



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).

6 | Het toetsingskader toegepast

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

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

Het toetsingskader is ingedeeld op basis van drie verschillende manieren van invloed die de staat heeft op de relatie tussen de migrant en de werkgever. Deze zijn: a) invloed door het stellen van normen voor de behandeling van de migrant door de werkgever; b) het toekennen of weigeren van rechten op verblijf, werk en bijstand die de positie van de migrant ten opzichte van de werkgever versterken of verzwakken, en c) de bescherming die de staat biedt aan migranten in een situatie van arbeidsuitbuiting.

In onderstaande paragrafen worden de deelvragen, ingedeeld naar de drie manieren van invloed, per rechtsgebied besproken op basis van de bevindingen uit de hoofdstukken 2 tot en met 5.

6.1 NORMEN VOOR DE BEHANDELING IN EEN ARBEIDSRELATIE

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

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

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

6.1.1 Arbeidsnormen in het mensenrechteninstrumentarium

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

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

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

6.1.1.1 Invulling van de normen in de mensenrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting

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

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

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

1 ILO 2012.

2 EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. en V./Frankrijk*).

3 EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 91.

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

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

6.1.1.2 *Dwang en kwetsbaarheid in het mensenrechtelijk instrumentarium*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10 ILO 2012, p. 5.

11 ILO 2012, p. 17.

12 Zie bijv. ILO 2018, p. 24.

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

6.1.2 Arbeidsnormen in het strafrecht

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

6.1.2.1 *Invulling van de normen in de strafrechtelijke benadering van arbeidsuitbuiting*

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

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

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

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

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

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

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

6.1.2.2 Dwang en kwetsbaarheid in de strafrechtelijk aanpak

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

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

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

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

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2257.

19 Artikel 2 lid 2 Richtlijn 2011/36/EU.

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

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

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

6.1.3 Arbeidsnormen in het vrij verkeer voor Unieburgers

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

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

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

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

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

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

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

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

21 Met uitzondering van betrekking in overheidsdienst, artikel 45 lid 4 VWEU.

22 Working Lives Research Institute 2012, p. 27.

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

6.1.4 Arbeidsnormen in het migratierecht voor derdelanders

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

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

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

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

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

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

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

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

6.1.5 Schematisch overzicht arbeidsnormen

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

25 Zie bijvoorbeeld preambule overweging 7 Richtlijn 2014/36/EU.

26 Richtlijn 2009/52/EG.

27 Artikel 2 sub i Richtlijn 2009/52/EG.

Tabel 3: Overzicht beschermde normen

		Normen	Mate	Dwang
MR	Verbod op uitbuiting	• Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid • Mensenhandel	'Niet elke afgedwongen arbeid' 'Disproportionele belasting' 'Excessieve werk-omstandigheden'	Ja, van slavernij tot gedwongen arbeid in afnemende mate
	Sociaal-economische rechten	• Gunstige arbeidsvoorwaarden en beloning • Recht op gelijke beloning • Recht op gelijke behandeling in werk	'Voldoende om niet in armoede te leven', 'Mens is geen koopwaar', 'Menselijke waardigheid'	Nee
SR		Mensenhandel waarbij uitbuiting bestaat uit: • Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid	'Aard en duur van tewerkstelling + economisch voordeel', 'Mondige Nederlander', 'Excessief en onaanvaardbaar'	Ja
VVU	Werknemers	Volledig gelijke behandeling	n.v.t.	Nee
	Zelfstandigen	Eigen verantwoordelijkheid Schijnzelfstandigheid	n.v.t. normen voor werknemers	Nee
	Gedetacheerde	Gelijke behandeling	Ten minste basisnormen	Nee
MRD	Rechtmatig verblijf	Gelijke behandeling	Ten minste basisnormen	Nee
	Rechtmatig kort verblijf + divers	Niet geregeld in MRD		
	Onrechtmatig	Uitbetaling salaris	'Legaal tewerkgestelde migrant'	Nee
		Arbeidsgerelateerde uitbuiting	'Wanverhouding', i.s.m. waardigheid', 'vergelijkbaar met mensenhandel'	Onduidelijk

MR = mensenrechteninstrumentarium; SR = strafrecht; VVU = vrij verkeer voor Unieburgers; MRD = migratierecht voor derdelanders

6.2 RECHTEN OP VERBLIJF, WERK EN BIJSTAND

In deze paragraaf wordt een antwoord gegeven op de vragen die zien op een recht op verblijf, een recht om te werken en het recht op een vorm van bijstand. Onder bijstand wordt verstaan vergoedingen in geld of natura die een bestaansminimum garanderen. Deze rechten kunnen de positie van migranten tegenover de werkgever versterken en hun afhankelijkheid van de werkgever verkleinen. Dit kan bijdragen aan het voorkomen van arbeidsuitbuiting. De vragen dienen zo gelezen te worden, dat het telkens gaat om de vraag of een recht bestaat in de EU en/of in Nederland in het bijzonder. Op grond van het strafrecht kunnen alleen rechten aan een migrant worden verleend als er sprake is van arbeidsuitbuiting. Het strafrecht blijft daarom in deze paragraaf buiten beschouwing. De rechten die migranten hebben als ze in een situatie van arbeidsuitbuiting verkeren, worden in paragraaf 6.3 besproken.

De deelvragen die in deze paragraaf per rechtsgebied aan bod komen luiden:

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

De drie deelvragen worden gecombineerd per rechtsgebied besproken, waarbij aandacht wordt besteed aan het soort recht dat een migrant eventueel heeft. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen een recht op resultaat, een recht op inspanning, een voorwaardelijk recht met of zonder discretie en een volledig discretionair recht.

6.2.1 Recht op verblijf, werk en bijstand in het mensenrechteninstrumentarium

Op basis van het mensenrechteninstrumentarium zijn staten in beginsel vrij om zelf te bepalen of zij migranten tot hun grondgebied toelaten en verblijf geven. Op dit beginsel gelden enkele uitzonderingen waarvan het verbod van refoulement het meest omvattend is. Een beroep op artikel 3 EVRM kan wel succesvol zijn in geval van een reëel risico op repercussies van mensenhandelen of hernieuwde rekrutering voor mensenhandel in het land van herkomst.²⁸ Als is vastgesteld dat er sprake is een risico op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling indien betrokkene zou worden teruggestuurd,

28 Zie: EHRM 18 februari 2014, 13950/12 (O.G.O./Verenigd Koninkrijk).

dan heeft de staat geen beoordelingsruimte meer om een andere afweging te maken. De migrant heeft een recht om niet te worden teruggestuurd.

Een beroep op een verblijfsrecht op grond van het recht op gezinsleven is voor niet-rechtmatig verblijvende migranten met gezinsleven in het gastland een onzekere weg. Staten krijgen hier een ruime beoordelingsmarge van het EHRM, zodat niet gesproken kan worden van een recht, of voorwaardelijk recht op verblijf. Verblijf op grond van het mensenrechtelijk recht op gezinsleven, is slechts te kwalificeren als een voorwaardelijk discretionair recht. Op grond van het mensenrechteninstrumentarium kan geen recht op toelating voor werkgerelateerd verblijf worden afgeleid.

Hoewel verschillende instrumenten in het mensenrechteninstrumentarium toegang tot werk als een recht formuleren,²⁹ behelst dit niet een gegarandeerd recht voor een individu, maar een inspanningsverplichting voor de staat. Bovendien is het ESH niet van toepassing op migranten die onrechtmatig verblijven.³⁰ Alleen voor als vluchteling erkende personen kan op basis van het Vluchtelingenverdrag een recht op toegang tot werk afgeleid worden.³¹

Een recht op een vorm van sociale bijstand kan niet uit het mensenrechteninstrumentarium gedestilleerd worden. Hoewel in verschillende instrumenten een recht op bijstand op het niveau van basisvoorzieningen is neergelegd,³² zijn deze rechten niet afdwingbaar op individueel niveau en impliceren geen resultaatsverplichting voor de staat. Deze rechten zijn bedoeld als een inspanningsverplichting, gericht aan de verdragsluitende staten. Het ECSR heeft ten aanzien van uitgeprocedeerde asielzoekers in de zaak *CEC tegen Nederland* anders geoordeeld.³³ Het Comité is van mening dat het niet verlenen van basisvoorzieningen zoals minimaal noodzakelijke sociale bijstand en onderdak, een schending is van de verplichtingen onder het ESH. De reikwijdte van deze uitspraak is vooralsnog niet uitgebreid tot andere groepen migranten, maar dit is op basis van de gekozen formulering niet uitgesloten. De uitspraken van het ECSR en de resoluties van het Comité van Ministers zijn echter niet juridisch bindend.

6.2.2 Recht op verblijf, werk en bijstand in het vrij verkeer voor Unieburgers

Alle burgers van de Unie hebben op basis van artikel 6 van de Verblijfsrichtlijn het recht om maximaal drie maanden in een andere lidstaat te verblijven

²⁹ Zie bijv. artikel 23 UVRM, artikel 6 IVESCR en artikel 1 Deel 1 ESH.

³⁰ Zie artikel 1 Bijlage bij het ESH.

³¹ Zie artikel 17-19 Vluchtelingenverdrag. In deze bepalingen is een recht op toegang tot arbeid in loondienst, als zelfstandige of in een vrij beroep gekoppeld aan de (meest gunstige) voorwaarden voor andere vreemdelingen. Dit komt voor wat betreft de toegang tot arbeid in loondienst in de EU neer op de voorwaarden voor andere Unieburgers.

³² Zie bijv. artikel 25 lid 1 UVRM, artikel 11 IVESCR en artikel 13, 30 en 31 ESH.

³³ ECSR 1 juli 2014, 90/2013 (*CEC/Nederland*).

zonder een enkele andere voorwaarde of formaliteit dan het bezit van een paspoort of identiteitskaart. Na deze periode wordt het rechtmatig verblijf voor Unieburgers gekoppeld aan het doel van het verblijf en gelden aanvullende voorwaarden. Voor EU-werknemers en EU-zelfstandigen is de enige voorwaarde dat wordt gewerkt. Het moet hierbij gaan om reële en daadwerkelijke arbeid. Zolang een Unieburger zijn status als werknemer of zelfstandige behoudt, blijft het verblijfsrecht op grond van artikel 7 lid 1 Verblijfsrichtlijn bestaan. Bij onvrijwillige werkloosheid na een jaar kan de status van werknemer of zelfstandige in stand blijven. In geval van onvrijwillige werkloosheid binnen een jaar is de termijn voor het behoud van deze status beperkt tot zes maanden.³⁴ Het verblijfsrecht van EU-gedetacheerde werknemers is gebaseerd op de Dienstenrichtlijn en niet op de Verblijfsrichtlijn.³⁵ Dit verblijfsrecht is gekoppeld aan de duur van de dienst.

Migrerende Unieburgers hebben in beginsel het recht om te werken onder dezelfde voorwaarden als de burgers van de gastlidstaat. De enige uitzondering hierop die lidstaten mogen maken betreft werk in overheidsdienst.³⁶

In het kader van het vrij verkeer voor Unieburgers gaat het bij de vraag of EU-burgers recht hebben op bijstand, om de vraag of zij ten aanzien van de toegang tot sociale bijstand, een recht op gelijke behandeling hebben. Wat onder het begrip sociale bijstand valt, is niet gedefinieerd. Het recht op sociale bijstand is in het vrij verkeer van personen gekoppeld aan het recht op verblijf op grond van de Verblijfsrichtlijn. Unieburgers die rechtmatig verblijven op grond van artikel 7 of 16 Verblijfsrichtlijn hebben het recht op gelijke behandeling als burgers van de gastlidstaat.³⁷ Een beroep op sociale bijstand kan ten aanzien van een Unieburger die op basis van artikel 7 Verblijfsrichtlijn in de gastlidstaat verblijft, wel tot de conclusie leiden dat er niet meer aan de voorwaarden van het rechtmatig verblijf wordt voldaan. Een recht op verblijf op grond van artikel 6 Verblijfsrichtlijn voor maximaal drie maanden geeft geen recht op bijstand. Nu gedetacheerde werknemers geen rechtmatig verblijf op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn hebben, kunnen zij zich niet beroepen op een recht op sociale bijstand.

6.2.3 Recht op verblijf, werk en bijstand in het migratierecht voor derdelanders

In het migratierecht voor derdelanders is het recht op verblijf, werk en bijstand gedifferentieerd per verblijfsdoel.

34 Zie artikel 7 lid 3 Richtlijn 2004/38/EG.

35 Dit verblijfsrecht volgt impliciet uit artikel 16 lid 1 Richtlijn 2006/123/EG.

36 Artikel 45 lid 4 VWEU.

37 Artikel 24 Richtlijn 2004/38/EG.

In het kader van toelating op basis van asiel heeft een derdelander als hij voldoet aan de definitie voor bescherming (en er is geen sprake van uitsluitingsgronden) recht op toelating.³⁸ De Kwalificatierichtlijn bepaalt dat lidstaten een verblijfsstatus verlenen aan een derdelander die wordt erkend als vluchteling, of die in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming. Deze verplichting van lidstaten wordt in het kader van dit onderzoek aangeduid als een recht op resultaat. Derdelanders die in het kader van gezinshereniging of voor studie een aanvraag indienen, hebben recht op toelating als aan de voorwaarden wordt voldaan.³⁹ Voor deze twee groepen kan er gesproken worden van een voorwaardelijk recht op verblijf. Ook toegang tot het grondgebied van de EU voor maximaal drie maanden lijkt in eerste instantie op een voorwaardelijk recht.⁴⁰ De voorwaarden voor verlening van een visum bieden echter een ruime beoordelingsruimte aan lidstaten om te vast te stellen of er mogelijk een risico op illegale immigratie of het niet tijdig verlaten van de EU bestaat.⁴¹ Dit is daarom als een voorwaardelijk discretionair recht te kwalificeren.

Voor toelating van migranten voor verschillende vormen van werk of uitwisseling bestaan er diverse mogelijkheden in het Unierecht. Lidstaten behouden echter wel de mogelijkheid om op basis van arbeidsmarktoverwegingen geen verblijfsvergunning te verstrekken, ook al voldoet de derdelander aan de voorwaarden.⁴² Derdelanders hebben voor deze doelen dus geen gegarandeerd of voorwaardelijk recht op toelating, maar slechts een voorwaardelijk discretionair recht.

De verblijfsrechtelijke positie van toegelaten derdelanders verschilt ook per verblijfsdoel. Voor alle verblijfsdoelen geldt, dat als het doel niet meer bestaat ook het recht op verblijf kan komen te vervallen. Deze verliesgrond is niet van toepassing op derdelanders die een status als langdurig ingezetene hebben. Dit verblijfsrecht is niet langer gekoppeld aan een bepaald verblijfsdoel en kan daarom ook niet worden ingetrokken als het doel komt te vervallen. Het verblijfsdoel van asielgerechtigde derdelanders, gezinsherenigers en studenten hangt niet samen met het hebben van werk. Het verlies van werk betekent daarom niet dat zij als gevolg hiervan hun verblijfsrecht verliezen. Verlies van inkomen kan eventueel voor gezinsherenigers en studenten wel betekenen dat zij niet meer kunnen voldoen aan de voorwaarde van voldoende middelen van bestaan. Dat is wel een grond om een verblijfsrecht niet te verlengen of in te trekken.⁴³ Voor alle werkgerelateerde verblijfsdoelen en stagiairs betekent dat het verlies van het werk (of de stageplaats), ook het

38 Zie artikel 13, 18 en 24 Richtlijn 2011/95/EU.

39 Zie resp. artikel 1 en 13 Richtlijn 2003/86/EG en artikel 6 Richtlijn 2016/801/EU.

40 Zie artikel 6 Verordening (EU) 2016/399.

41 Zie artikel 21 lid 1 Verordening (EG) 810/2009.

42 Zie artikel 6 Richtlijn 2009/50/EG, artikel 8 lid 3 Richtlijn 2014/36/EU, artikel 6 Richtlijn 2014/66/EU en artikel 6 en 20 lid 3 Richtlijn 2016/801/EU.

43 Zie artikel 7 lid 1 sub c en artikel 16 lid 1 Richtlijn 2003/86/EG resp. artikel 7 lid 1 sub e en artikel 21 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/801.

verlies van het verblijfsrecht kan betekenen. Dat versterkt de afhankelijkheid van de werkgever. Dat geldt ook voor de afhankelijkheid van au pairs ten opzichte van het gastgezin; beëindiging van de positie als au pair kan intrekking van de verblijfsvergunning tot gevolg hebben. Verder is de maximale verblijfsduur voor seizoenarbeid, werk als au pair en werk als stagiair relatief kort. Een derdelander met een verblijfsrecht van beperkte duur heeft een zwakkere positie ten opzichte van zijn werkgever dan een migrant met een verblijfsrecht van langere of onbepaalde duur.

Recht op toegang tot werk en werkgever naar keuze versterkt de positie van een migrant tegenover de werkgever. Derdelanders met een verblijfsrecht als langdurig ingezetene of als asielgerechtigde hebben het recht om te werken bij een werkgever naar keuze.⁴⁴ Gezinsherenigers hebben in de regel ook recht op werk naar keuze.⁴⁵ Asielzoekers in afwachting van een beslissing en studenten hebben een beperkt recht op toegang tot de arbeidsmarkt. Lidstaten hebben hier wel enige beoordelingsmarge om dit recht te beperken.⁴⁶ Derdelanders die verblijven op grond van een van de werkgerelateerde verblijfsdoelen hebben op basis van de aard van hun verblijfsrecht het recht om te werken. De relevante vraag ten aanzien van deze derdelanders is, of zij de mogelijkheid hebben om van werkgever te veranderen op basis van het verleende verblijfsrecht. Dit kan hun afhankelijkheid van de werkgever verkleinen. Voor de blauwe kaarthouders zijn deze mogelijkheden het ruimst, seizoenarbeiders mogen eenmaal van werkgever veranderen, maar niet vanuit een situatie van werkloosheid en ICT'ers kunnen niet van werkgever wisselen. Het verblijfsrecht van derdelanders die verblijven op grond van de Richtlijn Onderzoekers en Studenten is gekoppeld aan een bepaalde gastentiteit of gastgezin. Hoewel deze richtlijn niet expliciet de mogelijkheid uitsluit dat een derdelander die bijvoorbeeld als onderzoeker, stagiair of au pair is toegelaten, gedurende de looptijd van de vergunning van gastentiteit of gastgezin verandert, lijkt dit niet de bedoeling van deze richtlijn. Het niet langer werken bij de gastentiteit of het gastgezin bij wie de derdelander is toegelaten, kan beschouwd worden als niet langer voldoen aan de voorwaarden voor de vergunning (die was verleend om te werken bij een bepaalde gastentiteit of gastgezin) of aan het verblijfsdoel. Dit zijn gronden om de vergunning in te trekken of de verlenging te weigeren.⁴⁷

De rechtspositie van derdelanders ten aanzien van het recht op bijstand wordt eveneens bepaald door het verblijfsrecht. In het kader van het migratie-

44 Zie artikel 11 lid 1 Richtlijn 2003/109/EG voor langdurig ingezetenen en artikel 26 lid 1 Richtlijn 2011/95/EU voor asielstatushouders. Voor langdurig ingezetenen geldt wel een voorbehoud voor arbeid die betrekking heeft op uitoefening van het openbaar gezag.

45 Artikel 14 lid 1 sub b Richtlijn 2003/86/EG. Lid 2 van deze bepaling geeft lidstaten de mogelijkheid om voorwaarden te verbinden aan dit recht.

46 Zie Artikel 15 lid 1 Richtlijn 2013/33/EU voor asielzoekers en artikel 24 lid 1 en 3 Richtlijn 2016/801/EU voor studenten.

47 Zie artikel 21 lid 1 sub a en d Richtlijn (EU) 2016/801

recht wordt bijstand aangeduid als sociale bijstand. Wat hieronder valt verschilt per lidstaat. In hoofdstuk 5 is voor verschillende verblijfsdoelen onderscheid gemaakt tussen sociale zekerheid en sociale bijstand. Langdurig ingezetenen en asielgerechtigde personen kunnen wel aanspraak maken op een recht op gelijke behandeling als de eigen burgers wat betreft (de belangrijkste prestaties van) sociale bijstand.⁴⁸ Voor andere categorieën derdelanders, zoals gezinsherenigers en personen die verblijven op grond van de Richtlijn Onderzoekers en Studenten, kan een beroep op het sociale bijstandsstelsel van de lidstaat een grond zijn om de vergunning in te trekken. Een uitzondering hierop geldt voor blauwe kaarthouders die maximaal drie maanden werkloos mogen zijn zonder dat dit leidt tot verlies van hun verblijfsvergunning. Een beroep op sociale bijstand in die periode heeft geen gevolgen voor hun verblijfsrecht.⁴⁹ Voor de meeste verblijfsdoelen geldt alleen een recht op sociale zekerheid. De takken van sociale zekerheid waarvoor een recht op gelijke behandeling bestaat, zijn gedefinieerd in de Verordening Coördinatie Sociale Zekerheid. Voor de vaststelling wat een socialezekerheidsuitkering is, is niet doorslaggevend hoe deze wordt gefinancierd. Het recht op gelijke behandeling van derdelanders die verblijven op een van de werkgerelateerde vergunningen, is gedifferentieerd per verblijfsdoel, waarbij seizoenarbeiders minder rechten hebben dan bijvoorbeeld blauwe kaarthouders of onderzoekers.

6.2.4 Schematisch overzicht recht op verblijf, werk en bijstand

Tabel 4 geeft een overzicht van het recht op verblijf, werk en bijstand die een migrant heeft die zich (nog) niet in een situatie van arbeidsuitbuiting bevindt. Recht op verblijf, toegang tot werk en bijstand kunnen zijn afhankelijkheid ten opzichte van de werkgever verkleinen, waardoor de migrant een sterkere positie heeft ten opzichte van de werkgever. Dit verkleint de kans op arbeidsuitbuiting. De rechten zijn per rechtsgebied uitgesplitst naar verblijfsgrond. Het gaat om de rechten die in de verschillende in tabel 4 weergegeven instrumenten zijn opgenomen. Staten kunnen op grond van nationale wetgeving of andere internationale verplichtingen deze rechten uitbreiden. Uit het overzicht van tabel 4 blijkt duidelijk dat het mensenrechteninstrumentarium, met uitzondering van personen die recht op verblijf hebben op grond van het verbod van refolement, de minste rechten op verblijf, werk en bijstand aan migranten biedt. Het vrij verkeer voor werknemers en zelfstandigen verleent de sterkste rechten op verblijf, werk en bijstand, waarbij voor het recht op verblijf en als afgeleide hiervan een recht op sociale bijstand, als enige voor-

⁴⁸ Zie artikel 11 lid 1 sub d en lid 4 Richtlijn 2003/109/EG en artikel 29 Richtlijn 2011/95/EU.

⁴⁹ Artikel 12 lid 3 sub b Richtlijn 2009/50/EG. Een beroep op sociale bijstand buiten deze periode van maximaal drie maanden werkloosheid kan wel reden zijn om de verblijfsvergunning in te trekken.

waarde geldt dat er sprake moet zijn van reële en daadwerkelijk arbeid. De rechten voor derdelanders zijn sterk gedifferentieerd en kennen veel specifieke voorwaarden.

De rechten die een migrant heeft die slachtoffer is van een vorm van arbeidsuitbuiting, zijn in tabel 5 in paragraaf 6.3.5 opgenomen.

Tabel 4: Overzicht rechten op verblijf, werk en bijstand

	Verblijfsgrond	Verblijf: verlening	Verblijf: verlies	Werk	Bijstand
MR	Onrechtmatig	Nee	n.v.t.	Nee	RI*
	Verbod van refoulement	RR	RR	RR**	RI
	Gezinsleven	VDR	VDR	RI	RI
VVU	Werknemers	VR: reële en daadwerkelijke arbeid	VR	RR	VR: verblijf o.g.v. art. 7 Verblijfsrichtlijn
	Zelfstandigen	VR: reële en daadwerkelijke arbeid	VR	RR	VR: verblijf o.g.v. art. 7 Verblijfsrichtlijn
	Gedetacheerd	VR: dienstverlener	Voor de duur van de dienst	RR	Nee
MRD	Kort verblijf	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	Nee	Nee
	Asielzoeker	VR	VR (voorwaarden verblijfsdoel)	VDR: wachttijd + maximum werktijd	RR
	Seizoenarbeid	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VR: werkgever + soort werk	Nee
	Au pair	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VR: werkgever + soort werk	Nee
	ICT	VDR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VR: werkgever + soort werk	Nee
	Blauwe kaart	VDR	VR (voorwaarden verblijfsdoel)	VR (inkomen)	VR
	Gezinshereniging	VR	VR (voorwaarden verblijfsdoel)	RR	DR (kan gevolgen hebben voor verblijfsrecht)

	<i>Verblijfsgrond</i>	<i>Verblijf: verlening</i>	<i>Verblijf: verlies</i>	<i>Werk</i>	<i>Bijstand</i>
MRD	Studie	VR	VR (duur + voorwaarden verblijfsdoel)	VDR (maximum werktijd)	Nee
	Asiel- gerechtigd	RR	RR	RR	RR
	Langdurig ingezetene	VR	VR	RR	RR

DR = discretionair recht; MR = mensenrechteninstrumentarium; RI = recht op inspanning; RR = recht op resultaat; SR = strafrecht; VDR = voorwaardelijk discretionair recht; VR = voorwaardelijk recht; VVU = vrij verkeer voor Unieburgers; MRD = migratierecht derdelanders

* Dit recht zou afgeleid kunnen worden uit de rechtspraak van het ECSR. Deze uitspraken zijn echter niet juridisch bindend en individuen hebben ook geen individueel klachtrecht.

** Dit recht is gebaseerd op het Vluchtelingenverdrag en geldt alleen voor erkende vluchtelingen. Personen die op grond van andere refoulementverboden verblijf hebben kunnen hier geen aanspraak op maken.

6.3 RECHT OP BESCHERMING BIJ SCHENDING VAN DE NORMEN IN EEN ARBEIDSRELATIE

De derde manier van invloed die een staat heeft op de positie van de migrant is door het bieden van bescherming in het geval de werkgever de normen die onder deelvraag 1 en 2 zijn besproken, heeft geschonden. Deze normen zien enerzijds op een verbod op slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid, mensenhandel en arbeidsgerelateerde uitbuiting en anderzijds op rechten op een bepaalde behandeling in een arbeidsrelatie, zoals een recht op gunstige arbeidsomstandigheden en beloning en recht op gelijke behandeling. Het gaat hierbij telkens om de vraag of in de vier betrokken rechtsgebieden een vorm van bescherming bestaat tegen schending van de normen die in dat rechtsgebied zijn opgenomen. Bijvoorbeeld, biedt het strafrecht bescherming tegen schending van de norm arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, of biedt het vrij verkeer van Unieburgers bescherming als de normen die zien op gelijke behandeling van EU-werknemers zijn geschonden. De analyse van de rechten op bescherming is beperkt tot het recht op compensatie, op verblijf en op bijstand. Ten aanzien van het recht op compensatie wordt er van uitgegaan dat dit in beginsel een recht is van een migrant jegens de werkgever. De analyse ten aanzien van de verplichtingen van de staat met betrekking tot het recht op compensatie concentreert zich op de vraag of en zo ja op welke manier de staat dit recht van de migrant jegens de werkgever faciliteert, of zelfs garandeert als de werkgever niet aan zijn verplichtingen voldoet. De drie deelvragen met betrekking tot de rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting luiden:

6. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting een recht op compensatie jegens de staat en zo ja, hoe wordt de hoogte van de compensatie vastgesteld?*
7. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting een recht op verblijf en zo ja, onder welke voorwaarden en voor welke duur?*
8. *Heeft de migrant die slachtoffer is van arbeidsuitbuiting recht op een vorm van bijstand en zo ja, onder welke voorwaarden en voor welke duur?*

Onder een recht op bijstand wordt in dit verband verstaan of er een recht bestaat op basisvoorzieningen die een bestaansminimum moeten garanderen, als een migrant door schending van de betreffende arbeidsnormen hier niet meer zelf in kan voorzien.

6.3.1 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het mensenrechteninstrumentarium

De arbeidsnormen in het mensenrechteninstrumentarium die in dit onderzoek zijn meegenomen kunnen worden onderverdeeld in twee groepen. Enerzijds bevatten verschillende instrumenten een verbod op arbeidsuitbuiting in de vorm van slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel. Anderzijds bevat het mensenrechteninstrumentarium rechten die zien op werkomstandigheden en beloning, zoals een recht op gunstige arbeidsvoorwaarden en een gunstige en rechtvaardige beloning, een recht op gelijke beloning, of een volledig recht op gelijke behandeling in werk en beroep. Of er in dit instrumentarium ook een recht op compensatie, verblijf en bijstand is geregeld als deze normen worden geschonden, wordt hieronder besproken.

6.3.1.1 *Recht op compensatie*

Het Europees Mensenhandelverdrag verplicht tot schadeloosstelling van slachtoffers van arbeidsuitbuiting door de daders.⁵⁰ De wijze waarop de bepalingen met betrekking tot schadeloosstelling geformuleerd zijn, ziet op het resultaat. Zo moeten staten die maatregelen nemen die nodig zijn om schadeloosstelling te *waarborgen*.⁵¹ Uit de gekozen formulering zou een recht op resultaat jegens de staat afgeleid kunnen worden. Het ILO Protocol 2014 verplicht tot het zeker stellen dat alle slachtoffers van gedwongen arbeid toegang hebben tot effectieve remedies zoals compensatie (artikel 1 en 4 lid 1). Deze formulering gaat minder ver. Toegang tot effectieve remedies garandeert

50 Artikel 15 lid 3 Europees Mensenhandelverdrag

51 Artikel 15 lid 4 Europees Mensenhandelverdrag.

een schadeloosstelling niet. Hier is wel sprake van een inspanningsverplichting van de staat. Beide verdragen specificeren niet welke schade vergoed moet worden en hoe de schade moet worden vastgesteld.

Op grond van artikel 41 van het EVRM kan een schadevergoeding worden toegekend, als het nationale recht van de staat die een van de rechten van het EVRM heeft geschonden, hierin niet in een voldoende mate voorziet. Wat voldoende is, is echter niet vastgesteld. In de zaak *Chowdury en anderen* verwijst het EHRM naar de verplichtingen die staten op grond van het Europees Mensenhandelverdrag hebben om in een recht op schadeloosstelling te voorzien en concludeert het EHRM dat Griekenland niet aan deze verplichtingen heeft voldaan.⁵² Door het recht op een schadevergoeding te koppelen aan het Europees Mensenhandelverdrag geeft het EHRM dit recht meer handen en voeten.

De algemene aanbeveling van het CESCR om bij schending van het recht op eerlijke en gunstige werkomstandigheden van het IVESCR, compensatie als een van de remedies mogelijk te maken, bevat aanwijzingen voor de verdragssluitende staten op welke wijze deze verplichting ingevuld zou moeten worden.⁵³ Aanbevelingen van het CESCR zijn echter niet juridisch bindend. Artikel 7 IVESCR in combinatie met deze aanbeveling kan daarom niet als een recht op resultaat worden gezien, hooguit als een inspanningsverplichting voor de staat.

6.3.1.2 *Recht op verblijf en bijstand*

Slechts in uitzonderlijke situaties kan een mensenrechtelijke norm ertoe strekken dat een staat beperkt wordt in zijn soevereiniteit en verplicht is een persoon toe te laten of niet uit te zetten.

Artikel 14 van het Europees Mensenhandelverdrag verplicht in beginsel wel tot het verstrekken van een verlengbare verblijfsvergunning ingeval de autoriteiten oordelen dat dit noodzakelijk is op grond van de persoonlijke situatie van het slachtoffer (artikel 14 lid 1 sub a), en/of wanneer dit noodzakelijk is in verband met het onderzoek en strafrechtelijke vervolging (artikel 14 lid 1 sub b). Staten hebben echter discretie om te bepalen wanneer dit noodzakelijk is. Hoever deze discretie gaat is op dit moment nog niet duidelijk. Gezien het commentaar van GRETA op de koppeling die Nederland maakt tussen het strafproces en het verblijfsrecht, lijkt dit recht door GRETA uitgelegd te worden als een recht dat in beginsel losgekoppeld dient te worden aan medewerking aan het strafproces. Dat zou de reikwijdte en betekenis van dit recht enorm vergroten. In de toelichting op het verdrag ten aanzien van deze bepaling zijn enkele factoren opgenomen die meegenomen kunnen worden bij de beoordeling van de persoonlijke situatie. Dit zijn de veiligheid, de

52 EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 126.

53 CESCR 2016 General Comment 23, overweging 57.

gezondheidssituatie en de gezinssituatie. Dit is geen limitatieve opsomming.⁵⁴ Ook met behulp van de toelichting is de precieze afbakening van het recht op verblijf echter nog niet helemaal helder. Bovendien is door het gebruik van de strafrechtelijke definitie van het Palermo Protocol voor de afbakening van welke misstanden onder arbeidsuitbuiting vallen, de reikwijdte van de plicht een verblijfsvergunning te verlenen beperkt tot migranten die slachtoffer zijn van misstanden met een zekere mate van ernst en waarbij sprake is van een vorm van dwang (zie onder deelvraag 1 en 2). Dit recht zou daarom als een voorwaardelijk (er moet zijn voldaan aan de voorwaarden van de definitie van mensenhandel) en/of discretionair (lidstaten hebben ruimte om een eigen afweging te maken) recht gekwalificeerd kunnen worden. Het Europees Mensenhandelverdrag bevat de verplichting om gedurende een beperkte periode verblijf en bijstand aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting te verlenen in de vorm van onder andere huisvesting, voldoende levensstandaard en medische zorg.⁵⁵ Het ILO Protocol 2014 kent geen verplichting tot het verlenen van een verblijfsvergunning aan slachtoffers van gedwongen arbeid en kent slechts een heel algemene geformuleerde verplichting tot ondersteuning.⁵⁶ Deze verplichting is zo weinig gespecificeerd dat deze niet als een recht is te interpreteren.

Het EVRM bevat geen bepaling die aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting een recht op toelating of verbod op uitzetting toekent. Ook kent het EVRM geen verplichting tot het verlenen van bijstand in de vorm van basisvoorzieningen. In zaken die betrekking hadden op arbeidsuitbuiting kwam de vraag of op staten een verplichting rust om aan slachtoffers van een schending van artikel 4 EVRM een verblijfsrecht en bijstand te garanderen, niet expliciet aan de orde. In de zaak *Chowdury en anderen tegen Griekenland* verwijst het EHRM echter wel naar de positieve verplichtingen die op grond van het Europees Mensenhandelverdrag op een staat rusten om arbeidsuitbuiting te voorkomen en de slachtoffers te beschermen.⁵⁷ Bovendien stelt het EHRM dat het zich laat leiden door dit verdrag en de uitleg die hieraan door GRETA wordt gegeven. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat het EHRM de verplichtingen die in het Europees Mensenhandelverdrag zijn opgenomen, op dezelfde manier interpreteert. Er is echter nog geen jurisprudentie waarin het gaat om het afdwingen van verplichtingen zoals een verblijfsrecht of bijstand.

Als het gaat om onrechtmatig verblijvende vreemdelingen is het onthouden van dit recht volgens het EHRM in de zaak *Hunde tegen Nederland* in het algemeen geen schending van artikel 3 EVRM.⁵⁸ Het is echter wel mogelijk om op grond van andere jurisprudentie van het EHRM naar analogie een redenering

54 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005, overweging 180-185.

55 Artikel 12 lid 1 en 13 Europees Mensenhandelverdrag.

56 Artikel 3 ILO Protocol 2014.

57 EHRM 30 maart 2017 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 104 en 110.

58 EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland*).

op te bouwen op grond waarvan in bijzondere situaties mogelijk een verplichting tot het verlenen van een verblijfsrecht zou kunnen worden geconstrueerd. In het arrest *MSS tegen België en Griekenland* ging het om een asielzoeker die door België teruggestuurd dreigde te worden naar Griekenland, omdat Griekenland verantwoordelijk zou zijn voor de behandeling van zijn asielaanvraag op grond van de Dublinverordening.^{59/60} Betrokkene diende bij het EHRM een klacht in dat de overdracht naar Griekenland strijdig zou zijn met het verbod op refoulement, onder andere omdat de situatie van asielzoekers in Griekenland wegens het ontbreken van opvang en voorzieningen onmenselijk was. Het EHRM, dat niet gaat over de uitleg van het EU-migratierecht, oordeelde echter wel dat op Griekenland een verplichting rust om te voorzien in de eerste levensbehoeften van asielzoekers die onder de bescherming vallen van Griekenland.⁶¹ Naar analogie van het arrest *M.S.S. tegen België en Griekenland* kan betoogd worden dat ten aanzien van slachtoffers van arbeidsuitbuiting die onder de bescherming vallen van een verdragsstaat, ook een verplichting bestaat tot het verlenen van basisvoorzieningen, als het onthouden hiervan een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren.

6.3.2 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in de strafrechtelijke benadering

De arbeidsnorm die in de strafrechtelijke benadering wordt beschermd, is mensenhandel. Om hiervan te kunnen spreken, moet voldaan zijn aan de drie elementen van de definitie van het Palermo Protocol. In de Nederlandse strafbepaling zijn twee varianten van mensenhandel opgenomen. De eerste variant is gebaseerd op de definitie van mensenhandel die is opgenomen in het Palermo Protocol en is aangevuld in de EU Richtlijn mensenhandel. De tweede, nationale, variant kent niet het vereiste van een actie-element. In beide varianten moet er wel sprake zijn van uitbuiting en dwang. In de volgende twee subparagrafen komen achtereenvolgens de rechten op compensatie en op verblijf en bijstand in geval van schending van deze normen, op basis van het strafrecht, aan bod.

6.3.2.1 Recht op compensatie

Het Palermo Protocol bepaalt dat staten wettelijk dienen te regelen dat aan slachtoffers van arbeidsuitbuiting de mogelijkheid van compensatie voor

59 Verordening (EU) Nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking) (*PbEU* 2013, L180/31).

60 EHRM 1 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*).

61 EHRM 1 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) r.o. 263.

schade wordt geboden.⁶² In tegenstelling tot andere bepalingen die gericht zijn op bescherming van slachtoffers, is deze bepaling wel dwingend geformuleerd. De EU Richtlijn mensenhandel stelt in artikel 17 dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat slachtoffers van mensenhandel toegang hebben tot bestaande regelingen voor de schadevergoeding van slachtoffers van opzettelijke geweldsmisdrijven.

In Nederland kan een slachtoffer zich voegen in het strafproces en een schadevergoeding eisen van de verdachte,⁶³ al blijkt uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 3 dat dit niet standaard gebeurt. Deze schadevergoeding bestaat doorgaans uit achterstallig loon en een bedrag voor immateriële schade. Bij een veroordeling en toewijzing van de vordering tot schadevergoeding is de dader hoofdelijk aansprakelijk. Het schadebedrag wordt voor het slachtoffer geïncasseerd door het Centraal Justitieel Incasso Bureau. Als de dader niet binnen acht maanden heeft betaald, kan het schadebedrag als voorschot door de staat worden uitgekeerd. Voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding bestaan geen standaardregels. De materiële schadevergoeding wordt door de rechter op grond van verschillende standaarden vastgesteld: cao-loon, minimumloon of afgesproken loon. Het wekt bevreemding dat door een enkele rechter ook het afgesproken loon wordt gehanteerd, als dit lager ligt dan het minimumloon. Verder is niet duidelijk hoe wordt omgegaan met het vaststellen van de hoogte van een immateriële schadevergoeding. De rechter kan zelf bepalen of hij meent dat er sprake is van een onevenredige belasting van het strafproces. In dat geval wordt de vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk verklaard. Als de verdachte wordt vrijgesproken van mensenhandel wordt de vordering ook niet-ontvankelijk verklaard. Andere gronden voor niet-ontvankelijk verklaring zijn bijvoorbeeld het ontbreken van een handtekening of het aangeven waar de schade uit bestaat. Nu de rechter op verschillende punten beoordelingsruimte heeft, is het recht van een slachtoffer van arbeidsuitbuiting in het kader van het strafproces een discretionair recht.

6.3.2.2 *Recht op verblijf en bijstand*

De bepalingen in het Palermo Protocol die bescherming bieden aan slachtoffers met betrekking tot noodzakelijke bijstand, zoals onderdak, medische en materiële bijstand en een tijdelijk of permanent verblijfsrecht zijn niet dwingend geformuleerd. De verdragsstaten wordt de ruimte gegeven om hier naar keuze invulling aan te geven. Dit blijkt uit het gebruik van woorden als 'overwegen' en 'in passende gevallen'.⁶⁴ In het Unierecht zijn regels ten aanzien van een recht op verblijf gedurende de strafprocedure opgenomen in Richtlijn 2004/81/

62 Artikel 6 lid 6 Palermo Protocol.

63 Aanwijzing slachtofferrechten, punt 7.

64 Artikel 6 lid 3 en 7 lid 1 en 2 Palermo Protocol.

EG.⁶⁵ Deze richtlijn voorziet in een bedenktijd waarvan de duur kan worden vastgesteld door de lidstaten⁶⁶ en in een tijdelijke, verlengbare verblijfsvergunning voor zolang de aanwezigheid van het slachtoffer dienstig is aan het onderzoek of de gerechtelijke procedure.⁶⁷ Overige voorwaarden voor de verlening zijn medewerking aan het strafproces en het verbreken van alle banden met de daders. Een vergunning mag niet worden verleend als niet aan de voorwaarden is voldaan.⁶⁸ De EU Richtlijn mensenhandel regelt het recht op bijstand voor slachtoffers van arbeidsuitbuiting als een vorm van het delict mensenhandel. De bescherming ziet op ten minste opvang, materiële bijstand en noodzakelijke medische. Lidstaten mogen het verlenen van ondersteuning en bijstand niet laten afhangen van de bereidheid van het slachtoffer om mee te werken aan het strafproces.⁶⁹ Deze bepalingen zijn geformuleerd als een recht op resultaat: 'De lidstaten nemen de nodige maatregelen om er voor te zorgen (...) dat slachtoffers van bijstand en ondersteuning worden voorzien en aldus hun rechten kunnen uitoefenen'. De duur van het recht op voorzieningen is niet gespecificeerd anders dan als een passende periode, voor, tijdens en na het strafproces.

In Nederland is de regeling van een verblijfsrecht voor de duur van de strafprocedure voor getuigen en aangevers in de Vreemdelingenwet en hier op gebaseerde lagere regelgeving opgenomen. Er bestaat een verblijfsrecht gedurende de bedenktijd voor het doen van aangifte⁷⁰ en verblijf op grond van een verlengbare vergunning die in beginsel is gekoppeld aan medewerking aan het strafproces. In het vreemdelingenbesluit zijn diverse gronden voor tijdelijk verblijf van slachtoffers, getuigen en of aangevers van mensenhandel opgenomen. Deze rechten zijn alleen van toepassing 'voor zover er sprake is van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek of vervolgingsonderzoek naar of berechting in feitelijke aanleg van de verdachte van het strafbare feit waarvan aangifte is gedaan'.⁷¹ Dit tijdelijk verblijfsrecht staat in beginsel ten dienste aan het strafproces. Het slachtoffer of de getuige krijgt een verblijfsrecht vanwege zijn rol in of betekenis voor het strafproces. Alleen een slachtoffer dat om zwaarwegende redenen geen aangifte wil doen, of zijn medewerking wil verlenen, kan een verblijfsrecht krijgen zonder dat hij een rol speelt in het strafproces. Deze laatste categorie slachtoffers kan, na een jaar in het bezit te zijn geweest van de tijdelijke verblijfsvergunning, een niet-tijdelijke verblijfsver-

65 Zie voor de toelichting op de reden waarom deze richtlijn (die op grond van de juridische grondslag eigenlijk hoort bij het migratierecht) hier wordt besproken en niet onder het migratierecht hoofdstuk 3 paragraaf 3.2.2.

66 Artikel 6 Richtlijn 2004/81/EG.

67 Artikel 8 lid 1 sub a Richtlijn 2004/81/EG.

68 Artikel 8 lid 1 sub b en c en lid 2 Richtlijn 2004/81/EG.

69 Artikel 11 en 12 Richtlijn 2011/36/EU.

70 Artikel 8 sub k Vw.

71 Artikel 3.48 lid 1 sub a-d Vb 2000. Vc B8/3.

gunning krijgen.⁷² Aan slachtoffers, getuigen en aangevers die wel een rol spelen in het strafproces kan na drie jaar een niet-tijdelijk verblijfsrecht worden verleend of na een jaar als de officier van justitie besluit om vervolging in te stellen.⁷³ Voorzieningen zoals een recht op bijstand zijn gekoppeld aan het verblijfsrecht.

6.3.3 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het vrij verkeer voor Unieburgers

Op basis van het vrij verkeer gelden voor EU-werknemers, EU-zelfstandigen en EU-gedetacheerde werknemers verschillende arbeidsnormen. EU-werknemers hebben een volledig recht op gelijke behandeling als de eigen burgers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en beloning. EU-zelfstandigen zijn in beginsel zelf verantwoordelijk voor de voorwaarden waaronder zij werken. Alleen als er sprake is van schijnzelfstandigheid, zijn de normen die gelden voor werknemers van toepassing op de arbeidsrelatie. Voor EU-gedetacheerde werknemers geldt een beperkte vorm van gelijke behandeling op grond van de herziene Detacheringsrichtlijn. Hieronder wordt besproken of er op basis van het vrij verkeer voor Unieburgers een recht op compensatie, verblijf en bijstand bestaat in geval van schending van deze normen.

6.3.3.1 *Recht op compensatie*

Het vrij verkeer kent geen specifieke regeling voor compensatie of uitbetaling van achterstallig loon voor EU-werknemers of EU-zelfstandigen. Deze Unieburgers kunnen gebruik maken van dezelfde voorzieningen als de burgers van de gastlidstaat. Dit beginsel is ook neergelegd in de richtlijn die is bedoeld om het uitoefenen van de rechten van EU-werknemers te vergemakkelijken (Richtlijn Handhaving rechten vrij verkeer werknemers).⁷⁴

Voor gedetacheerde werknemers bepaalt de herziene Detacheringsrichtlijn dat de lidstaten ervoor zorgen dat gedetacheerde werknemers toegang hebben tot passende procedures om de naleving van hun rechten op grond van de richtlijn te verzekeren. Deze verplichting is uitgewerkt in de Handhavingsrichtlijn. Op grond van deze richtlijn moeten lidstaten zorgen voor mechanismen om te waarborgen dat gedetacheerde werknemers onder andere nabetaling van achterstallig nettoloon ontvangen van de werkgever.⁷⁵ Dit kan zowel

⁷² Artikel 3.51 lid 1 sub h Vb 2000; Vc B9/10.

⁷³ Artikel 3.51 lid 1 sub a onder 3 Vb 2000; Vc B9/12.

⁷⁴ Artikel 3 lid 1 Richtlijn 2014/54/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende maatregelen om de uitoefening van de in de context van het vrije verkeer van werknemers aan werknemers verleende rechten te vergemakkelijken (*PbEU* 2014, L 128/8).

⁷⁵ Artikel 11 lid 6 aanhef en onder a Richtlijn 2014/67/EU.

bij de rechter in de lidstaat waar de werkzaamheden zijn of worden uitgevoerd, als in de lidstaat van vestiging van de werkgever. De werkgever is in dit kader de buitenlandse formele werkgever (of eventueel een onderaannemer), maar niet de werkgever in de gastlidstaat waar de werkzaamheden feitelijk worden uitgevoerd. Er zijn dus altijd meerdere landen betrokken bij de arbeidsrelatie. Dat is voor het afdwingen van naleving van de arbeidsnormen een complicerende factor. Voor zowel de handhaving van de rechten onder artikel 45 VWEU van EU-werknemers als de handhaving van de rechten op grond van de herziene Detacheringsrichtlijn volgt uit de hierboven genoemde Handhavingsrichtlijnen geen resultaatsverplichting, maar slechts een verplichting om procedures tegenover de werkgever mogelijk te maken. Deze voorziening wordt daarom niet als een recht op resultaat jegens de staat beschouwd, maar een recht op inspanning.

6.3.3.2 *Recht op verblijf en bijstand*

De Verblijfsrichtlijn bevat geen specifieke bepalingen ten aanzien van een recht op verblijf en bijstand voor Unieburgers die slachtoffer zijn van schending van de arbeidsnormen, zoals opgenomen in het vrij verkeer voor Unieburgers. Unieburgers die als werknemer of zelfstandige hebben gewerkt in een andere lidstaat, behouden hun recht op verblijf op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn, als zij langer dan een jaar gewerkt hebben, onvrijwillig werkloos zijn en ingeschreven staan als werkzoekende. Dat betekent dat een Unieburger die wil stoppen met werken, omdat er sprake is van arbeidsuitbuiting, in een onzekere rechtspositie terecht komt. Het kan zijn dat dit opgevat wordt als vrijwillig stoppen met werken. Dit maakt dat het recht op verblijf van een werknemer of zelfstandige op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn afhangt van hoe zijn situatie beoordeeld wordt. De Richtlijn Handhaving rechten vrij verkeer werknemers bepaalt wel dat lidstaten maatregelen moeten nemen om EU-werknemers te beschermen tegen nadelige gevolgen van een klacht of procedure in verband met de naleving van hun recht op gelijke behandeling.⁷⁶ Het recht op bijstand is in het vrij verkeer van Unieburgers gekoppeld aan het recht op verblijf. Unieburgers die rechtmatig verblijven op grond van artikel 7 of 16 Verblijfsrichtlijn hebben gelijke rechten als burgers van de gastlidstaat met betrekking tot sociale bijstand. Een beroep op sociale bijstand kan echter wel tot de conclusie leiden dat er niet meer aan de voorwaarden voor het rechtmatig verblijf wordt voldaan. Als niet wordt aangenomen dat er rechtmatig verblijf op grond van artikel 7 als werknemer of zelfstandige bestaat, kan de voormalig werknemer of zelfstandige nog wel een verblijfsrecht hebben op grond van artikel 6 Verblijfsrichtlijn.

De positie van gedetacheerde werknemers is duidelijker en slechter. Het rechtmatig verblijf van de gedetacheerde werknemer is niet gebaseerd op de

76 Artikel 3 lid 6 Richtlijn 2014/54/EU.

Verblijfsrichtlijn, maar op de Dienstenrichtlijn. Op grond van deze richtlijn is het verblijfsrecht gekoppeld aan het verrichten van de dienst.⁷⁷ Als de gedetacheerde werknemer stopt met werken, heeft hij op grond van deze richtlijn geen verblijfsrecht meer in de gastlidstaat. Omdat de gedetacheerde werknemer niet op grond van artikel 7 of 16 van de Verblijfsrichtlijn in de gastlidstaat verblijft, kan hij geen aanspraak maken op sociale bijstand. Als de gedetacheerde werknemer een Unieburger is, geldt ook voor hem wat hierboven is gezegd over een verblijfsrecht op grond van artikel 6 van de Verblijfsrichtlijn. Een EU-gedetacheerde werknemer heeft op grond van deze bepaling wel het recht om drie maanden in de gastlidstaat te verblijven.

6.3.4 Rechten in geval van arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders

De voor derdelanders geldende arbeidsnormen zijn gedifferentieerd per verblijfsdoel. Voor de meeste verblijfsdoelen geldt een recht op gelijke behandeling ten aanzien van tenminste de basale arbeidsvoorwaarden. Onrechtmatig verblijvende derdelanders vallen niet onder dit recht op gelijke behandeling, maar voor deze groep geldt op grond van de Werkgeversactierichtlijn wel een norm van beloning op niveau minimumloon of cao-loon. Voor derdelanders die als stagiair, vrijwilliger of au pair werken, of gedurende een verblijf van korter dan zes maanden werken, zijn geen specifieke arbeidsnormen in de relevante richtlijnen vastgelegd. Gezien de differentiatie in de toepasselijke arbeidsnormen, zijn ook de rechten op bescherming tegen schending van deze normen verschillend per categorie.

6.3.4.1 *Recht op compensatie*

Voor de meeste derdelanders die slachtoffer worden van schending van arbeidsnormen, bevatten de richtlijnen in het EU-migratierecht geen specifieke regeling voor compensatie. Voor twee groepen derdelanders bestaat er een uitzondering op dit uitgangspunt. Ten eerste hebben onrechtmatig verblijvende derdelanders op grond van de Werkgeverssanctierichtlijn een recht op nabetaling van hun loon.⁷⁸ Lidstaten moeten ervoor zorgen dat de werkgever verantwoordelijk is voor de betaling van achterstallig loon op ten minste minimumloon niveau. Er wordt uitgegaan van een gewerkte periode van minimaal drie maanden. Werkgever en migrant kunnen beiden tegenbewijs leveren. De lidstaten moeten waarborgen dat migranten een vordering kunnen instellen en een uitspraak kunnen afdwingen. Er bestaat op basis van de richtlijn geen verplichting tot een schadevergoedingsmaatregel op grond waarvan de staat

⁷⁷ Artikel 16 lid 1 Richtlijn 2006/123/EG.

⁷⁸ Artikel 6 Richtlijn 2009/52/EG.

de vergoeding aan de migrant uitbetaalt. De richtlijn biedt wel de optie dat de lidstaat de vordering bij de werkgever instelt, als de nationale wetgeving hierin voorziet.⁷⁹

Ten tweede bestaat er een aparte regeling voor seizoenarbeiders van wie de verblijfsvergunning is ingetrokken wegens overtredingen van de werkgever, bijvoorbeeld ten aanzien van belastingafdracht of het laten werken van personen zonder verblijfsrecht. Deze regeling houdt in dat de werkgever aansprakelijk wordt gesteld voor een vergoeding aan de seizoenarbeider die alle verplichtingen dekt, ook voor de tijd die de seizoenarbeider gewerkt zou hebben als zijn verblijfsvergunning niet was ingetrokken.⁸⁰ Hierbij wordt echter verwezen naar de nationale procedures en wordt uitbetaling van de vergoeding niet door de staat gegarandeerd.

6.3.4.2 *Recht op verblijf en bijstand*

Een recht op verblijf en bijstand in een situatie van arbeidsuitbuiting is in de EU-migratiewetgeving alleen geregeld voor onrechtmatig verblijvende derdelanders die slachtoffer zijn van arbeidsgerelateerde uitbuiting. Aan de slachtoffers kan een tijdelijke vergunning voor de duur van het strafproces verleend worden. De formulering van deze bepaling laat erg veel ruimte voor een eigen invulling.⁸¹ Op grond van het *nationale* recht bepalen de lidstaten de voorwaarden waaronder zij een vergunning *kunnen* afgeven.

Langdurig ingezetenen en asielgerechtigden hebben een verblijfsrecht dat niet afhangt van het hebben van werk of voldoende inkomen. Ze behouden hun verblijfsrecht ook in geval van verlies van werk in een situatie van arbeidsuitbuiting en hebben bovendien recht op bijstand. Voor derdelanders die verblijven op grond van gezinshereniging heeft verlies van werk niet direct invloed op het behoud van het verblijfsrecht, maar kan het verlies van inkomen als gevolg hiervan, wel consequenties hebben voor het behoud van het verblijfsrecht. Voor deze groep bevat het migratierecht geen specifieke regeling.

De Richtlijn Seizoenarbeid, de ICT-richtlijn en de Richtlijn Onderzoekers en Studenten bieden alle drie in enkele situaties bescherming tegen het intrekken van een verblijfsvergunning. Dit betreft onder andere de situatie dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen jegens de werknemers of is bestraft voor zwartwerk of illegale tewerkstelling.⁸² Als nationale autoriteiten besluiten tot het intrekken van de verblijfsvergunning, moet rekening gehouden worden met de specifieke omstandigheden van het geval, het evenredigheidsbeginsel en in geval van seizoenarbeiders 'de belangen van de

⁷⁹ Artikel 6 lid 2 sub b Richtlijn 2009/52/EG.

⁸⁰ Artikel 17 lid 2 Richtlijn 2014/36/EU.

⁸¹ Zie Artikel 13 lid 4 Richtlijn 2009/52/EG.

⁸² Zie artikel 9 lid 2 sub a Richtlijn 2014/36/EU, artikel 8 lid 4 Richtlijn 2014/66/EU en artikel 21 lid 2 sub c Richtlijn (EU) 2016/801.

werknemer'. De formulering van deze bepalingen laat echter veel ruimte voor de lidstaten om een eigen afweging te maken. Uit deze bepalingen kan niet afgeleid worden dat betrokken derdelanders een recht op verblijf en/of sociale bijstand hebben bij schending van de arbeidsnormen door de werkgever. Hooguit kan geconcludeerd worden dat op de staat een verplichting rust om in het intrekingsbesluit kenbaar te maken dat met de omstandigheden van het geval dan wel de belangen van de seizoenarbeider rekening is gehouden.

6.3.5 Schematisch overzicht rechten op bescherming in situatie van arbeidsuitbuiting

In tabel 5 wordt een overzicht gegeven van de rechten die migranten op basis van een bepaald rechtsgebied hebben, als een van de arbeidsnormen die door het betreffende rechtsgebied worden beschermd, door de werkgever is geschonden. Het gaat hier om rechten die specifiek zijn opgenomen voor de situatie van schending van de betreffende arbeidsnormen. Bij het recht op verblijf en bijstand wordt uitgegaan van de situatie dat de migrant zijn werk verliest als gevolg van een situatie van arbeidsuitbuiting. Het is dan de vraag of hij in deze situatie een recht op compensatie, verblijf en bijstand heeft of behoudt. Hierbij zijn twee voorafgaande opmerkingen op zijn plaats.

Ten eerste kan een migrant, die geen specifieke bescherming krijgt als er sprake is van de schending van een van de normen, mogelijk wel bescherming ontleen aan de rechten die hij al heeft en die in paragraaf 6.2 in kaart zijn gebracht. Als bijvoorbeeld de werkgever van een blauwe kaarthouder de norm van gelijke beloning schendt, biedt de Richtlijn Blauwe kaart geen specifieke rechten op bescherming. Dit wordt in de tabel aangegeven met 'nee'. De blauwe kaarthouder kan wel terugvallen op de rechten op verblijf, werk en bijstand die in de richtlijn zijn vastgelegd, zoals het recht om van werkgever te veranderen. Als hij besluit om te vertrekken bij zijn werkgever en daardoor tijdelijk werkloos is, kan hij een beroep doen op de sociale bijstand, zonder dat dit consequenties heeft voor zijn verblijfsrecht. Deze rechten op verblijf, werk en bijstand zijn in tabel 4 opgenomen.

Ten tweede gaat het in tabel 5 om de bescherming die aan een bepaald rechtsgebied kan worden ontleend. EU-werknemers hebben op grond van het vrij personenverkeer het recht op gelijke beloning en arbeidsvoorwaarden als burgers van de gastlidstaat. Het vrij verkeer van personen biedt echter geen specifieke bescherming aan EU-werknemers die niet volgens de normen van de gastlidstaat worden behandeld. De EU-werknemer is voor compensatie aangewezen op dezelfde nationale rechtsmiddelen als de eigen burgers. Als de situatie echter zodanig ernstig is dat deze ook onder de strafrechtelijke norm van arbeidsuitbuiting valt, kan bijvoorbeeld een uitgebuite Roemeense aardbeienplukker mogelijk wel bescherming krijgen die gekoppeld is aan het strafproces.

Op basis van het overzicht in tabel 5 kan geconcludeerd worden dat enkele mensenrechteninstrumenten een migrant, in een situatie van arbeidsuitbuiting die bestaat uit een van de verboden vormen van uitbuiting, een recht op inspanning door de staat verlenen om compensatie te regelen. Als het gaat om een recht op een verblijf bestaat er een onderscheid tussen een bedenktijd en een verblijfsvergunning. Zowel het Europees Mensenhandelverdrag als Richtlijn 2004/81/EG verplichten tot het verlenen van een bedenktijd gedurende welke periode slachtoffers van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel niet mogen worden uitgezet. Deze verplichting is ook in de Nederlandse Vreemdelingenwet opgenomen. De verplichtingen voor het verlenen van een verblijfsrecht (na afloop van deze bedenktijd) zijn in het Europees Mensenhandelverdrag het sterkst geformuleerd: als het nodig is voor het strafproces of op persoonlijke gronden verlenen de verdragsluitende staten een vergunning. Dit zou als een voorwaardelijk recht beschouwd kunnen worden. De staat behoudt echter wel een beoordelingsmarge om te bepalen of dit noodzakelijk is. Rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting onder het strafrecht zijn, zeker in Nederland, het sterkst. Ten aanzien van compensatie hebben migranten een discretionair recht. De rechter heeft zowel ten aanzien van de beslissing of de vordering tot schadevergoeding in het strafproces wordt meegenomen, als ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding ruimte om een eigen afweging te maken. Als de rechter een schadevergoeding toekent, is de uitbetaling hiervan wel gegarandeerd door de staat. Migranten hebben ook een recht op verblijf met als voorwaarde medewerking aan het strafproces. Het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht bevatten wel diverse normen voor een recht op volledige gelijke behandeling, dan wel ten aanzien van de basale arbeidsvoorwaarden, maar in deze instrumenten zijn praktisch geen rechten opgenomen ingeval de werkgever zijn verplichtingen niet nakomt. Alleen ten aanzien van enkele kwetsbaardere categorieën geldt voor de staat een verplichting om toegang tot rechten te faciliteren of zelfs te waarborgen.

Tabel 5: Overzicht recht op bescherming in situatie van arbeidsuitbuiting

		<i>Geschonden normen</i>	<i>Compensatie</i>	<i>Verblijf & bijstand</i>
MR	Verbod op uitbuiting	• Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid • Mensenhandel	EVRM: DR EMV: RR/RI ILO-2014:RI	Bedenktijd: EMV: RR V&B: EVRM: nee EMV: VDR/VR ILO-2014: nee / RI

		<i>Geschonden normen</i>	<i>Compensatie</i>	<i>Verblijf & bijstand</i>
MR	Sociaal-economische rechten	• Gunstige arbeidsvoorwaarden en beloning • Recht op gelijke beloning • Recht op gelijke behandeling in werk	IVESR/CESRC: RI	Nee
SR		Mensenhandel waarbij uitbuiting bestaat uit: • Slavernij • Met slavernij vergelijkbare praktijken • Dienstbaarheid • Gedwongen arbeid	In de EU: RI In Nederland: DR/RR	Bedenktijd: EU + NL: RR V&B: EU: VDR NL: VR
VVU	Werknemers	Volledig gelijke behandeling	Nee	Nee
	Zelfstandigen	• Eigen verantwoordelijkheid • Schijnzelfstandigheid	• Nee • Beloning als werknemer	Nee
	Gedetacheerde	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	RI	Nee
MRD	Asielgerechtigd, langdurig ingezetene	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	Nee	Nee
	Gezinshereniging	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	Nee	Nee
	Blauwe kaart	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	Nee	Nee
	Seizoenarbeid	Gelijke behandeling basale arbeidsvoorwaarden	RI	Nee
	Rechtmatig kort verblijf + divers	Niet geregeld	n.v.t.	n.v.t.
	Niet-rechtmatig	Uitbetaling salaris	RI	Nee
		Arbeidsgerelateerde uitbuiting	RI	VDR (meewerken aan strafproces)

MR = mensenrechteninstrumentarium; SR = strafrecht; VVU = vrij verkeer voor Unieburgers; MRD = migratierecht derdelanders
 DR = discretionair recht; RI = recht op inspanning; RR = recht op resultaat; VDR = voorwaardelijk discretionair recht; VR = voorwaardelijk recht; V&B = verblijf en bijstand

