Unie:

Hof van Justitie van de EU
· HvJ EG 17 december 1981, C279/80 (*Webb*)
· HvJ EG 17 april 1986, C-59/85 (*Reed*)
· HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Lawrie-Blum*)
· HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (*Rush Portuguesa*)
· HvJ EG 21 december 1999, C-67/96 (*Albany*)
· HvJ EG 18 december 2007, C- 341/05, (*Laval)*
· HvJ EG 2 april 2008, C-346/06 (*Rüffert*)

· HvJ EG 4 juni 2009, C-22/08 en C-23/08 (*Vatsouras en Koupatantze*)
· HvJ EU 19 februari 2011, C-307/09 (*Vicoplus*)
· HvJ EU 24 april 2012, C-571/10 (*Kamberaj*)
· HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 (*Schlecker*)
· HvJ EU 19 december 2013, C-84/12 (*Koushkaki*)
· HvJ EU 10 september 2014, C-270/13 (*Haralambidis*)
· HvJ EU 11 september 2014, C-91/13 (*Essent*)
· HvJ EU 11 november 2014, C-333/13 (*Dano*)
· HvJ EU 4 december 2014, C-413/'13 (*FNV Kiem*)
· HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliittory*)
· HvJ EU 15 september 2015, C-67/14 (*Alimanovic*)
· HvJ EU 25 februari 2016, C-299/14 (*Jovanna García-Nieto*)
· HvJ EU 21 juni 2017, C-449/16 (*Martinez Silva*)
· HvJ EU 20 december 2017, C-442/16 (*Gusa*)
· HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17 (*Commissie/Duitsland*)
· HvJ EU 1 december 2020, C-815/18 (*FNV/Van den Bosch*)
· HvJ EU 8 december 2020, C-620/18 en C-626/18 (*Hongarije en Polen/Europees Parlement*)

NATIONAAL

Hoge Raad:
· HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097 (BI7099)
· HR 24 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309
· HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:556
· HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1945
· HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:383
· HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:492

Procureur Hoge Raad:
· PHR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7097 (BI7099)
· PHR 16 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:340

Gerechtshof:
· Hof 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2999 (BC3000)
· Hof 's-Gravenhage 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010: BK9406
· Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2010, ECLI:NL:GHSHe:2010:BN7215
· Hof Arnhem 29 juni 2011, ECLI:NL: GHARN:2011:BQ9784 (BQ9793, BQ9861)
· Hof 's-Gravenhage 7 oktober 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3540
· Hof 's-Gravenhage 24 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1712
· Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0599
· Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2223 (2256, 2257)
· Hof Arnhem-Leeuwarden 23 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10098
· Hof Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3153
· Hof Amsterdam 16 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5035 (5039)
· Hof Amsterdam 24 november 2016, ECLI:NL:GMDHA:2016:4394
· Hof Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2189
· Hof Den Haag 24 mei 2017, ECLI:NL:GMDHA:2017:1524 (1525)
· Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1971
· Hof Arnhem 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:661
· Hof Arnhem Leeuwarden 26 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1659
· Hof Den Haag 16 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:1284 (1285, 1286, 1297)

· Hof Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2351
· Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1604
· Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206

Rechtbank:
· Rb. 's-Gravenhage 21 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ2707
· Rb. 's-Hertogenbosch 8 maart 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA0141 (BA0145)
· Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5303
· Rb. 's-Gravenhage 14 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC1195
· Rb. Zeeland 29 april 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD0846, BD0857 (BD0860)
· Rb. Utrecht 17 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD7426
· Rb. Leeuwarden 10 februari 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BH2373
· Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ1281 (BJ1279)
· Rb. 's-Gravenhage 3 mei 2010, ECLI:RBSGR:2010:BM3374
· Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2010, ECLI:RBSGR:2010:BM4240
· Rb. Leeuwarden 13 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN1233
· Rb. Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985
· Rb. 's-Gravenhage 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR3337
· Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6501
· Rb. Alkmaar 8 december 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BU8348 (BU8346)
· Rb. Zeeland 14 december 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2188
· Rb. Overijssel 28 januari 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013: BY9738
· Rb. Amsterdam 18 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9113
· Rb. Noord-Nederland 25.juni 2013, ECLI:NL: RBNNE:2013:3918
· Rb. Limburg 3 juli 2013, ECLI:NL:RBLI:2013:4158
· Rb. Overijssel 28 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2951
· Rb. Amsterdam 3 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8010 (8461)
· Rb. Amsterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:717
· Rb. Rotterdam 22 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7825
· Rb. Zeeland-West Brabant 19 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6563
· Rb. Gelderland 15 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7746 (7747)
· Rb. Oost-Brabant 8 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:18
· Rb. Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:456
· Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:996 (997)
· Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:ERZWB:2015:813
· Rb. Rotterdam 1 juni 2015, ECLI:NL:ROT:2015:3785
· Rb. Overijssel 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3865
· Rb. Gelderland 28 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6045
· Rb. Den Haag 28 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1968
· Rb. Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2367
· Rb. Rotterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:ROT:2015:1688
· Rb. Limburg 10 november 2016, ECLI:NL:RBLI:2016:9600 (9599, 9601, 9602, 9615, 9643)
· Rb. Oost-Brabant 29 november 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6594 (6595)
· Rb. Rotterdam 10 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:339
· Rb. Amsterdam 2 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3807
· Rb. Amsterdam 29 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4592 (4595)
· Rb. Rotterdam 28 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6451
· Rb. Noord-Nederland 2 oktober 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3755
· Rb. Overijssel 16 oktober 2017, ECLI:NL: RBOVE:2017:3888
· Rb. Overijssel 22 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:557
· Rb. Amsterdam 1 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1117
· Rb. Amsterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1631 (1636, 1637, 1638)

· Rb. Amsterdam 3 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1944 (1960)
· Rb. Amsterdam 20 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6721
· Rb. Den Haag 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12549
· Rb. Noord-Nederland 18 december 2018, RBNNE:2018:5199 (5201)
· Rb. Amsterdam 25 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1413 (1418)
· Rb. Amsterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1619 (1620)
· Rb. Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1663

Bijlage: tekst artikel 273f Sr

Artikel 273f Sr

1 Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie gestraft:

1°. degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen;

2°. degene die een ander werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

3°. degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling;

4°. degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt;

5°. degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling of zijn organen tegen betaling beschikbaar te stellen dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van die handelingen of zijn organen tegen betaling beschikbaar stelt, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

6°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander;

7°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de verwijdering van organen van een ander, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat diens organen onder de onder 1° bedoelde omstandigheden zijn verwijderd;

8°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met of voor een derde tegen betaling of de verwijdering van diens organen tegen betaling, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

9°. degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt dan wel beweegt hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens seksuele handelingen met of voor een derde of van de verwijdering van diens organen.

2 Uitbuiting omvat ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, met inbegrip van bedelarij, slavernij en met slavernij te vergelijken praktijken, dienstbaarheid en uitbuiting van strafbare activiteiten.

3 De schuldige wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien:
1°. de feiten, omschreven in het eerste lid, worden gepleegd door twee of meer verenigde personen;

2°. degene ten aanzien van wie de in het eerste lid omschreven feiten worden gepleegd een persoon is die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel een ander persoon is bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt;

3°. de feiten, omschreven in het eerste lid, zijn voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.

4 Indien een van de in het eerste lid omschreven feiten zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

5 Indien een van de in het eerste lid omschreven feiten de dood ten gevolge heeft, wordt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

6 Onder kwetsbare positie wordt mede begrepen een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan.

7 Artikel 251 is van overeenkomstige toepassing.

Curriculum vitae

Gerrie Lodder is geboren in 1963 in Zwolle. In 1981 behaalde zij haar vwo-diploma aan het Rijnlands Lyceum in Oegstgeest. Daarna volgde zij de opleiding Muziek & Beweging aan het Conservatorium in Rotterdam en studeerde zij van 1986 tot 1992 Politicologie aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam. In het kader van haar afstuderen deed zij onderzoek in Indonesië naar de ontwikkeling van de bevolkingsregistratie in het licht van het proces van staatsvorming. Van 1994 tot 1998 studeerde Gerrie rechten aan de Universiteit Leiden. Zij werkte van 1994 tot en met 2000 bij Vluchtelingenwerk Rijnmond, vanaf 1996 als hoofd van de afdeling Juridische zaken. Sinds 1 november 2000 is zij als docent en onderzoeker werkzaam bij de rechtenfaculteit van de Universiteit Leiden. Eerst bij het Instituut voor Immigratierecht en sinds 1 januari 2020 bij het Europa Instituut. Gerrie verzorgt diverse vakken voor bachelor- en masterstudenten en geeft postacademisch onderwijs aan professionals. Zij is auteur van het tekstboek *Vreemdelingenrecht in vogelvlucht* en co-auteur van het boek *European Migration Law.* Gerrie publiceert onder andere op het gebied van gezinshereniging en regulier vreemdelingenrecht en heeft de wetsevaluaties Juridische aspecten van de Wet inburgering buitenland (2009) en de Wet modern migratiebeleid (2019) uitgevoerd. In 2014 is zij gestart met proefschriftonderzoek op het gebied van arbeidsuitbuiting van migranten.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2020, 2021 en 2022 verschenen:

MI-349 N. Strohmaier, *Making Sense of Business Failure. A social psychological perspective on financial and legal judgments in the context of insolvency*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-350 S. Kouwagam, *How Lawyers Win Land Conflicts for Corporations. Legal Strategy and its Influence on the Rule of Law in Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-351 A.D. Sarmiento Lamus, *The proliferation of dissenting opinions in international law. A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and the IACtHR*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-352 B. Ribeiro de Almeida, *Building land tenure systems. The political, legal, and institutional struggles of Timor-Leste*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-353 K.A.M. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen. Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van de ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020

MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7

MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-356 N. Sánchez, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1

MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4

MI-358 J. Reef, M. Jeltes & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7

MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 8710

MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the Case of Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5

MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4

MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier 2021, ISBN 978 90 8216 072 7

MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021

MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 2723

MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism – Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: – A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5

MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978-94-6290-965-6

MI-372 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk,* (diss. Leiden), Zutphen, Uitgeverij Paris bv 2021, ISBN 978 94 6251 270 2

MI-373 L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 978 6

MI-374 F. Behre, *A European Ministry of Finance? Charting and Testing the National Constitutional Limits to EU Fiscal Integration*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-375 R. Spence, *Collateral transactions and shadow banking* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-376 B.H.M. Custers, F. Dechesne & S. van der Hof (red.), *Meesterlijk. Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Jaap van den Herik,* Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-377 E. Campfens, *Cross-border claims to cultural objects. Property or heritage?*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven 2021, ISBN 978 94 6236 250 5

MI-378 S.R. Bakker, *Uitzonderlijke excepties in het strafrecht. Een zoektocht naar systematiek bij de beslissingen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten,* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 998 4, ISBN 978 90 5189 194 2 (e-book)

MI-379 M. Gkliati, *Systemic Accountability of the European Border and Coast Guard. The legal responsibility of Frontex for human rights violations,* (diss. Leiden), Alblasserdam: Ridderprint 2021

MI-380 C.-I. Grigorieff, *The Regime for International Air Carrier Liability. To what Extent has the Envisaged Uniformity of the 1999 Montreal Convention been Achieved?,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-381 M. Stam, *Essays on Welfare Benefits, Employment, and Crime,* (diss. Leiden)

MI-382 C.M.F. Mommers, *Voluntary return and the limits of individual responsibility in the EU Returns Directive,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 583 0

MI-383 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6290 152 0

MI-384 B.L. Terpstra, *Instrumental and normative pathways to compliance. Results from field research on moped drivers,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-385 Q. Mauer, *Application, Adaptation and Rejection. The strategies of Roman jurists in responsa concerning Greek documents*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022

MI-386 F. Tan, *The Duty to Investigate in Situations of Armed Conflict. An examination under international humanitarian law, international human rights law, and their interplay*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-387 G.G. Lodder, *Recht doen of Recht hebben. Een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 679 0