



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).

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 precare 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. Bergehe 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 schatting¹⁷ 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 werken³² 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

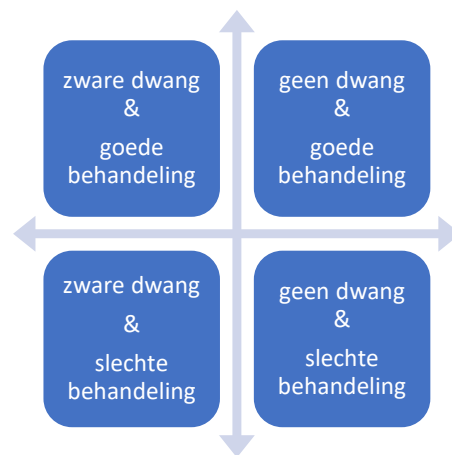
56 Een nadere invulling van deze begrippen kan gevonden worden in de diverse ILO conventies ten aanzien van gedwongen arbeid (ILO C029 – Forced Labour Convention, 1930 en ILO C105 – Abolition of Forced Labour Convention, 1957), kindarbeid (ILO C138 – Minimum Age Convention, 1973 en ILO C182 – Worst Forms 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 Crime. 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 mensenhandel⁷⁰ (hierna: Europees Mensenhanderverdrag), 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 aannname 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 hulpen⁸⁶ en zeevarenden,⁸⁷ tot onderwerpen als werktijden,⁸⁸ ontslag⁸⁹ 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 verblijf⁹⁸ 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 mensen-smokkel¹⁰¹ en 'illegale' tewerkstelling.¹⁰²

Anderzijds kan in een migratierechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting 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.

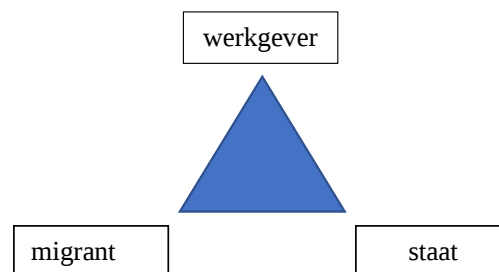
102 Zie bijv. in de EU: Artikel 10 Richtlijn 2009/52/EG. 'Illegale tewerkstelling' wordt in deze richtlijn gedefinieerd als tewerkstelling van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land (artikel 2 sub 2 Richtlijn 2009/52/EG). Zie voor Nederland de strafbepaling ten aanzien van 'illegale'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

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

recht¹⁰⁴ 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 uitbuiters 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 uitbuiters 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 uitbuiters is, maar een ander. Zie bijv. de zaak Rb. Zeeland-West Brabant 19 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6563, waar de uitbuiters 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 uitbuiters 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 mensenrechtenverdragen 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 uitzonderlijke 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 clause 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 invoeren 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 uitgangspunt 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 Unie¹³⁵ 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 uitbuitings-situaties’.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 migranten¹⁵¹ 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.

