

HET WETSVOORSTEL REGULERING PROSTITUTIE EN
BESTRIJDING MISSTANDEN SEKSBRANCHE

‘Een onderzoek naar het al dan niet bestaan van waarborgen ter bescherming van het recht op vrije arbeidskeuze en de sociale rechtspositie van prostituees in het kader van de door het wetsvoorstel voorgenomen maatregelen’

Naam: Amy van Wanrooij

ANR: 395769

Eerste lezer: dhr. mr. dr. S.J. Rombouts

Tweede lezer: dhr. mr. A.D.M. van Rijs

Instelling: Tilburg University

Datum: 7 januari 2015

Openbare verdediging: 4 februari 2015

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING.....	3
HOOFDSTUK I: HET WETSVORSTEL REGULERING PROSTITUTIE EN BESTRIJDING	
MISSTANDEN SEKSBRANCHE.....	6
I.1 De algemene strekking van het wetsvoorstel	6
I.1.1 De knelpunten die nog bestaan en de oplossingen die het wetsvoorstel beoogt.....	6
I.2 Het arbeidsrecht en de rechtspositie van prostituees in het licht van het wetsvoorstel	8
I.2.1 Het wetsvoorstel en het recht op vrije arbeidskeuze.....	9
I.2.2 Het wetsvoorstel en de sociale rechtspositie van prostituees.....	10
I.3 Belangrijke begrippen voor de toepassing van het wetsvoorstel.....	11
I.4 Samenvatting en conclusie	12
HOOFDSTUK II: HET RECHT OP VRIJE ARBEIDSKEUZE	14
II.1 Hoe wordt het recht op vrije arbeidskeuze door wet- en regelgeving ingevuld?	14
II.1.1 Het recht op vrije arbeidskeuze in nationaal perspectief	14
II.1.2 Het recht op vrije arbeidskeuze in internationaal perspectief	16
II.1.3 De toepassing van EU-grondrechten in de nationale rechtsorde	18
II.2 Op welke wijze wordt door de jurisprudentie een nadere invulling gegeven aan het recht op vrije arbeidskeuze en de verhouding tussen nationaal en internationaal recht?	19
II.3 Hoe verhoudt het recht op vrije arbeidskeuze zich tot de seksbranche?	25
II.3.1 De invloed van een leeftijdsverhoging op het recht op vrije arbeidskeuze	26
II.3.2 De invloed van het vergunningstelsel op het recht op vrije arbeidskeuze	28
II.4 In hoeverre schaadt het wetsvoorstel het recht op vrije arbeidskeuze?.....	29
II.5 Samenvatting en conclusie	31
HOOFDSTUK III: DE SOCIALE RECHTSPOSITIE VAN PROSTITUEES	34
III.1 De sociale rechtspositie van prostituees en de kwalificatie van arbeid.....	34
III.1.1 De kwalificatie van arbeidsverhoudingen in de prostitutie	34
III.1.2 De gevolgen van een onduidelijk onderscheid voor de sociale rechtspositie.....	37

III.1.3 De keerzijde van het bestaan van een arbeidsovereenkomst	38
III.2 De sociale rechtspositie van prostituees en de voorgestelde vergunningplicht	39
III.2.1 Het landelijk uniform vergunningstelsel.....	39
III.2.2 De invloed van het vergunningstelsel op de sociale rechtspositie.....	41
III.3 De sociale rechtspositie van prostituees en de voorgenomen registratieplicht.....	42
III.3.1 De algehele registratieplicht	43
III.3.2 De invloed van een algehele registratieplicht op de sociale rechtspositie.....	43
III.4 Samenvatting en conclusie	45
SAMENVATTING EN CONCLUSIE	48
BRONNENLIJST.....	53
Literatuur.....	53
Jurisprudentie	55
Parlementaire stukken.....	56
Digitale bronnen.....	56
Overigen	56
BIJLAGE 1 – Beschermingsrechten voor jongeren	58
BIJLAGE 2 – Beschermingsrechten ter bestrijding van dwangarbeid.....	60
BIJLAGE 3 – ILO Conventions	61

INLEIDING

Prostitutie is, naar men beweert, het oudste beroep ter wereld. Al omstreeks 500-146 voor Christus¹ werd prostitutie bij de oude Grieken alom geaccepteerd door de publieke opinie en werd er veel en openhartig over geschreven.² De publieke opinie is echter vatbaar voor verandering en zodoende blijft discussie bestaan over de vraag of het prostitutiebeleid verder gereguleerd dient te worden en zo ja, hoe dit dan het geval zou moeten zijn. De wenselijkheid daartoe heeft zich ruim tien jaar geleden nog geuit ten tijde van de behandeling in de Tweede Kamer van de op 26 oktober 1999 aangenomen Wet opheffing van het algemeen bordeelverbod.³ Verdere regulering van de seksbranche is vooral gewenst met het oog op het voorkomen van bijvoorbeeld mensenhandel, prostitutie van minderjarigen en gedwongen prostitutie, maar het reguleren van de seksbranche raakt naast het straf- en bestuursrecht ook zeker arbeidsrechtelijke vlakken die niet uit het oog mogen worden verloren.

Inmiddels is sprake van het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche⁴, waarvan de meest recente versie verscheen op 29 maart 2011.⁵ Dit wetsvoorstel omhelst naast strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aspecten, zoals illegaliteit en handhaving, ook arbeidsrechtelijke aspecten waarvan bekeken dient te worden of de uitwerking daarvan voldoende waarborgen biedt ten aanzien van het recht op vrije arbeidskeuze en de sociale rechtspositie van prostituees.

Te denken valt aan de verschillen in regelgeving met betrekking tot zelfstandige prostituees dan wel prostituees werkzaam onder dienstverband. Het wetsvoorstel brengt met zich mee dat ieder seksbedrijf verplicht een vergunning dient aan te vragen. Het verschil met zelfstandigen is dat zij hiertoe niet verplicht zijn. Problemen kunnen zich voordoen wanneer niet glashelder is of een prostituee in dienst is en een arbeidsovereenkomst heeft of zelfstandige is. Dit kan ook gevolgen met zich meebrengen voor de sociale rechtspositie van prostituees. Onenigheid over de vormgeving van de arbeidsverhoudingen kan leiden tot problemen met bijvoorbeeld de Belastingdienst en uitkeringsinstanties. Prostituee en exploitant geven vaak zelf de voorkeur aan de vorm van zelfstandige, maar feitelijk is in veel bedrijven sprake van zodanige gezagselementen tussen de exploitant en de prostituees dat voor de toepassing van de desbetreffende wet- en regelgeving sprake is van een dienstbetrekking. Ondanks het feitelijk bestaan van een dienstbetrekking kunnen risico's van bijvoorbeeld niet kunnen werken zodoende volledig worden afgewenteld op de als zelfstandige voorgedane prostituee.⁶

¹ Pomeroy 1999.

² Bullough 1964.

³ Wet van 28 oktober 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, enige andere wetboeken en enige wetten (opheffing algemeen bordeelverbod), *Stb.* 1999, 464.; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 2.

⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 2.

⁵ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 211, nr. A.

⁶ Daalder 2007.

Daarnaast wordt de leeftijd waarop een persoon werkzaam mag zijn als prostituee of exploitant verhoogd van 18 naar 21 jaar, waarbij de arbeidsvrijheid om de hoek komt kijken. Op grond van art. 19 lid 3 Gw bestaat er voor iedere Nederlander het recht op vrije keuze van arbeid (behoudens beperkingen door de wet gesteld). Dit recht is op internationaal niveau erkend in onder meer art. 6 IVESCR en art. 1 ESH. Deze verdragsbepalingen hebben echter geen rechtstreekse werking, maar zijn daardoor niet minder belangrijk. Problemen kunnen ontstaan wanneer een persoon van 18 jaar of ouder willens en wetens het beroep van prostituee wenst uit te oefenen zonder dat sprake is van mensenhandel of gedwongen prostitutie.

Het doel van dit onderzoek is allereerst om het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche te beschrijven. Hierbij zal worden nagegaan wat de strekking is van het wetsvoorstel, welke motieven eraan ten grondslag liggen en welke veranderingen het met zich mee zal brengen. Daarnaast volgt een beschrijving van het begrip 'vrije arbeidskeuze' en wordt uiteengezet hoe dit begrip zich verhoudt tot de prostitutiebranche. Tevens wordt de problematiek omtrent de verschillen tussen zelfstandig ondernemers en werknemers onder dienstverband nader toegelicht.

Naast het beschrijvende doel draagt dit onderzoek tevens een beoordelend karakter. Beoordeelt moet worden of het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche voldoende recht doet aan de sociale rechtspositie van prostituees en het recht op vrije arbeidskeuze binnen de prostitutiebranche.

Het voorgaande resulteert in de volgende onderzoeksvraag:

“In hoeverre biedt het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche voldoende waarborgen ten aanzien van het vrije recht op arbeidskeuze en de sociale rechtspositie van prostituees?”

Maatschappelijk gezien is het van belang om tot een antwoord op deze vraag te komen, omdat verschillende instanties problemen kunnen ervaren met onduidelijkheden met betrekking tot de toepassing van regelgeving. Te denken valt hierbij aan gemeenten die hun prostitutiebeleid willen reguleren, maar ook aan bijvoorbeeld de Belastingdienst en uitkeringsorganisaties. Voor hen is het van belang om te weten wat de verhouding is tussen een prostituee en de exploitant van een seks- of prostitutiebedrijf. Naast deze belanghebbenden is dit onderzoek maatschappelijk relevant voor degenen die in de prostitutiebranche werkzaam zijn of wensen te zijn. Dit onderzoek beoogt duidelijkheid te brengen over de invulling van het recht op vrije arbeidskeuze en de sociale rechtspositie van prostituees.

Naast deze maatschappelijke relevantie is een beantwoording van bovenstaande onderzoeksvraag ook wetenschappelijk van belang. Over het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche is relatief weinig geschreven. Wanneer er vakliteratuur verschijnt over dit wetsvoorstel, ziet dit met name op de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke

aspecten daarvan.⁷ Vooral veel aandacht wordt besteed aan aspecten die betrekking hebben op de illegaliteit (onder andere mensenhandel, onvrijwillige prostitutie en prostitutie van minderjarigen). Het is echter juridisch gezien ook van belang om de arbeidsrechtelijke aspecten mee te nemen in een beoordeling van het wetsvoorstel. Juist omdat de arbeidsrechtelijke aspecten niet of nauwelijks door de literatuur worden behandeld, wordt met dit onderzoek gewenst om duidelijkheid te scheppen omtrent de arbeidsrechtelijke problematiek die het wetsvoorstel met zich mee kan brengen. Het onderzoek zal gericht zijn op de problematiek betreffende de sociale rechtspositie en het recht op vrije arbeidskeuze van prostituees.

Waar het begrip recht op vrije arbeidskeuze over het algemeen voor zich spreekt, zal voor het begrip sociale rechtspositie van het volgende kader worden uitgegaan: *De mate van onafhankelijkheid van prostituees, de wijze waarop arbeidsverhoudingen in de prostitutiebranche worden gekwalificeerd (werknemer vs. zelfstandige), en de gevolgen daarvan voor de fiscaliteit en sociale zekerheid (o.a. uitkeringen bij ziekte of werkloosheid en premies).*

Om tot een beantwoording van de hiervoor genoemde onderzoeksvraag te komen, zal in Hoofdstuk I het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche nader toegelicht worden. Vervolgens komt in Hoofdstuk II het recht op vrije arbeidskeuze aan bod en in Hoofdstuk III zal de sociale rechtspositie van prostituees centraal staan. Elk van de voorgenoemde hoofdstukken zal worden voorzien van een samenvatting. Afgesloten zal worden met een samenvatting en conclusie waarin aanbevelingen worden gedaan en een beantwoording van de onderzoeksvraag besloten zal liggen.

⁷ T.a.v. onvrijwillige prostitutie (strafrechtelijk) en invoering vergunning- en registratieplicht (bestuursrechtelijk). Onder andere: Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; Heinrich en Veldhuis, *NTB* 2010/28.; Damen, *DD* 2011/35.

HOOFDSTUK I: HET WETSVORSTEL REGULERING PROSTITUTIE EN BESTRIJDING MISSTANDEN SEKSBRANCHE

I.1 De algemene strekking van het wetsvoorstel

Dossier 32 211, het hoofddossier betreffende het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche (hierna: het wetsvoorstel), vindt zijn oorsprong al in het jaar 2009.⁸ In de tussentijd hebben zich verschillende wijzigingen van wet voorgedaan en zijn amendementen gemaakt waardoor de inhoud van het wetsvoorstel in de loop der tijd is komen te veranderen.

Het wetsvoorstel beoogt een invulling te geven aan de kabinetsvoornemens om de problemen in de prostitutiebranche aan te pakken.⁹ Met de Wet opheffing van het algemeen bordeelverbod¹⁰ werd per oktober 2000 de exploitatie van prostituees, zij het onder voorwaarden, gelegaliseerd. De opheffing van het bordeelverbod strekte er aan de ene kant toe om een belangrijk deel van de prostitutiesector te legaliseren en te reglementeren, aan de andere kant strekte het ertoe schadelijke vormen van prostitutie te bestrijden.¹¹ De vier hoofddoelen waren als volgt: 1) beheersing en regulering van exploitatie van prostitutie; 2) verbetering van de bestrijding van exploitatie van onvrijwillige prostitutie; 3) bescherming van minderjarigen tegen seksueel misbruik en 4) bescherming van de positie van prostituees en het ontdoen van criminele randverschijnselen bij prostitutie.¹² Uit de tweede evaluatie van de Wet opheffing van het algemeen bordeelverbod blijkt dat ten aanzien van enkele aspecten vooruitgang is geboekt.¹³ Een aantal duidelijke problemen in de prostitutiebranche is echter blijven bestaan en hierin ligt de aanleiding voor het Wetsvoorstel regulering en bestrijding misstanden seksbranche.¹⁴

I.1.1 De knelpunten die nog bestaan en de oplossingen die het wetsvoorstel beoogt

In deze paragraaf staat centraal welke misstanden zich nog steeds voordoen binnen de seksbranche. De straf- en bestuursrechtelijke aspecten zullen slechts van een summiere omschrijving worden voorzien. In de volgende paragraaf komen de arbeidsrechtelijke aspecten meer uitgebreid aan bod.

Knelpunten die genoemd worden zijn de aanwezigheid van minderjarige prostituees, mensenhandel¹⁵ en de slechte sociale positie van prostituees. De gemeentelijke en regionale verschillen in prostitutie- en vergunningenbeleid worden als voornaamste oorzaak van het blijven

⁸ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 1.*

⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3.*

¹⁰ *Stb. 2000, 38.*

¹¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25 437, nr. 3.*

¹² *Kamerstukken II 1996/97, 25 437, nr. 3.*

¹³ Daalder 2007.

¹⁴ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3.*

¹⁵ Art. 273f Sr.

bestaan van deze misstanden gezien.¹⁶ De door het wetsvoorstel genoemde doelen lijken dan ook voor de hand liggend: 1) verkleining van lokale en regionale verschillen; 2) meer zicht en grip verkrijgen op de seksbranche; en 3) het vergemakkelijken van toezicht en handhaving. Hierbij staan als middelen ter verwezenlijking van deze doelen de invoering van een verplicht en uniform vergunningenstelsel voor seksbedrijven en een registratieplicht voor prostituees centraal.¹⁷

Met de invoering van een uniforme en landelijke registratieplicht¹⁸ zou meer zicht en grip op de seksbranche verkregen moeten worden. Hierdoor komt ook informatie beschikbaar over zelfstandigen die werkzaam zijn in de escort, thuisprostitutie of niet-vergunde bordelen. Wanneer er een algemene registratieplicht bestaat, kan beter toezicht worden gehouden op, en hulpverlening plaatsvinden binnen, de seksbranche in haar totaliteit.¹⁹ Tevens zouden misstanden en slachtofferschap eerder en beter geconstateerd en aangepakt kunnen worden.²⁰

Wanneer bij de autoriteiten tijdens de registratieprocedure een vermoeden van gedwongen prostitutie ontstaat, moet actie worden ondernomen, maar treedt geen weigeringsgrond in voor wat betreft de registratie. De registratie zal toch doorgang kunnen vinden omdat op die manier in ieder geval zicht blijft bestaan op het vermoede slachtoffer en zij niet in de illegaliteit zal belanden.²¹ De registratieplicht moet gaan voorzien in contactmomenten tussen prostituee en gemeente, prostituee en toezichthouder en tussen prostituee en hulpverlener. Het te voeren gesprek tijdens de registratieprocedure wordt niet slechts een administratieve handeling, maar vormt ook een contactmoment dat ertoe dient om de prostituee van informatie en voorlichting te voorzien. Een prostituee kan niet verplicht worden tot het aannemen van hulp, vandaar dat de plicht tot registratie beoogt om een moment van bezinning teweeg te brengen bij de prostituee of zij de ingeslagen weg wenst te blijven volgen, en om bij nieuwkomers opwellingen te voorkomen.²² Om ketensamenwerking te stimuleren kunnen bij het gesprek naast gemeenteambtenaren ook andere deskundigen worden betrokken zoals bijvoorbeeld de zedenpolitie.²³ Door het ontwikkelen van een vertrouwensrelatie tussen prostituee en dienstverleners moet worden voorkomen dat slachtoffers uit het zicht verdwijnen en in de illegaliteit belanden.²⁴

Naast de registratieplicht voorziet het wetsvoorstel in een vergunningplicht voor seksbedrijven, welke zal worden neergelegd in artikel 9 van de nieuwe wet.²⁵ Met een uniforme vergunningplicht wordt beoogd om de voorgenoemde misstanden te kunnen bestrijden door

¹⁶ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 2.

¹⁸ Waarvan de grondslag zal komen te liggen in de artikelen 2 en 4 van de nieuwe wet. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 2.; *Kamerstukken I* 2010/11, 31 211, nr. A.

¹⁹ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.

²⁰ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. C, p. 2-3.; *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. E, p. 6-7.

²¹ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. E, p. 3.

²² *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. C, p. 6.

²³ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. C, p. 10 en p. 25.

²⁴ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. C, p. 10.; *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. E, p. 3.; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 11.

²⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 2.

kenbaar te maken wat de gedragsregels, rechten en plichten van betrokkenen zijn.²⁶ Uniformering is nodig op belangrijke punten zoals vergunningvoorwaarden, intrekking- en weigeringsgronden en het al dan niet vergunningplichtig zijn van escortbedrijven.²⁷ Doel is om door middel van brede regulering waarbij meer bedrijven een vergunning moeten aanvragen meer zicht en grip op de seksbranche te verkrijgen.²⁸

Ten aanzien van enkele andere aspecten is het minder wenselijk geacht om uniformering tot stand te brengen. Zo kunnen gemeenten bij verordening bijvoorbeeld een maximumbeleid voeren ten aanzien van het aantal af te geven vergunningen en kunnen zij kiezen voor de zogenaamde nuloptie. Deze nuloptie houdt in dat gemeenten de vrijheid hebben om voor het uitoefenen van een bepaald prostitutiebedrijf geen vergunning te verlenen.²⁹ Tevens hebben gemeenten de mogelijkheid om bij verordening nadere voorwaarden te stellen aan de in hun gemeente werkzame prostituees.³⁰

Met de invoering van een vergunning- en registratieplicht wordt beoogd om een sluitend geheel van regulering te vormen. Dit is van belang om verplaatsing naar gemeenten met minder strenge of geen regels, en verschuivingen naar niet-gereguleerde prostitutievormen te voorkomen. Met sluitende regelgeving moet voor al het prostitutieaanbod kunnen worden vastgesteld of dit legaal of illegaal plaatsvindt.³¹ Aan de ene kant is uniformiteit dus een kernbegrip, maar aan de andere kant krijgen gemeenten ook de mogelijkheid tot de nuloptie en het stellen van voorwaarden bij verordeningen. In de hoofdstukken II en III zal daarom nader worden ingegaan op deze voorgenomen maatregelen, de arbeidsrechtelijke aspecten die zij met zich meebrengen en de vraag of niet slechts sprake is van schijnoplossingen.

I.2 Het arbeidsrecht en de rechtspositie van prostituees in het licht van het wetsvoorstel

De hiervoor genoemde knelpunten en oplossingen richten zich vooral op straf- en bestuursrechtelijke handhaving van en toezicht op de seksbranche. Het idee om de seksbranche te moeten reguleren is geen modern idee, al ten tijde van de invoering van de Code Pénal kregen de autoriteiten de ruimte om controle uit te oefenen over de 'publieke vrouwenlieden'.³² De Staat was gerechtigd om regels te stellen die betrekking hadden op de openbare orde en de openbare zedelijkheid, maar De Vries verwoordt in haar bijdrage duidelijke kanttekeningen bij dit ingrijpen door de Staat.³³

²⁶ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.

²⁷ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. C, p. 23.

²⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 14-15 en 28.

²⁹ Deze mogelijkheid zal worden vervat in artikelen 10 en 23 van de nieuwe wet. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 2.

³⁰ Deze mogelijkheid zal worden vervat in artikel 3 van de nieuwe wet. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 2.

³¹ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 211, nr. C, p. 7.

³² De Vries, *Nemesis* 1999/6, p. 143.

³³ De Vries, *Nemesis* 1999/6, p. 144-145.

“Hoe kun je nu een volwassene die vrijwillige seks had met een andere volwassene tegen haar wil in een ziekenhuis opnemen? En dat in een moderne staat waar de wil van de burger beschermd was en waar seksualiteit kennelijk tot ‘het gebied der vrijheid’ behoorde? Het is onbevredigend om die vraag te beantwoorden door te zeggen dat prostituees arme vrouwen zonder rechten waren in een mannelijk gedomineerde maatschappij. Het is veel verhelderder om ons te realiseren dat zij door de definiëring ‘publiek’ als het ware ontvankelijk verklaard werden voor een andere vorm van supervisie dan die welke uitgeoefend werd over de getrouwde vrouw en de dochter.”

De gerechtigdheid van deze supervisie is wat ook in dit onderzoek centraal staat en ook in de huidige samenleving dient men zich af te vragen in hoeverre ingrijpen door de Staat geoorloofd kan worden. In deze paragraaf zal daarom besproken worden op welke wijzen het huidige wetsvoorstel het arbeidsrecht en de sociale rechtspositie van prostituees raakt, om vervolgens in de hoofdstukken II en III een oordeel te vellen over de wenselijkheid van ingrijpen en het al dan niet bestaan van voldoende waarborgen ter bescherming van de rechten van prostituees.

I.2.1 Het wetsvoorstel en het recht op vrije arbeidskeuze

Allereerst komt het wetsvoorstel in gedrang met het arbeidsrecht door het grondrecht op vrije arbeidskeuze. Dit grondrecht wordt erkend in art. 19 Gw en daarnaast in verschillende internationale bepalingen, zoals art. 6 IVESCR en art. 1 ESH. Dit grondrecht kan echter door het nieuwe wetsvoorstel worden beperkt, doordat er een zogenaamde minimumleeftijdsgrens ingevoerd zal worden. Om het beroep van prostituee dan wel exploitant uit te oefenen, mag een persoon in de toekomst niet jonger zijn dan 21 jaar.³⁴

Daarnaast kan een beperking van het grondrecht op vrije arbeidskeuze plaatsvinden doordat gemeenten de mogelijkheid krijgen om, naast het uniforme beleid, zelf op de lagere punten een beleid te voeren. Wanneer een gemeente bijvoorbeeld kiest voor de zogenaamde nuloptie, betekent dit dat een prostituee geen werkzaamheden mag uitvoeren als werknemer van een prostitutiebedrijf in die gemeente.³⁵

In hoofdstuk II wordt nader ingegaan op de vraag of het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche voldoende waarborgen biedt ter bescherming van het grondrecht op vrije arbeidskeuze.

³⁴ Deze mogelijkheid zal worden vervat in art. 4 lid 7 sub a jo. art. 14 lid 1 sub d van de nieuwe wet. *Kamerstukken I 2010/11, 32 211, nr. A.*

³⁵ Deze mogelijkheid zal worden vervat in de artikelen 3, 10 en 23 van de nieuwe wet. *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 2.*

1.2.2 Het wetsvoorstel en de sociale rechtspositie van prostituees

Uit de tweede evaluatie van de Wet opheffing van het algemeen bordeelverbod³⁶ blijkt dat er voortdurend discussie is over de aard van de arbeidsverhoudingen binnen de prostitutiebranche. Daarbij gaat het voor de Belastingdienst en de uitkeringinstanties vooral om de vraag of prostituees werkzaam zijn onder dienstverband of dat zij zelfstandige zijn. Prostituees en exploitanten houden tegenover de Belastingdienst vol dat de prostituees zelfstandig werkzaam zijn, maar tegelijkertijd vindt er op grote schaal bemoeienis van exploitanten met de werkzaamheden van prostituees plaats. In de huidige praktijk worden, ondanks het feitelijk bestaan van gezagsverhoudingen, de risico's van niet kunnen werken geheel op de prostituees afgewenteld. Hoewel zowel prostituee als exploitant vaak een voorkeur hebben voor zelfstandigheid, blijkt in de praktijk geregeld sprake te zijn van zodanige gezagselementen dat voor de toepassing van de desbetreffende wet- en regelgeving sprake is van een dienstbetrekking. De sociale rechtspositie van een prostituee, bijvoorbeeld met betrekking tot de gevolgen van ziekte of werkloosheid, kan afhangen van de vraag of de prostituee als zelfstandige of als werknemer aangemerkt moet worden. Het is daarom van belang dat het wetsvoorstel voldoende waarborgen biedt ter bescherming van deze sociale rechtspositie. Bij de beoordeling hiervan zal ook het spanningsveld tussen het bestaan van een gezagsverhouding, met de daarbij behorende instructiebevoegdheden, en het zelfbeschikkingsrecht aan bod komen.

Naast de vraag of een prostituee als zelfstandige of als werknemer aangemerkt wordt, kan de sociale rechtspositie van prostituees worden beïnvloed door de invoering van de vergunningplicht. Doordat de vergunningplicht niet voor iedere prostitutiewerker verplicht wordt, kan onduidelijkheid ontstaan. Zoals hiervoor al aangemerkt, wordt een vergunning verplicht voor alle seksbedrijven. Hierbij gaat het niet om de inrichting, maar om de activiteit: *'het uitoefenen van een seksbedrijf'*. Dit heeft in het wetsvoorstel een ruime betekenis, waardoor bijvoorbeeld ook prostitutie vanuit massagesalons en tippelzones onder de vergunningplicht zal vallen. Voor prostituees die vanuit huis werken zal slechts dan een vergunningplicht ontstaan, wanneer de activiteiten van de thuiswerkende prostituee een zakelijke uitstraling hebben door bijvoorbeeld advertenties of het werkzaam zijn van meerdere prostituees op hetzelfde adres. Het wordt aan de gemeenten gelaten een keus te maken welke vormen van prostitutie zij binnen hun gemeente willen toestaan.³⁷ Problemen kunnen zich voordoen wanneer onduidelijk is of er wel sprake is van een 'seksbedrijf' en of de prostituee wel of niet werkzaam is als zelfstandige.

Tot slot dient bij de vraag of het wetsvoorstel voldoende waarborgen biedt voor de sociale rechtspositie van prostituees, rekening te worden gehouden met de in te voeren algehele registratieplicht voor prostituees. Aan de ene kant maakt registratie het mogelijk dat prostituees beter bereikbaar worden voor het verstrekken van informatie en het bieden van hulp, waarbij gehoopt wordt dat mogelijke signalen van slachtofferschap eerder worden opgevangen. Aan de

³⁶ Daalder 2007.

³⁷ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3.*

andere kant wordt aangegeven dat prostituees weerstand bieden tegen het ontstaan van een registratieverplichting. Zij voelen zich gestigmatiseerd en zouden niet langer anoniem kunnen werken, waardoor prostituees in het illegale circuit kunnen verdwijnen. Daarnaast brengt registratie administratieve en financiële lasten met zich mee en staat de privacy van de prostituee in het geding.³⁸

In hoofdstuk III wordt nader ingegaan op de vraag of het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche voldoende waarborgen biedt ter bescherming van de sociale rechtspositie van prostituees.

I.3 Belangrijke begrippen voor de toepassing van het wetsvoorstel

Voor een goed begrip van de kwesties die besproken worden in de volgende hoofdstukken, is het van belang om duidelijkheid te hebben over hetgeen door het wetsvoorstel wordt omhelst. Hiertoe volgt een summiere beschrijving van de belangrijkste begrippen.³⁹

Prostitutie is het zich beschikbaar stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een ander tegen een al dan niet geldelijke betaling. Degene die zich beschikbaar stelt wordt aldus de *prostituee* genoemd. Het 'beschikbaar stellen' duidt erop dat het moet gaan om een structureel aanbod, waardoor incidentele seksuele handelingen worden uitgesloten van het begrip prostitutie. Ondanks het feit dat de vrouwelijke term 'prostituee' wordt gebruikt, omvat het wetsvoorstel ook de mannelijke variant 'prostituë'.⁴⁰

Met het begrip *prostitutiebedrijf* wordt bedoeld op de activiteit die bestaat uit het bedrijfsmatig gelegenheid verschaffen tot prostitutie. Hieronder vallen zowel de locatiegebonden bedrijven (zijnde bordelen) als de niet-locatiegebonden bedrijven (zijnde escortbedrijven). Wanneer een prostituee vanuit haar eigen thuisadres werkzaam is en niet ook andere prostituees vanuit dit adres werkzaam laat zijn, wordt dit niet als prostitutiebedrijf gezien.⁴¹ Naast een prostitutiebedrijf, vinden tevens activiteiten plaats waarbij bedrijfsmatig gelegenheid wordt gegeven tot het verrichten van seksuele handelingen voor een ander tegen betaling (o.a. peepshows, sekstheaters en webcamseks) en het aanbieden van erotisch-pornografische vertoningen tegen betaling (seksbioscopen). Deze activiteiten in combinatie met een prostitutiebedrijf vallen onder de verzamelnaam *seksbedrijf*. Tot slot wordt de locatie waar de betreffende activiteit plaatsvindt, aangeduid met de term *seksinrichting*.⁴²

Degene voor wiens rekening en risico een seksbedrijf wordt uitgeoefend, wordt de *exploitant* genoemd. Verschil wordt hier gemaakt tussen de exploitant en de beheerder. De

³⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3.

³⁹ In de nieuwe wet zal een opsomming van definities opgenomen worden in het eerste artikel. Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 2.

⁴⁰ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 5.

⁴¹ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 5 en 16.

⁴² Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3.

beheerder is de natuurlijke persoon die door de exploitant is aangesteld als feitelijk leidinggevende van een seksbedrijf.⁴³

Als laatste begrip dat van belang is, kan de *klant* worden genoemd. Dit is degene die gebruikmaakt van seksuele diensten die worden aangeboden door de exploitant van een seks- of prostitutiebedrijf of door een prostituee.⁴⁴

I.4 Samenvatting en conclusie

Met het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche wordt beoogd om de nog bestaande knelpunten in de seksbranche aan te pakken. De oorzaak van deze problemen lijkt gelegen te zijn in de grote lokale en regionale verschillen met betrekking tot het prostitutie- en vergunningenbeleid. Onder andere door de invoering van een landelijk uniform vergunningstelsel en een registratieplicht wordt gewenst te komen tot een verkleining van de lokale en regionale verschillen, het verkrijgen van meer zicht en grip op de seksbranche en het vergemakkelijken van toezicht en handhaving. De algehele registratieplicht zou meer zicht en grip op de seksbranche moeten bieden waardoor misstanden en slachtofferschap eerder kunnen worden geconstateerd en aangepakt. Met de invoering van een vergunningplicht moet kenbaar worden welke gedragsregels, rechten en plichten gelden voor betrokkenen om zo misstanden in de seksbranche te voorkomen. Door middel van brede regulering moet er meer grip komen op de seksbranche en moet verplaatsing naar gemeenten met minder strenge of geen regels, en verschuiving naar niet-gereguleerde prostitutievormen worden voorkomen. Aan gemeenten wordt echter ook de mogelijkheid gelaten tot de zogenaamde nulloptie of het opstellen van nadere voorwaarden bij verordeningen. Hier lijkt een spanningsveld te bestaan tussen enerzijds de vrijheid van gemeenten en anderzijds de wens naar uniformiteit.

Naast de straf- en bestuursrechtelijke aspecten kent het wetsvoorstel ook arbeidsrechtelijke aspecten die niet uit het oog verloren mogen worden. Juist omdat er over de straf- en bestuursrechtelijke invloeden reeds veel is geschreven, is een arbeidsrechtelijke beschouwing van het wetsvoorstel ook van belang. Hierbij komt allereerst het grondrecht op vrije arbeidskeuze naar voren. Het wetsvoorstel brengt met zich mee dat een prostituee of exploitant in de toekomst niet jonger dan 21 jaar mag zijn en dat gemeenten de mogelijkheid hebben tot de nulloptie. Met de nulloptie wordt het mogelijk om aan geen enkel prostitutiebedrijf een vergunning te verlenen. Daarnaast dient de sociale rechtspositie van prostituees in ogenschouw te worden genomen. Belangrijk is de vraag hoe de arbeidsverhouding van een prostituee wordt gekwalificeerd en welke gevolgen dit heeft voor bijvoorbeeld fiscaliteit en sociale zekerheid. Tevens is van belang om duidelijk te krijgen wie onder de vergunningplicht zullen vallen en of een algehele registratieplicht bijvoorbeeld geen schending van de privacy oplevert. Tot slot wenst het

⁴³ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3.

⁴⁴ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3.

wetsvoorstel te zorgen voor een vergroting van de onafhankelijkheid en zelfstandigheid van prostituees, waarbij gelet moet worden op de mogelijke gevaren van een gezagsverhouding.

In de hierna volgende hoofdstukken zal een beoordeling plaatsvinden van de wenselijkheid van overheidsingrijpen en het al dan niet bestaan van voldoende waarborgen ter bescherming van de rechten van prostituees. Hoofdstuk II richt zich daarbij op het recht op vrijheid van arbeidskeuze en hoofdstuk III op de sociale rechtspositie van prostituees.

HOOFDSTUK II: HET RECHT OP VRIJE ARBEIDSKEUZE

II.1 Hoe wordt het recht op vrije arbeidskeuze door wet- en regelgeving ingevuld?

Het recht op vrije arbeidskeuze kan worden gezien als een door internationale en nationale wet- en regelgeving erkend grondrecht. Grondrechten definiëren de rechtspositie van rechtssubjecten ten opzichte van de Staat⁴⁵ en zijn te verdelen in de zogenaamde *klassieke grondrechten* en de *sociale grondrechten*.⁴⁶ Klassieke grondrechten omhelzen rechtsplichten voor de overheid tot onthouding, terwijl de sociale grondrechten instructienormen omvatten voor regelstellende en bestuursambten.⁴⁷

Voor ons nationale rechtssysteem geldt dat de meeste grondrechten zijn neergelegd in hoofdstuk I van de Grondwet. Het in art. 19 lid 3 Gw omschreven recht op vrije arbeidskeuze kan worden gecategoriseerd als een klassiek grondrecht, aangezien het is geformuleerd als 'afweerrecht' ook wel 'vrijheidsrecht', wat inhoudt dat het in rechte afdwingbaar is.⁴⁸

Erkenning van grondrechten vindt op internationaal niveau met name plaats middels verdragen. Voor het recht op vrije arbeidskeuze zijn vooral het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) van belang.⁴⁹ Daarnaast kan nog gekeken worden naar het Handvest van de Europese Unie (Handvest-EU) en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM).

II.1.1 Het recht op vrije arbeidskeuze in nationaal perspectief

Zowel op nationaal als internationaal niveau wordt het grondrecht op vrije arbeidskeuze erkend. Sinds maart 1983 is dit recht vastgelegd in art. 19 lid 3 van de Nederlandse Grondwet.⁵⁰ Ondanks het feit dat er ook op communautair niveau bescherming van het recht op vrije arbeidskeuze wordt geboden, werd bescherming op nationaal niveau niet onbelangrijk geacht. Men achtte het destijds namelijk niet uitgesloten dat een eventuele toekomstige regering zou kunnen besluiten tot het (deels) opzeggen van bepaalde internationale verdragen.⁵¹

“Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.”

Art. 19 lid 3 Gw.

Het recht op vrije arbeidskeuze wordt slechts toegekend aan Nederlanders en omvat niet een recht op arbeid als zodanig.⁵² Beperking van het recht is mogelijk mits dit bij of krachtens wet

⁴⁵ Tegenwoordig wordt steeds vaker aangenomen dat grondrechten ook kunnen werken tussen particulieren onderling. Zie o.a. Vanwijngaerden en Alen, *Jura Falconis* 2007-2008/44/2, p. 217-248.

⁴⁶ Akkermans e.a. 1988, p. 1 en 25.

⁴⁷ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten, aant. 1.

⁴⁸ Verhulp 1999, p. 8-9.

⁴⁹ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten, aant. 5.; Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 19 Gw.

⁵⁰ In werking getreden op 2 maart 1983. Bronpublicatie inwerkingtreding: 01-02-1983, *Stb.* 1983, 68.

⁵¹ SER – Adviesnr. 1969 / 10-20 juni 1969 inzake 'Proeve van een nieuwe grondwet', p. 7.

is geregeld. Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt dat het recht op vrije arbeidskeuze slechts die keuze van een beroep inhoudt, welke zowel persoonlijk als maatschappelijk beschikbaar is, en dat geen recht op vrije beroepsuitoefening wordt gewaarborgd.⁵³ Dit maakt het mogelijk om bij APV bepaalde beroepen te reguleren, mits de uitvoering daarvan niet onmogelijk wordt gemaakt.⁵⁴ De keuzevrijheid omvat namelijk het recht om de keuze te kunnen realiseren.⁵⁵

Voor een goed begrip van art. 19 lid 3 Gw moet duidelijk zijn wat onder het genoemde begrip *arbeid* wordt verstaan. Het begrip dient ruim te worden opgevat en omvat zowel arbeid in dienstbetrekking als zelfstandige arbeid in beroep en bedrijf, zowel betaalde als onbetaalde arbeid en tot slot arbeid als hoofdberoep en als nevenwerkzaamheid.⁵⁶

Naast het begrip *arbeid* is een juiste interpretatie van het begrip *beperking* van belang. *'Beperkingen zijn de mogelijkheden van de overheid om onder zekere kwalificaties (bepaalde gevallen, bepaalde omstandigheden etc.) op legitieme wijze handelingen te verrichten, welke haar in het algemeen door het grondrecht zijn verboden.'*⁵⁷ Inbreuken dienen in principe een grondslag te hebben in de geschreven grondwetsbepaling zelf.⁵⁸ Niet elke beperking van de vrijheid van arbeidskeuze valt als een beperking in de zin van de Grondwet te beschouwen. Het gaat hier om bepaalde sociaal-economische situaties en beperkingen aan de algemene handelingsvrijheid die voortvloeien uit het rechtssysteem.⁵⁹ Dit betekent dat algemene beperkingen van het grondrecht worden erkend, ondanks het feit dat deze niet herleidbaar zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule.⁶⁰ Er bestaan drie criteria waaraan wordt getoetst of een dergelijke sociaal-economische situatie bestaat.⁶¹ Deze criteria, weergegeven in een notitie van minister Rietkerk, beogen duidelijkheid te brengen in de lastige relatie tussen het beperken van het recht op vrije arbeidskeuze en de vrijheid van beroepsuitoefening, en dienen in onderling verband te worden beschouwd.⁶²

1) *Het motief.* Wanneer een regeling enkel en alleen beoogt om de beroepsuitoefening in goede banen te leiden en er niet toe strekt de beroepsuitoefening te beperken, zal geen sprake zijn van een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze. Echter, hierbij dient niet verder gereguleerd te worden dan strikt gezien zakelijk nodig is met het oog op een goede beroepsuitoefening. Als voorbeeld noemt de minister onredelijk hoge geschiktheidseisen.

2) *De proportionaliteit.* Een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze kan ontstaan wanneer een regeling kennelijk onevenredig zwaar is, gelet op het doel een verantwoorde

⁵² Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten, aant. 3.

⁵³ *Handelingen II* 1976/77, p. 2319.

⁵⁴ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 19 Gw.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2.

⁵⁶ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 19 Gw.

⁵⁷ Burkens 1971, p. 2.

⁵⁸ Akkermans e.a. 1988, p. 34.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 2, p. 19.

⁶⁰ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten', aant. 4.

⁶¹ Hirsch Ballin en Leenknecht 2014: Houwerzijl en Zekic.

⁶² *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 2.

beroepsuitoefening te bevorderen. Als voorbeeld noemt de minister onevenredig zware eisen ten aanzien van bijvoorbeeld opleiding.

3) *Het feitelijk effect.* Ondanks de vraag naar het motief en de proportionaliteit, zijn er dusdanig ingrijpende maatregelen denkbaar die zondermeer de arbeidskeuzevrijheid beperken. Als voorbeeld noemt de minister gedwongen sanering van een bepaald gedeelte van een beroepsgroep of gedwongen ontzetting uit het beroep.

Art. 19 lid 3 Gw bevat echter wel degelijk een tot de grondwetsbepaling te herleiden beperkingsmogelijkheid, namelijk de mogelijkheid tot beperkingen bij of krachtens wet gesteld. Deze terminologie is geïntroduceerd bij de grondwetsherziening van 1983 en maakt duidelijk dat er de mogelijkheid bestaat tot delegatie.⁶³ De manier waarop het grondwetsartikel beperkingen toestaat, is een zogenaamde competentieattributie. Dit betekent dat de bevoegdheid tot het beperken van het grondrecht aan een bepaald overheidsorgaan wordt voorbehouden.⁶⁴ Het in grondwetsbepalingen gebruikte begrip *wet* heeft betrekking op wetten in formele zin, wetten die door regering en Staten-Generaal gezamenlijk zijn vastgesteld.⁶⁵ De beoogde Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche zal een wet in formele zin vormen zodra deze in werking treedt.⁶⁶

Buiten het voorgaande moet nog gekeken worden naar de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing. In sommige gevallen wordt de toetsingsbevoegdheid betreffende de vraag of een regel als rechtsgeldig is aan te merken, aan iedere rechter ontzegd. Dit is omschreven in art. 120 Gw, waarin toetsing van wetten in formele zin en verdragen aan de grondwet wordt verboden. Dit toetsingsverbod geldt slechts voor de Nederlandse rechter en niet voor rechtsprekende instanties op internationaal niveau.⁶⁷

II.1.2 Het recht op vrije arbeidskeuze in internationaal perspectief

Op internationaal vlak wordt, naast het recht op vrijheid van arbeidskeuze, voornamelijk gesproken van een recht op arbeid (*'a right to work'*). Het recht op arbeid en het recht op vrije arbeidskeuze zijn op internationaal vlak het meest uitgebreid in de artikelen 1 ESH en 6 IVESCR, daarnaast kan nog verwezen worden naar art. 15 EU-Handvest en art. 23 UVRM. Deze internationale bepalingen zijn van belang, omdat art. 19 lid 3 Gw het recht op vrije arbeidskeuze slechts toekent aan Nederlanders. Art. 1 lid 2 ESH en art. 6 IVESCR bieden aanvullend bescherming van het recht op vrije arbeidskeuze aan iedere werkende op Nederlands grondgebied.⁶⁸

⁶³ Akkermans e.a. 1988, p. 129-130.

⁶⁴ Akkermans e.a. 1988, p. 127.

⁶⁵ Art. 81 Gw.; Akkermans e.a. 1988, p. 128.

⁶⁶ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 211, nr. A, aanhef.

⁶⁷ Akkermans e.a. 1988, p. 172.

⁶⁸ Hirsch Ballin en Leenknecht 2014: Houwerzijl en Zekic.

Het Europees Sociaal Handvest is tot stand gekomen in het kader van de Raad van Europa en de bepaling van art. 1 lid 2 ESH werkt door in het EU-recht via art. 153 VWEU. Nederland heeft het ESH, dat sociale rechten omhelst voor

“Een ieder dient in staat te worden gesteld in zijn onderhoud te voorzien door werkzaamheden die hij vrijelijk heeft gekozen.”

Art. 1 lid 2 ESH

werknemers⁶⁹, op 22 mei 1980 geratificeerd en op grond van art. 93 Gw kan het eenieder verbindende bepalingen bevatten.⁷⁰ De Hoge Raad heeft met zijn bekende uitspraak in het NS-arrest directe werking in het Nederlandse rechtstelsel toegekend aan de regels uit het ESH, maar dit geldt slechts voor art. 6 lid 4.⁷¹ Tijdens de parlementaire behandeling van het herziene ESH werd benadrukt dat voor art. 1 lid 2 ESH de nadruk ligt op een verbod van gedwongen arbeid en wordt in relatie tot dit artikel tevens aandacht besteed aan het feit dat toegang tot arbeid niet mag worden beperkt op discriminatoire gronden.⁷² In de rechtspraak is aan de orde gekomen dat art. 1 lid 2 ESH geen eenieder verbindende bepaling inhoudt zoals bedoeld in art. 94 Gw.⁷³ Dit zal nader aan bod komen in paragraaf II.2 waarin jurisprudentie en literatuur met betrekking tot dit onderwerp wordt besproken. Net als voor art. 19 lid 3 Gw, geldt ook voor art. 1 lid 2 ESH dat zowel de werknemer als de zelfstandige onder het bereik vallen.⁷⁴

Naast het ESH geldt voor Nederland dat grondrechten ook worden beschermd door het IVESCR. Het VN-Handvest omvatte geen concrete mensenrechten en daarom werd de Commissie voor de Rechten van de Mens opgericht. Een van de opdrachten die werd

“De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht op arbeid, hetgeen insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden; (...)

Art. 6 lid 1 IVESCR

meegegeven aan deze commissie was om, naast het opstellen van een verklaring (de latere UVRM), een verdrag te maken. In 1966 werden door de Algemene Vergadering van de VN het IVBPR en het IVESCR aanvaard. Deze verdragen werden door Nederland geratificeerd in 1979.⁷⁵ De bepaling van art. 6 lid 1 IVESCR kan, net zoals art. 1 lid 2 van het ESH, niet beschouwd worden als eenieder verbindend in de zin van art. 94 Gw.⁷⁶

Het sinds 2000 vastgestelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie omvat de vrijheden en grondrechten welke de basis vormen voor de gemeenschap. Het Handvest an sich kan niet worden gezien als een bindend besluit, maar het wordt wel onderschreven door de politieke instellingen en ook het Hof van Justitie verwijst ernaar in zijn jurisprudentie.⁷⁷ De

⁶⁹ In principe wordt met de term ‘werknemer’ in het ESH ook de zelfstandige bedoeld. *Conclusions. I, 8.*; Keizer e.a., in: *Lexplicatie*, commentaar op artikel 1 ESH (herzien).

⁷⁰ Grapperhaus, in: *T&C Arbeidsrecht*, commentaar op regeling ESH (herzien).

⁷¹ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688.

⁷² *Kamerstukken II* 2004/05, 29 941, nr. 3.

⁷³ ARRvS 10 april 1986, *AB* 1986, 586.

⁷⁴ Europees Comité voor Sociale Rechten, *Concl. I, 8.*

⁷⁵ Akkermans e.a. 1988, p. 18, 181 en 182.

⁷⁶ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 19 Gw’, aant. 5.

⁷⁷ <<http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/handvest-grondrechten>>.

rechten, vrijheden en beginselen worden inmiddels door de Unie erkend op grond van art. 6 van het Verdrag van Lissabon. Hierin is tevens vastgesteld dat aan het Handvest dezelfde rechtskracht toekomt als aan een verdrag.⁷⁸

“Eenieder heeft het recht te werken en een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen.”

Art. 15 lid 1 EU-Handvest

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens is op zichzelf geen verdrag, maar geldt als grondslag voor de hiervoor genoemde verdragen. Het kan tevens niet gezien worden als bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie en er bestaat geen mogelijkheid tot het doen van een beroep op de genoemde rechten voor de Nederlandse rechter, omdat het geen eenieder verbindende bepalingen bevat in de zin van art. 93 jo. 94 Gw.⁷⁹ De UVRM dient slechts als een ideaalbeeld voor alle volkeren en naties om te komen tot een daadwerkelijke erkenning en toepassing van de genoemde rechten.⁸⁰

Voor de rechterlijke toetsing geldt tot slot dat de internationale rechtsprekende instellingen niet gebonden zijn aan het Nederlandse grondwettelijke toetsingsverbod van art. 120 Gw. De Europese Commissie en het Hof van Justitie ontleen hun bevoegdheden namelijk aan het EEG-verdrag (inmiddels het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, VWEU), en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ontleent zijn bevoegdheden aan het EVRM. Deze instellingen zijn, in tegenstelling tot de Nederlandse rechters, wel bevoegd om te oordelen of een nationale wet in formele zin in strijd is met de bepalingen van het verdrag waaraan zij hun bevoegdheden ontleen.⁸¹

II.1.3 De toepassing van EU-grondrechten in de nationale rechtsorde

De eerste vraag met betrekking tot de verhouding tussen internationaal en nationaal recht is de vraag naar het onderscheid tussen de monistische en dualistische opvatting. In Nederland kennen wij een gematigd monistische opvatting. De monistische opvatting gaat uit van een eenheid van recht waarin het internationale recht als bindend binnen de nationale rechtsorde kan worden beschouwd. Voor Nederland is de term ‘gematigd’ op zijn plaats, omdat aan het internationale recht slechts voorrang wordt verleend indien het gaat om rechtstreeks werkende bepalingen.⁸² De verhouding tussen nationaal en internationaal recht is in Nederland geregeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden, verkrijgen na bekendmaking bindende kracht. Wanneer nationaal recht niet verenigbaar is met eenieder verbindende

⁷⁸ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten’, aant. 5.

⁷⁹ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten’, aant. 5.

⁸⁰ Preambule UVRM.

⁸¹ Akkermans e.a. 1988, p. 127.

⁸² Kooijmans 2008, p. 91.

bepalingen van verdragen en/of besluiten van volkenrechtelijke organisaties, zullen deze geen toepassing vinden en wordt voorrang gegeven aan de internationale bepaling.⁸³

Een tweede belangrijke vraag is die naar de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen. Deze vraag ziet op de kwestie of burgers voor hun eigen rechter een beroep kunnen doen op een internationaalrechtelijke regel.⁸⁴ De in het IVESCR opgenomen grondrechten zijn doorgaans niet rechtsreeks werkend, omdat verwezenlijking van sociale grondrechten een actief overheidsbeleid veronderstelt. Een beroep op de rechter zou moeilijk te verenigen zijn met het feit dat in bepaalde situaties, bijvoorbeeld in tijden van structurele werkloosheid, de overheid nu eenmaal niet meer kan doen.⁸⁵ Voor het EU-Handvest geldt dat het sinds de ratificatie van het Verdrag van Lissabon in 2009 juridisch verbindende kracht heeft.⁸⁶ Ook voor het ESH geldt dat de bepalingen daaruit over het algemeen niet beschouwd kunnen worden als eenieder verbindend, en zijn aldus niet inroepbaar voor de Nederlandse rechter.⁸⁷ Zoals in de vorige paragraaf reeds is uitgelegd bevat de UVRM sowieso geen rechtstreeks werkende bepalingen en burgers kunnen er dan ook niet in rechte een beroep op doen.

Ondanks het feit dat een bepaling eenieder verbindend kan zijn, en een beroep in rechte in principe openstaat, bestaan er grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter. Wanneer een oplossing van een geschil mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuze van rechtspolitieke aard, is het de rechter aangewezen om die keuze aan de wetgever over te laten.⁸⁸

II.2 Op welke wijze wordt door de jurisprudentie een nadere invulling gegeven aan het recht op vrije arbeidskeuze en de verhouding tussen nationaal en internationaal recht?

Zoals hierboven reeds beschreven, bestaat er wel een recht op vrije arbeidskeuze, maar dit wil nog niet zeggen dat er ook een recht bestaat op volledig vrije beroepsuitoefening. In de jurisprudentie wordt duidelijk vastgehouden aan dit uitgangspunt. Zo overwoog de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) in 2009 als volgt:

‘...dat blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 19, derde lid (Kamerstukken II 1976/77, 13 873, nr. 4, blz. 28-29; nr. 7, blz. 16-17; nr. 9, blz. 1-3; nr. 13, Handelingen II 1976/77, blz. 1977, 2313-2320, 2428 en 2476) dat daarbij een onderscheid werd onderkend tussen de vrijheid van arbeidskeuze, gewaarborgd in die bepaling, en het stellen van voorwaarden aan de kwaliteit van de beroepsuitoefening,

⁸³ Fleuren, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 93 Gw.; Fleuren, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 94 Gw.

⁸⁴ Kooijmans 2008, p. 87.

⁸⁵ Kooijmans 2008, p. 361.

⁸⁶ Kooijmans 2008, p. 363.; Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten, aant. 5.

⁸⁷ Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten’, aant. 5.

⁸⁸ Fleuren, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 94 Gw, aant. 4.

hetgeen door de bepaling onverlet wordt gelaten. Met het oog op de inwerkingtreding van de bepaling op 17 februari 1988 is het onderscheid tussen de vrijheid van arbeidskeuze en de regulering van de beroepsuitoefening nader uitgewerkt in de notitie Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze (Kamerstukken II 1985/86, 19 376, nr. 2). Daarin is als uitgangspunt neergelegd dat regelingen die slechts beogen de beroepsuitoefening in zekere banen te leiden met het oog op een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening, zonder oogmerk het aantal beroepsbeoefenaars kwantitatief beperkt te houden, in de regel niet als beperkingen van de vrije arbeidskeuze behoeven te worden beschouwd. Voorts staat in de notitie dat de autonome gemeentelijke bevoegdheid om regels te stellen waarmee de uitoefening van beroepen in zekere banen wordt geleid ter bescherming van belangen als openbare orde, zedelijkheid en gezondheid, onverlet wordt gelaten. Een specifieke wettelijke basis is voor een beperking die alleen de regulering van de beroepsuitoefening en niet de vrijheid van arbeidskeuze betreft, dus niet vereist. Indien de regeling echter een onevenredig zware beperking inhoudt of het effect daarvan op de mogelijkheden om het gewenste beroep uit te oefenen onevenredig zwaar is, is wel sprake van beperking van de vrijheid van arbeidskeuze.⁸⁹

Naast het feit dat het recht op vrije arbeidskeuze wordt begrensd door de mate van vrije beroepsuitoefening, kan nog gekeken worden naar de wijze waarop beperkingen van de vrijheid van arbeidskeuze zijn toegestaan. In paragraaf II.1.1 is reeds uiteengezet op welke wijze grondrechtbeperkingen zijn toegestaan en welke criteria aan de overwegingen daartoe ten grondslag liggen. Uit vroegere jurisprudentie blijkt dat de rechtspraak, ondanks de gegeven criteria van Rietkerk, niet goed uit te voeren kon met art. 19 lid 3 Gw. Een beruchte uitspraak van het CRvB uit 1992 is hiervan het bewijs:

*'De Raad is, mede gelet op de door de regering bij de (...) grondwetsherziening aangevoerde omstandigheden, van oordeel dat een uitleg van art. 19 lid 3, inhoudende een rechtstreeks werkend dus in rechte afdwingbaar recht om elke gewenste arbeid te verrichten of elk gewenst beroep uit te oefenen, behoudens door de wetgever voorziene beperkingen, zich niet met de bestaande bestuurlijke en maatschappelijke werkelijkheid verdraagt.'*⁹⁰

Uit latere jurisprudentie blijkt echter dat de criteria zoals voorgesteld door Rietkerk steeds meer ten grondslag liggen aan uitspraken met betrekking tot het recht op vrijheid van arbeidskeuze.⁹¹

⁸⁹ ABRvS 22 juli 2009, L/N BJ3402.

⁹⁰ CRvB 10 december 1992, TAR 1993, 34.

⁹¹ Hirsch Ballin en Leenknecht 2014: Houwerzijl en Zekic.

ARRvS 31 augustus 1993, AB 1994, 15.

In deze zaak betreft het een appellant die de leeftijd van 60 jaar reeds heeft bereikt en door verweerder geen ontheffing wordt verleend om na deze leeftijd nog langer als verkeersvlieger werkzaam te zijn. Appellant stelt zich onder andere op het standpunt dat dit een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op zijn uit art. 19 lid 3 Gw voortkomende recht op vrijheid van arbeidskeuze. Verweerder voert daarentegen aan dat er een geobjectiveerde en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat voor het instellen van de 60-jaar-grens voor verkeersvliegers. Deze zou gelegen zijn in de algemene ervaringsregel en gedachte dat bepaalde fysiologische en psychologische functies verminderen in de loop der jaren en derhalve een verhoogd veiligheidsrisico bestaat bij verkeersvliegers vanaf 60 jaar.

De Afdeling rechtspraak stelt voorop dat voor de leeftijdsgrens van 60 jaar in bijzondere gevallen ontheffing kan worden verleend, mits de veiligheid zulks toelaat. Ten aanzien van het recht op vrije arbeidskeuze overweegt de Afdeling als volgt: *'3) De gestelde voorwaarden brengen geen beperking met zich van het in art. 19 derde lid Gr.w erkende recht op vrije keuze van arbeid; niet gebleken is immers dat de voorwaarden verder strekken dan noodzakelijk kan worden geacht uit oogpunt van een verantwoorde beroepsuitoefening. 4) Het beroep van appellanten op art. 1 Europees Sociaal Handvest en de art. 1, 7, 12 en 23 eerste lid Universele Verklaring van de Rechten van de Mens kan reeds niet slagen omdat deze bepalingen niet kunnen worden aangemerkt als een ieder verbindende bepaling als bedoeld in art. 94 Gr.w.'* De Afdeling rechtspraak gaat dan ook over tot verwerping van het beroep.

Uit voorgaande passage blijkt impliciet de toepassing van het eerste en tweede criteria van Rietkerk. Ten aanzien van het motief (criterium 1) zal geen sprake zijn van een ongeoorloofde beperking wanneer slechts is beoogd de beroepsuitoefening in goede banen te leiden, mits de voorwaarden niet verder strekken dan noodzakelijk geacht kan worden (proportionaliteitscriterium).

Rb Dordrecht 14 december 2001, LJN AD7592.

Geschilpunt in deze zaak was de vraag of een bepaalde APV-bepaling al dan niet onverbindend verklaard diende te worden, nu deze de exploitatie van een seksinrichting feitelijk onmogelijke maakte. Na opheffing van het algemeen bordeelverbod wijzigde de gemeente de APV door daarin een vergunningstelsel op te nemen. Aan eisers is in casu geen vergunning verleend.

Ten aanzien van het recht op vrije arbeidskeuze wordt door de Rechtbank als volgt overwogen: *'(...) in samenhang met de in de APV opgenomen weigeringsgronden en de beperkte, inmiddels verstreken, overgangstermijn voor de reeds bestaande inrichtingen, leiden ertoe dat legale exploitatie van een seksinrichting binnen de gemeentegrenzen in de praktijk niet of nauwelijks mogelijk blijkt te zijn. Door de in artikel 3.2.2, eerste lid, onder e, APV opgenomen beperking dat slechts vergunning kan worden verleend voor een seksinrichting binnen Oosteind, is het op zich aanvaardbare vergunningstelsel dat beoogt om binnen een aangewezen gebied*

van de gemeente de exploitatie van een beperkt aantal seksinrichtingen of escortbedrijven mogelijk te maken, feitelijk illusoir gemaakt. Dit artikellid moet dan ook in strijd worden geacht met het bepaalde in artikel 19, derde lid, van de Grondwet, welk artikel de vrijheid van arbeidskeuze waarborgt, juncto het bepaalde in artikel 151a van de Gemeentewet, zodat het om deze reden onverbindend moet worden geacht.'

De Rechtbank volgt aldus het derde criterium van Rietkerk. Ondanks dat wordt voldaan aan het juiste motief en een proportioneel ingrijpen, kan de feitelijke toepassing van regels het recht op vrijheid van arbeidskeuze dusdanig beperken dat het illusoir wordt.

Rb Arnhem 16 januari 2004, LJN AO2330.

Ook in deze zaak stond de vraag centraal of het weigeren van een vergunning voor het exploiteren van een seksinrichting geoorloofd was. Verweerder beroept zich op het feit dat de APV een vergunning voor onder andere raamprostitutie kan weigeren in het belang van het voorkomen dan wel beperken van overlast en het verminderen dan wel voorkomen van aantasting van het woon- en leefklimaat. Zij staft haar standpunt door verschillende rapporten en door informatie van de politie. Eisers menen dat hiervan geen sprake is en dat hen een recht op vrije arbeidskeuze wordt onthouden.

De rechtbank overweegt: *'Op grond van de hiervoor genoemde rapporten, adviezen, informatie en ervaringen, in hun onderlinge samenhang gezien, kan niet worden geoordeeld dat verweerder niet de conclusie heeft kunnen trekken dat de exploitatie van de bedrijven waarvoor eisers vergunning hebben gevraagd overlast en aantasting van het woon- en leefklimaat met zich brengt. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat verweerder in dezen over een ruime beoordelingsmarge beschikt, welke door de rechter dient te worden gerespecteerd. De vraag of verweerder na afweging van alle rechtstreeks daarbij betrokken belangen in redelijkheid tot de bestreden besluiten heeft kunnen komen, beantwoordt de rechtbank bevestigend, waarbij het volgende in aanmerking is genomen. (...) Het voorgaande leidt de rechtbank tot de conclusie dat niet gesteld kan worden dat verweerder de belangen die met de weigering van de vergunningen zijn gediend in redelijkheid niet heeft kunnen laten prevaleren boven de belangen van eisers bij verlening daarvan. (...) dat, anders dan eisers sub 1 hebben betoogd, niet is kunnen blijken dat verweerder zijn bevoegdheid tot weigering van de gevraagde vergunningen heeft gebruikt voor een ander doel dan ter behartiging van de in artikel 3.3.2, tweede lid, aanhef en onder b en c, van de APV genoemde belangen. (...) Eisers sub 1 hebben tenslotte tevergeefs aangevoerd dat de bestreden besluiten zijn genomen in strijd met het in artikel 19, derde lid, van de Grondwet neergelegde recht op vrije arbeidskeuze. Van een door de gemeente gevoerd (zogenoemd) nulbeleid ter zake van prostitutie is naar het oordeel van de rechtbank reeds daarom geen sprake, omdat binnen de gemeentegrenzen diverse andere vormen van prostitutie dan raamprostitutie zijn toegestaan. De rechtbank volgt eisers sub 1 daarbij niet in de stelling dat het*

beroep van raamprostitutuee in dit kader uitdrukkelijk van andere prostitutievormen dient te worden onderscheiden.'

In deze uitspraak komt duidelijk naar voren dat het motief dat aan een beperking ten grondslag ligt, niet zijn doel voorbij mag streven bij het in goede banen leiden van de beroepsuitoefening. De rechtbank heeft dit ingevuld door het maken van een belangenafweging, welke uiteindelijk in het voordeel van de gemeente uitpakt.

Onlangs heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het vorengaande met betrekking tot art. 19 lid 3 Gw nogmaals bevestigd met haar uitspraak van 26 november 2014.⁹² Omdat de Afdeling geen nieuwe overwegingen toevoegt aan haar standpunt, wordt hier kortheidshalve volstaan met een verwijzing naar rechtsoverwegingen 7.1 tot en met 7.3 van bovengenoemde uitspraak.

Zoals aangegeven in de vorige paragraaf, wordt door de jurisprudentie nader ingegaan op de reikwijdte van art. 19 lid 3 Gw en op de vraag of er sprake is van eenieder verbindende bepalingen in de zin van art. 94 Gw. Dit blijkt onder andere uit de volgende uitspraken.

HR 17 oktober 1980, NJ 1981, 141.

In dit arrest heeft de Hoge Raad de vraag moeten beantwoorden wat de reikwijdte is van het recht op vrije arbeidskeuze, neergelegd in internationale wetgeving. De HR komt tot de conclusie dat: *'(...) Art. 1 Europees Sociaal Handvest, art. 1 Verdrag van 9 juli 1964 betreffende de werkgelegenheidspolitiek en art. 6 Verdrag van New York inzake economische, sociale en culturele rechten leggen op de verdragsluitende staten zekere verplichtingen. Zij geven echter aan het individu geen 'waarborg ... voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking', zoals het onderdeel zegt.'*

ARRvS 10 april 1986, AB 1986, 586.

In deze uitspraak beantwoordt de Afdeling kort en bondig de vraag of er sprake is van eenieder verbindende bepalingen en komt tot de conclusie van niet. *'Het beroep op art. 1 tweede lid ESH en art. 6 eerste en tweede lid IVESC kan appellant evenmin baten, aangezien deze verdragsbepalingen slechts verplichtingen leggen op de verdragsluitende staten en niet zijn een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in art. 94 Grondwet.'*

HR 8 mei 1998, NJ 1998, 496.

De Hoge Raad bevestigt in dit arrest dat een wet in formele zin niet getoetst mag worden aan de Nederlandse Grondwet. *'Voorzover het middel klaagt over schending van art. 1 en 19 lid 3 Gr.w*

⁹² ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4278.

faalt het omdat de Rechtbank met juistheid heeft geoordeeld dat zij ingevolge art. 120 Gr.w niet mocht treden in de beoordeling van de grondwettigheid van de bestreden wetsbepaling.'

Aangaande het internationale recht en de toepasselijkheid daarvan in de nationale rechtsorde, dient het volgende nog te worden opgemerkt. Ondanks de beperkte reikwijdte van de artikelen 93 en 94 Grondwet tot de eenieder verbindende bepalingen, vormen deze toch geen beperking voor de doorwerking van het EU-recht in onze nationale rechtsorde.⁹³ Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de regels van het gemeenschapsrecht hoe dan ook een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen omvat.⁹⁴ Nationale regelingen die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht vinden geen toepassing.⁹⁵

HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26-62, Jur. 1963, p. 8. (Van Gend & Loos)

Het Hof overwoog als volgt: *'The Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields and the subjects of which comprise not only member states but also their nationals. Independently of the legislation of member states, community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the treaty, but also by reason of obligations which the treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the member states and upon the institutions of the community.'*

HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964, p. 1199. (Costa/ENEL)

Het Hof overwoog als volgt: *'It follows from all these observations that the law stemming from the treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as community law and without the legal basis of the community itself being called into question.'*

HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Jur. 1978, p. 629. (Simmenthal II)

Het Hof overwoog als volgt: *'A national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provisions by legislative or other constitutional means.'*

De hiervoor genoemde uitspraken zijn allereerst van belang omdat hieruit een hoofdregel voortvloeit, namelijk het feit dat geen sprake kan zijn van een beperking van de vrijheid van

⁹³ Fleuren, in: *T&C Grondwet*, commentaar op artikel 93 Gw, aant. 7.

⁹⁴ HvJ EG Van Gend & Loos; HvJ EG Costa/ENEL.

⁹⁵ HvJ EG Simmenthal II.

arbeidskeuze wanneer een bepaalde maatregel slechts beoogt om de beroepsuitoefening in zekere banen te leiden met het oog op een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening, zonder dat daarbij het aantal beroepsbeoefenaars kwantitatief wordt beperkt. Daarnaast geldt ook dat het in zekere banen leiden van de beroepsuitoefening geoorloofd kan zijn ter bescherming van onder andere de openbare orde, zedelijkheid en gezondheid. Wel dient hierbij altijd in ogenschouw te worden genomen of de beperking niet onevenredig zwaar is en of het effect van de beperking de mogelijkheid tot het uitoefenen van een bepaald beroep illusoir maakt.

Naast deze uit de rechtspraak te distilleren hoofdregel, wordt uit de jurisprudentie ook duidelijk dat de al eerder genoemde Rietkerk criteria een houvast vormen bij het beoordelen van de wijzen waarop het recht op vrije arbeidskeuze beperkt mag worden. Waar de rechtspraak er voorheen nog vanuit ging dat een beperking slechts door de wetgever in het leven kan worden geroepen, werden nadien de criteria van Rietkerk gebruikt om als grondslag te dienen voor het rechtvaardigen van een niet op de wet gebaseerde beperking van het recht op vrijheid van arbeidskeuze. De genoemde uitspraken met betrekking tot de Nederlandse wetgeving zijn van belang voor dit onderzoek omdat hieruit duidelijk wordt wanneer sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op het grondrecht van vrije arbeidskeuze uit art. 19 lid 3 Gw.

Behalve jurisprudentie over de vraag naar de geoorloofdheid van een inbreuk op het grondrecht van vrije arbeidskeuze, zijn ook de vraag naar het eenieder verbindend zijn van bepalingen en de vraag naar de toepasselijkheid van internationaal recht in onze nationale rechtsorde van belang. Waar uit nationale rechtspraak blijkt dat de genoemde internationale wetgeving geen eenieder verbindende bepalingen bevat, wordt op internationaal rechtsprekend niveau duidelijk gemaakt dat nationale regels die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht geen toepassing mogen vinden.

Naast het gemeenschapsrecht zijn ook de internationale bepalingen die een breder bereik hebben dan op communautair niveau en niet eenieder verbindend zijn, toch ook van belang. De Staten die partij zijn bij een verdrag kunnen elkaar er bij niet nakoming van de verdragsbepalingen op aanspreken of dit ter kennisname aangeven bij het Comité. Het is voor dit onderzoek van belang om duidelijkheid te hebben over het toepassingsbereik van de genoemde wetgeving, omdat wanneer het internationale recht door het niet eenieder verbindend zijn van de bepalingen in zijn geheel niet van toepassing zou zijn, hier ook geen grondslagen aan kunnen worden ontleend voor de beantwoording van de vraag of het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche een schending van het recht op vrijheid van arbeidskeuze met zich meebrengt.

II.3 Hoe verhoudt het recht op vrije arbeidskeuze zich tot de seksbranche?

Het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche raakt het arbeidsrecht zoals gezegd op verschillende vlakken. In deze paragraaf komt aan bod op welke wijzen het recht op vrije arbeidskeuze wordt geraakt door de voorgenomen maatregelen.

Allereerst zal behandeld worden wat de invloed is van het invoeren van een leeftijdsgrens voor het uitoefenen van het prostitutieberoep. Kort gezegd houdt deze maatregel in dat niemand onder de leeftijd van 21 jaar het beroep van prostituee of exploitant mag uitoefenen.

Daarnaast komt aan de orde wat voor invloed het invoeren van een vergunningstelsel heeft op het recht van vrije arbeidskeuze. Door het invoeren van een vergunningstelsel zal de manier waarop een seksinrichting mag worden geëxploiteerd aan regels worden onderworpen. Zonder vergunning is het niet toegestaan om het beroep van exploitant uit te oefenen.

II.3.1 De invloed van een leeftijdsverhoging op het recht op vrije arbeidskeuze

Met het eerste voorstel van wet⁹⁶ werd nog geen leeftijdsverhoging beoogd en kon een persoon in de seksbranche te werk gaan als prostituee, beheerder of exploitant vanaf de leeftijd van 18 jaar. Dit is echter naar aanleiding van een amendement van Agema gewijzigd.⁹⁷ Op 2 mei 2011 is een nieuw voorstel van wet gepubliceerd, waarin de leeftijd werd verhoogd naar die van 21 jaar.⁹⁸ Art. 4 lid 7 sub a Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche komt te luiden: *'De burgemeester weigert het verzoek tot inschrijving indien de prostituee nog niet de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt.'* Daarnaast wordt in art. 14 Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche het volgende opgenomen. Lid 1 sub d: *'Een vergunning wordt geweigerd indien de exploitant of de beheerder de leeftijd van 21 jaar nog niet heeft bereikt.'* en lid 1 sub g: *'Een vergunning wordt geweigerd indien er aanwijzingen zijn dat voor het seksbedrijf personen tewerkgesteld zijn of zullen zijn die, indien het prostituees betreft, nog niet de leeftijd van 21 jaar hebben bereikt (...).'*

Heel strikt gezien is de invoering van een leeftijdsgrens een beperking van het recht op vrije arbeidskeuze. Dit leidt er namelijk toe dat personen onder de 21 jaar op geen enkele wijze het beroep van prostituee mogen uitoefenen. Zoals echter al blijkt uit paragraaf II.2, bestaan er wijzen waarop beperking van het recht op vrije arbeidskeuze is toegestaan. Een van deze manieren is wanneer de beperking van het grondrecht tot doel heeft de beroepsuitoefening in goede banen te leiden. Wanneer het motief achter de beperking gerechtvaardigd kan worden en de beperking niet verder reguleert dan strikt noodzakelijk, zal geen sprake zijn van een onrechtvaardige beperking van de vrijheid van arbeidskeuze.⁹⁹

Het motief dat ten grondslag ligt aan de leeftijdsverhoging, en dus de beperking van het recht op vrije arbeidskeuze, is de verdere bestrijding van het knelpunt 'prostitutie door minderjarigen' en het voorkomen van dwang en uitbuiting in de seksbranche. Door het enkel registreren van prostituees met een leeftijd van 21 jaar of ouder, wordt gehoopt te komen tot meer zicht en grip op de seksbranche. Dit moet leiden tot het beperken en voorkomen van illegaliteit en

⁹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 2.

⁹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 6.

⁹⁸ Kamerstukken I 2010/11, 32 211, nr. A.

⁹⁹ Kamerstukken II 1985/86, 19 376, nr. 2. (Rietkerk criteria)

gedwongen prostitutie.¹⁰⁰ Bezien moet worden of dit ingrijpen door de Staat op het grondrecht van vrije arbeidskeuze geoorloofd is. De vraag naar de geoorloofdheid van het inbreuk maken op het recht op vrije arbeidskeuze, moet worden afgewogen tegen het invullen van andere verplichtingen voor de Staat. Zo zijn er beschermingsrechten voor jonge mensen en bestaat er wetgeving met een actieve zorgplicht voor de Staat om dwangarbeid te voorkomen.

Allereerst zijn beschermingsrechten voor jonge mensen opgenomen in onder andere art. 32 tweede volzin EU-Handvest, art. 7 lid 2 jo. lid 10 ESH, art. 10 lid 3 IVESCR en art. 32 IVRK. De tekst van deze wetsartikelen komt vrijwel met elkaar overeen en komt erop neer dat jongeren beschermd moeten worden tegen economische uitbuiting en arbeid die hun veiligheid, gezondheid of ontwikkeling (lichamelijk, geestelijk, moreel, zedelijk of maatschappelijk) kan schaden, dan wel hun opvoeding in gevaar kan brengen.¹⁰¹

Voor wat betreft het verbod op dwangarbeid kan worden verwezen naar art. 5 EU-Handvest, art. 4 EVRM en art. 8 IVBPR. Deze artikelen waken ervoor dat moet worden voorkomen dat mensen tegen hun wil in bepaalde vormen van arbeid verrichten en omvatten daarnaast de plicht voor Staten om mensenhandel tegen te gaan.¹⁰² Naast deze wetgeving bestaat er ook nog het door de Algemene Conferentie van de internationale arbeidsorganisatie aangenomen Verdrag betreffende de afschaffing van gedwongen arbeid.¹⁰³ De in dit verdrag opgenomen artikelen beogen te komen tot een verdere afschaffing van bepaalde vormen van gedwongen en verplichte arbeid, welke een inbreuk vormen op het in de UVRM opgenomen recht op vrijheid van arbeidskeuze. Dit ILO-verdrag richt zich echter met name op het feit dat de Staat niet de oplegger van dwangarbeid mag zijn. Het is daarentegen ook belangrijk dat de Staat er voor waakt dat dwangarbeid niet plaatsvindt door particulieren. Hiervoor kan verwezen worden naar ILO Recommendation nr. 203.¹⁰⁴ De leden moeten zich inzetten voor het vormen van een nationaal beleid waarin dwangarbeid wordt tegengegaan en waarin de (mogelijke) slachtoffers van dwangarbeid hulp, bescherming en toegang tot rechtsmiddelen wordt geboden. De nationale autoriteiten, zoals wetgeving en rechtspraak, moeten er vervolgens op toezien dat het beleid daadwerkelijk wordt nagestreefd. Gesteld wordt dat het belangrijk is om de onderliggende oorzaken en risico's van dwangarbeid in bepaalde sectoren aan te pakken. De leeftijd van 18 jaar kan als een dusdanig risico worden opgevat, meer hierover in paragraaf II.4.

Tot slot moet er rekening worden gehouden met het schrijnende probleem van *'human trafficking'*, mensenhandel dus. Mensenhandel is de handel met het oog op exploitatie, wat op zijn beurt de uitbuiting van andermans prostitutie inhoudt.¹⁰⁵ Zoals in de Memorie van Toelichting ook al wordt genoemd, is een van de belangrijkste gedachtegangen achter het wetsvoorstel om het probleem met betrekking tot mensenhandel tegen te gaan en de strafrechtelijke bestrijding

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 211, nr. 3, p. 2.

¹⁰¹ Zie bijlage 1 voor de teksten van de specifieke artikelen.

¹⁰² Zie bijlage 2 voor de teksten van de specifieke artikelen.

¹⁰³ ILO-verdrag nr. 105; *Trb.* 1959, 27. Zie ook bijlage 3.

¹⁰⁴ *Aanname: Genève, 103rd ILC session (11 Juni 2014)*.

¹⁰⁵ Vermeulen 2007, p. 262-263.

daarvan te ondersteunen.¹⁰⁶ Aan Staten wordt deze plicht onder andere opgelegd door het Protocol betreffende mensenhandel¹⁰⁷, waarin in art. 2 specifiek het voorkomen van mensenhandel als doel van het protocol wordt gesteld.

II.3.2 De invloed van het vergunningenstelsel op het recht op vrije arbeidskeuze

Zoals reeds in de Memorie van Toelichting wordt besproken, bestaat er de kans dat het grondrecht op vrije arbeidskeuze wordt geschaad door de invoering van een vergunningplicht.¹⁰⁸ Ten aanzien van het recht op vrije arbeidskeuze moet zoals gezegd onderscheid worden gemaakt tussen de vrije beroepskeuze en de vrije beroepsuitoefening. De vrije beroepsuitoefening is niet grondwettelijk gewaarborgd en het stellen van maatschappelijk verantwoorde voorschriften ten aanzien van de uitoefening van een beroep valt in principe buiten het recht op vrije arbeidskeuze. Voorwaarden kunnen onder meer gesteld worden ten aanzien van de geschiktheid van personen, bescherming van de omgeving tegen gevaar en overlast, bescherming van de arbeidende tegen gevaar en uitbuiting, het mogelijk maken van controle op de rechtmatige uitoefening van beroepen en het verdelen van beschikbare ruimte conform bestemmingsplanvoorschriften.¹⁰⁹ De Memorie van Toelichting stelt dat het invoeren van een vergunningplicht voor exploitanten van een seksbedrijf beoogt een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening te waarborgen.¹¹⁰

Gemeenten krijgen met het nieuwe wetsvoorstel de mogelijkheid van de zogenaamde nuloptie. Zoals blijkt uit de jurisprudentie, werd de nuloptie voorheen nog als een ongeoorloofde beperking van het recht op vrije arbeidskeuze gezien.¹¹¹ De nuloptie brengt namelijk met zich mee dat in zijn geheel geen vergunning voor prostitutiebedrijven zal worden afgegeven. Dit kan het recht op vrije arbeidskeuze zodanig beperken dat dit illusoir wordt. Niet alleen in de rechtspraak, maar ook ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel ter opheffing van het algemeen bordeelverbod werd de nuloptie als waarschijnlijk in strijd met artikel 19, derde lid, Grondwet geacht.¹¹² Dit standpunt kan tegenwoordig echter als achterhaald worden aangeduid.¹¹³ Het opheffen van het bordeelverbod heeft zoals eerder ook al genoemd niet gebracht wat ervan werd verwacht.¹¹⁴ Illegaliteit en misbruik komen nog steeds voor en mede daarin ligt volgens de toelichting bij het nieuwe wetsvoorstel de reden om het invoeren van een

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 3-4.

¹⁰⁷ *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Resolutie 55/25, 15 november 2000.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 23.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 2. (Notitie grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze)

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 23.

¹¹¹ Rb Dordrecht 14 december 2001, *LJN* AD7592.

¹¹² Opheffing algemeen bordeelverbod, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 437, nr. 5.; *Kamerstukken I* 1987/88, 18 202, nr. 248, p. 5.

¹¹³ Hirsch Ballin en Leenknecht 2014: Houwerzijl en Zekic.

¹¹⁴ Daalder 2007.

vergunningenstelsel te verantwoorden.¹¹⁵ Daarnaast worden regionale verschillen door de invoering van een vergunningplicht voorkomen en kan gemakkelijker worden gehandhaafd doordat in één opslag duidelijk is of sprake is van illegaliteit.¹¹⁶ Met de mogelijkheid van de nuloptie wordt meer duidelijkheid gecreëerd over de vraag of prostitutiebedrijven binnen een gemeente zijn toegestaan en door de mogelijkheid van het instellen van een algeheel verbod worden lasten voor gemeenten en exploitanten tegengegaan. Het bij verordening invoeren van de nuloptie is alleen toegestaan ten aanzien van prostitutiebedrijven ter bescherming van de woon- en leefomgeving, openbare orde en de veiligheid en gezondheid van prostituee en klant.¹¹⁷ Artikel 23 van het wetsvoorstel biedt hiervoor de grondslag.¹¹⁸

II.4 In hoeverre schaadt het wetsvoorstel het recht op vrije arbeidskeuze?

Uit paragraaf II.3.1 blijkt dat, wanneer primair gekeken wordt naar de wetsartikelen aangaande het recht op vrije arbeidskeuze, de leeftijdsverhoging voor het uitoefenen van beroepen in de prostitutiebranche een beperking van dit grondrecht tot gevolg heeft. Echter, ook grondrechten kunnen aan beperkingen worden onderworpen. Zo biedt art. 19 Gw zelf al de mogelijkheid tot beperkingen krachtens of bij wet bepaald en ook uit de rechtspraak en wetsgeschiedenis volgen beperkingsmogelijkheden. Niet alleen op nationaal niveau, maar ook op internationaal niveau wordt het recht op vrije arbeidskeuze gewaarborgd, zij het dat ook de internationale wetgeving aan beperkingen onderworpen kan zijn. De genoemde Rietkerk criteria zijn daar een voorbeeld van en deze kunnen in samenhang met het maken van een belangenafweging worden bekeken. Via internationale wetgeving wordt namelijk naast het waarborgen van het recht op vrije arbeidskeuze ook de plicht aan Staten opgelegd om dwangarbeid en mensenhandel te verbieden en te voorkomen.¹¹⁹ Een belangenafweging zal hier dus plaats moeten vinden. Specifieker benoemd voor de situatie binnen de seksbranche en de voorgenomen wetgeving komt de volgende vraag naar voren: *'Welke wetgeving verdient voorrang wanneer een conflict bestaat tussen het bieden van een recht op vrije arbeidskeuze en het tegelijkertijd beschermen van jongeren tegen dwangarbeid en mensenhandel?'*. Deze vraag dient zich aan, omdat het beroep van prostituee bijna als vanzelfsprekend opgevat kan worden als een beroep dat de ontwikkeling van een jongere kan schaden. Het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche omvat de invoering van een leeftijdsverhoging met als motief het beschermen van de jongere. Gekeken moet worden of dit een legitiem doel is dat de beperking van het recht op vrije arbeidskeuze rechtvaardigt.

Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat in Nederland de meerderjarigheidsgrens, en dus de handelingsbekwaamheid van personen, op een leeftijd van 18

¹¹⁵ Kamerstukken I 2012/13, 32 211, nr. K t/m M.

¹¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 14-17.; Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 21.

¹¹⁸ Kamerstukken I 2010/11, 32 211, nr. A.

¹¹⁹ Zie bijlage 1 t/m 3.

jaar ligt, en dat meerderjarige personen dus ook zelf mogen beslissen welk beroep zij willen uitoefenen.¹²⁰ Niet geheel onbelangrijk is daarbij het feit dat een minderjarige vanaf 16 jaar zelfs zelfstandig bevoegd is om een arbeidsovereenkomst te sluiten.¹²¹ Tevens is het voor personen vanaf een leeftijd van 16 jaar niet verboden of strafbaar om seksueel actief te zijn, mits dit natuurlijk vrijwillig gebeurt.¹²² Deze wetgeving in ogenschouw nemend, zou kort door de bocht tot de conclusie gekomen kunnen worden dat een persoon vanaf 16 jaar, die vrijwillig instemt met het hebben van seks en zelfstandig een arbeidsovereenkomst mag aangaan, zichzelf zou mogen prostitueren. Het feit dat prostitutie tot op heden pas vanaf een leeftijd vanaf 18 jaar is toegestaan, maakt dat dit onmogelijk is, maar zou dan niet tot de volgende conclusie gekomen moeten worden: dat een persoon vanaf 18 jaar, die vrijwillig instemt met het hebben van seks, voor de wet meerderjarig en dus handelingsbekwaam is, en zelfstandig mag overgaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, niet beperkt mag worden in het uitoefenen van een beroep in de prostitutiebranche.

Ondanks het voorgaande is toch sprake van een legitiem doel om het grondrecht op vrijheid van arbeidskeuze aan beperkingen te onderwerpen. De nieuwe wetgeving zal tot gevolg hebben dat personen tussen de 18 en 21 jaar niet als prostituee te werk kunnen gaan, maar dit brengt nog niet met zich mee dat het beroep van prostituee helemaal niet meer gekozen kan worden. In de tussenliggende jaren heeft een persoon die wenst de prostitutiebranche in te gaan tijd gehad om als volwassene na te denken over de zwaarte en risico's van het werk, alsmede de gevolgen daarvan voor de toekomst in te schatten. Daarnaast kan een persoon van 21 jaar zich door meer ervaring in de sociale omgang als volwassene met volwassenen vaak beter weten, wat van belang is voor het contact met exploitant en het onderhandelen met klanten. Bovendien zijn personen van 21 jaar economisch minder afhankelijk van het prostitueren doordat zij vaker dan 18-jarigen al een opleiding hebben afgerond. Hierdoor hebben zij een meer perspectief- en alternatiefbiedende toekomst en eerder de mogelijkheid om te stoppen met het werk als prostituee.¹²³ Met het oog op het voorkomen van mensenhandel, wordt in het eerder genoemde protocol¹²⁴ zelfs bepaald dat een eventuele toestemming tot het verrichten van seksuele handelingen irrelevant is wanneer sprake is van handel met dwang, geweld of machtsmisbruik.¹²⁵ Het feit dat illegaliteit ook na de opheffing van het algemeen bordeelverbod¹²⁶ een kritiek punt blijft binnen de seksbranche rechtvaardigt het beperken van het grondrecht op vrije arbeidskeuze omdat hier geen sprake is van een totale beperking. Tot slot dient opgemerkt te worden dat dit wetsvoorstel geen unicum bevat met het invoeren van een leeftijdsgrens die hoger ligt dan de

¹²⁰ Art. 1:233 BW.

¹²¹ Art. 7:612 BW.

¹²² Art. 245 Sr.

¹²³ *Kamerstukken I 2011/12*, 32 211, nr. E, p. 2.

¹²⁴ Zie ook de slotzin van paragraaf II.3.1.; *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Resolutie 55/25, 15 november 2000.

¹²⁵ Vermeulen 2007, p. 262.

¹²⁶ Daalder 2007.

meerderjarigheidsgrens van 18 jaar. Zo mogen bijvoorbeeld leidinggevenden van een horeca- of slijtersbedrijf ook niet jonger zijn dan 21 jaar.¹²⁷

In tegenstelling tot een leeftijdsverhoging kan het gebruik maken van de mogelijkheid tot de nuloptie bij het vergunningenstelsel wel leiden tot een volledige beperking van de arbeidskeuzevrijheid. Wanneer de nuloptie door een gemeente wordt toegepast, betekent dit namelijk dat in die gemeente in zijn geheel geen vergunningen zullen worden verleend voor prostitutiebedrijven. Prostituees die wensen op een dergelijke bedrijfsmatige wijze hun beroep uit te oefenen worden daarin zodanig beperkt dat zij dan moeten overwegen om als zelfstandige te werken, dan wel te werk te gaan in een andere gemeente waar wel vergunningen worden verstrekt. Een nuloptie door de gemeente kan worden gerechtvaardigd wanneer sprake is van noodzaak tot bescherming van de woon- en leefomgeving, openbare orde en de veiligheid en gezondheid van prostituee en klant.¹²⁸ Ook hier is een belangenafweging uiterst belangrijk, zij het niet tussen het recht op arbeidskeuze en de plicht tot voorkomen van dwangarbeid en mensenhandel en het beschermen van minderjarigen, maar tussen het recht op arbeidskeuze en de noodzaak tot beperking. De noodzaak tot beperking wordt wel genoemd, maar onduidelijk is wanneer in concrete gevallen beperking noodzakelijk zal zijn. Het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche geeft wel aan dat beperking noodzakelijk en geoorloofd is ter bescherming van woon- en leefomgeving, openbare orde en de veiligheid en gezondheid van prostituee en klant, maar vult deze begrippen verder niet in. In de praktijk zal moeten blijken of er geen ongeoorloofde beperkingen zullen worden toegestaan. Hier valt tot dusver geen oordeel over te vellen, maar gezien de voorgaande jurisprudentie lijkt het vanzelfsprekend dat de rechter hier een toezienend oog op zal houden en ingrijpt indien nodig. De nuloptie is dan ook niet in strijd met het recht op vrije arbeidskeuze wanneer sprake is van een op objectieve gronden steunende belangenafweging, waarbij voorrang wordt gegeven aan de noodzaak tot bescherming van de woon- en leefomgeving, openbare orde en de veiligheid en gezondheid van prostituee en klant.

II.5 Samenvatting en conclusie

Zowel op internationaal als op nationaal vlak wordt het recht op vrijheid van arbeidskeuze erkend. Dit recht kan worden gezien als een klassiek grondrecht, omdat het is geformuleerd als een vrijheidsrecht. Allereerst is het grondrecht op vrije arbeidskeuze geformuleerd in artikel 19 van onze nationale Grondwet. Daarnaast komt het tot uiting in internationale wetgeving zoals art. 1 lid 2 ESH, art. 6 lid 1 IVESCR en art. 15 lid 1 EU-Handvest.

Het wetsvoorstel beoogt een nieuwe wet in formele zin tot stand te brengen. Dit brengt met zich mee dat toetsing daarvan aan de Grondwet niet is toegestaan. Hoezeer ook het feit dat dus niet nagegaan mag worden of de nieuwe wet in strijd zou zijn met het grondrecht op vrije

¹²⁷ Art. 8 Drank- en Horecawet.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 21.*

arbeidskeuze ten opzichte van de Grondwet, kan wel worden gekeken naar de internationale grondslagen voor het recht op vrijheid van arbeidskeuze. De verhouding tussen internationaal en nationaal recht is in Nederland geregeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Ondanks dat de hiervoor genoemde bepalingen van internationaal recht niet als eenieder verbindend worden beschouwd, zijn ze toch niet onbelangrijk. Dat een burger niet expliciet een beroep kan doen op een dergelijk vrijheidsrecht neemt niet weg dat op de aangesloten Staten een zekere verplichting wordt gelegd om het recht zoveel mogelijk te waarborgen.

Voor wat betreft de toetsing door de rechter moet nog gewezen worden op de mogelijkheid tot het geoorloofd beperken van het grondrecht op vrije arbeidskeuze. Uit zowel de wetsgeschiedenis als de jurisprudentie blijkt dat houvast wordt genomen aan de Rietkerk criteria. Aan de hand van het motief om te beperken, de proportionaliteit van de maatregel en het feitelijk effect daarvan kan worden beoordeeld of een beperking van het recht op vrije arbeidskeuze gerechtvaardigd is. Deze criteria kunnen door zowel de nationale als internationale rechtsmacht worden toegepast. De Nederlandse rechtsprekende organen hebben een toetsingsverbod aan de grondwet, dit toetsingsverbod is niet van toepassing op internationaal niveau.

Met het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche worden onder andere een leeftijdsverhoging en een vergunningenstelsel ingevoerd. Deze maatregelen zouden op het eerste gezicht een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze tot gevolg kunnen hebben. Door de leeftijdsverhoging mag niemand als prostituee of exploitant te werk gaan voordat diegene de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt. Met de invoering van een vergunningplicht bestaat de mogelijkheid tot de nuloptie. Dit heeft tot gevolg dat prostitutiebedrijven binnen een bepaalde gemeente in het geheel kunnen worden verboden, waardoor het onmogelijk wordt om het beroep van prostituee in de hoedanigheid van werknemer of dat van exploitant aldaar uit te oefenen.

De vraag of een beperking van het recht op vrije arbeidskeuze kan worden geoorloofd, hangt niet alleen af van de hiervoor genoemde criteria. De Staat heeft naast zijn verplichtingen om dit recht te waarborgen namelijk meerdere verplichtingen welke wellicht voorrang verdienen. Zo kan gedacht worden aan het beschermen van jonge mensen tegen uitbuiting en arbeid die hun veiligheid, gezondheid of ontwikkeling kan schaden. Daarnaast bestaat er voor staten de plicht om dwangarbeid en mensenhandel te voorkomen. Deze plichten voor de Staat bieden voldoende grondslag om een beperking van het recht op vrijheid van arbeidskeuze te kunnen rechtvaardigen. Door de invoering van een leeftijdsgrens wordt een beroep in de seksbranche niet per definitie voor iedereen uitgesloten, er wordt slechts een grens gesteld vanaf wanneer iemand in de branche werkzaam mag zijn. Deze grens is gebaseerd op objectieve gronden zoals de kwetsbare positie van jongmeerderjarigen en ook uit de jurisprudentie blijkt dat reeds leeftijdsgrenzen werden aanvaard met het oog op de veiligheid van personen.

Voor de in te voeren uniforme vergunningplicht geldt echter dat met de nuloptie een mogelijkheid wordt gecreëerd om de uitoefening van beroepen in prostitutiebedrijven volledig te

weigeren. Het wetsvoorstel is echter niet geheel duidelijk voor wat betreft de vraag wanneer sprake zou zijn van een mogelijke situatie waarin de nuloptie geoorloofd is. De grondslagen worden wel genoemd, maar niet nader uitgewerkt en ingevuld. Uit eerdere jurisprudentie blijkt dat de nuloptie voorheen als een ongeoorloofde inbreuk op het recht van vrije arbeidskeuze werd gezien. Mede daarom kan momenteel nog geen onomwonden oordeel geveld worden over de al dan niet gerechtvaardigdheid daarvan. Ook in de toekomst zullen de Rietkerk criteria een houvast gevende functie moeten gaan en blijven vervullen. Aan de hand van deze criteria kan namelijk worden beoordeeld of sprake is van een geoorloofde beperking van het grondrecht van vrije arbeidskeuze. Hierbij valt met name te denken aan het derde criterium, waaruit naar voren komt dat een beperking niet dusdanig zwaar mag zijn dat de uitoefening van een beroep volledig illusoir wordt. Wanneer de ene gemeente overgaat tot de nuloptie, zal een verplaatsing van eventuele problemen plaatsvinden. Stel dat gemeente A, grenzend aan gemeente B, een nuloptie invoert en daarvoor steekdragende argumenten aanvoert. Gemeente B zal op haar beurt dan eerder neigen om ook over te gaan tot het invoeren van een nuloptie, uit de vrees voor een verschuiving van de problematiek naar haar gemeente. Op deze manier kan een sneeuwbal effect ontstaan waardoor het uitoefenen van beroepen in de prostitutiebranche op den duur door bijna elke gemeente illusoir wordt gemaakt. Het kan immers ook niet de bedoeling van het wetsvoorstel zijn om ten slotte te komen tot enkele aangewezen gemeenten waarin prostitutie nog wel wordt toegestaan. In de toekomst zal moeten blijken of gemeenten de juiste belangenafwegingen weten te maken, zonder daarbij al te snel te neigen naar het invoeren van beperkingen om eventuele problemen op voorhand wensen te voorkomen. Hier ligt een zware taak voor de rechter om de belangenafwegingen te beoordelen en te voorkomen dat gemeenten elkaar uit angst kunnen en zullen gaan spiegelen.

HOOFDSTUK III: DE SOCIALE RECHTSPOSITIE VAN PROSTITUEES

III.1 De sociale rechtspositie van prostituees en de kwalificatie van arbeid

Zoals reeds aangegeven in de inleiding, wordt in dit onderzoek onder het begrip ‘sociale rechtspositie’ verstaan: *‘De mate van onafhankelijkheid van prostituees, de wijze waarop arbeidsverhoudingen in de prostitutiebranche worden gekwalificeerd (werknemer vs. zelfstandige), en de gevolgen daarvan voor de fiscaliteit en sociale zekerheid (o.a. uitkeringen bij ziekte of werkloosheid en premies)’*. Voor wat betreft de mate van onafhankelijkheid van prostituees wordt gedoeld op de belangrijke vraag of sprake is van een gezagsverhouding en de gevaren daarvan. In deze eerste paragraaf van het derde hoofdstuk staat de sociale rechtspositie van prostituees centraal in verband met de kwalificatie van arbeidsverhoudingen. Hiermee wordt bedoeld of sprake is van werknemerschap of het zijn van zelfstandige. Het belang van dit onderscheid bestaat allereerst uit het feit dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst op zich al een bron van rechten en verplichtingen is, maar daarnaast biedt het ook toegang tot allerlei andere rechten en verplichtingen op individueel en sociaalrechtelijk terrein. Hierbij valt te denken aan bijvoorbeeld het recht op minimumloon, doorbetaling bij ziekte, ontslagbescherming en andere socialezekerheidsaanspraken.¹²⁹ Naast het verduidelijken van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen zal worden nagegaan op welke wijzen een onduidelijk onderscheid gevolgen kan hebben voor de sociale rechtspositie van prostituees.

III.1.1 De kwalificatie van arbeidsverhoudingen in de prostitutie

De discussie omtrent het tegengaan van misstanden in de seksbranche, zoals uitbuiting van prostituees en mensenhandel, speelt zich ruwweg af op twee niveaus. Aan de ene kant speelt de vraag of met de legalisering van het bordeelverbod het werk in de prostitutie als een ‘normaal’ beroep kan worden beschouwd. Anderzijds werpt zich de vraag op of het wel mogelijk is om een strikt onderscheid te maken, en te handhaven, tussen de toelaatbare vormen van exploitatie van prostitutie en de illegale vormen daarvan.¹³⁰ Met betrekking tot het eerste niveau staat centraal op welke wijze het beroep van prostituee kan worden vormgegeven, dit is wat in deze paragraaf aan de orde zal komen. Het tweede niveau van de discussie richt zich met name op straf- en bestuursrechtelijke aspecten en wordt daarom in mindere mate behandeld. Wel zal ten aanzien van dit tweede niveau een behandeling plaatsvinden van de gevaren van het bestaan van een gezagsverhouding tussen exploitant en prostituee(s).

Het Burgerlijk Wetboek kent drie soorten overeenkomsten die het verrichten van arbeid tegen beloning als onderwerp hebben. Dit betreft de overeenkomst tot aanneming van werk, de

¹²⁹ Van Drongelen en Fase 2013, p. 29.

¹³⁰ Segers en Pot, *NJB* 2013/1777.

overeenkomst tot opdracht en de arbeidsovereenkomst.¹³¹ Zoals in paragraaf 1.3 al naar voren kwam, wordt onder het begrip 'prostitutie' verstaan: *'het zich beschikbaar stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een ander tegen betaling'*.¹³² De prostituee doet dit in privaatrechtelijke zin vanuit de positie van 'zelfstandig ondernemer' dan wel vanuit de positie van 'werknemer' bij een bordeelhouder.¹³³ Daarnaast bestaat nog het de door de Belastingdienst en de Inspectie SZW geconstrueerde begrip van de *fictieve arbeidsrelaties*.¹³⁴ Dit dient met name ter vergemakkelijking van de uitvoering van belasting- en sociale zekerheidsregelingen, maar kent geen grondslag in het BW zelf. In het kader van dit onderzoek zal daarom het onderscheid tussen zelfstandig ondernemers en werknemers voorop staan.

Pas wanneer wordt voldaan aan verschillende vereisten, kan worden gesproken van werknemerschap. Dit wordt getoetst aan de hand van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst, dient aangetoond te worden dat: Er sprake is van een *gezagsverhouding* waarbij *loonbetaling* plaatsvindt als vergoeding voor de *arbeid welke gedurende zekere tijd* is verricht.¹³⁵ Het belangrijkste verschil met zelfstandig ondernemers doet zich voor in het vereiste van de gezagsverhouding. In de praktijk blijkt dat de prostituee in veel gevallen door de exploitant wordt aangemerkt als een zelfstandig ondernemer die bijvoorbeeld slechts een kamer huurt, terwijl bij de toetsing van de relevante feiten en omstandigheden eerder sprake blijkt te zijn van een feitelijke gezagsverhouding die op een arbeidsovereenkomst duidt.¹³⁶ Wanneer uit de relevante omstandigheden blijkt dat feitelijk wordt voldaan aan de vereisten van art. 7:610 BW, ondanks dat prostituee en/of exploitant anders beweren, is volgens de bestuursrechter sprake van arbeid die wordt verricht krachtens een arbeidsovereenkomst. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft dit in hoger beroep onder andere bevestigd in *Kilkens/UWV*¹³⁷, waar een gezagsverhouding aanwezig werd geacht onder meer gelet op de aard en omvang van de aanwijzingen die door de exploitant aan de prostituee gegeven konden worden.

*'(...) sprake is geweest van een min of meer geordende geïntegreerde organisatie tussen appellant en de betrokken prostituees om enerzijds eerstgenoemde in staat te stellen zijn vestigingen met kamerverhuur optimaal op basis van werkplanning en toegespitst op snel specifiek gebruik te exploiteren en anderzijds betrokkenen de gelegenheid te bieden hun diensten tegen betaling voor de clientèle zo adequaat mogelijk met de nodige sturing en onder toezicht te verlenen.'*¹³⁸

¹³¹ Van Drongelen en Fase 2013, p. 29.

¹³² *Kamerstukken II* 2010/11, 32 211, nr. A, p. 1.

¹³³ Segers en Pot, *NJB* 2013/1777.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 211, nr. 63, bijlage: 'Plan van aanpak versterking sociale positie prostituees'.

¹³⁵ Van Drongelen en Fase 2013, p. 31-32.

¹³⁶ Boonstra e.a., *SR* 2007/2.

¹³⁷ CRvB 5 januari 2006, *USZ* 2006, 113.

¹³⁸ CRvB 5 januari 2006, *USZ* 2006, 113.

Het feit dat prostituees vrij zijn in hun taakvervulling doet niets af aan het bestaan van een gezagsverhouding. Omdat het bij prostitutie steeds de lichamelijke integriteit betreft, kan nooit gesproken worden van een gezagsverhouding die op alle fronten een instructiebevoegdheid kent. Dit is ook bevestigd door minister Sorgdrager, waarbij zij benadrukte dat een prostituee vrij moet zijn in de vrijwilligheid om seks te hebben zonder dat sprake is van dwang.¹³⁹ Hierbij staat art. 11 Gw centraal waarin het recht op onaantastbaarheid van het lichaam wordt beschermd. Dit artikel moet echter niet zo uitgelegd worden dat überhaupt niet van een gezagsverhouding gesproken kan worden enkel omdat de aard van de werkzaamheden zich daartegen zou verzetten. Voor het bestaan van een arbeidsverhouding is het namelijk voldoende dat de mogelijkheid tot het geven van instructies bestaat.¹⁴⁰ Deze instructiebevoegdheid hoeft niet zozeer te zien op de inhoud van het werk, maar wel op de inhoud van de werkdiscipline.¹⁴¹ Een gezagsverhouding kan dus reeds bestaan wanneer een exploitant invloed heeft op bijvoorbeeld werktijden en/of werkdagen zonder daarbij inhoudelijke instructies te geven over de wijze waarop de arbeid moet worden verricht.¹⁴²

Naast het vereiste van de gezagsverhouding wordt geoordeeld dat ook sprake is van betaling van loon, waarbij de wijze van loonbetaling niet van belang is. Voor prostitutie kan aldus geconcludeerd worden dat het feit dat een prostituee haar betaling rechtstreeks van haar klant ontvangt, niets afdoet aan het feit dat sprake is van loon.

*‘Daarenboven kunnen de betalingen op basis van algemene tariefstellingen welke de betrokkenen voor hun diensten ontvingen na aftrek van kamerhuur e.a. aan appellant niet anders worden beschouwd dan als een directe beloning in contraprestatie voor verrichte arbeid, welke niet zonder het organisatorische kader en de beschikbaar gestelde voorzieningen vanwege appellant als beheerder en werkgever gerealiseerd hadden kunnen worden.’*¹⁴³

Behalve aan de gezagsverhouding en het betalen van loon, wordt in de praktijk meestal ook voldaan aan het vereiste van persoonlijke arbeid. Het is namelijk niet mogelijk om zichzelf willekeurig te laten vervangen. Dit komt omdat, gezien de specifieke aard van de arbeid en het feit dat prostituees worden gescreeud op geschiktheid, sprake is van een beperkte groep waarbinnen vervanging gevonden kan worden.¹⁴⁴ Het element *‘gedurende zekere tijd’* is wat lastiger te duiden, maar zou zien op een zekere duurzaamheid waardoor onderscheid wordt gemaakt met de overeenkomst van opdracht.¹⁴⁵ Voor het onderscheid met zelfstandig ondernemerschap is het niet zo zeer van belang en zal daarom verder buiten beschouwing worden gelaten.

¹³⁹ Kamerstukken II 1997/98, 25 437, nr. 5, p. 20.

¹⁴⁰ HR 28 september 1983, NJ 1984, 92.

¹⁴¹ HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757.; Boot 2004, p. 73.

¹⁴² HR 17 juni 1994, JAR 1994/152.

¹⁴³ CRvB 5 januari 2006, USZ 2006, 113.

¹⁴⁴ Boonstra e.a., SR 2007/2.

¹⁴⁵ Van Drongelen en Fase 2013, p. 33.

Niet alleen op nationaal niveau, maar ook op internationaal niveau heeft zich de discussie omtrent het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst in de prostitutiebranche voorgedaan. Om te kunnen spreken van zelfstandig ondernemerschap dient volgens het Hof van Justitie van de EG vast te staan *dat de dienstverlener/prostitutuee activiteiten verricht (1) zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van deze activiteit, de arbeidsomstandigheden en de beloning, (2) onder zijn eigen verantwoordelijkheid, en (3) tegen een beloning die volledig en rechtstreeks aan hem wordt betaald.*¹⁴⁶ Het is vervolgens aan de nationale rechter om in elk afzonderlijk geval aan de hand van de aan hem voorgelegde bewijzen na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden op grond waarvan kan worden aangenomen dat de prostitutie wordt uitgevoerd als een economische activiteit anders dan in loondienst, en aldus als zelfstandige wordt beoefend.¹⁴⁷

III.1.2 De gevolgen van een onduidelijk onderscheid voor de sociale rechtspositie

Zoals reeds in Hoofdstuk I aan bod is gekomen, kan onenigheid over de vormgeving van arbeidsverhoudingen leiden tot problemen met bijvoorbeeld de Belastingdienst en uitkeringsinstanties. Tegelijkertijd vormt onduidelijkheid ook een gevaar voor de sociale rechtspositie van prostituees. Prostituee en exploitant geven vaak zelf de voorkeur aan de vorm van zelfstandige, maar feitelijk is zoals uit voorgaande paragraaf blijkt in veel bedrijven sprake van zodanige gezagselementen tussen de exploitant en de prostituees dat voor de toepassing van de desbetreffende wet- en regelgeving sprake is van een dienstbetrekking. Ondanks het feitelijk bestaan van een dienstbetrekking kunnen risico's van bijvoorbeeld niet kunnen werken zodoende volledig worden afgewenteld op de als zelfstandige voorgedane prostituee.¹⁴⁸ Een prostituee kan wel degelijk aanspraak maken op haar rechten als werknemer, mits voldaan wordt aan de vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het probleem is er echter in gelegen dat dit 'domweg' niet gebeurt. In de prostitutiebranche kan gesproken worden van een dusdanige macht en informatievoorsprong aan werkgeverszijde, dat de prostituee ervan overtuigd is dat het nemen van juridische stappen negatieve gevolgen kan en/of zal hebben. Daarbij komt ook nog dat prostituees hun anonimiteit graag behouden, wat het starten van een rechtszaak onmogelijk maakt.¹⁴⁹

Niet alleen prostituees zelf kunnen problemen ondervinden in een onduidelijk onderscheid tussen het bestaan van een arbeidsovereenkomst of het zijn van zelfstandige. Dit verschil is ook van belang bij de vaststelling van sociale premies en belastingen. Bij deze vaststelling dient te worden bepaald of er feitelijk al dan niet conform een arbeidsovereenkomst in de zin van art.

¹⁴⁶ HvJ EG, 20 november 2001, C-268/99.

¹⁴⁷ Onder andere toegepast in HR 22 juni 2004, *LJN* AO1863.

¹⁴⁸ Daalder 2007.

¹⁴⁹ Boonstra e.a., *SR* 2007/2.

7:610 BW werkzaamheden worden verricht.¹⁵⁰ Wat dat betreft is reeds een begin gemaakt door de invoering van het voorwaardenpakket van de Belastingdienst voor de prostitutiebranche. Dit houdt in dat wanneer het voorwaardenpakket niet wordt geaccepteerd, de Belastingdienst automatisch uitgaat van het bestaan van een arbeidsovereenkomst.¹⁵¹ De arbeidsverhouding wordt dan beschouwd als dienstbetrekking en loondienst wordt als uitgangspunt genomen, met alle gevolgen van dien voor fiscaliteit, premies en sociale zekerheid.¹⁵²

III.1.3 De keerzijde van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

Hiervoor is al aan bod gekomen dat het bestaan van een gezagsverhouding ook gevaren met zich mee kan brengen. Ondanks het feit dat een gezagsverhouding niet een dusdanige instructiebevoegdheid omvat dat de lichamelijke integriteit van een prostituee zomaar kan worden geschonden, kan wel meer druk uitgeoefend worden binnen de relatie tussen exploitant en prostituee. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst brengt namelijk niet alleen rechten met zich mee, maar deze kwalificatie betekent ook dat er zekere plichten van uitgaan ten aanzien van de werknemer. Uitgangspunt in het arbeidsrecht en ontslagrecht is dat een arbeidsovereenkomst niet zomaar opgezegd kan worden, ook niet op initiatief van de werknemer, maar dit brengt voor een specifieke branche zoals die van de prostitutie problemen met zich mee.

Het wetsvoorstel is mede gestoeld op de gedachte dat de sociale rechtspositie van prostituees wordt verbeterd wanneer zij beter op de hoogte zijn van hun uitstapmogelijkheden. De toepassing van het ontslagrecht in de seksbranche is in de praktijk echter niet alleen onwaarschijnlijk, maar kan ook zeer onwenselijk zijn.¹⁵³ Zoals verderop nog uitgebreider naar voren zal komen, moeten juist omdat dit een dusdanig bijzondere beroepsgroep is de grenzen aan het zelfbeschikkingsrecht en de lichamelijke integriteit niet lichtvaardig worden losgelaten. In de praktijk zal dan ook soepel moeten worden omgegaan met het opzeggen van de arbeidsovereenkomst tussen prostituee en exploitant. Wanneer een prostituee wordt gebonden aan een opzegtermijn, zal voor een periode sprake zijn van het met tegenzin uitvoeren van seksuele handelingen. Dit kan naast psychische en emotionele gevolgen ook lichamelijke gevolgen met zich meebrengen. De meest wenselijke mogelijkheid om tegemoet te komen aan de bescherming van de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van prostituees is dan ook om het niet langer willen verlenen van seksuele diensten te beschouwen als een dringende reden om de arbeidsovereenkomst op te zeggen en de werkzaamheden per direct te mogen beëindigen.

¹⁵⁰ Boonstra e.a., *SR 2007/2*.

¹⁵¹ <http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/opting_in_hoe_werkt_dat_in_de_relaxbranche_d_v7001z3fd.pdf>.

¹⁵² *Kamerstukken II 2009/10*, 32 211, nr. 3, p. 42.

¹⁵³ Boonstra e.a., *SR 2007/2*.

III.2 De sociale rechtspositie van prostituees en de voorgestelde vergunningplicht

Zoals blijkt uit de tweede evaluatie van de Wet opheffing van het algemeen bordeelverbod is, naast de aanwezigheid van minderjarige prostituees en mensenhandel¹⁵⁴, een van de grootste nog bestaande knelpunten binnen de seksbranche de slechte sociale rechtspositie van prostituees.¹⁵⁵ Een van de door het wetsvoorstel voorgenomen maatregelen om deze rechtspositie te verbeteren, is om door middel van de invoering van een uniform vergunningenstelsel voor het exploiteren van een seksbedrijf te komen tot een verkleining van lokale en regionale verschillen, het krijgen van meer zicht en grip op de seksbranche en het vergemakkelijken van toezicht en handhaving.¹⁵⁶ In deze paragraaf zal beoordeeld worden of het wetsvoorstel hiermee voldoende waarborgen biedt voor, en daadwerkelijk kan komen tot, een verbetering van de sociale rechtspositie van prostituees.

III.2.1 Het landelijk uniform vergunningenstelsel

Met de invoering van dit wetsvoorstel wordt het voor alle seksbedrijven verplicht om over een vergunning te beschikken. Het gaat daarbij niet om de inrichting of plaats waar de prostitutie wordt aangeboden, maar om de activiteit *'het uitoefenen van een seksbedrijf'*. Wat onder een zogenaamd seksbedrijf wordt verstaan, werd reeds in paragraaf I.3 aangestipt, maar volledigheidshalve zij erop gewezen dat dit begrip in het wetsvoorstel een ruime betekenis kent. Het omvat naast de prostitutiebedrijven bijvoorbeeld ook sekstheaters, peepshows, seksbioscopen en webcamseks.¹⁵⁷ Voor prostituees die vanuit thuis werken zal alleen dan een vergunningplicht bestaan wanneer sprake is van activiteiten die een zakelijke uitstraling hebben. Dit kan zich uiten in bijvoorbeeld het adverteren van de activiteiten of het feit dat meerdere prostituees op één adres werkzaam zijn. Het probleem met betrekking tot een onduidelijke arbeidskwalificatie doet zich hier opnieuw voor omdat zelfstandigen zijn vrijgesteld van de vergunningplicht. Het gaat het kabinet te ver om diegenen die vanuit hun eigen woon- en leefadres als prostituee werken, en waarbij geen overlast uitgaat naar de omgeving, te onderwerpen aan een vergunningplicht.¹⁵⁸ Voor degenen die wel onder de vergunningplicht vallen, geldt dat sprake is van een uniform vergunningenbeleid. In het wetsvoorstel zijn

¹⁵⁴ Ten aanzien van het voorkomen van prostitutie door minderjarigen en mensenhandel kan, net zoals reeds in paragraaf II.3.1 aan bod kwam, verwezen worden naar de beschermingsrechten voor minderjarigen en het voorkomen van dwangarbeid. Naast de in bijlage 1 en 2 genoemde rechten zijn onder andere ILO Convention 29 (Forced Labour Convention, 1930), ILO Convention 105 (Abolition of Forced Labour Convention, 1957), ILO Recommendation 203 (Supplementary Measures for the Effective Suppression of Forced Labour, 11th of June 2014), ILO Convention 138 (Minimum Age Convention, 1973) en ILO Convention 182 (Worst Forms of Child Labour Convention, 1999). Tot slot kan verwezen worden naar het *'Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime'*, Resolutie 55/25, 15 november 2000. Zie verder hierover bijlage 3.

¹⁵⁵ Daalder 2007.

¹⁵⁶ Grundmeijer, *Gst.* 2012/100.; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 2.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 1.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 16.

weigerings- en intrekingsgronden opgenomen die voor elke gemeente zullen gelden. Het staat gemeenten echter vrij om te kiezen voor de zogenaamde nuloptie, waardoor de keuze ontstaat om aan geen enkel prostitutiebedrijf een vergunning te verlenen, of om een maximaal aantal te verlenen vergunningen te handhaven. Met de invoering van de vergunningplicht worden tot slot onduidelijkheden weggenomen met betrekking tot de vraag welke gemeente bevoegd is om op te treden bij de constatering van misstanden.¹⁵⁹

Door de vergunningplicht worden aan exploitanten van seksbedrijven voorschriften verbonden voor het verkrijgen van een vergunning. Deze voorschriften moeten door de gemeenten door middel van een AMvB worden opgelegd en dienen ervoor om bij te dragen aan de realisatie van fundamentele rechten van prostitutiewerkers. Beoogd wordt om hierdoor de sociale rechtspositie van prostituees te waarborgen dan wel te verbeteren. Onderdelen van deze op te nemen voorschriften zijn onder andere gericht op hygiëne, gezondheid en het geven van informatie omtrent uitstapprogramma's.¹⁶⁰ Daarnaast moet via de voorschriften ook het aspect van het zelfbeschikkingsrecht gewaarborgd worden, dit is waar het mogelijke gevaar van een gezagsverhouding tussen exploitant en prostituee aan de orde komt. In de literatuur wordt onder zelfbeschikking het volgende verstaan: *'eenieder moet de ruimte krijgen om, op zijn eigen manier, richting te geven aan zijn leven en hierover beslissingen te nemen'*.¹⁶¹ Gewaarborgd dient te worden dat de prostituee vrij is om te bepalen aan welke klanten zij seksuele diensten verleent en welke diensten zij al dan niet wil verlenen.¹⁶² Hiermee wordt duidelijk bedoeld op het voorkomen van dwangprostitutie en/of uitbuiting, wat het gevaar zou kunnen zijn van een te machtige gezagspositie van de exploitant. Met het wetsvoorstel wordt juist aan de exploitant mede de verantwoordelijkheid gegeven om misstanden in de seksbranche te voorkomen en veiligheid te bewaren, en kan door controles zicht worden gehouden op de arbeidsomstandigheden.¹⁶³ Voor locatiegebonden seksbedrijven geldt dat reeds vergunningen verplicht zijn en bij de uitgifte daarvan gelet wordt op het gedrag en de mate van het gezag. Met het wetsvoorstel worden vergunningen echter ook verplicht voor de exploitanten van escort- en webcamseksbedrijven, in de huidige situatie is dit nog niet in elke gemeente verplicht gesteld. Dit is dan ook waar de grootste verandering plaats zal vinden met betrekking tot regulering en toezicht.¹⁶⁴

Het invoeren van een vergunningenstelsel dat tot gevolg heeft dat voorwaarden worden gesteld aan een bepaalde dienstverlening, moet tot slot wel passen binnen de reikwijdte de Dienstenrichtlijn.¹⁶⁵ Dit brengt voor het wetsvoorstel, zoals al duidelijk uiteengezet wordt in de

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 8.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 19.

¹⁶¹ Arends en Frederiks, *TvGR* 2006, p. 99.

¹⁶² Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 19.

¹⁶³ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 20.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 20.

¹⁶⁵ Richtlijn 2006/123/EG.

Memorie van Toelichting, geen problemen met zich mee en zal daarom niet nader worden behandeld.¹⁶⁶

III.2.2 De invloed van het vergunningenstelsel op de sociale rechtspositie

Voor de sociale rechtspositie van prostituees betekent het voorgaande dat met de komst van een uniform vergunningenstelsel meer toezicht wordt gehouden op de bestaande gezagsverhouding tussen exploitant en prostituee. Behalve voor prostitutiebedrijven wordt een vergunning met de invoering van deze nieuwe wet ook vereist voor exploitanten van onder andere escortservices. De sociale rechtspositie van de prostituee wordt in die zin beschermt dat, voordat er een vergunning wordt afgestaan, eerst een onderzoek plaatsvindt naar het gedrag van de exploitant. Niet alleen vooraf zal een check plaatsvinden, maar ook gedurende de tijd dat een seksbedrijf over een vergunning beschikt zal worden nagegaan of deze aan de voorwaarden blijft voldoen.

Op arbeidsrechtelijk gebied zal het wetsvoorstel de sociale rechtspositie van prostituees die een arbeidsovereenkomst hebben zeker waarborgen door de komst van het vergunningenstelsel, doordat er zicht wordt gehouden op de machtsverhouding tussen exploitant en prostituee. Echter, ondanks het feit dat meer regulering plaats zal gaan vinden, moet gevreesd worden dat er zich nog steeds misstanden kunnen voordoen in het criminele circuit. De vergunningplicht zal de niet-malafide exploitanten niet zozeer deren. Zij hebben hun zaak op orde en zullen ook zeker het beste met hun werknemers voor hebben. Het gaat nu juist om het beschermen van de prostituees die niet binnen de vergunde bedrijven werken. Ondanks de verplichting tot het hebben van een vergunning, zullen meer malafide ondernemers altijd een manier kunnen vinden om hun machtsverhouding te laten bestaan en dwang uit te oefenen. Het struikelblok van controle op dat wat niet gezien wordt, is precies wat de reden is geweest dat ook ten tijde van het bordeelverbod en na de opheffing daarvan misstanden bleven bestaan. Dit zal niet anders zijn wanneer slechts welwillende exploitanten zich netjes melden voor het aanvragen van een vergunning. Met betrekking tot locatiegebonden bedrijven zijn geen problemen te voorzien, omdat ontdekking van en controle daarop gemakkelijker is te verwezenlijken. Waar het gaat om escortbedrijven of diensten zoals webcamseks via een internetverbinding, kan er niet lichtvaardig van worden uitgegaan dat elke exploitant zichzelf in de openbaarheid brengt en om een vergunning vraagt. Het wetsvoorstel voorziet op deze wijze slechts in meer zicht op de activiteiten die al aan de oppervlakte liggen, het illegale circuit zal zich er niet door laten blootleggen. Misstanden zoals prostitutie van minderjarigen of dwangarbeid zullen dan ook niet met zekerheid aan het licht komen door de invoering van een uniform en landelijk vergunningenbeleid. In de Memorie van Toelichting wordt immers ook al gesteld dat gericht toezicht en handhaving uitoefenen lastig is.¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 24-27.*

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 30-31.*

Tot slot lijkt het een illusie om de in een privéwoning uitgeoefende prostitutieactiviteiten stuk voor stuk te blijven controleren of er enige tijd later wel sprake is van een bedrijfsmatige uitvoering daarvan. Ook in een dergelijke thuissituatie kan sprake zijn van een gezagsverhouding en dwangprostitutie, zonder dat een vergunning is vereist. Wel wordt het exploiteren van een seksbedrijf zonder vergunning of het adverteren zonder vermelding van het vergunningnummer en vaste telefoonnummer strafbaar gesteld, maar het valt te betwijfelen of hiervan voldoende prikkels uitgaan naar de zich in de illegaliteit begevende exploitanten en zoals reeds gezegd is het nog maar de vraag of deze exploitanten wel zichtbaar zijn voor de handhavers.

Hetzelfde geldt voor de klant die strafbaar wordt gesteld wanneer hij diensten afneemt van een niet vergund prostitutiebedrijf. Gesteld wordt dat de vergunningplicht een duidelijker onderscheid maakt tussen de legale en de illegale prostitutie en de klant inzicht geeft in deze scheiding. De klant heeft een keuze en dient af te zien van het gebruik van illegale prostitutie.¹⁶⁸ Het wetsvoorstel gaat hierbij uit van de zogenaamde 'kanalisatiegedachte', waarbij wordt aangenomen dat wanneer er een legaal en betrouwbaar aanbod bestaat, er niet langer aanleiding is voor klanten om te kiezen voor een illegaal aanbod.¹⁶⁹ Dit is een geenszins sluitende overweging, nu bijvoorbeeld lagere kosten al een reden kunnen zijn om toch diensten in het illegale circuit af te nemen.

Feit blijft dat dus ook in dit geval de illegaliteit kan blijven bestaan en niet wordt weggedrongen door het legale aanbod. Ter illustratie valt hierbij te denken aan de regulatie van drugsgebruik en coffeeshops waarbij de nationale uitvoerende macht niet in staat is of bereid blijkt om zorg te dragen voor de naleving van desbetreffende wettelijke voorschriften.¹⁷⁰ Hetzelfde geldt ook voor de opheffing van het bordeelverbod¹⁷¹ en zal niet minder gaan gelden voor het onderhavige wetsvoorstel. Het wetsvoorstel geeft tevens op geen enkele wijze aan hoe men voornemens is deze illegale kant van de prostitutiebranche uit de schemering te halen. Het legale wordt verder gereguleerd terwijl het illegale nog net zo veel als voorheen de mogelijkheid biedt om misbruik te maken van bestaande gezagsverhoudingen en mensenhandel, dwangprostitutie en uitbuiting in stand te houden.

III.3 De sociale rechtspositie van prostituees en de voorgenomen registratieplicht

Naast het invoeren van een uniforme landelijke vergunningplicht, wordt met het wetsvoorstel beoogd een registratieplicht voor prostituees te bewerkstelligen. Deze registratieplicht moet er net zoals het invoeren van een vergunningenstelsel voor zorgen dat de sociale rechtspositie van

¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 34-35.*

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 48.*

¹⁷⁰ Hennekens, *Gst.* 2000/7124/1.

¹⁷¹ Daalder 2007.

prostituees verbeterd wordt. Hier gaat het met name om het verkrijgen van meer zicht en grip op de seksbranche en het vergemakkelijken van handhaving en toezicht op de branche.¹⁷²

III.3.1 De algehele registratieplicht

De registratieplicht zal een algehele plicht worden welke geldt voor alle werkzame prostituees, of dit nu zelfstandigen of werknemers zijn, om te voorkomen dat er onduidelijkheid bestaat binnen de branche of wel of niet geregistreerd dient te worden. Registratie leidt tot een contactmoment met prostituees en maakt het verstrekken van informatie en bieden van hulp gemakkelijker. Tijdens de registratieprocedure kunnen eventuele signalen van slachtofferschap sneller opgemerkt worden dan voorheen en wordt de prostituee in de positie gezet zelf slachtofferschap kenbaar te maken en hulp aan te nemen. Handhaving van en toezicht op de prostitutiebranche wordt vergemakkelijkt, doordat er bij het adverteren met diensten verplicht het registratienummer vermeld dient te staan. Aan de registratieaanvraag worden, behalve meerderjarigheid, het bezitten van een geldige verblijfstitel en een geldig identiteitsbewijs, geen voorwaarden gesteld. Zelfs het vermoeden van slachtofferschap of illegaliteit vormt geen weigeringsgrond, omdat juist door registratie zicht op deze groep kan blijven bestaan en kan worden ingegrepen wanneer dreigender signalen kenbaar worden. De inlichtingen die tijdens de registratieprocedure worden verstrekt omvatten onder andere informatie met betrekking tot hygiëne, gezondheid, sociale zekerheid en belastingen en de mogelijkheden van uitstapprogramma's.¹⁷³

III.3.2 De invloed van een algehele registratieplicht op de sociale rechtspositie

Verwacht wordt dat de registratieplicht een positieve bijdrage zal leveren aan de rechtspositie van prostituees. De prostituees wordt informatie verstrekt over hun rechten, de risico's van de werkzaamheden, de beëindiging daarvan en over hoe om te gaan met drang en dwang door derden. Met het wetsvoorstel wordt aldus veel ingezet op het beschikbaar maken van informatie voor exploitanten en prostituees. Hiermee wordt beoogd de sociale rechtspositie van de prostituee te verbeteren, omdat het aanbod van informatie overzichtelijker is en gemakkelijker te verkrijgen. Niet alleen tijdens de registratieprocedure wordt informatie gegeven, maar deze informatie is ook digitaal beschikbaar op www.prostitutie.nl. Het bestaan van deze zogenaamde digitale sociale kaart zal onder de aandacht worden gebracht en bevat onder andere informatie over rechten en plichten met betrekking tot werk en sociale zekerheid, belastingen, gezondheid en signalen van uitbuiting. Daarnaast worden wet- en regelgeving systematisch weergegeven en zijn verwijzingen naar verschillende instanties te vinden. De prostituees worden voorgelicht over hun sociale rechtspositie en de overheid zal via flankerend beleid aandacht besteden aan

¹⁷² *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 2.*

¹⁷³ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, hoofdstuk 3.*

verduidelijking van de arbeidsverhoudingen binnen de seksbranche.¹⁷⁴ De verlenging van een registratie zal driejaarlijks plaatsvinden waardoor slachtofferschap, mogelijk naar aanleiding van gewijzigde omstandigheden, ook op een later moment alsnog kan worden geconstateerd.¹⁷⁵ Ook voor de registratieplicht geldt dat wordt voldaan aan de vereisten van de Dienstenrichtlijn en wordt hier volstaan met een verwijzing naar de Memorie van Toelichting.¹⁷⁶

Een argument tegen registratie bestaat er voor prostituees uit dat hun anonimiteit verloren gaat.¹⁷⁷ Om tegemoet te komen aan deze angst voor herkenning, kunnen prostituees zich behalve in hun woongemeente ook inschrijven in gemeenten waar een regionaal politiekorps is gevestigd. Daarnaast zal het register niet openbaar te raadplegen zijn en wordt het niet gekoppeld aan bijvoorbeeld systemen van de Belastingdienst of andere instanties. De gegevens zullen alleen verstrekt worden aan ambtenaren die bij of krachtens wet belast zijn met het toezicht op de naleving van de voorgestelde wet en aan politieambtenaren. Door op deze wijze om te gaan met de registratie wordt gehoopt te voorkomen dat (potentiële) slachtoffers in een geïsoleerde en kwetsbare situatie worden gehouden of gebracht waarin uitbuiting kan plaatsvinden of voortduren. De registratie maakt dat de legale status van de prostituee zichtbaar wordt.¹⁷⁸ Wanneer een klant ervoor kiest om diensten af te nemen van een niet-geregistreerde prostituee is naast de prostituee¹⁷⁹ ook diegene zelf strafbaar, op hem rust een zekere onderzoeksplicht om de status van de prostituee na te gaan.¹⁸⁰

Naast het argument dat zich richt op de anonimiteit en privacy van prostituees, bestaat het nadeel van lastenverzwaring voor prostituees. De registratieplicht omvat ten minste één contactmoment en de prostituee moet daarbij verschillende documenten en/of gegevens over haar situatie aandragen. Niet alleen gaat er tijd gemoeid met het zichzelf laten registreren en het doorlopen van de procedure daartoe, maar ook zal de registratieplicht kosten met zich meebrengen. Het kabinet is voornemens om de kosten van de registratieplicht onder andere te dekken door het laten betalen van leges door de prostituees. Dit in tegenstelling tot de kostendekking van de vergunningplicht, waar de leges aan de exploitanten worden opgelegd.

Voor de registratieplicht geldt hetzelfde zoals hiervoor reeds werd gesteld met betrekking tot de vergunningplicht. Door het invoeren van deze maatregel wordt slechts de legale kant van de prostitutiebranche verder gereguleerd, waar de criminele zijde met misbruik en dwang zich nog steeds in de schaduw kan afspelen. Het wetsvoorstel brengt inderdaad een verbetering van

¹⁷⁴ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 19.*

¹⁷⁵ Zo zou elk vergund prostitutiebedrijf 6 keer per jaar moeten worden bezocht en gecontroleerd. Controles van zelfstandig werkende prostituees en escortbedrijven zullen gebeuren aan de hand van advertenties die zij plaatsen. Een prostituee wordt daarbij uitgenodigd door de politie, die zich uitgeeft als klant, op een hotelkamer. Zodra zij de kamer betreedt, maakt de politie zich als zodanig bekend en voert de controle uit, *Kamerstukken I 2011 /12, 32 211, C, p. 11 en E, p. 25.*

¹⁷⁶ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 24-27.*

¹⁷⁷ Quickscan prostitutieregistraties, Marnix Eysink Smeets e.a., augustus 2008.; *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 12.*

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 14.*

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 36.*

¹⁸⁰ *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3, p. 35.*

de sociale rechtspositie met zich mee, maar deze positieve uitwerking bestaat alleen ten aanzien van degenen die zich inderdaad laten registreren. Diegenen die niet overgaan tot registratie en zich in het illegale circuit blijven bevinden, zullen niet de informatie en voorlichting krijgen welke de geregistreerde prostituees wel ontvangen. Ook het aanbod van hulpverlening en de mogelijkheden van uitstapprogramma's zullen bij hen minder onder de aandacht gebracht kunnen worden. Wel is het zo dat degenen die zich nu nog in het illegale circuit bevinden, moeilijkheden zullen gaan ervaren met het adverteren van hun diensten. Het adverteren van diensten wordt zoals gezegd alleen toegestaan wanneer dit gebeurt onder vermelding van een registratienummer. Wanneer eventuele klandizie afneemt door het slechter kunnen bereiken van klanten, zal een prikkel uitgaan naar de prostituees om zich toch te laten registreren, ondanks het feit dat zij hierdoor wellicht het idee krijgt haar anonimiteit te zullen moeten opgeven. Deze anonimiteit is een loos argument tegen registratie, omdat derden op geen enkele wijze bij de inhoud van de registers kunnen. Het loskomen van het criminele stigma dat op prostitutie rust zal de nodige tijd vergen. In de toekomst zal moeten blijken of prostituees inderdaad gebruik gaan maken van de informatie die zij verkrijgen en of slachtofferschap op deze wijze inderdaad sneller aan het licht gaat komen.

Illegaliteit zal altijd haar weg kunnen vinden, maar het wetsvoorstel zet in ieder geval een stap in de goede richting met betrekking tot de verbetering van de sociale rechtspositie van prostituees. Elk meisje dat voor zichzelf durft op te komen en gered wordt uit de dwangprostitutie is het invoeren van de registratieplicht al meer dan waard.

III.4 Samenvatting en conclusie

Prostitutiewerk is hoe dan ook geen vanzelfsprekende beroepsgroep. De prostitutiebranche brengt vele haken en ogen met zich mee en daarom is regulering noodzakelijk, niet in de minste plaats om de sociale rechtspositie van prostituees te beschermen en te verbeteren. De rechtspositie van prostituees hangt allereerst af van de vraag op welke wijze hun arbeidsverhouding kan worden gekwalificeerd. Het *'zich beschikbaar stellen tot het verrichten van handelingen met een ander tegen betaling'* kan vanuit de positie van werknemer dan wel vanuit de positie van zelfstandig ondernemer. Om te kunnen spreken van werknemerschap, dient sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Het grootste obstakel in die definitie met betrekking tot de prostitutiebranche is het vereiste van het bestaan van een gezagsverhouding tussen de exploitant en prostituee. Partijen geven zelf vaak aan dat sprake is van zelfstandig ondernemerschap, terwijl feitelijk sprake is van een gezagsverhouding welke in combinatie met de andere elementen van art. 7:610 BW maakt dat het daadwerkelijk gaat om een arbeidsovereenkomst. De bestuursrechter heeft geoordeeld dat het gaat om de werkelijke feiten en omstandigheden, die maken of sprake is van een arbeidsovereenkomst, en dat het er niet toe doet hoe partijen hun relatie zelf betitelen. Het feit dat binnen een bestaande gezagsverhouding geen volledige instructiebevoegdheid bestaat, is hiervoor geen contra-

indicatie. Beschermingsrechten op (inter-)nationaal niveau voorkomen dat een gezagsverhouding het ontstaan van dwangarbeid in de hand werkt.¹⁸¹ Het bestaan van een gezagsverhouding kan in die zin dus geen grotere gevaren met zich meebrengen, omdat de instructiebevoegdheid niet zover mag reiken dat de lichamelijke integriteit wordt geschonden of dwangprostitutie kan bestaan. Dat de nationale rechter degene is die de afweging maakt of sprake is van zelfstandig ondernemerschap of werknemerschap, is ook bevestigd door rechtspraak van het HvJ EG, waarin nader wordt aangegeven wanneer sprake is van zelfstandig ondernemerschap.

Een onduidelijk onderscheid tussen werknemerschap en zelfstandig ondernemerschap brengt, naast bijvoorbeeld voor de Belastingdienst en uitkeringsinstanties, problemen met zich mee voor de sociale rechtspositie van prostituees. Ondanks het feitelijk bestaan van een dienstbetrekking kunnen risico's van bijvoorbeeld niet kunnen werken volledig worden afgewenteld op de als zelfstandige voorgedane prostituee. Juist omdat prostitutie geen normale beroepsgroep is, is de overheid voornemens om via flankerend beleid meer duidelijkheid te scheppen over de arbeidsverhoudingen binnen de prostitutiebranche. Nog onduidelijk is op welke wijze de overheid voornemens is dit probleem op te lossen. Wellicht kan de door het wetsvoorstel beoogde invoering van de registratieplicht hier al sturing in geven, doordat tijdens de registratieprocedure zicht ontstaat op de arbeidsverhouding tussen prostituee en een eventuele exploitant. Het is aan te bevelen dat met dit flankerend beleid duidelijkheid wordt geschapen over onder andere de rechtsgeldige uitstapmogelijkheden, nu het daarbij zal gaan om het opzeggen van een arbeidsovereenkomst. Daarnaast moet verduidelijking worden gebracht over invulling van de gronden voor de gerechtvaardigheid van de nuloptie. Tot slot zal aandacht besteed moeten worden aan de mate waarin een exploitant zijn gezagsverhouding ten opzichte van de prostituee mag inzetten ten behoeve van te geven instructies. Wanneer meer duidelijkheid bestaat, blijft het echter aan de prostituee zelf om actie te ondernemen en haar recht geldend te maken door het starten van een procedure tegen haar werkgever.

Met de komst van een registratieplicht voor prostituees wordt ingespeeld op het krijgen van meer zicht en grip op de seksbranche. De registratieprocedure voorziet in contactmomenten met prostituees waardoor het verstrekken van informatie en het aanbieden van hulpverlening gemakkelijker wordt. Tijdens de registratieprocedure kunnen eventuele signalen van slachtofferschap sneller worden opgemerkt dan voorheen en wordt de prostituee in de positie gezet zelf slachtofferschap kenbaar te maken en hulp te aanvaarden. De te geven inlichtingen tijdens de registratie hebben betrekking op de sociale rechtspositie van prostituees, waarbij te denken valt aan hun arbeidsrechtelijke positie, maar ook aan informatie over hoe om te gaan met dwang en drang. Het geven van deze inlichtingen is een goede stap om prostituees bewust te maken van hun rechten en hen ook te ondersteunen in de effectuering van deze rechten. Registratie wordt verplicht voor alle prostituees, zelfstandige of werknemer, en maakt dus dat het onderscheid van arbeidsverhoudingen al een minder cruciaal punt is in de bestrijding van

¹⁸¹ Zie hiervoor ook bijlage 2 en bijlage 3.

misstanden in de seksbranche. De nadelen aan deze registratieplicht voor prostituees bevinden zich op het gebied van privacy en op dat van een lastenverzwaring. Het register wordt echter niet openbaar toegankelijk en daarmee is de angst voor het opgeven van anonimiteit een loos tegenargument. Wel is het zo dat sprake is van een lastenverzwaring, doordat de prostituee tijd moet stoppen in de registratieprocedure, daarbij verschillende documenten/gegevens moet overleggen en ook verplicht is een lege te betalen om geregistreerd te worden.

Naast de invoering van een registratieplicht, brengt het wetsvoorstel een uniforme landelijke vergunningplicht met zich mee. Ook deze maatregel moet erop toezien dat misstanden worden voorkomen en meer zicht en grip op de seksbranche ontstaat. Het probleem met betrekking tot de kwalificatie van arbeidsverhoudingen doet zich hier opnieuw voor, omdat de vergunningplicht niet bestaat voor zelfstandigen. Dit maakt het voor de sociale rechtspositie van prostituees niet beter, omdat exploitanten ter voorkoming van regulering zullen proberen de werkzame prostituee zich als zelfstandige te laten voordoen. Wanneer wel sprake is van een vergunningprocedure, zal de rechtspositie van prostituees aan verbetering toekomen, omdat meer toezicht en controle mogelijk is en ook voorschriften ter verkrijging van een vergunning mede gericht zijn op de sociaalrechtelijke positie van prostituees. Probleem is echter nog steeds dat niet iedere exploitant een vergunning zal gaan aanvragen en de illegaliteit buiten zicht blijft.

Het wetsvoorstel brengt geen dusdanige veranderingen tot stand dat gesproken kan worden van een bestrijding van de gehele illegaliteit omtrent de seksbranche of dat misstanden nu volledig kunnen worden voorkomen. Ondanks dat gevreesd kan worden voor een papieren werkelijkheid¹⁸² wordt met de voorgenomen maatregelen wel een stap in de goede richting gezet. Illegaliteit zal nu eenmaal nooit in het geheel voorkomen en bestreden kunnen worden, maar met het wetsvoorstel wordt in ieder geval meer regulering geboden en de kans dat prostitutie in het legale circuit plaatsvindt vergroot. Door de invoering van verplichte registratie en de vergunningplicht kan voor handhavers in één oogopslag duidelijk worden of ze te maken hebben met een legale of illegale situatie. Tevens worden prostituees beter bewust gemaakt van hun sociale rechtspositie en informatie daaromtrent is ook voor handen wanneer zij niet zelf overgaan tot registratie, zij het in minder directe vorm via het internet in plaats van via persoonlijke gesprekken. Meer zicht wordt verkregen op eventuele signalen van slachtofferschap en elk meisje dat uit de onvrijwillige prostitutie stapt of haar rechten geldend durft te maken kan al worden gezien als winst.

¹⁸² *Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 4.*

SAMENVATTING EN CONCLUSIE

Uit de tweede evaluatie van de Wet opheffing van het algemeen bordeelverbod is gebleken dat er zich nog steeds misstanden voordoen binnen de prostitutiebranche. De oorzaken daarvan lijken te zijn gelegen in de grote regionale en gemeentelijke beleidsverschillen en de (on-) mogelijkheden tot het houden van zicht en grip op deze specifieke branche. Met het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche wordt beoogd om deze knelpunten weg te nemen. Het wetsvoorstel komt naast de voornamelijk straf- en bestuursrechtelijke aspecten ook oog in oog te staan met het arbeidsrecht. De wetenschappelijke relevantie van dit onderzoek ligt dan ook in het feit dat er juist voor wat betreft de arbeidsrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel nog nauwelijks aandacht is geweest. Zo wordt de leeftijd voor het mogen werken in de seksbranche verhoogd van 18 naar 21 jaar, waardoor de vraag gesteld werd of dit een schending van het recht op vrije arbeidskeuze tot gevolg heeft. Daarnaast worden met het wetsvoorstel een algehele registratieplicht en een uniform vergunningstelsel ingevoerd. In dit onderzoek is nagegaan op welke wijze deze voorgenomen maatregelen de sociale rechtspositie van prostituees positief dan wel negatief beïnvloeden. Het vinden van een antwoord op deze vragen is maatschappelijk relevant, omdat het aan personen die in de prostitutiebranche werkzaam (wensen te) zijn, de betrokken autoriteiten en de (hulpverlenende) instanties duidelijkheid wenst te brengen over de rechten van prostituees binnen de seksbranche.

Het recht op vrije arbeidskeuze wordt internationaal en nationaal gewaarborgd en omvat het recht om die keuze ook te realiseren. Dit grondrecht kan slechts worden beperkt bij of krachtens wet, of via de hiervoor uitgewerkte Rietkerk criteria. Het recht op vrije arbeidskeuze zal moeten worden afgewogen tegen andere verplichtingen van de Staat, zoals het beschermen van jongeren tegen uitbuiting en het voorkomen van dwangarbeid en mensenhandel. Met het invoeren van de leeftijdsverhoging wordt een inbreuk gemaakt op het grondrecht van vrije arbeidskeuze, maar deze inbreuk valt te rechtvaardigen met in het achterhoofd de bescherming van jongeren als legitiem doel. De keuze om als prostituee werkzaam te zijn kan worden verwezenlijkt vanaf de leeftijd van 21 jaar. Het recht wordt aldus niet volledig illusoir gemaakt en de proportionaliteit van dit ingrijpen door de Staat bevindt zich in objectieve gronden zoals het beschermen van de jongeren tegen uitbuiting, dwangarbeid en mensenhandel.¹⁸³ Het invoeren van leeftijdsgrenzen ter bescherming van andere rechten is tevens aanvaard door de rechtspraak en leeftijdsgrenzen boven de meerderjarigheidsleeftijd worden ook in andere beroepsgroepen op objectieve gronden toegepast en geaccepteerd. Feitelijk bestaat dan ook geen probleem ten aanzien van de realisatie van het grondrecht op vrije arbeidskeuze.

Naast de leeftijdsverhoging kan het recht op vrije arbeidskeuze worden beperkt door de invoering van het vergunningstelsel. De nuloptie maakt het mogelijk om als gemeente ervoor te

¹⁸³ De Staat heeft de plicht om (jonge) werknemers deze bescherming te bieden op grond van de in bijlage 1 t/m 3 genoemde beschermingsrechten voortkomend uit internationaal recht en ILO verdragen.

kiezen aan geen enkel prostitutiebedrijf een vergunning af te staan. De prostituee kan dan nog slechts als zelfstandig ondernemer te werk gaan in die betreffende gemeente, of ervoor kiezen om in een andere gemeente te gaan werken. De nuloptie werd door de jurisprudentie voorheen nog als een ongeoorloofde inbreuk op het recht op vrije arbeidskeuze gezien, omdat dit het recht om de arbeidskeuze te realiseren illusoir zou maken. Vanaf het moment van invoering van de wet zal de vraag of sprake is van een al dan niet geoorloofde inbreuk op het recht van vrije arbeidskeuze, afhangen van de vraag of ingrijpen noodzakelijk is ter bescherming van de woon- en leefomgeving, openbare orde en veiligheid en gezondheid van prostituee en klant. Gemeenten krijgen, mede omdat voorgenoemde begrippen niet nader worden ingevuld, een grote decentrale vrijheid. Gevreesd kan worden dat een gemeente bij het maken van de nodige belangenafweging niet puur naar de feiten en omstandigheden van haar eigen omgeving kijkt. Wanneer een nabij gelegen gemeente de nuloptie gebruikt, zal een gemeente de angst voor het verschuiven van problematiek naar haar gemeente snel als reden voor de nuloptie aan kunnen voeren. Het is aan te bevelen dat de rechter niet al te lichtvaardig om zal gaan met de door gemeenten aangevoerde redenen, en om de jurisprudentie een invulling te laten geven aan de geoorloofde grondslagen voor het maken van een inbreuk op het recht van vrije arbeidskeuze. Hierbij zal de bewijslast voor het bestaan van een rechtvaardigingsgrond bij de gemeente moeten liggen. De nuloptie kan slechts dan als rechtvaardig en niet in strijd met het recht op vrije arbeidskeuze worden geacht als uit een, eventueel door de rechter getoetste, belangenafweging volgt dat de bescherming van woon- en leefomgeving, openbare orde en veiligheid en gezondheid voorrang verdient.

Het wetsvoorstel raakt het arbeidsrecht behalve met betrekking tot het grondrecht op vrijheid van arbeidskeuze nog op het gebied van de sociale rechtspositie van prostituees. Ten eerste bestaat er een onduidelijk onderscheid tussen het zijn van werknemer of zelfstandig ondernemer. Het grootste discussiepunt betreft het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding. Deze blijkt in de praktijk vaak toch aanwezig te zijn, ondanks het feit dat prostituee en/of exploitant aangeven dat sprake is van zelfstandig ondernemerschap. Het gevaar dat hierin schuilt is de mate van gezagsuitoefening door de werkgever.

De sociale rechtspositie van prostituees wordt beïnvloed doordat de als zelfstandige voorgedane prostituee geen aanspraak kan maken op arbeidsrechtelijke rechten die voortkomen uit werknemerschap. Echter, ook met een gezagsverhouding en dus werknemerschap gaan 'gevaaren' gemoeid. Gewaarborgd moet worden dat in een dusdanige branche waarin de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van de werknemer ter discussie staan, de gezagsverhouding niet kan omslaan in een arbeidsrelatie die gekenmerkt wordt door dwang en uitbuiting. De instructiebevoegdheid mag daarom slechts zien op zaken zoals bijvoorbeeld werkdagen, maar niet de lichamelijke integriteit schenden. Prostituees moeten op de hoogte worden gebracht van hun rechten en verdienen hulp bij de realisatie daarvan, om de macht en informatievoorsprong aan werkgeverszijde in te dammen. Hier kan onder andere in worden voorzien tijdens de verplichte registratieprocedure. Ten aanzien van de instructiebevoegdheid is

het aanbevelingswaardig om een besluit uit te vaardigen, in de vorm van een Algemene Maatregel van Bestuur, waarin limitatief wordt aangegeven waarover een exploitant instructierecht heeft, maar ook waarover in ieder geval niet. Zo zouden bijvoorbeeld wel instructies gegeven mogen worden omtrent werkdagen en werktijden, maar niet over de te verlenen seksuele diensten of het al dan niet accepteren van een bepaalde klant.

De overheid is voornemens om via flankerend beleid meer duidelijkheid te scheppen omtrent de arbeidsverhoudingen in de prostitutiebranche. Dit beleid is tot op heden nog niet nader ingevuld, maar een idee zou kunnen zijn om voor deze specifieke branche uitzonderingen teweeg te brengen met betrekking tot het arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht. Juist omdat het om een dergelijke precaire branche gaat, kan niet worden volstaan met het reeds geldende arbeids- en ontslagrecht. Zo zou het flankerend beleid nader in moeten gaan op uitstapmogelijkheden van prostituees en zoals hiervoor ook al is aangegeven op de invulling van de gezagsverhouding tussen exploitant en prostituee. Met betrekking tot de uitstapmogelijkheden is het wenselijk om het niet langer werkzaam willen zijn als verlener van seksuele diensten aan te merken als dringende reden voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst. Binnen de bestaande dringende redenen van art. 7:677 lid 1 jo. 7:679 BW, zal een prostituee zich moeten kunnen beroepen op de reden gegeven in art. 7:679 lid 2 sub i BW: *'wanneer de voortdurende van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer zou zijn verbonden met ernstige gevaren voor leven, gezondheid, zedelijkheid of goede naam, die niet duidelijk waren ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst'*. Ondanks het feit dat een prostituee van te voren weet in wat voor branche zij zich zal gaan begeven, moet het mogelijk zijn om juist in een situatie die de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht raakt, zonder opzegtermijn de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Wanneer dit niet mogelijk is, ontstaat een situatie waarin dwang voorkomt en dit met tegenzin verlenen van seksuele diensten kan en zal schadelijk zijn voor de psychische, emotionele en lichamelijke gezondheid. Het is aan te bevelen om hieromtrent voorschriften op te nemen in een AMvB net zoals hiervoor reeds werd gesteld ten aanzien van de instructiebevoegdheid/gezagsverhouding. Bij de Belastingdienst wordt reeds uitgegaan van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, wanneer de exploitant het voorwaardenpakket niet heeft geaccepteerd. Het is aan te bevelen dat dit beleid wordt doorgetrokken naar alle betrokken overheidsinstanties, zodat het zichzelf voordoen als zelfstandige (door bijvoorbeeld te stellen dat slechts sprake is van het huren van een kamer) zonder daarbij voorwaarden te accepteren praktisch onmogelijk wordt gemaakt.

Om verschillen in beleid te verminderen en meer zicht en grip te krijgen op de seksbranche, worden het vergunningstelsel en de registratieplicht ingevoerd. Het vergunningstelsel biedt in zoverre een verbetering van de sociale rechtspositie, dat voor iedereen in de branche dezelfde regels gelden. Het verkrijgen van een vergunning is aan voorwaarden¹⁸⁴ verbonden, welke er onder andere op moeten toezien dat de gevaren van een

¹⁸⁴ Hoofdstuk 3 – gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2010/11, 32 211, nr. A.

gezagsverhouding worden voorkomen en het zelfbeschikkingsrecht van prostituees wordt gewaarborgd. Daarnaast worden toezicht en handhaving gemakkelijker en kan beter zicht worden gehouden op de arbeidsomstandigheden. Desondanks bestaat de vrees dat dit toezicht en deze controles slechts het legale verder reguleren, en dat het illegale zich nog steeds in de schemering zal kunnen blijven voortzetten. De invoering van een registratieplicht beoogt eveneens een verbetering van de sociale rechtspositie. Via contactmomenten tijdens de registratieperiode komt slachtofferschap sneller aan de oppervlakte en worden prostituees op de hoogte gebracht van hun rechten en plichten. Het register zal niet openbaar toegankelijk zijn, wel zal de registratieprocedure ook aan de zijde van de prostituee enige administratieve moeite en inzet vergen. Voor de registratieplicht geldt hetzelfde als hiervoor gezegd is over het vergunningenstelsel. Het legale wordt verder gereguleerd, waar het illegale haar wegen toch zal kunnen blijven vinden. Doormiddel van het straf- en bestuursrecht zal toezicht en handhaving dusdanig moeten worden uitgebreid dan wel verbeterd, zodat het illegale circuit steeds minder mogelijkheden heeft om aan het zicht van de autoriteiten te ontsnappen.

Ondanks de vrees dat met de vergunning- en registratieplicht een papieren werkelijkheid tot stand zal worden gebracht, gaat het wetsvoorstel zeker de goede richting op. In de praktijk zal hier echter wel op een meer effectieve wijze mee moeten worden omgegaan. Voor wat betreft de registratieplicht kan gedacht worden aan het toevoegen van een 'nadenktermijn' van bijvoorbeeld drie weken. Prostituees verkrijgen dan vanaf het moment dat zij tijdens de registratieperiode informatie hebben ontvangen over hun rechten en plichten een periode van bezinning. Ten eerste kan een prostituee bij zichzelf te rade gaan of zij zeker is van haar keuze, maar bovenal kan een prostituee die zich bevindt in een dwangklimaat in die paar weken de nodige hulpverlening inzetten. Hierbij valt te denken aan het kenbaar maken van haar situatie, waarna eventueel met behulp van betrokken hulpverlening de stap gezet kan worden tot aanmelding bij een zogenaamd 'Blijf-van-mijn-lijfhuis'¹⁸⁵. Omdat sowieso geen registratienummer zal worden afgegeven voor het verlopen van de nadenkperiode, krijgt een dwingende exploitant op dat moment nog geen kennis van de door de prostituee ingezette hulp. Hiermee wordt enige druk op een mogelijk problematische gezagsverhouding weggenomen. Tijdens de contactmomenten zal zorg moeten worden gedragen voor het opbouwen van een vertrouwensrelatie met de prostituee.

Met betrekking tot de vergunningplicht bestaat de vrees dat de malafide ondernemers niet over zullen gaan tot de aanvraag van een vergunning. Exploitanten van een locatiegebonden seksbedrijf zijn gemakkelijker te controleren en naar hen zal dus ook een grotere prikkel uitgaan om zich te begeven in het legale circuit. Diensten die echter via het internet worden aangeboden zijn lastiger traceerbaar tot een vergunningplichtige en ook voor de omgeving niet direct merkbaar. Voor wat betreft de locatiegebonden bedrijven valt aan te bevelen dat in de eerste maanden dan wel jaren na de invoering van de wet strenge controles worden gehouden. Exploitanten kunnen dan van het illegale naar het legale worden overgehaald. Voor de niet-

¹⁸⁵ <<http://nl.wikipedia.org/wiki/Blijf-van-mijn-lijfhuis>>.

locatiegebonden diensten verdient het aanbeveling om deze diensten uit de schemering te halen. Dit is waar de registratieplicht een ondersteunende functie ten aanzien van de vergunningplicht zal moeten vervullen. Het is aanbevelingswaardig om tijdens de registratieprocedure direct een controle te laten plaatsvinden naar het al dan niet vergund zijn van (de locatie van) de uit te voeren diensten. Het is een illusie om te denken dat hiermee alle illegaliteit verholpen kan worden, maar juist omdat het om een dusdanig bijzondere beroepsgroep gaat, is elk meisje dat voor haar rechten durft op te komen en elke voorkoming van dwang en uitbuiting al te zien als een aanzienlijke winst.

Concluderend kan gesteld worden dat de (lokale) overheid bij elk van de voorgenomen maatregelen een belangenafweging zal moeten laten plaatsvinden. Het maken van inbreuken door de Staat op grondrechten is slechts dan geoorloofd, wanneer dit noodzakelijk is om aan een van zijn andere verplichtingen te voldoen. Voor wat betreft het recht op vrijheid van arbeidskeuze geldt dat dit recht voldoende wordt gewaarborgd, omdat de objectieve gronden die ten grondslag liggen aan het ingrijpen door de Staat niet leiden tot het illusoir maken van het onderliggende recht. Mits zoals hiervoor gesteld niet al te lichtvaardig wordt omgegaan met de gronden voor het invoeren van de nuloptie, is sprake van een voldoende waarborg voor het kunnen realiseren van de vrije arbeidskeuze. Daarnaast biedt het wetsvoorstel ook voldoende waarborgen ter bescherming van de sociale rechtspositie van prostituees. Belangrijker nog, het wetsvoorstel brengt juist een verbetering van de sociale rechtspositie van prostituees tot stand. Prostituees krijgen meer zicht op hun rechten en plichten en bij voorkeur door middel van de hiervoor gemaakte aanbevelingen kan er via flankerend beleid worden gekomen tot meer duidelijkheid omtrent uitstapmogelijkheden, gezagsverhoudingen en hulpverlening. Wanneer het wetsvoorstel wordt verheven tot wet dan zal conform artikel 40 van de desbetreffende wet de vijfjaarlijkse evaluatie moeten uitwijzen of de maatregelen daadwerkelijk effect sorteren in de strijd tegen misstanden in de prostitutiebranche en in de bescherming van de sociale rechtspositie van prostituees.

BRONNENLIJST

Literatuur

Akkermans e.a. 1988.

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtenbescherming in Nederland*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1988.

Arends en Frederiks, TvGR 2006.

L.A.P. Arends en B.J.M. Frederiks, 'Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en verstandelijke gehandicaptenzorg: de contouren van een nieuwe regeling', *TvGR* 2006.

Boonstra e.a., SR 2007/2.

K. Boonstra, R. Zuidema en T. Ridder, 'De (on)mogelijke rechtspositie van de prostituee', *SR* 2007, 2.

Boot 2004.

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2004.

Bullough 1964.

V.L. Bullough, *The History of Prostitution*, New York: New Hyde Park 1964.

Bunschoten, in: T&C Grondwet, commentaar op artikel 19 Gw.

D.E. Bunschoten, 'T&C Grondwet, commentaar op artikel 19 Gw', online laatst bijgewerkt 01-09-09.

Bunschoten, in: T&C Grondwet, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten

D.E. Bunschoten, 'T&C Grondwet, Inleidende opmerkingen bij: Grondwet, Hoofdstuk I Grondrechten', online laatst bijgewerkt 01-09-09.

Burkens 1971.

M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten (diss.)*, Deventer: Kluwer 1971.

Daalder 2007.

A.L. Daalder, *Eindrapport: Prostitutie in Nederland na opheffing van het bordeelverbod*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, WODC, 2007.

Damen, DD 2011/35.

F.H. Damen, 'De bewijsproblematiek van loverboypraktijken', *DD* 2011/35.

Van Drongelen en Fase 2013.

J. van Drongelen en W.J.P.M. Fase, *Individueel Arbeidsrecht deel 1*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

Fleuren, in: T&C Grondwet, artikel 94 Gw.

J.W.A. Fleuren, 'T&C Grondwet, commentaar op artikel 94 Gw', online laatst bijgewerkt 01-09-09.

Fleuren, in: T&C Grondwet, artikel 93 Gw.

J.W.A. Fleuren, 'T&C Grondwet, commentaar op artikel 93 Gw', online laatst bijgewerkt 01-09-09.

Grapperhaus, in: T&C Arbeidsrecht, commentaar op regeling ESH (herzien).

F.B.J. Grapperhaus, 'T&C Arbeidsrecht, commentaar op regeling ESH (herzien)', online laatst bijgewerkt 01-07-12.

Grundmeijer, Gst. 2012/100.

T. Grundmeijer, 'Het wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche. Een schemergebied in de schijnwerpers.', *Gst.* 2012, 100.

Heinrich en Veldhuis, NTB 2010/28.

J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, 'Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2010/28.

Hennekens, Gst. 2000/7124/1.

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Prostitutie: voorwerp van gemeentelijke zorg', *Gst.* 2000-7124, 1.

Hirsch Ballin en Leenknecht 2014: Houwerzijl en Zekic.

M.S. Houwerzijl & N. Zekic, Commentaar op artikel 19 van de grondwet. In: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2014* (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

Keizer e.a., in: Lexplicatie, commentaar op artikel 1 ESH (herzien).

Keizer, Van der Sluis en Heerma van Voss, 'Lexplicatie, commentaar op artikel 1 ESH (herzien)', online laatst bijgewerkt 01-03-11.

Kooijmans 2008.

P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008.

Pomeroy 1999.

S.B. Pomeroy, *Ancient Greece: A political, Social and Cultural History*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Segers en Pot, NJB 2013/1777.

G.J.M. Segers en J. Pot, 'Het normaliseren van prostitutiewerk', *NJB* 2013/1777.

Vanwijngaerden en Alen, Jura Falconis 2007-2008/44/2.

J. Vanwijngaerden en A. Alen, 'De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden', *Jura Falconis* 2007-2008, jg. 44, nr. 2.

Verhulp 1999.

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, Reeks VvA 28.

Vermeulen 2007.

G. Vermeulen (ed.), *Betaalseksrecht. Naar regulering of legalisering van niet-problematische prostitutie?*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2007.

De Vries, Nemesis 1999/6.

P. de Vries, 'De ketenen van de blanke slavin en het belastbare inkomen van de sekswerkster. Honderd jaar feminisme en prostitutie in Nederland.', *Nemesis* 1999, nr. 6.

Jurisprudentie

HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26-62, Jur. 1963. (HvJ EG Van Gend & Loos)

HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964. (HvJ EG Costa/ENEL)

HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Jur. 1978. (Simmenthal II)

HvJ EG, 20 november 2001, C-268/99.

HR 28 september 1983, *NJ* 1984, 92.

HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688.

HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 757.

HR 17 juni 1994, *JAR* 1994/152.

HR 22 juni 2004, *LJN* AO1863.

CRvB 10 december 1992, *TAR* 1993, 34.

CRvB 5 januari 2006, *USZ* 2006, 113.

ARRvS 10 april 1986, *AB* 1986, 586.

ABRvS 22 juli 2009, *LJN* BJ3402.

ABRvS 26 november 2014, *ECLI:NL:RVS:2014:4278*.

Rb Dordrecht 14 december 2001, *LJN* AD7592.

Parlementaire stukken

Trb. 1959, 27. (ILO-Verdrag betreffende de afschaffing van gedwongen arbeid, 1957: Nr. 105)

Stb. 1983, 68. (Algehele Grondwetsherziening, afkondiging bij besluit van 1 februari 1983)

Stb. 1999, 464. (Wet opheffing algemeen bordeelverbod, 28 oktober 1999)

Stb. 2000, 38. (Inwerkingtreding Wet opheffing algemeen bordeelverbod)

Kamerstukken I 1987/88, 18 202, nr. 248.

Kamerstukken I 2010/11, 32 211, nr. A.

Kamerstukken I 2011/12, 32 211, nr. C.

Kamerstukken I 2011/12, 32 211, nr. E.

Kamerstukken I 2012/13, 32 211, nr. K.

Kamerstukken I 2012/13, 32 211, nr. L.

Kamerstukken I 2012/13, 32 211, nr. M.

Kamerstukken II 1985/86, 19 376, nr. 1.

Kamerstukken II 1985/86, 19 376, nr. 2.

Kamerstukken II 1997/98, 25 437, nr. 3.

Kamerstukken II 1996/97, 25 437, nr. 5.

Kamerstukken II 2004/05, 29 941, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 1.

Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 2.

Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 4.

Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 6.

Kamerstukken II 2011/12, 32 211, nr. 63.

Handelingen II 1976/77, p. 2319.

Digitale bronnen

<<http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/handvest-grondrechten>>

<http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/opting_in_hoe_werkt_dat_in_de_relaxbranche_dv7001z3fd.pdf>

<<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>>

<<http://nl.wikipedia.org/wiki/Blijf-van-mijn-lijfhuis>>

<www.Nederlandrechtsstaat.nl>

<www.prostitutie.nl>

Overigen

SER – Adviesnr. 1969 / 10-20 juni 1969 inzake ‘Proeve van een nieuwe grondwet’.

Quickscan prostitutieregistraties, Marnix Eysink Smeets e.a., augustus 2008.

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Resolutie 55/25, 15 november 2000.

ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work

Aaname: 86th ILC Session, 18 juni 1998 (gereviseerde versie 15 juni 2010)

Forced Labour Convention, (nr. 29)

Aaname: 14th ILC Session, 28 juni 1930

Abolition of Forced Labour Convention, (nr. 105)

Aaname: 40th ILC Session, 25 juni 1957

Minimum Age Convention, (nr. 138)

Aaname: 58th ILC Session, 26 juni 1973

Worst Forms of Child Labour Convention, (nr. 182)

Aaname: 87th ILC Session, 17 juni 1999

ILO Recommendation (Worst Forms of Child Labour), nr. 190

Aaname: 87^e ILC Session, 17 juni 1999

ILO Recommendation (Forced Labour), nr. 203

Aaname: 103rd ILC Session, 11 juni 2014

Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention

Aaname: 103rd ILC Session, 11 juni 2014

BIJLAGE 1 – Beschermingsrechten voor jongeren

Artikel 32 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Het verbod van kinderarbeid en de bescherming van jongeren op het werk

(...) *‘Werkende jongeren hebben recht op arbeidsvoorwaarden die aangepast zijn aan hun leeftijd en zij moeten worden beschermd tegen economische uitbuiting en tegen arbeid die hun veiligheid, hun gezondheid of hun lichamelijke, geestelijke, morele of maatschappelijke ontwikkeling kan schaden, dan wel hun opvoeding in gevaar kan brengen.’*

Artikel 7 Europees Sociaal Handvest (herzien)

Recht van kinderen en jeugdige personen op bescherming

Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht van kinderen en jeugdige personen op bescherming te waarborgen, verbinden de Partijen zich: (...)

10. een bijzondere bescherming tegen gevaren voor lichaam en geest, waaraan kinderen en jeugdige personen zijn blootgesteld, te waarborgen, in het bijzonder tegen de gevaren welke al dan niet rechtstreeks uit hun arbeid voortvloeien.’

Artikel 10 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten

‘De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het volgende: (...)

3. Bijzondere maatregelen ter bescherming van en ter verlening van bijstand aan kinderen en jeugdige personen dienen te worden genomen zonder enigerlei discriminatie ter zake van afstamming of anderszins. Kinderen en jeugdige personen dienen te worden beschermd tegen economische en sociale uitbuiting. Tewerkstelling van zulke personen voor het verrichten van arbeid die schadelijk is voor hun zedelijk of lichamelijk welzijn, levensgevaar oplevert, dan wel groot gevaar inhoudt dat hun normale ontwikkeling zal worden geremd, dient strafbaar te zijn bij de wet. De Staten dienen tevens leeftijdsgrenzen vast te stellen waar beneden het verrichten van loonarbeid door kinderen verboden en strafbaar bij de wet dient te zijn.’

Artikel 32 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

‘1. De Staten die partij zijn, erkennen het recht van het kind te worden beschermd tegen economische exploitatie en tegen het verrichten van werk dat naar alle waarschijnlijkheid gevaarlijk is of de opvoeding van het kind zal hinderen, of schadelijk zal zijn voor de gezondheid of de lichamelijke, geestelijke, intellectuele, zedelijke of maatschappelijke ontwikkeling van het kind.

2. De Staten die partij zijn, nemen wettelijke, bestuurlijke en sociale maatregelen en maatregelen op onderwijsterrein om de toepassing van dit artikel te waarborgen. Hiertoe, en de desbetreffende bepalingen van andere internationale akten in acht nemend, verbinden de Staten die partij zijn zich er in het bijzonder toe:

- a. een minimumleeftijd of minimumleeftijden voor toelating tot betaald werk voor te schrijven;*
- b. voorschriften te geven voor een passende regeling van werktijden en arbeidsvoorwaarden;*
- c. passende straffen of andere maatregelen voor te schrijven ter waarborging van de daadwerkelijke uitvoering van dit artikel.'*

BIJLAGE 2 – Beschermingsrechten ter bestrijding van dwangarbeid

Artikel 5 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

- ‘1. Niemand mag in slavernij of dienstbaarheid worden gehouden.*
- 2. Niemand mag gedwongen worden dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten.*
- 3. Mensenhandel is verboden.’*

Artikel 4 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens

- ‘1. Niemand mag in slavernij of dienstbaarheid worden gehouden.*
- 2. Niemand mag gedwongen worden dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten.*
- 3. Niet als “dwangarbeid of verplichte arbeid“ in de zin van dit artikel worden beschouwd:*
 - (a) elk werk dat gewoonlijk wordt vereist van iemand die is gedetineerd overeenkomstig de bepalingen van artikel 5 van dit Verdrag, of gedurende zijn voorwaardelijke invrijheidstelling;*
 - (b) elke dienst van militaire aard of, in het geval van gewetensbezwaarden in landen waarin hun gewetensbezwaren worden erkend, diensten die gevorderd worden in plaats van de verplichte militaire dienst;*
 - (c) elke dienst die wordt gevorderd in het geval van een noodtoestand of ramp die het leven of het welzijn van de gemeenschap bedreigt;*
 - (d) elk werk of elke dienst die deel uitmaakt van normale burgerplichten.’*

Artikel 8 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten

- ‘1. Niemand mag in slavernij worden gehouden; slavernij en slavenhandel in iedere vorm zijn verboden.*
- 2. Niemand mag in horigheid worden gehouden.*
- 3. - (a) Niemand mag gedwongen worden dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten; -*
 - (b) lid 3 (a) mag niet zodanig worden uitgelegd dat in landen waar gevangenisstraf met dwangarbeid kan worden opgelegd als straf voor een misdrijf, het verrichten van dwangarbeid op grond van een door de bevoegde rechter uitgesproken veroordeling tot een zodanige straf, wordt verboden; - (c) Niet als ‘dwangarbeid of verplichte arbeid’ in de zin van dit lid worden beschouwd:*
 - (i) arbeid of diensten, voor zover niet bedoeld in alinea (b), die gewoonlijk worden verlangd van iemand die wordt gevangen gehouden uit hoofde van een wettig bevel van een rechtbank of van iemand gedurende diens voorwaardelijke invrijheidstelling;*
 - (ii) elke dienst van militaire aard en, in landen waar dienstweigering op grond van gewetensbezwaren wordt erkend, die nationale diensten die bij de wet van principiële dienstweigeraars worden gevorderd;*
 - (iii) elke dienst welke wordt gevorderd in het geval van een noodtoestand of ramp die het bestaan of het welzijn van de gemeenschap bedreigt;*
 - (iv) alle arbeid of elke dienst die deel uitmaakt van de normale burgerplichten.’*

BIJLAGE 3 – ILO Conventions

De Internationale Arbeidsorganisatie¹⁸⁶ (*International Labour Organization*) kent in het totaal 190 conventies waarvan er acht de zogenaamde Core Conventions worden genoemd. Deze fundamentele conventies zijn sinds de *Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work*¹⁸⁷ bindend voor alle Staten die lid zijn van de ILO. In tegenstelling tot alle andere conventies geldt hiervoor niet dat sprake moet zijn van ratificatie.¹⁸⁸ Het onderwerp dat het meest omvangrijk vertegenwoordigd wordt in deze conventies, is dat van de individuele arbeidsrechten. Daarnaast besteden de verschillende conventies aandacht aan het collectieve arbeidsrecht, het recht op gelijke behandeling, werkzekerheid en tot slot de arbeidsomstandigheden. Voor dit onderzoek zijn van de acht Core Conventions de volgende van belang:

- **Forced Labour Convention, 1930 (nr. 29)**¹⁸⁹

Met deze conventie wordt aan Staten de plicht opgelegd om al het mogelijke te doen ter voorkoming en afschaffing van het bestaan van dwangarbeid, ongeacht de aard van het werk of de sector waarin de werkzaamheden worden uitgeoefend. Deze conventie kent enkele uitzonderingen waarbij dwangarbeid toch rechtvaardig wordt geacht. In 2014 is een protocol¹⁹⁰ toegevoegd aan de conventie om hiaten in de uitvoering aan te pakken.

- **Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (nr. 105)**¹⁹¹

Deze conventie bouwt verder op de Forced Labour Convention en schaft enkele uitzonderingen af die onder de vorige conventie golden (zoals dwangarbeid als straf voor stakingen of voor het hebben van bepaalde politieke opvattingen). In aanvulling op deze conventie is ILO Recommendation nr. 203 van belang. Deze aanbeveling stelt dat Staten niet alleen moeten voorkomen dat zij zelf dwangarbeid opleggen, maar daarnaast ook nationaal beleid moeten vormen dat inzet op voorkoming van dwangarbeid door

¹⁸⁶ De ILO is in 1919 tot stand gekomen met het Vredesverdrag van Versailles en heeft als primaire taak om conventies aangaande arbeidsnormen te ontwerpen en om toe te zien op de ontwikkeling van het internationale arbeidsrecht.

¹⁸⁷ Aannee in 1998, 86th International Labour Conference. Overeengekomen werd dat op alle leden van de ILO verplichtingen rusten enkel vanwege het feit dat zij lid zijn. Deze verplichtingen zien op het waarborgen en realiseren van fundamentele arbeidsnormen welke onderwerp zijn van de fundamentele ILO conventies.
<<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>>.

¹⁸⁸ Desondanks zijn alle fundamentele conventies door Nederland geratificeerd.
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102768>.

¹⁸⁹ Inwerkingtreding 1 mei 1932. Door Nederland geratificeerd op 31 maart 1933.
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C029>.

¹⁹⁰ Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930. Aannee 11 juni 2014, 103rd ILC session.
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3174672:NO> (Ook van belang: ILO Recommendation nr. 203).

¹⁹¹ Inwerkingtreding 17 januari 1959. Door Nederland geratificeerd op 18 februari 1959.
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312250:NO>.

particulieren en de bescherming van slachtoffers daarvan. Dit beleid moet vooral gericht zijn op de aanpak van onderliggende oorzaken van dwangarbeid.

- **Minimum Age Convention, 1973 (nr. 138)**¹⁹²

Hiermee worden Staten verplicht om een nationaal beleid te voeren ter voorkoming van kinderarbeid. Voor lichte werkzaamheden gelden variabele minimumleeftijdsgrenzen tussen de 13 en 15 jaar oud. Voor werk dat beschadigend kan zijn voor de gezondheid en/of veiligheid van jongeren is de minimumleeftijdsgrens vastgesteld op 18 jaar. Het staat de Staten echter vrij om een hogere minimumleeftijd vast te stellen dan welke door de conventie is ingegeven.

- **Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (nr. 182)**¹⁹³

Staten moeten de ergste vormen van kinderarbeid voorkomen. Deze ergste vormen van kinderarbeid zien in ieder geval op alle vormen van slavernij of zaken die daarmee samenhangen, commerciële seksuele exploitatie van kinderen, het betrekken van kinderen bij strafbare feiten en alle andere werkzaamheden die als vanzelfsprekend beschadigend voor de gezondheid en/of veiligheid van kinderen kunnen worden geacht. De conventie beveelt Staten onder andere specifiek aan om meisjes te beschermen die zich bevinden in een verborgen werksituatie. Daarnaast geeft ILO Recommendation nr. 190 aanbevelingen over risico's die op nationaal niveau in ieder geval behandeld moeten worden.¹⁹⁴

De genoemde conventies en aanbevelingen zijn van belang voor de arbeidsrechtelijke rechtspositie van prostituees, omdat zij zien op de voorkoming van dwangarbeid, uitbuiting en mensenhandel en op de beschermingsrechten van (jonge) werknemers. De gezagsverhouding bij arbeidsovereenkomsten in de prostitutiebranche kan gezien worden als een onderliggende oorzaak van dwangarbeid en staat dan ook op gespannen voet met het voorkomen daarvan. Al helemaal nu het gaat om de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht moet het voor prostituees mogelijk zijn om hun arbeidsovereenkomst op te zeggen zonder nog aan een opzegtermijn vast te zitten waardoor prostitutiedwang ontstaat (zie ook paragraaf III.1.3). Pijlers van het wetsvoorstel zijn onder andere om meer zicht en grip op de seksbranche te krijgen en om prostitutie door minderjarigen en mensenhandel te voorkomen. De voorgenoemde conventies bieden minimumnormen voor Staten om bescherming en veiligheid te bieden en te waarborgen. Met betrekking daartoe stelt het wetsvoorstel een verhoogde minimumleeftijdsgrens, registratieplicht en vergunningstelsel voor.

¹⁹² Inwerkingtreding 19 juni 1976. Door Nederland geratificeerd op 14 september 1976.

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C138>.

¹⁹³ Inwerkingtreding 19 november 2000. Door Nederland geratificeerd op 14 februari 2002.

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C182>.

¹⁹⁴ Worst Forms of Child Labour Recommendation, 1999. Aanname 17 juni 1999, 87th ILC session.

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R190>.