



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).

7 | Conclusie: een vergelijking tussen de vier rechtsgebieden

7.1 INLEIDING

Dit onderzoek gaat over bescherming van migranten tegen arbeidsuitbuiting. Er bestaat wereldwijd brede consensus dat migranten in het bijzonder hier kwetsbaar voor zijn. Het doel van het onderzoek is een antwoord te geven op de vraag welke rechten op bescherming door de staat van zijn verblijf een migrant heeft tegen arbeidsuitbuiting door zijn werkgever, in de EU en in Nederland in het bijzonder.

Het begrip arbeidsuitbuiting is in dit onderzoek gedefinieerd als een situatie waarin er sprake is van een naar lokale maatstaven slechte behandeling van een arbeidsmigrant in absolute of relatieve zin (ongelijke behandeling). In andere woorden: er is sprake van een overtreding van arbeidsnormen. Dit is een bredere definitie dan gebruikelijk. Dit wil niet zeggen dat er geen verschil bestaat tussen de ernst van de misstanden en het inperken van de vrijheid van slachtoffers van arbeidsuitbuiting. Door voor een brede definitie van arbeidsuitbuiting te kiezen worden deze verschillen echter niet gebruikt om op voorhand een selectie te maken tussen arbeidsnormen die wel en die niet meegenomen worden in de definitie.

De arbeidsnormen die van toepassing zijn op een arbeidsrelatie, zijn in eerste instantie te vinden in het arbeidsrecht. Dit rechtsgebied is zeer omvangrijk en bevat vele, vaak per sector, situatie of beroep, verschillende normen. Een onderzoek naar de overtreding van arbeidsnormen die in het arbeidsrecht zijn neergelegd, is qua omvang dan ook ondoenlijk. Arbeidsnormen zijn ook in andere rechtsgebieden te vinden. Dit zijn normen die zo fundamenteel zijn, dat deze niet alleen via het arbeidsrecht worden beschermd, maar ook elders. In dit onderzoek zijn vier rechtsgebieden betrokken, waarin arbeidsnormen zijn opgenomen. Twee van deze rechtsgebieden bevatten normen die voor iedereen gelden. Zowel migranten als eigen burgers kunnen bescherming aan deze normen ontlelen. Deze rechtsgebieden zijn het mensenrechteninstrumentarium en het strafrecht. In de twee andere in dit onderzoek bestudeerde rechtsgebieden, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders, is de bescherming die wordt verleend, gekoppeld aan de nationaliteit (Unieburger of derdelander). Rechten die in dit kader worden verleend, zijn alleen van toepassing op bepaalde categorieën migranten.

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 zijn de mogelijkheden voor de aanpak van arbeidsuitbuiting in de vier rechtsgebieden besproken. Voor elk rechts-

gebied is geïnventariseerd welke arbeidsnormen in het betreffende rechtsgebied zijn opgenomen. Daarnaast is onderzocht hoe invulling aan de normen wordt gegeven, welke verplichtingen de staat heeft om de naleving van de normen te beschermen en welke rechten een migrant aan het betreffende rechtsgebied kan ontlenen. Deze rechten zijn in hoofdstuk 6 per rechtsgebied in kaart gebracht op grond van een onderverdeling naar drie categorieën. De eerste categorie rechten ziet op de arbeidsnormen zelf. Deze geven een migrant recht op een bepaalde behandeling door zijn werkgever in een arbeidsrelatie. De tweede categorie rechten heeft betrekking op de rechten op verblijf, werk en bijstand die een migrant heeft. Een migrant met sterke rechten op verblijf, werk en bijstand is minder afhankelijk van zijn werkgever en daardoor minder kwetsbaar voor arbeidsuitbuiting. De laatste categorie bestaat uit rechten die een migrant heeft als de arbeidsnormen die in de eerste categorie zijn opgenomen, zijn geschonden. Het gaat hierbij om rechten die specifiek bedoeld zijn als een reactie op de schending van een arbeidsnorm en niet om algemene rechten die betrokkene heeft. De rechten zijn geassocieerd als een recht op resultaat wanneer de staat garant staat voor de naleving, als een recht op inspanning indien alleen van de staat wordt verwacht dat die maatregelen neemt om de naleving van het recht mogelijk te maken, als een voorwaardelijk recht als de toekenning afhangt van voorwaarden en als een (voorwaardelijk) discretionair recht als de staat beoordelingsruimte heeft.

Het op deze manier kijken naar de rechten van een migrant op bescherming tegen arbeidsuitbuiting levert verschillende inzichten op. Ten eerste geeft de inventarisatie van arbeidsnormen voor migranten die in verschillende rechtsgebieden zijn opgenomen, inzicht in welke arbeidsnormen zo fundamenteel worden geacht dat deze niet alleen in het arbeidsrecht maar ook in andere rechtsgebieden zijn neergelegd. Tegelijk legt dit overzicht ook bloot welke groepen migranten zijn uitgesloten van bepaalde arbeidsrechten. Op de tweede plaats wordt inzichtelijk of de wetgever of de verdragsluitende staten zich beperkt hebben tot het opnemen van rechten zonder dat hier een concrete verplichting tegenover staat, of dat zij hier ook daadwerkelijk invulling aan hebben willen geven door de verwezenlijking van dit recht te faciliteren of zelfs te garanderen. Door naar het recht te kijken aan de hand van de verplichtingen die de staat heeft wordt duidelijk of is voorzien in een stapje extra, bovenop de bescherming die aan iedereen op grond van schending van arbeidsnormen via het arbeidsrecht wordt gegeven. Ook geeft de inventarisatie van de rechten op bescherming bij schending van een arbeidsnorm per rechtsgebied een beeld van welk rechtsgebied de meeste bescherming biedt. Het ligt voor de hand dat voor de zwaardere vormen van arbeidsuitbuiting zoals die in artikel 4 EVRM, het Palermo Protocol en hierop gebaseerde regelgeving zijn opgenomen (bijvoorbeeld arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, gedwongen arbeid of dienstbaarheid), verdergaande bescherming wordt geboden. Echter, uit jurisprudentie en literatuur wordt duidelijk dat de afbakening van deze zwaardere vormen van arbeidsuitbuiting lastig is. Bovendien

kunnen er in de praktijk tal van andere redenen en belemmeringen zijn om een situatie wel of niet aan te pakken als een vorm van arbeidsuitbuiting die is te kwalificeren als mensenhandel of gedwongen arbeid. Als een bepaalde vorm van arbeidsuitbuiting onder verschillende rechtsgebieden zou kunnen vallen, is het daarom relevant om te weten op grond van welk rechtsgebied de beste bescherming wordt geboden. Tegelijk kan beter inzicht in de bescherming die wordt geboden ook aanleiding zijn om deze te herzien. Tenslotte maakt de inventarisatie van de rechten op verblijf, toegang tot werk en bijstand inzichtelijk of en zo ja in welke mate de extra kwetsbaarheid van migranten voor arbeidsuitbuiting wordt verkleind door het verlenen van sterke rechten of juist vergroot door het onthouden van rechten.

In dit laatste hoofdstuk volgt eerst een vergelijkende reflectie op de betekenis van de vier rechtsgebieden voor de bescherming van rechten door de staat tegen arbeidsuitbuiting van een migrant. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte beschouwing ten aanzien van de hierboven genoemde inzichten en enkele suggesties voor een versterking van de rechten van een migrant.

7.2 BESCHERMING TEGEN ARBEIDSUITBUITING IN HET MENSENRECHTENINSTRUMENTARIUM

Het mensenrechteninstrumentarium bevat van de vier rechtsgebieden het breedste pakket aan arbeidsnormen. In de diverse instrumenten die tot dit rechtsgebied behoren, zijn enerzijds normen opgenomen die een verbod op een vorm van arbeidsuitbuiting inhouden (zoals slavernij, met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel) en anderzijds normen die zien op een recht op een bepaalde behandeling in een arbeidsrelatie. De afbakening van de diverse vormen van arbeidsuitbuiting is niet eenduidig. Wat precies moet worden verstaan onder een begrip als dienstbaarheid of gedwongen arbeid, en hoe deze begrippen zich verhouden tot het concept mensenhandel, is nog niet uitgekristalliseerd. Dit geldt met name voor de invulling die het EHRM aan de in artikel 4 EVRM opgenomen begrippen heeft gegeven. Duidelijk is wel dat er zowel sprake moet zijn van een zekere mate van ernst van de uitbuiting, als van een vorm van dwang. Anderzijds bevat het mensenrechteninstrumentarium diverse normen die zien op arbeidsomstandigheden en beloning, zoals een recht op gunstige arbeidsvoorwaarden, *decent work*, gelijke beloning en gelijke behandeling in arbeid en beroep.

De rechten die aan het mensenrechteninstrumentarium ontleend kunnen worden hangen af van normen die zijn geschonden en het instrument waarin deze zijn opgenomen. Op grond van alle onderzochte instrumenten is strafbaarstelling, strafrechtelijk onderzoek en eventueel vervolging verplicht. Als het gaat om arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel biedt het Europees Mensenhandelsverdrag de meest vergaande bescherming. Staten zijn altijd

verplicht aan slachtoffers een bedenktijd te verlenen en aansluitend een recht op verblijf als dat op grond van het strafproces of persoonlijke omstandigheden noodzakelijk is. Gedurende de bedenktijd en als een verblijfsvergunning is verleend, hebben slachtoffers recht op basisvoorzieningen. Staten moeten compensatie door de dader waarborgen. Het ILO Protocol 2014 verplicht staten tot het verlenen van een vorm van bijstand aan slachtoffers van gedwongen arbeid. De verplichtingen die zijn opgenomen in deze instrumenten, zijn op te vatten als een recht voor het slachtoffer, maar de vraag is wel hoe dit afgedwongen kan worden, als de werkgever of de staat zich niet aan deze verplichting houdt.

Op grond van het EVRM hebben staten in geval van een schending van artikel 4 EVRM buiten de strafrechtelijke verplichtingen, enkele andere positieve verplichtingen. In de zaak *Chowdury en anderen* heeft het Hof geconcludeerd dat de slachtoffers recht hebben op een schadevergoeding. Deze zaak gaf geen duidelijke normen voor het vaststellen van de hoogte van een schadevergoeding, maar het EHRM oordeelde wel dat de slachtoffers recht hebben op zowel een vergoeding voor niet uitbetaald loon als immateriële schade. Verder heeft het EHRM in deze zaak geoordeeld dat voor de positieve verplichtingen die een staat heeft, de bescherming die in het Europees Mensenhandelsverdrag is opgenomen, leidend is. Deze uitspraak van het EHRM zou mogelijk kunnen dienen als middel om de verplichtingen in het Europees Mensenhandelsverdrag af te dwingen.

Aan schending van de normen in het mensenrechteninstrumentarium door de werkgever die zien op arbeidsomstandigheden, beloning en gelijke behandeling kan geen recht jegens de staat op compensatie, verblijf of bijstand worden ontleend. De enige uitzondering hierop is de aanbeveling van het CESCR om bij schending van de normen uit het IVESCR ten aanzien van gelijke beloning een vorm van compensatie te bieden.

Als het gaat om preventieve bescherming door de positie van een migrant te versterken tegenover de werkgever, zodat voorkomen kan worden dat hij slachtoffer wordt van arbeidsuitbuiting, biedt het mensenrechteninstrumentarium weinig rechten. Op basis van het mensenrechteninstrumentarium kan een migrant op een enkele uitzondering na (verbod van refoulement, recht op gezinsleven en rechten voor vluchtelingen) geen rechten ontleen om zijn verblijfsrechtelijke positie ten opzichte van de werkgever te versterken. Hetzelfde geldt voor het recht op toegang tot werk en bijstand. Alleen waar het onthouden van voorzieningen zou leiden tot een schending van artikel 3 EVRM, kan dit anders zijn. Het EHRM heeft in de zaak *Hunde tegen Nederland* echter geoordeeld dat ten aanzien van onrechtmatig verblijvende migranten in beginsel geen verplichting tot het verlenen van bijstand aan artikel 3 EVRM ontleend kan worden. Hoewel normen die zien op basisvoorzieningen als onderdak, voedsel en kleding in het ESH en het IVESCR geformuleerd zijn als een recht voor eenieder, zijn deze bedoeld als een inspanningsverplichting voor de staat. De uitspraken van het ECSR tegen Nederland laten echter zien

dat deze verplichtingen toch in bepaalde situaties als een recht op voorzieningen geïnterpreteerd dienen te worden. Wat de reikwijdte van deze uitspraken is voor andere migranten dan uitgeprocedeerde asielzoekers waar het in casu om ging, is nog niet uitgekristalliseerd. Een kanttekening hierbij is dat de uitspraken van het ECSR niet juridisch bindend zijn.

7.3 BESCHERMING TEGEN ARBEIDSUITBUITING IN HET STRAFRECHT

De arbeidsnorm die in het strafrecht wordt beschermd, is arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel. De strafrechtelijke norm die in het Palermo Protocol is gedefinieerd, heeft model gestaan voor het begrip mensenhandel, zowel in het Europees Mensenhandelsverdrag als in de EU Richtlijn Mensenhandel en werkt door in de nationale strafwetgeving van de lidstaten van de EU. Dit kan op den duur leiden tot een meer eenduidige interpretatie van dit begrip.

In de Nederlandse strafbepaling van mensenhandel bestaan twee varianten van arbeidsuitbuiting. In beide varianten moet er sprake zijn van uitbuiting die voldoet aan een bepaalde mate van ernst. Criteria die daarvoor door de rechter worden gebruikt, hebben te maken met de aard en de duur van de tewerkstelling en de voordelen die de uitbuiting oplevert voor de werkgever. Ook moet er in beide varianten sprake zijn van dwang. In de meeste zaken die in het jurisprudentieoverzicht zijn opgenomen waarin de rechter tot een veroordeling is gekomen, werd het gebruik van het dwangmiddel misleiding of misbruik van een kwetsbare positie aangenomen. Hierbij spelen omstandigheden die te maken hebben met de situatie van een migrant een belangrijke rol.

Het strafrecht biedt van de vier vergeleken rechtsgebieden in Nederland de meeste bescherming in het geval de norm (mensenhandel) is overtreden. Dit kan verklaard worden op grond van de ernst van de misstanden en de inperking van de vrijheid die besloten ligt in arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel. Nederland kent naast een verblijfsregeling voor een periode van maximaal drie maanden, die geldt als bedenktijd om aangifte te doen, een verblijfsregeling die gekoppeld is aan het strafproces. Verder heeft een slachtoffer het recht om in het kader van het strafproces een schadevergoeding te vorderen, waarbij de staat de verplichting tot compensatie door de dader overneemt, als deze wordt toegekend. Er is dus sprake van een recht op resultaat. Tegelijk is het ook een discretionair recht, omdat niet duidelijk is op grond van welke criteria de rechter de hoogte van de schadevergoeding vaststelt en omdat hij kan bepalen dat de vordering een onevenredige belasting voor het strafproces vormt.

In hoofdstuk 3 is geconcludeerd dat, doordat rechterlijke uitspraken zich lastig laten lezen, het moeilijk is om in kaart te brengen op grond van welke feiten, welke criteria met betrekking tot de elementen dwang en uitbuiting,

en op basis van welke weging de rechter tot een oordeel komt. Er bestaat dus onduidelijkheid ten aanzien van de invulling van wat arbeidsuitbuiting precies inhoudt, maar ook wat betreft de toekenning van het recht op schadevergoeding. In het belang van rechtszekerheid voor zowel slachtoffers als daders is het nodig dat er voor beide aspecten een duidelijker lijn in de rechterlijke uitspraken komt. Een betere inzichtelijkheid in de overwegingen kan worden bereikt door de uitspraken in een duidelijk format te gieten. Ten aanzien van de beoordeling van de misstanden zou gekeken kunnen worden naar het ontwikkelen van richtsnoeren voor het beoordelen van de beloning, de duur van het werk en de arbeidsomstandigheden. Wat betreft de dwangmiddelen is er onduidelijkheid ten aanzien van de beoordeling van de keuzevrijheid om zich aan de uitbuiting te onttrekken. Waar de grens getrokken zou moeten worden tussen situaties die wel of niet onder de strafrechtelijke vorm van uitbuiting vallen, zou ook moeten afhangen van de rechten op bescherming die migranten hebben buiten het strafproces. Hierbij is met name ook van belang op welke wijze de staat de toegang of verwezenlijking van deze rechten faciliteert of garandeert.

7.4 BESCHERMING TEGEN ARBEIDSUITBUITING IN HET VRIJ VERKEER VOOR UNIEBURGERS

De arbeidsnormen en rechten die gelden voor Unieburgers zijn verschillend voor de drie constructies op grond waarvan een Unieburger in een andere lidstaat kan werken, EU-werknemers, EU-zelfstandigen en EU-gedetacheerde werknemers. In vergelijking met de andere rechtsgebieden zijn de toepasselijke arbeidsnormen voor EU-werknemers het meest omvattend. Zij hebben een volledig recht op gelijke behandeling als de burgers van de gastlidstaat. EU-zelfstandigen hebben ook een volledig recht op gelijke behandeling, maar voor zelfstandigen geldt als basisprincipe dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor voorwaarden waaronder zij werken. Dit is slechts anders als er sprake is van schijnzelfstandigheid. In dat geval zouden de arbeidsnormen voor EU-werknemers moeten gelden. Voor gedetacheerde werknemers is de gelijke behandeling beperkt tot een in de herziene Detacheringsrichtlijn opgenomen lijst van basisarbeidsvoorwaarden.

Als er sprake is van schending van de normen voor EU-werknemers en EU-zelfstandigen, heeft de staat op basis van het vrij verkeer voor Unieburgers geen specifieke verplichtingen. Unieburgers zijn ook in dat opzicht gelijk aan burgers van de lidstaat en worden verondersteld zelf bescherming te kunnen regelen. De praktijk in Nederland en in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en Ierland laat echter zien dat van de nationale mogelijkheden tot vordering van nabetaling van achterstallig loon weinig gebruik wordt gemaakt. Deze procedures lijken in ieder geval voor migranten geen effectieve rechtsmiddelen te zijn. Ten aanzien van gedetacheerde werknemers is in de Detacheringsricht-

lijn 1996 de verplichting opgenomen (en behouden in de herziene richtlijn) dat staten bij overtreding van de normen door de werkgever, de toegang tot procedures mogelijk moeten maken. Deze verplichting is verder uitgewerkt in de Handhavingsrichtlijn. Een complicerende factor bij het afdwingen van de arbeidsnormen is echter dat de formele werkgever in eerste instantie aansprakelijk is. Nu dit de buitenlandse werkgever is, die niet gevestigd is in het land waar de werkzaamheden worden uitgevoerd, is er altijd sprake van een grensoverschrijdend element, zowel als een procedure wordt gestart in het land waar de werkzaamheden zijn uitgevoerd, als in het geval een vordering wordt ingesteld in het land waar de werkgever is gevestigd of in het land van oorsprong van de gedetacheerde werknemer.

Unieburgers hebben op grond van het vrij verkeer voor Unieburgers sterke rechten op met name toegang tot werk en verblijf. Als rechtmatig verblijvende werknemer of zelfstandige, kunnen zij ook aanspraak maken op gelijke behandeling op het gebied van sociale bijstand. Het verblijfsrecht is de eerste jaren echter gekoppeld aan het behoud van de status als werknemer of zelfstandige. De criteria voor het behoud van de status als werknemer of zelfstandige zijn niet volledig helder. Wanneer is er bijvoorbeeld sprake van 'onvrijwillig werkloos'? Dat beperkt de bescherming die zij aan dit recht kunnen ontleen. Dat EU-werknemers, ondanks hun relatief sterke verblijfspositie toch kwetsbaar zijn voor arbeidsuitbuiting, blijkt ook uit het in hoofdstuk 3 weergegeven jurisprudentieonderzoek.

De positie van een EU-gedetacheerde werknemer is zowel wat betreft zijn verblijfsrecht als het recht op bijstand minder gunstig. Zijn verblijfsrechtelijke positie in de gastlidstaat is gebaseerd op de Dienstenrichtlijn – die alleen voorziet in een verblijfsrecht voor de duur van de dienst – en niet op de Verblijfsrichtlijn. Dat betekent dat hij niet valt onder de bescherming van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn voor EU-werknemers en EU-zelfstandigen. Nu het recht op gelijke behandeling ook met betrekking tot sociale voorzieningen gekoppeld is aan rechtmatig verblijf op grond van artikel 7 Verblijfsrichtlijn en (behoud van) de status als werknemer, kan hij ook geen aanspraak maken op sociale bijstand in de gastlidstaat.

Een gelijkschakeling van de rechten van alle Unieburgers die werken in een andere lidstaat kan alleen gerealiseerd worden als de constructie van gedetacheerde werknemers wordt losgelaten, of nog verdergaand wordt aangepast. Gezien de onderlinge tegenstellingen ten aanzien van deze categorie migranten binnen de EU, die ook weer duidelijk naar voren kwamen in het kader van de herziening van de Detacheringsrichtlijn, is dat vooralsnog geen reële optie.

7.5 BESCHERMING TEGEN ARBEIDSUITBUITING IN HET MIGRATIERECHT VOOR DERDELANDERS

Bij de vormgeving van bescherming tegen arbeidsuitbuiting in het migratierecht voor derdelanders spelen migratieoverwegingen een belangrijke rol. Enerzijds worden bepaalde vormen van gewenste migratie gestimuleerd en anderzijds wordt minder gewenste migratie en in het bijzonder irreguliere migratie ontmoedigd of bestreden. Daarnaast verplichten internationale verdragen en beginselen, zoals het Vluchtelingenverdrag en het non-refoulement beginsel tot het nemen van bepaalde maatregelen en het verlenen van bepaalde rechten. Dit leidt ertoe dat de rechten voor derdelanders zowel als het gaat om arbeidsnormen, bescherming in geval van een inbreuk op deze arbeidsnormen en rechten inzake verblijf, toegang tot werk en sociale bijstand sterk zijn gedifferentieerd.

De arbeidsnormen die migranten aan het migratierecht voor derdelanders kunnen ontleen, zijn grofweg onder te verdelen in normen voor twee groepen derdelanders. Voor derdelanders die een verblijfsvergunning hebben op grond van asiel, gezinshereniging, een vorm van arbeid of als langdurig ingezetene, geldt in ieder geval een recht op gelijke behandeling ten aanzien van de basale arbeidsvoorwaarden. Voor een tweede groep derdelanders, die ook weer bestaat uit diverse specifieke categorieën, geldt deze norm niet op grond van het migratierecht. Dit betreft derdelanders die onrechtmatig verblijven of wel rechtmatig verblijven, maar niet mogen werken, die op grond van een visum voor kort verblijf in de EU zijn, of die voor maximaal zes maanden in de EU verblijven. Daarnaast geldt dit recht niet voor au pairs en stagiairs die niet op grond van een arbeidsovereenkomst werken. Voor migranten zonder rechtmatig verblijf kunnen twee andere normen worden afgeleid uit de Werkgeverssanctierichtlijn. Dit zijn een recht op salaris op basis van de toepasselijke cao of het minimumloon en een verbod op arbeidsgerelateerde uitbuiting. Deze laatste norm wordt gekoppeld aan het begrip mensenhandel, maar het is op grond van de wettelijke bepalingen niet duidelijk wat de ernst van de misstanden moet zijn en of er ook sprake dient te zijn van dwang.

Voor de derdelanders die een recht op gelijke behandeling hebben, is in het migratierecht geen specifieke bescherming opgenomen ingeval van overtreding van die norm door de werkgever. Zij zijn voor bescherming aangewezen op de voorzieningen die ook voor de eigen burgers van de staat beschikbaar zijn. De bescherming voor nabetaling aan onrechtmatig verblijvende derdelanders gaat echter verder. Naast een norm voor de vaststelling van de hoogte van het salaris, geldt ook een bewijsomdraaiing voor de duur van de tewerkstelling. In beginsel wordt uitgegaan van een duur van drie maanden, tenzij de werkgever of de migrant anders kan bewijzen. Dit recht gaat potentieel ook verder dan het recht op compensatie in het strafproces, nu er wel een norm voor de hoogte wordt gegeven en er zonder tegenbewijs van uitgegaan dient te worden dat er minimaal drie maanden is gewerkt. Als een slachtoffer van

arbeidsgerelateerde uitbuiting meewerkt aan het strafproces, kan hem een tijdelijk verblijfsrecht worden gegeven voor de duur van het proces. Op de staat rust een inspanningsverplichting om de toegang tot dit recht te faciliteren, maar staten hebben geen verplichting dit te garanderen. De verblijfsrechtelijke positie van seizoenarbeiders is zwakker dan van andere derdelanders die op grond van een vergunning voor arbeid in een lidstaat verblijven. Ter compensatie hiervan hebben seizoenarbeiders die hun werk en verblijfsrecht verliezen als gevolg van overtreding van de regels van hun werkgever, recht op uitbetaling van het salaris dat ze zouden hebben verdiend over de resterende periode. Dit is een recht tegenover de werkgever. De richtlijn voorziet niet in een mechanisme dat de staat verplicht om bij gebreke van het naleven van deze verplichting door de werkgever, uitbetaling aan de seizoenarbeider te garanderen.

De toegang tot een eerste verblijfsrecht hangt voor alle categorieën derdelanders af van het vervullen van verschillende voorwaarden. Voor derdelanders die onrechtmatig op het grondgebied van de EU verblijven, is het bijzonder lastig om op grond van het EU-recht een legaal verblijfsrecht te verkrijgen. Dit maakt hen afhankelijk van een werkgever. Asielstatushouders en langdurig ingezetenen hebben de sterkste rechten, zowel wat betreft bescherming tegen verlies van het verblijfsrecht, als wat betreft toegang tot werk en recht op sociale bijstand. Dit versterkt hun positie tegenover een werkgever. Gezinsmigranten hebben in de regel ook toegang tot werk. Verlies van werk heeft niet direct consequentie voor het verblijfsrecht, maar een beroep op de bijstand kan wel gevolgen hebben voor het recht op verblijf van gezinsmigranten. Derdelanders met een vergunning voor werk zijn voor hun verblijfsrecht afhankelijk van dit werk. Uit het jurisprudentieoverzicht in hoofdstuk 3, blijkt dat dit inderdaad in enkele zaken een factor is die kwetsbaar maakt voor uitbuiting. Er bestaat voor blauwe kaarthouders en seizoenarbeiders wel een beperkte mogelijkheid om van werkgever te veranderen.

Voor de meeste derdelanders zijn in de migratiewetgeving normen voor gelijke behandeling ten aanzien van de basale arbeidsvoorwaarden opgenomen. De bijdrage van de EU-migratiewetgeving aan bescherming in geval van een inbreuk op deze arbeidsnormen is echter beperkt. Dit geldt ook voor het creëren van een rechtspositie die de derdelander, minder afhankelijk maakt van de werkgever. In dit opzicht is er een verschil tussen rechten voor asielstatushouders, langdurig ingezetenen en hoger opgeleide migranten enerzijds en andere categorieën migranten, zoals seizoenarbeiders, asielzoekers of onrechtmatig verblijvende migranten anderzijds. Aan onrechtmatig verblijvende derdelanders en seizoenarbeiders, wordt in een uitbuitingssituatie op papier wel enige bescherming geboden. De EU-wetgeving biedt echter geen specifieke faciliteiten om de toegang tot deze rechten te garanderen. Het controleren en bestrijden van (illegale) migratie heeft voorrang gekregen boven bescherming van migranten.

7.6 TOT SLOT: VERSTERKING VAN DE RECHTEN OP BESCHERMING IN NEDERLAND EN DE EU

Er bestaat tussen de vier rechtsgebieden een grote mate van overlap met betrekking tot de normen die in een arbeidsrelatie nageleefd moeten worden. Het verbod op arbeidsuitbuiting in diverse verschijningsvormen is opgenomen in verschillende mensenrechteninstrumenten, het strafrecht en het migratierecht voor derdelanders. De doorwerking van de definitie van mensenhandel uit het Palermo Protocol in het mensenrechteninstrumentarium beperkt de reikwijdte van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel nu in deze definitie mensenhandel wordt omschreven aan de hand van acties en intenties van de dader. Het recht op gelijke en gunstige arbeidsvoorwaarden is te vinden in het mensenrechteninstrumentarium, het vrij verkeer voor Unieburgers en het migratierecht voor derdelanders. Er bestaan in het migratierecht enkele gaten in de toepasselijkheid van de normen voor een aantal categorieën migranten. In het vrij verkeer voor Unieburgers zijn dit de gedetacheerde werknemers voor wie ook onder de herziene Detacheringsrichtlijn nog steeds niet volledig dezelfde arbeidsnormen gelden als voor burgers van de eigen lidstaat. In het migratierecht voor derdelanders zijn met name de arbeidsnormen voor onrechtmatig verblijvende migranten en enkele categorieën kort verblijvende migranten minder gunstig dan voor de overige categorieën derdelanders en de eigen burgers. Deze minder gunstige arbeidsnormen lijken te zijn ingegeven door de wens bepaalde vormen van migratie te beteugelen, maar botsen met de gelijke behandelingsnormen die ook in het mensenrechteninstrumentarium zijn opgenomen. De EU-wetgever zou zich hier bij het opstellen van migratiewetgeving beter rekenschap van dienen te geven.

Als het gaat om de rechten die migranten hebben op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting door de werkgever, is het beeld genuanceerd. Hier is een duidelijke tweedeling te zien tussen de twee categorieën normen: enerzijds de meest ernstige vormen van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel, gedwongen arbeid, dienstbaarheid of slavernij en anderzijds de normen die zien op beloning en arbeidsomstandigheden. Zowel in het mensenrechteninstrumentarium als in het strafrecht zijn rechten opgenomen met betrekking tot compensatie, verblijf en bijstand in geval van schending van de betreffende normen. Deze rechten zijn gedeeltelijk geformuleerd als een recht op resultaat of een voorwaardelijk recht. Het afdwingen van rechten via het mensenrechteninstrumentarium is minder goed geregeld. Mogelijk kan meer gebruik gemaakt worden van een klacht over schending van artikel 4 EVRM bij het EHRM. In de strafrechtelijke aanpak beperkt de koppeling die wordt gemaakt met het strafproces (na de bedenktijd) de reikwijdte van deze rechten. Vanuit mensenrechtelijk oogpunt is deze koppeling aan het strafproces bezwaarlijk. GRETA heeft Nederland hier meermaals op gewezen.

Rechten op bescherming in geval van schending van de overige normen is buiten de procedures die voor iedereen open staan, minder goed of niet

geregeld. De rechten die migranten hebben op grond van het mensenrechten-instrumentarium zijn versnipperd over verschillende instrumenten. Ze zijn vaak niet geformuleerd als een sterk afdwingbaar recht van de migrant, maar als een oproep aan staten om rechten te faciliteren of de toekenning van rechten te overwegen. De verschillende toezichthoudende instanties hebben een beperkt mandaat om toe te zien op de naleving en dit belemmert de mogelijkheid tot het afdwingen van deze normen. Nationale toezichthoudende instanties, zoals in Nederland het College voor de rechten van de Mens, zouden hierin mogelijk een grotere rol kunnen spelen. Voor Nederland zou ratificatie van het aanvullend protocol bij het IVESCR, waarmee een individueel klachtrecht wordt geïntroduceerd, het afdwingen van de rechten onder het IVESCR kunnen verbeteren. Het migratierecht kent, op een enkele uitzondering na, helemaal geen specifieke verplichtingen voor staten om migranten bescherming te bieden als deze normen worden geschonden. Dit geldt zowel voor het migratierecht voor derdelanders als het vrij verkeer voor Unieburgers. Dat betekent dat migranten veelal zijn aangewezen op de nationale faciliteiten en procedures, die moeilijk toegankelijk zijn.

Deze grote ongelijkheid in bescherming tussen de verschillende vormen en gradaties van arbeidsuitbuiting is om verschillende redenen onwenselijk. De inhoud van de ernstigere vormen van arbeidsuitbuiting is (nog) niet uitgekristalliseerd. Dit creëert op nationaal en internationaal niveau ruimte voor verschillende interpretaties en schept rechtsonzekerheid. Gezien het verschil tussen de rechten die ontleend kunnen worden aan een situatie die als een vorm van gedwongen arbeid, dienstverlening of mensenhandel kan worden geclassificeerd en de rechten die bestaan op grond van een schending van de overige arbeidsnormen, is het belang voor betrokkenen groot om onder de eerste categorie te worden geschaard. Dit kan een enorme druk leggen op de strafprocedure. Waar rechten zijn gekoppeld aan de strafprocedure betekent dit ook dat voor het verwezenlijken van de rechten elk slachtoffer in een zaak moet worden meegenomen. Dit kan de afhandeling van de zaken geweldig compliceren en vertragen. Tenslotte is er niet een harde en duidelijke scheidslijn te trekken tussen de verschillende vormen van arbeidsuitbuiting. Het wringt om dan wel een harde scheidslijn aan te brengen in de rechten die migranten hebben in geval van schending van de verschillende arbeidsnormen.

Ten aanzien van rechten die migranten hebben die preventief kunnen bijdragen aan het verkleinen van de kwetsbaarheid voor arbeidsuitbuiting, biedt het mensenrechteninstrumentarium weinig rechten. Rechten in het kader van het migratierecht voor derdelanders zijn sterk gedifferentieerd. Hoewel er aandacht is voor de kwetsbaarheid van bijvoorbeeld seizoenarbeiders en au pairs, ligt de nadruk toch op het migratierecht als instrument om migratie te reguleren. Het recht op vrij verkeer voor Unieburgers biedt in beginsel wel sterke rechten aan met name EU-werknemers en EU-zelfstandigen. Echter, zolang voor het verblijfsrecht en daaraan gekoppelde rechten ten aanzien van sociale bijstand het behoud van de status als werknemer of zelfstandige is

verbonden, blijven deze Unieburgers afhankelijk van het hebben van werk. Het versterken van de rechten op verblijf, werk en bijstand van een migrant lijkt een effectief middel om de positie van een migrant te verbeteren. Het is opvallend dat de slachtoffers van arbeidsuitbuiting in de strafrechtelijke jurisprudentie die in hoofdstuk 3 is besproken, met name derdelanders zonder of met een minder sterk verblijfsrecht zijn en Unieburgers van wie het verblijf in de eerste jaren afhankelijk is van het behoud van de status als werknemer. Versterking van rechten op verblijf, werk en bijstand is echter een politieke keuze die op EU- en nationaalniveau niet veel kans maakt.

Ten slotte kan een vergelijking van de rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting die in de verschillende rechtsgebieden zijn neergelegd, ons iets leren over de verschillende manieren waarop verwezenlijking van rechten kan worden gefaciliteerd. Ten eerste een enkele opmerking over het recht op compensatie of schadevergoeding. De strafrechtelijke schadevergoedingsmaatregel, waarbij de staat de vergoeding aan het slachtoffer betaalt als de werkgever nalatig blijft en de vordering op de werkgever overneemt, is een heel sterk middel om het recht op compensatie te verwezenlijken. Het verdient aanbeveling om dit breder in te zetten dan alleen ten aanzien van slachtoffers van werkgevers die in een strafprocedure zijn veroordeeld. Een van de geconstateerde problemen ten aanzien van de schadevergoeding in het kader van de strafprocedure in Nederland is, dat er geen normen zijn voor de vaststelling van de hoogte en dat het soms lastig is om het gewerkte aantal uren en de duur van de tewerkstelling te bewijzen. Op grond van het mensenrechteninstrumentarium zou deze norm gebaseerd moeten zijn op het recht op gelijke behandeling. In de Werkgeverssanctierichtlijn is een regeling opgenomen ten aanzien van de hoogte (cao-loon of wettelijk minimumloon) en een fictieve periode van een aantal maanden die open staat voor tegenbewijs. Dit kan een goed middel zijn om meer eenheid ten aanzien van de criteria voor het vaststellen van de hoogte en de duur van de materiële schadevergoeding te creëren. Ook voor de immateriële schadevergoeding zouden normen kunnen worden opgesteld waarin bijvoorbeeld de duur, ernst van de misstanden en beperking van de vrijheid worden meegenomen. Op grond van de Werkgeverssanctierichtlijn is de werking van de bepalingen over recht op achterstallig loon beperkt tot onrechtmatig verblijvende migranten. Uitbreiding van deze bepaling tot rechtmatig verblijvende migranten kan het nuttig effect van deze bepaling vergroten.

Het tweede belangrijke recht is een (tijdelijk) recht op verblijf en bijstand. Zowel het Europees Mensenhandelverdrag als Richtlijn 2004/81/EG bieden een bedenktijd en een verblijfsrecht dat ofwel gekoppeld is aan het strafproces of op persoonlijke gronden kan worden verleend. Deze rechten zijn in Nederland in de Vreemdelingenwet geïmplementeerd. Voor migranten die slachtoffer zijn van een vorm van uitbuiting die niet ernstig genoeg is, of ten aanzien waarvan om andere reden geen strafrechtelijk onderzoek en vervolging wordt ingesteld, bestaat niet een dergelijk recht. Het is voor een migrant zonder

verblijfsrecht bijzonder moeilijk om een civiele procedure te starten om zelf het achterstallig loon te vorderen, dan wel vanuit het buitenland een dergelijke procedure te voeren. Het uitbreiden van de bedenktijd tot slachtoffers die niet via het strafrecht willen proberen genoegdoening te krijgen in combinatie met het beter faciliteren van de civiele procedure kan de rechtspositie van deze migranten versterken.

Hierboven zijn enkele voorbeelden genoemd van rechten die in een bepaald rechtsgebied zijn opgenomen en bijdragen aan een daadwerkelijke versterking van de rechtspositie van een migrant. Daarnaast zijn suggesties gedaan voor een bredere toepassing van deze rechten binnen andere rechtsgebieden. Een meer coherente benadering van rechten van migranten in een situatie van arbeidsuitbuiting in al zijn verschijningsvormen zou bereikt kunnen worden door rechten op bescherming in een situatie van arbeidsuitbuiting los te koppelen van het strafproces. Een recht op schadevergoeding, in ieder geval voor het deel dat ziet op nabetaling van achterstallig loon, bestaat los van de vraag of een bepaalde uitbuitingssituatie in strafrechtelijke zin als arbeidsuitbuiting valt te kwalificeren. Een bedenktijd kan niet alleen nodig zijn om te overwegen om aangifte te doen tegen een werkgever, maar ook om een strategie vast te stellen voor het effectueren van rechten. Bijkomend voordeel van het loskoppelen van de rechten op bescherming van het strafproces is, dat er voor een migrant meer opties zijn om zijn recht te verwezenlijken. Dit zou ook een overweging kunnen zijn bij de keuze om al dan niet tot strafrechtelijke vervolging over te gaan, of andere handhavingsinstrumenten in te zetten. In het inleidend hoofdstuk is het voorbeeld gegeven van de Poolse werknemers bij het bedrijf Prime Champ. Een poging 'recht te doen' aan de werknemers van dit bedrijf heeft hen via de strafrechtelijke procedure nog niets opgeleverd. Het versterken van hun positie buiten het strafrecht kan er toe leiden dat zij ook daadwerkelijk 'recht hebben'.

