

1. Op 17 januari 2013 diende de Conference of European Churches (CEC) een klacht in bij het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR). De klacht hield in dat Nederland zich niet aan zijn verplichtingen uit het Europees Sociaal Handvest (ESH) houdt door volwassen vreemdelingen die zich onrechtmatig op het grondgebied bevinden geen onderdak, voeding en kleding te bieden. Op 25 oktober 2013 trof het ECSR een 'immediate measure' in deze zaak (ve13002192). Op 1 juli 2014 verklaarde het ECSR de klacht van CEC gegrond. Deze beslissing werd op grond van artikel 8 van het aanvullend protocol bij het ESH pas vier maanden later (op 10 november 2014) openbaar gemaakt.

2. Het ESH kent een collectief klachtrecht, en geen individueel klachtrecht. Alleen (inter)nationale organisaties van werkgevers en werknemers en bepaalde internationale NGO's kunnen een klacht indienen bij het comité. Dat betekent dat de beslissing over de klacht een veel algemener en abstracter karakter heeft dan een beslissing over een klacht door bijvoorbeeld het EHRM of het VN-mensenrechtencomité. In deze beslissing oordeelt het ECSR dat het ontbreken van een subjectief recht op onderdak, voeding, water en kleding voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen in de Nederlandse wetgeving in strijd is met artikel 13, lid 4 en 31, lid 2 ESH. Een recht op dergelijke 'emergency assistance' mag volgens het comité bovendien niet afhankelijk worden gemaakt van de bereidheid van de betrokken vreemdelingen om mee te werken aan hun terugkeer (para. 117). In deze noot zal ik ingaan op een aantal opvallende aspecten aan de argumentatie van het comité. Ik zal achtereenvolgens bespreken de argumentatie over het personele toepassingsbereik van het ESH (onder 3); enkele onduidelijkheden in de argumentatie (onder 4); de toetsingssysteem van het comité (onder 5-6); en de toetsingsintensiteit van het comité (onder 7). Tot slot zal ik de juridische status en de gevolgen voor Nederland van deze beslissing bespreken (onder 8-9).

3. Op grond van de bijlage bij het ESH zijn de rechten uit het ESH alleen van toepassing op vreemdelingen als zij de nationaliteit hebben van één van de verdragssluitende partijen én als zij legaal op het grondgebied verblijven of daar rechtmatig werkzaam zijn. Een dergelijke beperking in het personele toepassingsbereik staat ook in artikel 13, lid 4 ESH, maar in die bepaling is de groep rechthebbende vreemdelingen iets ruimer geformuleerd (vreemdelingen moeten *lawfully within the territory* zijn in plaats van *lawfully resident*, zie over het verschil in betekenis C.H. Slingenberg, *The Reception of Asylum Seekers under International Law. Between Sovereignty and Equality*, Oxford: Hart Publishing 2014, pp. 114-125). De tekst van de bijlage en van artikel 13, lid 4 ESH maakt dus duidelijk dat vreemdelingen die onrechtmatig op het grondgebied verblijven niet onder het toepassingsbereik vallen. Het ECSR oordeelt echter sinds 2004 dat sommige rechten uit het ESH onder bepaalde omstandigheden wel van toepassing zijn op deze groep (European Committee of Social Rights, *European Social Charter (Revised). Conclusions 2004. Volume 1*, Council of Europe Publishing 2004, p. 10). In eerdere beslissingen over collectieve klachten heeft het ECSR reeds geoordeeld dat alle onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het toepassingsbereik vallen van het recht op medische zorg uit artikel 13, lid 4 ESH (8 september 2004, nr. 13/2003, *FIDH t. Frankrijk*) en dat onrechtmatig verblijvende kinderen onder het toepassingsbereik vallen van artikel 17 ESH over het recht op sociale, wettelijke en economische bescherming (*FIDH t. Frankrijk*, 20 oktober 2009, nr. 47/2008, *DCI t. Nederland*, JV 2010/150, ve10000325 en 23 oktober 2012, nr. 69/2011, *DCI t. België*); van artikel 31, lid 2 over de verplichting van staten om dak- en thuisloosheid te voorkomen en te verminderen (*DCI t. Nederland*); van artikel 7, lid 10 over bijzondere bescherming tegen gevaren voor lichaam en geest (*DCI t. België*); van artikel 11 over het recht op gezondheid (*DCI t. België*); en van artikel 16 met betrekking tot het recht op gezinshuisvesting (*DCI t. België*). Het ECSR oordeelde daarnaast dat onrechtmatig verblijvende kinderen *niet* onder het toepassingsbereik vallen van artikel 31, lid 1 over toegang tot adequate huisvesting (*DCI t. Nederland*) en van artikel 30 over een algehele en gecoördineerde aanpak van sociale uitsluiting en armoede (*DCI t. België*). In de hier gepubliceerde beslissing oordeelt het ECSR voor het eerst dat ook *volwassen* onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het toepassingsbereik vallen van artikel 13, lid 4 m.b.t. noodbijstand (onderdak, voeding en kleding) en van artikel 31, lid 2 met betrekking tot onderdak. De belangrijkste reden die het ECSR hiervoor geeft, is dat toegang tot noodzakelijke voeding, kleding en onderdak nauw verbonden is met de verwezenlijking van de meest fundamentele mensenrechten en met menselijke waardigheid (para 74). Bovendien moeten de rechten uit het ESH zoveel mogelijk worden

geïnterpreteerd in overeenstemming met andere bepalingen uit het internationale recht (para. 68). In dit onderdeel van de beslissing maakt het ECSR verder niet duidelijk welke internationale bepalingen relevant zijn bij de interpretatie van de bepalingen uit het ESH die een rol spelen in deze zaak. Verderop in de beslissing refereert het ECSR wel aan de bepalingen in het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) en aan het EVRM en Unierecht (para. 113-116).

Wat opvallend is aan deze overwegingen over het personele toepassingsbereik is dat in eerdere beslissingen van het comité de specifieke kwetsbaarheid van kinderen van doorslaggevend belang leek voor de uitbreiding van het personele toepassingsbereik (*DCI t. Nederland, DCI t. België*). Ook in Nederlandse jurisprudentie over opvang voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf speelde de vraag naar bijzondere kwetsbaarheid van kinderen tot nu toe een grote rol (zie o.a. CRvB 19 april 2010, *JV* 2010/292 m.nt. Minderhoud, ve10000635 en CRvB 4 juni 2014, *JV* 2014/252 m.nt. Slingenberg, ve14001016). In deze beslissing wordt echter het toepassingsbereik uitgebreid naar alle onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Een bijzondere vorm van kwetsbaarheid lijkt niet langer vereist.

4. Nadat het ECSR heeft vastgesteld dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het toepassingsbereik vallen van de artikelen 13, lid 4 en 31, lid 2 met betrekking tot noodopvang, beoordeelt het ECSR de vraag of de Nederlandse wetgeving en praktijk in strijd is met deze artikelen. De argumentatie van het ECSR hierover is af en toe wat onzorgvuldig. Zo stelt het comité in paragraaf 116 dat 'the Convention' – vermoedelijk bedoelt het comité hier het EVRM – '[is] applicable only to foreigners staying in a regular manner within the jurisdiction of the States Parties'. Dat dit niet juist is, behoeft in dit tijdschrift geen betoog. Vervolgens stelt het comité in paragraaf 117 dat 'the scope of the Charter is broader. (...) [It applies to] migrants staying in the territory of the States Parties in an irregular manner'. Vermoedelijk bedoelt het comité in deze beide passages niet het EVRM en het ESH als zodanig, maar de interpretaties van het EHRM en het ECSR in bepaalde zaken over die verdragen (zie de uitspraken die het comité noemt in paragraaf 25-27). In dezelfde paragraaf 117 stelt het comité dat '[t]he Charter requires that emergency social assistance be granted without any condition to nationals of those *States Parties to the Charter* who are not Member States of the Union' (cursivering LS). Deze beperking tot onderdanen van andere verdragssluitende partijen sluit aan bij de tekst van de bijlage en van artikel 13, lid 4 ESH, maar komt op geen enkele andere plek in de beslissing terug. Het is onduidelijk wat het comité hiermee bedoelt.

5. Het ESH bevat, net als andere mensenrechtenverdragen, een beperkingsclausule. Net als het IVESCR en het EU mensenrechtenhandvest bevat het ESH een algemene beperkingsclausule (artikel G). Het is opvallend dat het comité niet verwijst naar dit artikel. Op grond van artikel G ESH moeten beperkingen op de rechten neergelegd in het ESH bij wet zijn voorgeschreven, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en als doel hebben het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen, de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Het had voor de hand gelegen als het comité, nadat het had vastgesteld dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het toepassingsbereik van het ESH vallen, had beoordeeld of de uitsluiting van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen in Nederland van opvang voldoet aan de beperkingsvoorwaarden van artikel G. Het comité hanteert echter een ander toetsingskader. Dit kader wordt niet expliciet weergegeven in de beslissing, maar er kunnen wel elementen van worden herkend in de overwegingen van het comité.

6. Zo overweegt het comité bijvoorbeeld in paragraaf 120 dat het voeren van een immigratiebeleid een legitiem doel is voor het beperken van sociale rechten van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Het comité stelt dit vast zonder te beoordelen onder welk van de toegestane legitieme doelen uit artikel G het voeren van een immigratiebeleid kan worden gebracht. Vervolgens past het comité een vrij indringende subsidiariteitstoets toe, door te oordelen dat het weigeren van noodopvang aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen geen *absoluut* noodzakelijke maatregel is om de doelstellingen van het immigratiebeleid te behalen. Concrete effecten van een dergelijke uitsluiting zijn door de Nederlandse regering niet naar voren gebracht. Het comité overweegt dan ook dat er minder vergaande maatregelen mogelijk zijn binnen het kader van het immigratiebeleid, zoals het enkel verschaffen van noodvoorzieningen en het behouden van

de andere restricties met betrekking tot onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Het comité bedoelt hier waarschijnlijk dat, met uitzondering van de uitsluiting van noodopvang, de overige uitsluitingen ingevoerd met de Koppelingswet wel behouden kunnen blijven in de Nederlandse wetgeving. Tot slot oordeelt het comité dat het de noodzakelijkheid van de uitsluiting van basale noodvoorzieningen zoals onderdak niet kan accepteren met betrekking tot personen in 'a highly precarious situation' (para. 123). Bij de toetsing van de noodzakelijkheid zien we dus toch een argument terug dat verband lijkt te houden met kwetsbaarheid (zie boven nr. 3). Het comité concludeert dat om deze reden de weigering van noodopvang een disproportionele inbreuk is op de rechten van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen (para. 124).

7. Hoewel het toetsingskader dat het comité hanteert in deze beslissing niet expliciet wordt genoemd, kan het dus wel uit de redenering van het comité worden afgeleid. Er wordt wel getoetst aan legitimiteit, maar hierbij wordt niet gerefereerd aan de legitieme doelen neergelegd in het ESH voor beperkingen van rechten. De vraag of de maatregelen zijn voorgeschreven bij wet wordt niet beoordeeld. Bij de noodzakelijkheidstoets past het comité een vrij indringende subsidiariteits- en proportionaliteitstoets toe. Het is opvallend dat het comité hierbij niet refereert aan het bestaan van een *margin of appreciation* voor de staat. Een standaardoverweging van bijvoorbeeld het EHRM is dat in zaken waarin het gaat om sociaaleconomisch beleid, de *margin* voor de staat ruim is (zie oa. EHRM 27 september 2011, JV 2012/33, ve11002325 (*Bah t. VK*), para. 37 met verdere verwijzingen). Wellicht meent het comité dat, nu het in deze zaak gaat om fundamentele rechten die nauw verband houden met menselijke waardigheid, er geen, of slechts een zeer beperkte, *margin of appreciation* voor de staat bestaat. Een expliciete overweging hieromtrent zou de argumentatie echter juridisch overtuigender maken.

8. Het aanvullend protocol bij het ESH bevat geen bepaling waarin staat dat de lidstaten verplicht zijn om de beslissingen van het ECSR op te volgen, zoals bijvoorbeeld wel is geregeld in artikel 46 EVRM. De beslissingen van het ECSR zijn daarom niet juridisch bindend voor de staten die partij zijn bij het ESH. Het aanvullend protocol bepaalt dat de beslissing van het ECSR wordt doorgestuurd naar het Comité van Ministers van de Raad van Europa, dat bestaat uit de ministers van Buitenlandse Zaken van de lidstaten van de Raad van Europa (zie hoofdstuk 4 van het Statuut van de Raad van Europa). Het Comité van Ministers geeft vervolgens een aanbeveling aan de betreffende staat. De staat moet in het eerstvolgende periodieke rapport aan het ECSR informatie verschaffen over de maatregelen die zijn getroffen om deze aanbeveling uit te voeren. Het Comité van Ministers heeft op het moment van schrijven van deze noot nog geen aanbeveling genomen.

9. De beslissing van het ECSR is echter wel een gezaghebbende interpretatie van de verplichtingen van de staten onder het verdrag. Het 'explanatory report' bij het aanvullende protocol bepaalt dan ook dat het comité van ministers de juridische beoordeling van het ECSR niet kan terugdraaien (para. 46). Om deze reden kan de beslissing wel direct van betekenis zijn in nationale jurisprudentie over de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. De vorige beslissing van het ECSR tegen Nederland in de zaak *DCI tegen Nederland* heeft uiteindelijk ook een belangrijke rol gespeeld in de uitspraak van de Hoge Raad over opvang van minderjarigen (HR 21 september 2012, JV 2012/458 m.nt. Slingenberg, ve12001967). Momenteel bestaat er een verschil van inzicht over de betekenis van beslissingen van het ECSR tussen de voorzitter van de Afdeling en de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep. De voorzitter van de Afdeling volgt de staatssecretaris in het standpunt dat beslissingen van het ECSR niet juridisch bindend zijn en dat er daarom geen rechtstreekse aanspraken aan kunnen worden ontleend (Vzr ABRvS 3 maart 2014, JV 2014/135, ve14000418 zie in deze zin bijvoorbeeld ook Rb Den Haag, zp Utrecht 1 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16454). De voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep erkent eveneens het niet bindende karakter van beslissingen van het ECSR en stelt bovendien dat de relevante bepalingen uit het ESH niet een ieder verbindend zijn, maar stelt daar tegenover dat beslissingen van het ECSR wel gezaghebbende oordelen zijn en van betekenis kunnen zijn bij bijvoorbeeld de interpretatie van de artikelen 3 en 8 EVRM (Vzr CRvB 17 december 2014, JV 2015/35, ve14001961 zie in deze zin ook Rb Den Haag, zp Utrecht 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958, ve14001966). Dit laatste

standpunt sluit aan bij jurisprudentie van het EHRM. Zie bijvoorbeeld de uitspraak in de zaak *Demir and Baykara* waarin de grote kamer van het EHRM uitvoerig uitlegt waarom het EVRM moet worden geïnterpreteerd in het licht van andere internationale verdragen en dat daarbij rekening moet worden gehouden met de interpretaties van toezichthoudende organen bij die verdragen (12 november 2008, nr. 34503/97, para 65-86).

Lieneke Slingenberg

Vrije Universiteit Amsterdam