

Vergaderjaar 2014–2015

**33 325**

**Voorstel van wet van het lid Bosman houdende regulering van de vestiging van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten in Nederland (Wet regulering vestiging van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten in Nederland)**

**Nr. 11**

**VOORLICHTING VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 2 december 2014

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 20 juni 2014 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het verzoek om voorlichting inzake het voorstel van wet van het lid Bosman houdende regulering van de vestiging van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten in Nederland (Wet regulering vestiging van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten in Nederland), met memorie van toelichting (Kamerstuk 33 325).

Op voorstel van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie heeft de Tweede Kamer gevraagd om voorlichting over de volgende vragen:<sup>1</sup>

- 1) In hoeverre is er binnen de grenzen van de internationale verdragen, de Europese rechtsorde, het Statuut en de Grondwet ruimte voor een vestigingsregeling, waarbij het recht op vestiging op Nederlands grondgebied in Europa kan worden beperkt op grond van:
  - a. het eerdere woonland van betrokkene binnen het Koninkrijk;
  - b. het hoofdverblijf van betrokkene binnen het Koninkrijk;
  - c. de afstamming van betrokkene binnen het Koninkrijk, zoals bedoeld in artikel 2 van het wetsvoorstel, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State (Kamerstuk 33 325, nr. 5)?
- 2) In hoeverre is er ruimte om, in aanvulling op de eerste vraag, de vestigingsregeling slechts van toepassing te verklaren op Nederlanders, woonachtig in Aruba, Curaçao of Sint Maarten met een strafblad of zonder startkwalificatie?

<sup>1</sup> Brief van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie, Kamerstuk 33 325, nr. 10.

## Samenvattende beantwoording van de voorlichtingsvragen

### *De eerste voorlichtingsvraag*

De Afdeling concludeert dat een toelatingsregeling die bedoeld is voor Nederlanders uit de andere landen van het Koninkrijk, omdat zij daar wonen (of hebben gewoond), daar hoofdverblijf hebben of daar geboren zijn uit ouders met de Nederlandse nationaliteit (afstamming), tot gevolg heeft dat een onderscheid wordt gemaakt op grond van de *nationale afkomst* van deze personen. Op grond van de gelijkheidsgeboden en discriminatieverboden kan een dergelijk onderscheid alleen door zwaarwegende redenen worden gerechtvaardigd.

De Afdeling wijst erop dat een toelatingsregeling die is gericht op alle Nederlanders van elk van de drie landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten zo breed en ongedifferentieerd is, dat er ernstige twijfels zijn of een dergelijke regeling een proportioneel middel vormt om de nagestreefde doelen, te weten bescherming van de Nederlandse openbare orde in Nederland en bescherming van het economisch welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand, te bereiken. Daarom zijn er ook ernstige twijfels of het onderscheid naar nationale afkomst gerechtvaardigd kan worden geacht. Indien al zou moeten worden aangenomen dat er sprake is van onderscheid naar etniciteit of ras geldt dit temeer, omdat de redenen voor het maken van dergelijk onderscheid ingevolge de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nog zwaarwegender moeten zijn dan bij het onderscheid naar nationale afkomst.

De Afdeling heeft onderzocht of deze bevindingen wellicht anders zouden kunnen zijn als de onderscheidingsgronden «woonland», hoofdverblijf» en «afstamming» met nadere criteria worden aangevuld, zoals kennelijk is beoogd met de tweede voorlichtingsvraag.

### *De tweede voorlichtingsvraag*

Met de criteria «strafblad» en «startkwalificatie» uit de tweede voorlichtingsvraag wordt de groep Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten op wie de voorgestelde toelatingsregeling van toepassing is, verkleind en zou de voorgestelde toelatingsregeling meer in overeenstemming kunnen zijn met (onder andere) de eis van proportionaliteit. De doelgroep van de toelatingsregeling wordt immers beperkt tot Nederlanders uit de drie landen die een strafblad hebben of die niet over een startkwalificatie beschikken. Wanneer deze personen zich na zes maanden in Nederland wensen te vestigen, worden zij verplicht om een vestigingsvergunning aan te vragen (en uiteindelijk te hebben). Bij de beoordeling van hun aanvraag wordt specifiek gezien of zij geen actuele en ernstige bedreiging vormen voor de openbare orde. Daarnaast wordt gezien of zij over voldoende middelen van bestaan en over diploma's beschikken, dan wel in Nederland werknemer of zelfstandige zijn. Als aan deze toelatingscriteria is voldaan, wordt de vergunning verleend. Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten die geen strafblad hebben en wel over relevante diploma's beschikken kunnen zich vrij, zonder vergunning, in het land Nederland vestigen.

De Afdeling wijst er allereerst op dat het aan de wetgever is om voor elk van de in de tweede voorlichtingsvraag genoemde criteria («strafblad» en «startkwalificatie») een zwaarwegende rechtvaardiging aan te dragen. De nadere betekenis van deze criteria is in het verzoek om voorlichting echter niet bepaald. De Afdeling ontleent deze nadere betekenis aan die welke gegeven is in de oorspronkelijke memorie van toelichting. Aangezien argumenten voor de keuze van de criteria «strafblad» en «startkwalifi-

catie» in het voorlichtingsverzoek ontbreken, heeft de Afdeling voorts bij de beantwoording van de vraag of voor onderscheid op grond van nationale afkomst bij het hebben van een strafblad of het ontbreken van een startkwalificatie een zwaarwegende rechtvaardiging bestaat, de reeds gegeven argumentatie daarvoor in de gewijzigde memorie van toelichting tot uitgangspunt genomen. De Afdeling heeft ernstige twijfels of met deze argumentatie het onderscheid naar nationale afkomst kan worden gerechtvaardigd.

Zij wijst vooreerst op het feit dat beide criteria alleen dan werkbaar zijn als eerst *alle* Nederlanders van de overzeese gebieden de gegevens omtrent hun strafblad en startkwalificatie overleggen. In die zin treft de regeling *alle* Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, terwijl slechts aan een beperkte groep personen de toelating zal worden ontzegd, zoals degenen afkomstig uit de drie landen die een ernstige en een actuele bedreiging vormen voor de openbare orde of die niet over voldoende middelen van bestaan beschikken. Met betrekking tot het criterium «strafblad» is geen inzicht gegeven in de mate waarin Nederlanders uit de drie genoemde landen die in Nederland crimineel gedrag hebben getoond, al voor hun aankomst in Nederland een strafblad hadden. Voorts is onduidelijk in welke mate Nederlanders uit de drie landen met een strafblad voor hun aankomst in Nederland de Nederlandse openbare orde bedreigen in het licht van de totale criminaliteit. Daarbij is van belang dat voor elk van de drie landen afzonderlijk inzicht in deze gegevens wordt gegeven. Met betrekking tot de effectiviteit tenslotte wordt opgemerkt dat een regeling met als criterium «strafblad» kan worden omzeild als de betrokkenen zich eerst in een andere EU-lidstaat vestigen alvorens naar Nederland te komen. Met betrekking tot het criterium «startkwalificatie» is evenmin als bij het criterium «strafblad» inzicht gegeven in welke mate Nederlanders uit de genoemde drie landen, die in Nederland een onevenredig beroep doen op sociale voorzieningen, zoals de bijstand, reeds vóór hun aankomst in Nederland geen startkwalificatie hadden. Daarnaast is geen inzicht gegeven in de mate waarin Nederlanders uit de drie genoemde landen zonder startkwalificatie een onevenredig beroep doen op sociale voorzieningen zoals de bijstand, gezien op het totaal van de uitkeringen in Nederland. Ook hier dienen de gegevens voor elk van de drie landen afzonderlijk te worden gegeven. Voorts zijn er sterke twijfels over de geschiktheid, noodzaak en proportionaliteit van het criterium «startkwalificatie» gelet op de toegevoegde waarde ervan in het licht van de toelatingsgronden in het gewijzigde voorstel. Zoals in dit voorstel is geëxpliciteerd, zijn de toelatingsvoorwaarden juist gesteld om te voorkomen dat een beroep op de bijstand wordt gedaan. Ook als de betrokkene geen startkwalificatie heeft maar wel voldoet aan de toelatingsgronden (hij is werknemer of zelfstandige in Nederland is, beschikt over voldoende bestaansmiddelen voor zichzelf en zijn gezinsleden, of is door een onderwijsinstelling toegelaten en over voldoende bestaansmiddelen beschikt, kan het beoogde doel dus worden bereikt.

Gelet op het voorgaande heeft de Afdeling sterke twijfels of de voorwaarde van het ontbreken van een strafblad en van het beschikken over een startkwalificatie (om zich vrij te kunnen vestigen en geen aanvraag om een vestigingsvergunning te hoeven doen) een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel is ter bescherming van de Nederlandse openbare orde en van het economische welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand. Deze twijfels maken dat het onderscheid naar nationale afkomst vooralsnog niet als gerechtvaardigd kan worden beschouwd. Indien al zou kunnen worden aangenomen dat er sprake is van onderscheid naar ras of etniciteit geldt dit temeer, omdat in dat geval ingevolge de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nog

zwaardere eisen worden gesteld aan de objectieve rechtvaardiging dan bij de grond nationale afkomst.

|                                                                                                |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Inhoudsopgave                                                                                  | blz. |
| Vooraf                                                                                         | 4    |
| I. Het beoordelingskader                                                                       | 5    |
| I.1. Het recht op bewegingsvrijheid in internationale verdragen Unierecht, Statuut en Grondwet | 5    |
| a. Internationale verdragen                                                                    | 5    |
| b. Europese rechtsorde                                                                         | 5    |
| c. Statuut, Grondwet                                                                           | 6    |
| I.2. De gelijke behandelingstoets                                                              | 7    |
| II. De eerste voorlichtingsvraag                                                               | 8    |
| II.1. De onderscheidingsgronden woonland, hoofdverblijf en afstamming                          | 8    |
| a. Woonland                                                                                    | 9    |
| b. Hoofdverblijf                                                                               | 10   |
| c. Afstamming                                                                                  | 10   |
| II.2. De gelijke behandelingstoets voor de eerste vraag                                        | 12   |
| III. De tweede voorlichtingsvraag                                                              | 14   |
| III.1. De criteria «strafblad» en «startkwalificatie»                                          | 15   |
| a. Strafbblad                                                                                  | 15   |
| b. Startkwalificatie                                                                           | 15   |
| c. Selectie bij aanvraag vestigingsvergunning en bij beoordeling aanvraag: 2 fasen             | 16   |
| III.2. De gelijke behandelingstoets voor de tweede vraag                                       | 17   |
| a. De vergelijkingstoets                                                                       | 17   |
| b. Onderscheidingsgronden                                                                      | 18   |
| c. De rechtvaardigingstoets                                                                    | 18   |
| d. Conclusie                                                                                   | 23   |

## Vooraf

Voor de beantwoording van de voorlichtingsvragen grijpt de Afdeling advisering terug op haar advies over dit wetsvoorstel.<sup>2</sup> Volledigheidshalve besteedt zij eerst aandacht aan de ruimte die de Grondwet, het Statuut, het Unierecht en internationale verdragen laten voor een vestigingsregeling als zodanig in het licht van het recht op bewegingsvrijheid (verplaatsingsvrijheid). Vervolgens gaat de Afdeling in op de ruimte die naar haar inzicht bestaat voor een toelatingsregeling zoals in de twee voorlichtingsvragen bedoeld in het licht van gelijke behandelingsgeboden en discriminatieverboden. De Afdeling gaat bij haar beantwoording uit van het voorstel en de toelichting daarop zoals die zijn gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling.<sup>3</sup> Zij sluit ten slotte niet uit dat in een concreet geval aan de rechter wordt voorgelegd of de toelatingsregeling verenigbaar is met het (internationale) recht. Het uiteindelijke oordeel daarover is dan uiteraard aan de rechter.

<sup>2</sup> Advies van 10 oktober 2012, Kamerstukken II 2012/13, 33 325, nr. 4 (zaak W04.12.0234/I).

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 325, nrs. 5 en 6.

## I. Het beoordelingskader

### I.1. Het recht op bewegingsvrijheid in internationale verdragen, Unierecht, Statuut en Grondwet

#### a. Internationale verdragen

Een vestigingsregeling betekent een beperking van de bewegingsvrijheid, in de zin van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)<sup>4</sup> en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).<sup>5</sup> In beide gevallen wordt het recht vastgelegd voor personen die zich wettig op het grondgebied bevinden om zich vrijelijk te verplaatsen en vrijelijk verblijfplaats te kiezen. Omdat bij de opstelling van het Statuut voor het Koninkrijk (zie hierna) is gekozen voor het ongedeeld Nederlanderschap, zou met een beroep op het recht op bewegingsvrijheid, zoals dat door de genoemde verdragen wordt beschermd, kunnen worden verdedigd dat iedereen die het Nederlanderschap bezit zich vrijelijk mag vestigen – waar ook in het Koninkrijk. Zoals de Afdeling in haar advies over het oorspronkelijke wetsontwerp heeft beschreven,<sup>6</sup> is door het gemaakte voorbehoud (IVBPR) en de interpretatieve verklaring (EVRM) internationaalrechtelijk bewerkstelligd dat het Rijk in Europa en de (toenmalige) Nederlandse Antillen binnen het Koninkrijk worden aangemerkt als afzonderlijke grondgebieden. Na de herstructurering van het Koninkrijk op 10 oktober 2010 zijn de teksten van het voorbehoud en de verklaring aangepast aan de nieuwe situatie, maar dat heeft inhoudelijk niet tot wijzigingen geleid. De Afdeling wijst erop dat zowel het voorbehoud als de interpretatieve verklaring door Nederland zijn gemaakt met als doel de voor de Nederlandse Antillen geldende toelatingsregelingen, die overigens in het leven zijn geroepen door de Nederlandse regering, te handhaven. Dit werd «voor het economisch en sociaal welzijn van het land onontbeerlijk [...] geacht».<sup>7</sup> De regering erkende weliswaar dat het aanmerken van de Nederlandse Antillen en Nederland als afzonderlijke landen geen beletsel zou zijn voor een regeling waarbij de toelating tot Nederland van de Antilliaanse Nederlanders wordt beperkt. Het kabinet had «zulk een regeling echter niet in overweging».<sup>8</sup>

#### b. Europese rechtsorde

In haar genoemde advies inzake het wetsvoorstel Bosman constateerde de Afdeling dat, als gevolg van de keuze voor het ongedeeld Nederlanderschap, Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten worden aangemerkt als Unieburgers.<sup>9</sup> Het feit dat zij woonachtig zijn in een gebied dat behoort tot de Landen en Gebieden Overzee (LGO's),<sup>10</sup> doet daaraan niet af. Dit betekent dat Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten de rechten genieten en onderworpen zijn aan de verplichtingen

<sup>4</sup> Artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM. Artikel 3, tweede lid, van het Vierde Protocol voegt daar aan toe dat niemand mag het recht worden ontnomen het grondgebied te betreden van de Staat, waarvan hij een onderdaan is.

<sup>5</sup> Artikel 12 van het IVBPR.

<sup>6</sup> Advies van 10 oktober 2012, Kamerstukken II 2012/13, 33 325 nr. 4 (zaak W04.12.0234/I), onder punt 3 (Juridisch kader).

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1975/76, 13 932 (R 1037), nrs. 1–6, blz. 24.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 1978/79, 15 396 (R 1110), nrs. 1–3, blz. 8.

<sup>9</sup> Dit kan worden afgeleid uit *Eman en Sevinger*, HvJ EU 12 september 2006, zaak C-300/04. In dat arrest ging het niet om het reizen binnen één lidstaat, maar om het uitoefenen van het kiesrecht voor het *Europese parlement*. Dit recht geldt voor alle Unieburgers, maar de lidstaten mogen daarbij voorwaarden stellen, mits zij het beginsel van gelijke behandeling in acht nemen. Zie eerder over de Europeesrechtelijke aspecten het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2006/07, 30 962, nr. 4, blz. 10.

<sup>10</sup> Als bedoeld in artikel 355, tweede lid, van het VWEU (Werkingsverdrag).

die zijn vastgelegd in artikel 20, tweede lid, van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (VWEU). Daaronder valt ook het recht om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de EU-verdragen en de bepalingen die ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld, zijn gemaakt.<sup>11</sup> Deze rechten gelden echter alleen voor situaties waarin sprake is van een grensoverschrijdend element. Dit betekent dat – ook al zijn zij Unieburgers – Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, wanneer zij geen gebruik hebben gemaakt van het vrij verkeer van personen, in beginsel geen beroep kunnen doen op het EU-recht indien zij vanuit deze landen van het Koninkrijk rechtstreeks naar Nederland reizen. Het betreft dan immers een interne situatie, waardoor een aanknopingspunt met het EU-recht ontbreekt. Dat is anders wanneer Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten gedurende een bepaalde periode legaal verblijf hebben gehad in een andere EU-lidstaat, van daaruit naar Nederland reizen, en een verzoek doen om toelating (vestiging) in de zin van het voorstel. Een aanknopingspunt met het EU-recht is in die gevallen wel aanwezig zodat, behoudens het geval van rechtsmisbruik, een beroep op het recht<sup>12</sup> om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten mogelijk is.<sup>13</sup>

### *c. Statuut, Grondwet*

In het Statuut voor het Koninkrijk is het ongedeelde karakter van de Nederlandse nationaliteit vastgelegd,<sup>14</sup> alsmede de gelijkwaardigheid van de landen. De ongedeelde nationaliteit wil zeggen dat voor de vaststelling van de Nederlandse nationaliteit geen onderscheid wordt gemaakt naar herkomst of binding aan een land van het Koninkrijk. Een nadere uitwerking van het ongedeelde Nederlanderschap in de Grondwet is achterwege gebleven.

Het Statuut bepaalt voorts dat het *toezicht* op de algemene regelingen inzake toelating en uitzetting een koninkrijksaangelegenheid is.<sup>15</sup> Dit impliceert dat de regeling van de *toelating* zelf een aangelegenheid is van de landen.<sup>16</sup> Gelet hierop sluit het Statuut het bestaan van toelatingsregelingen in het Koninkrijk niet uit.<sup>17</sup>

In de Grondwet is geen bepaling opgenomen over het recht op bewegingsvrijheid (verplaatsingsvrijheid). Met het oog op de bestaande toelatingsregeling toentertijd op de Antillen werd het niet wenselijk geacht om een bepaling op te nemen waarin is vastgelegd dat alle Nederlanders zich vrijelijk mogen vestigen in alle landen van het Koninkrijk. Bovendien, zo blijkt uit de grondwetsgeschiedenis, wilde de grondwetgever niet elke mogelijkheid van het stellen van toelatingsregels

<sup>11</sup> Artikel 21, eerste lid, van het VWEU.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Dit doet zich voor in het geval gebruik is gemaakt van het vrij verkeer van personen binnen de EU. Dat betekent dat zij moeten voldoen aan de voorwaarden voor verblijf in een andere lidstaat van de EU, zoals vermeld in de verblijfsrichtlijn 2004/38/EG: zij mogen geen onredelijke belasting vormen voor het sociale bijstand stelsel van het gastland, beschikken over een adequate ziektekostenverzekering en geen gevaar betekenen voor de openbare orde. Zie over de voorwaarden waaraan het voorafgaande verblijf in een andere lidstaat moet voldoen: *O. en B.*, HvJ EU (Grote Kamer) 12 maart 2014, zaak C-456/12 en de einduitspraken van de AbRS over de België-route: AbRS 20 augustus 2014, nrs. 201108529/1/V4 (O), 201011889/1/V4 (S) en 201007849/1/V2 (S). Dit aspect komt later, bij de beantwoording van de tweede voorlichtingsvraag aan de orde.

<sup>14</sup> Artikel 3, eerste lid, onder c, van het Statuut: de regeling van de nationaliteit is een koninkrijks-aangelegenheid.

<sup>15</sup> Artikel 3, eerste lid, onder f, van het Statuut.

<sup>16</sup> Blijkens de Officiële toelichting op het Statuut.

<sup>17</sup> De Afdeling merkt op dat de toelatingsregelingen die destijds door de Nederlandse wetgever zijn gemaakt ten behoeve van de (toenmalige) Nederlandse Antillen reeds bestonden op het moment dat het Statuut tot stand werd gebracht.

voor Caribische Nederlanders voor de toekomst uitsluiten. Daarbij werd wel benadrukt dat de ruimte die de wetgever heeft om een dergelijke regeling te maken begrensd is: de wetgever «zal zich er stellig rekenschap van moeten geven of de situatie een toelatingsregeling rechtvaardigt en of de te bereiken doeleinden niet langs andere, betere weg kunnen worden bereikt. Tevens zal de wetgever erop moeten toezien dat de toelatingsregeling niet discriminatoir is of anderszins grondrechten ongeoorloofd beperkt».<sup>18</sup>

## **I.2. De gelijke behandelingstoets**

In het voorgaande is geconstateerd dat voor de regulering van de vestiging in een land binnen het Koninkrijk bewust ruimte is gelaten of gecreëerd in het internationale recht, het Statuut en de Grondwet. Daarbij moet worden vastgesteld dat dit voornamelijk geschiedde met het oog op de reeds voor de Antillen bestaande regelingen. Toelatingsregelingen daar werden noodzakelijk geacht vanwege het economisch welzijn, de sociaaleconomische omstandigheden en de absorptiecapaciteit van de eilanden, die wezenlijk verschillen van die van het land Nederland. De ruimte die het land Nederland heeft om aan Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten toelatingsvoorwaarden te stellen, is daarom niet bij voorbaat dezelfde als die van de andere landen van het Koninkrijk.<sup>19</sup> Die ruimte wordt met name genormeerd door artikel 1 van de Grondwet en bepalingen van internationale verdragen die de gelijkheidsgeboden annex discriminatieverboden behelzen.<sup>20</sup> De Afdeling merkt op dat de bescherming die de Grondwet op dit punt biedt vrijwel overeenkomt met de bescherming die de internationale gelijkheidsnormen bieden en dat de Grondwet geen verdergaande bescherming biedt dan de internationale gelijkheidsnormen.

Om te kunnen beoordelen of de hier aan de orde zijnde toelatingsvoorwaarden verenigbaar zijn met de gelijkheidsnormen hanteert de Afdeling de volgende gelijke behandelingstoets:<sup>21</sup>

1. De vergelijkingstoets  
Wordt onderscheid gemaakt en zo ja, jegens wie?  
Is sprake van vergelijkbare gevallen?
2. Onderscheidingsgronden  
Op welke grond(en) wordt onderscheid gemaakt?
3. De rechtvaardigingstoets  
Bestaat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling:
  - a) is sprake van een gerechtvaardigd (legitiem) doel;
  - b) is het middel geschikt en noodzakelijk om dit doel te bereiken en bestaat er een redelijke verhouding tussen doel en middel (proportionaliteit)?

Voor de vergelijkingstoets moet allereerst worden vastgesteld hoe de groep wordt omschreven en ten opzichte van welke andere groep(en) die groep verschillend wordt behandeld (1). Vervolgens is van belang om vast te stellen of direct onderscheid (op een grond als zodanig) of dat indirect onderscheid wordt gemaakt. Bij indirect onderscheid is sprake van een

<sup>18</sup> Kamerstukken II 1976/77, 14 200, nr. 3, blz. 5.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 1976/77, 14 200, nr. 3, blz. 6.

<sup>20</sup> Artikel 1 van de Grondwet, artikel 14 van het EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM, artikelen 2 en 26 van het IVBPR en artikel 1 van het IVUR. Artikel 18 van de VWEU blijft hier buiten beschouwing, omdat in deze gelegenheid geen onderscheid naar nationaliteit (in staatkundige zin) aan de orde is.

<sup>21</sup> Deze gelijke behandelingstoets is ontleend aan de rechtspraak van het EHRM, zie J.H. Gerards, *Commentaar op artikel 14*, in: *SDU-Commentaar EVRM, Deel 1 – Materiële bepalingen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, onderdeel C.2.1.

objectieve of neutrale norm die tot effect heeft dat een bepaalde groep personen in overwegende mate wordt getroffen (2). Bij de laatste stap (3), de objectieve rechtvaardiging, wordt bezien of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is en dus toegestaan.

Bij de objectieve rechtvaardiging is van belang op welke grond(en) onderscheid wordt gemaakt. Er bestaat namelijk een verschil tussen gronden die in de onderscheiden regelingen met name worden genoemd (benoemde) en die waarbij dat niet het geval is (onbenoemde gronden). Deze laatste worden in de betreffende regelingen aangemerkt als categorie «andere status» of met de aanduiding «welke grond ook».<sup>22</sup> Voorts zijn van de «benoemde» gronden in de rechtspraak sommige daarvan aangemerkt als (op voorhand) «verdachte» gronden, zoals ras of geslacht. Dat houdt verband met het feit dat het zodanig met de persoon verweven kenmerken zijn, dat de betrokkene daarvan geen afstand kan doen of dit niet van hem kan worden gevergd. Bij gronden die in de rechtspraak als «verdacht» worden aangemerkt, wordt dan ook een zwaardere rechtvaardiging vereist dan bij de zogenoemde «onverdachte» gronden. Tot slot verdient nog vermelding dat bij bepaalde («verdachte») gronden, zoals ras en etniciteit, het onderscheid niet is toegestaan (dus ook niet kan worden gerechtvaardigd) als dat uitsluitend of in overwegende mate op die gronden is gebaseerd. Is dat niet het geval en zijn er andere overwegingen voor het onderscheid, dan kan het onderscheid alleen maar door de beugel als daarvoor zeer zwaarwegende redenen zijn. In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt dat de *very weighty reasons*-test genoemd.<sup>23</sup>

Wat betreft de gelijke behandelingstoets merkt de Afdeling nog het volgende op. Het doel van het wetsvoorstel is, volgens de toelichting, het op een eenduidige, evenwichtige manier reguleren van vestiging van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten in het land Nederland.<sup>24</sup> In dat verband wordt in de toelichting vermeld dat het stellen van toelatingseisen noodzakelijk is om een tweetal redenen: bescherming van de openbare orde en het bevorderen van het economisch welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen. De Afdeling merkt op dat hetgeen in de toelichting op het voorstel als *doel* wordt aangemerkt – regulering van de vestiging –<sup>25</sup> in het kader van de gelijke behandelingstoets geldt als een *middel* om een ander doel, namelijk bescherming van de Nederlandse openbare orde en bescherming van het economische welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand, te bereiken.<sup>26</sup>

## **II. De eerste voorlichtingsvraag**

### **II.1. De onderscheidingsgronden woonland, hoofdverblijf en afstamming**

De eerste voorlichtingsvraag heeft betrekking op de onderscheidingsgronden woonland, hoofdverblijf en afstamming. In het onderstaande wordt op elke grond afzonderlijk nader ingegaan.

<sup>22</sup> Ter illustratie: «Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op *welke grond ook*, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of *andere status*» (artikel 14 van het EVRM).

<sup>23</sup> *Gaygusuz t. Oostenrijk*, EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, paragraaf 42.

<sup>24</sup> Gewijzigde toelichting na advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2012/13, 33 325, nr. 6, onder I (Algemeen deel).

<sup>25</sup> Idem, Kamerstukken II 2012/13, 33 325, nr. 6, blz. 1, tweede alinea.

<sup>26</sup> Idem, Kamerstukken II 2012/13, 33 325, nr. 6, blz. 1, derde alinea.

#### a. Woonland

In de eerste voorlichtingsvraag wordt (onder a) vermeld: «(eerdere) woonland van de betrokkene». De Afdeling begrijpt dit zo, dat met «woonland» is bedoeld het land Aruba, Curaçao of Sint Maarten, en dat met «eerder» wordt bedoeld op het land waar de betrokkene woonde of heeft gewoond voordat hij naar Nederland kwam.<sup>27</sup>

De term «woonland» wordt in het Unierecht gebruikt in situaties waarin een persoon woont in het ene land terwijl hij in een ander land zijn werkzaamheden verricht (werken, studeren) dan wel pensioen of zorg ontvangt.<sup>28</sup> In die betekenis is «woonland» het land waarin betrokkene woont. De term «woonland» wordt in deze betekenis gehanteerd in het Nederlandse sociale zekerheidsrecht. Zo bepaalt het woonlandbeginsel dat de hoogte van bepaalde uitkeringen wordt aangepast aan de levensstandaard en het kostenniveau van het land waar de persoon die de betreffende verstrekking ontvangt woont. Het gebruik van het begrip «eerder(e) woonland» kan daarom in de onderhavige context problematisch zijn.

De Afdeling merkt op dat, waar onderscheid wordt gemaakt naar «eerder woonland» tevens onderscheid wordt gemaakt naar «eerdere woonplaats». Deze onderscheidingsgrond wordt in artikel 26 IVBPR, artikel 14 EVRM, artikel 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR) niet genoemd, evenmin als in artikel 1 van de Grondwet. Deze onderscheidingsgrond is dan ook niet *prima facie* «verdacht». Het verwijst ook niet naar inherente of anderszins fundamentele persoonskenmerken. Daarom is aannemelijk dat het valt onder het (rest)begrip «andere status».

Niettemin kan dit – in principe neutrale – directe onderscheid naar woonplaats een vorm van indirect onderscheid inhouden op basis van een ander criterium dat expliciet in de internationale gelijkheidsnormen is benoemd.<sup>29</sup> De Afdeling merkt dan ook op dat het onderscheid naar woonplaats, zoals bedoeld in de eerste voorlichtingsvraag, betrekking heeft op de vraag uit welk land van het Koninkrijk de betrokkene afkomstig is. Dat heeft tot gevolg dat in overwegende mate een groep Nederlanders wordt getroffen van een bepaalde *nationale afkomst* binnen het Koninkrijk. «Woonland» kan daarom worden opgevat als een verwijzing naar het afkomstig zijn uit een bepaald land, hetgeen leidt tot (indirect) onderscheid naar nationale afkomst. Omdat «nationale afkomst» een benoemde grond is, is een zwaardere rechtvaardiging voor dit onderscheid vereist dan wanneer het een onbenoemde grond betreft.

<sup>27</sup> Onder «eerder» worden ook personen bedoeld die in een verder weg gelegen verleden in een ander land (Aruba, Curaçao of Sint Maarten) hebben gewoond voordat zij naar het land Nederland zijn gekomen, zie het antwoord op de vraag hierover van de leden van de PvdA-fractie in de Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33 325, nr. 8, paragraaf 5, blz. 19.

<sup>28</sup> Zie de verordening 1408/71 zoals vervangen door de verordening 883/2004 en o.a. het Pinna-arrest, zaak 41/84.

<sup>29</sup> Zie *D.H. en anderen t. Tsjechië*, EHRM (Grote Kamer) 13 november 2007, nr. 57325/00, paragraaf 184; *Opuz t. Turkije*, EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02, paragraaf 183; *Zarb Adami t. Malta*, EHRM 20 juni 2006, nr. 17209/02, paragraaf 80.

## *b. Hoofdverblijf*

Het begrip «hoofdverblijf» in de eerste voorlichtingsvraagvraag (onder b) begrijpt de Afdeling zo, dat wordt bedoeld het land waar de betrokkene staat ingeschreven in de bevolkingsadministratie. Het betreft daarmee personen die aantoonbaar in een bepaald land hebben verbleven.

Het begrip «hoofdverblijf» wordt gehanteerd in (in ieder geval) het nationaliteitsrecht: bij verkrijging van het Nederlanderschap van rechtswege (door afstamming)<sup>30</sup>, door optie<sup>31</sup> en bij verlening van het Nederlanderschap.<sup>32</sup>

Ten aanzien van «hoofdverblijf» geldt, evenals bij «woonland», dat deze onderscheidingsgrond in artikel 26 IVBPR, artikel 14 EVRM, artikel 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM en het IVUR niet wordt genoemd, dat het dus niet *prima facie* verdacht of discriminatoir is en valt onder de restbegrip «andere status». «Hoofdverblijf» kan, evenals «woonland», evenwel ook worden opgevat als een verwijzing naar het afkomstig zijn uit een bepaald land van het Koninkrijk en zou in dat geval (eveneens) kunnen worden aangemerkt als (indirect) onderscheid naar *nationale afkomst*. Omdat «nationale afkomst» een benoemde grond betreft, is, zoals gezegd, een zwaardere rechtvaardiging voor dit onderscheid vereist dan wanneer het een onbenoemde grond betreft.

## *c. Afstamming*

Het begrip «afstamming» in de eerste voorlichtingsvraag (onder c) begrijpt de Afdeling zo, dat wordt bedoeld op het land waar de ouder woont of de ouders wonen op het moment van geboorte van de betrokkene. Gelet op de formulering van artikel 2 van het voorstel,<sup>33</sup> waarnaar de vraag verwijst, worden die Nederlanders bedoeld die afkomstig zijn uit Aruba, Curaçao of Sint Maarten en die het Nederlanderschap hebben verkregen door afstamming, optie of verlening (in die landen). Bovendien worden die Nederlanders bedoeld die buiten het Koninkrijk zijn geboren, maar het Nederlanderschap hebben verkregen langs de lijn van hun Nederlandse moeder, omdat deze ten tijde van de

<sup>30</sup> Volgens artikel 3, derde lid, van de rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) is van rechtswege Nederlander het kind van een vader of moeder die ten tijde van de geboorte van het kind zijn of haar hoofdverblijf heeft in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten en die zelf geboren is als kind van een vader of moeder die ten tijde van zijn of haar geboorte in een van die landen hoofdverblijf had, mits het kind ten tijde van zijn geboorte zijn hoofdverblijf heeft in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten. In die zin wordt het begrip «hoofdverblijf» ook al gebruikt in artikel 2, tweede lid, van het aangepaste wetsvoorstel, dat ziet op Nederlanders die buiten het Koninkrijk zijn geboren, maar het Nederlanderschap hebben verkregen langs de lijn van hun Nederlandse moeder, omdat die ten tijde van de geboorte haar «hoofdverblijf» had in Aruba, Curaçao of Sint Maarten.

<sup>31</sup> Artikel 6 RWN.

<sup>32</sup> Artikel 7 RWN e.v.

<sup>33</sup> Artikel 2 van het aangepaste voorstel luidt:

1. De paragrafen 3 en 6 van deze wet zijn van toepassing op Nederlanders die in het land Aruba, Curaçao dan wel Sint Maarten door afstamming of optie het Nederlanderschap aldaar hebben verkregen of aan wie aldaar het Nederlanderschap is verleend.
2. De paragrafen 3 en 6 van deze wet zijn eveneens van toepassing op Nederlanders, geboren buiten het Koninkrijk, van wie de moeder ten tijde van de geboorte van die Nederlander hoofdverblijf had in een van de landen, bedoeld in het eerste lid.
3. In afwijking van het eerste en tweede lid zijn de paragrafen 3 en 6 van deze wet niet van toepassing op Nederlanders van wie de vader of moeder in het Europese deel van Nederland door afstamming of optie het Nederlanderschap heeft verkregen of aan wie het Nederlanderschap is verleend.
4. In afwijking van het eerste en tweede lid zijn de paragrafen 3 en 6 van deze wet niet van toepassing op Nederlanders, die als zodanig gedurende een ononderbroken periode van vijf jaren of langer tot vestiging toegelaten zijn geweest op grond van deze wet.

geboorte haar hoofdverblijf had in één van deze landen. Afstamming betekent in dit verband: geboortig uit of erkend door tenminste één Nederlandse ouder met hoofdverblijf in één van de genoemde landen.<sup>34</sup> De onderscheidingsgrond «afstamming» is relevant voor het aangepaste voorstel – met name artikel 2, derde lid – omdat die tot gevolg heeft dat Arubanen, Curaçaoënaars en Sint Maartenaren met een afstamming teruggaand op het Europese deel van het Koninkrijk buiten het bereik van het voorstel vallen. Dit betekent overigens omgekeerd dat Arubanen, Curaçaoënaars en Sint Maartenaren met een afstamming teruggaand op het *Caribisch* deel van het land Nederland, namelijk de BES-eilanden, wél onder het bereik van het voorstel vallen. Aldus wordt een onderscheid gemaakt tussen een Europese afstamming en een Caribische afstamming binnen het land Nederland.

Met het begrip «afstamming» wordt, zoals de Afdeling in haar advies over het wetsvoorstel Bosman constateerde, direct onderscheid gemaakt naar nationale afstamming of afkomst, in de betekenis van de onderscheidingsgrond *national or social origin* genoemd in het IVBPR en het EVRM. De gronden «nationale afkomst» en «geboorte» zijn niet alleen benoemde maar ook, naar mag worden aangenomen, «verdachte» onderscheidingsgronden vanwege het feit dat men van deze eigenschap geen afstand kan doen.<sup>35</sup> Dit betekent *niet* dat er in het geheel geen onderscheid mag worden gemaakt op deze gronden, maar *wel* dat zwaarwegende redenen moeten worden aangedragen om dit onderscheid te kunnen rechtvaardigen.<sup>36</sup> De rechtvaardigingstoets moet door de wetgever op een stringente wijze worden toegepast: iedere onderscheid makende maatregel en ieder element van het toetsingskader moet worden voorzien van een dragende motivering.

Met betrekking tot de vraag of tevens sprake zou kunnen zijn van indirect onderscheid naar ras of etniciteit in het kader van het EVRM en IVBPR en zo ja, of daarvoor een rechtvaardiging bestaat, merkt de Afdeling allereerst op dat het onderscheid naar ras in de juridische zin niet samenvalt met het onderscheid naar «nationale afkomst». Het onderscheid naar nationale afkomst betekent dus niet automatisch dat een onderscheid naar ras wordt gemaakt. Zowel in het EVRM als in het IVBPR is de grond «nationale afkomst» («national origin») een afzonderlijk benoemde onderscheidingsgrond *naast* «ras». Dat is anders bij het Internationale verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR).<sup>37</sup> In het IVUR wordt, gelet op de definitie, ook onderscheid naar afkomst of nationale afstamming als een vorm van onderscheid naar ras gezien.<sup>38</sup> Dit onderscheid kan evenwel zijn gerechtvaardigd voor zover het niet in strijd is met de doelstellingen van het

<sup>34</sup> Zie ook de toelichting op het oorspronkelijke voorstel, Kamerstukken 2011/12, 33 325, nr. 3, onder II (artikelsgewijze toelichting), hoofdstuk 1 (toelating), paragraaf 2.

<sup>35</sup> Duidelijke uitspraken die daarop wijzen zijn er niet, maar gelet op de sterke verwevenheid met (onveranderlijke) persoonskenmerken is aannemelijk dat deze gronden (zullen) worden aangemerkt als «verdacht».

<sup>36</sup> In termen van de uitleg van het EHRM: «*very weighty reasons*».

<sup>37</sup> Bijvoorbeeld in artikel 14 EVRM: ras, nationale of maatschappelijke afkomst, geboorte.

<sup>38</sup> Artikel 1(1) van het IVUR luidt: «In dit Verdrag wordt onder «rassendiscriminatie» verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft.»

verdrag.<sup>39</sup> In dat licht bezien veronderstelt de Afdeling dat de uitkomst van een dergelijke beoordeling niet wezenlijk zal verschillen van een beoordeling op grond van het EVRM.

Etniciteit is volgens het EHRM niet een onderdeel van, maar wel nauw verbonden met het begrip «ras».<sup>40</sup> De grond «ras» en het daarmee samenhangende begrip «etniciteit» zijn zeer verdacht en kunnen daarom moeilijk worden gerechtvaardigd. Het EHRM oordeelde: «*Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible*»<sup>41</sup> en «*[i]n any event, the Court considers that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures.*»<sup>42</sup> Het EHRM heeft een onderscheid op grond van ras of etniciteit in deze zin nog nooit gerechtvaardigd geacht.

Indien en voor zover met de voorgestelde toelatingsregeling al zou kunnen worden aangenomen dat sprake is van onderscheid naar etniciteit of ras, dan is de rechtvaardigingstoets nog zwaarder dan bij nationale afkomst.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat verwijzingen naar Nederlanders uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten in deze voorlichting, ook Nederlanders met een BES-afstamming betreffen. Zoals hiervoor is gesteld, wordt met het criterium afstamming volgens het gewijzigde voorstel<sup>43</sup> een onderscheid gemaakt tussen Nederlanders uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten met een Europese afstamming enerzijds en met een Caribische (BES) afstamming anderzijds.

## II.2. De gelijke behandelingstoets voor de eerste vraag

Op grond van het voorgaande concludeert de Afdeling dat bij de onderscheidingsgronden «woonland» en «hoofdverblijf» sprake kan zijn van indirect onderscheid naar nationale afkomst in de zin van het EVRM en het IVBPR. De grond «afstamming» leidt tot direct onderscheid naar nationale afkomst. De verschillen in behandeling kunnen gerechtvaardigd zijn, maar de (beoordelings)marge van de wetgever is beperkt. Wanneer sprake is van *indirect* onderscheid naar nationale afstamming of afkomst worden, zoals de Afdeling bij het oorspronkelijke voorstel-

<sup>39</sup> CERD, General Comment nr. 14 van 22 maart 1993 over artikel 1 van het IVUR, waarin het Rassendiscriminatiecomité overweegt: «The Committee observes that a differentiation of treatment will not constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged against the objectives and purposes of the Convention, are legitimate or fall within the scope of article 1, paragraph 4, of the Convention. In considering the criteria that may have been employed, the Committee will acknowledge that particular actions may have varied purposes. In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, it will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin.»

<sup>40</sup> Zie *Timishev t. Rusland*, EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, paragraaf 55: «*Ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds.*» Deze omschrijvingen worden herhaald in de zaak *D.H. t. Tsjechië*, EHRM (Grote Kamer) 13 november 2007, nr. 57325/00 en de zaak *Sejdic en Finci t. Bosnië-Herzegovina*, EHRM (Grote Kamer) 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06. Zie ook van recente datum de zaak *Antayev e.a. t. Rusland*, EHRM 3 juli 2014, nr. 37966/07, paragraaf 128.

<sup>41</sup> *D.H. t. Tsjechië*, EHRM (Grote Kamer) 13 november 2007, paragraaf 196.

<sup>42</sup> *Timishev t. Rusland*, EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, paragraaf 58.

<sup>43</sup> Artikel 2, derde lid.

Bosman opmerkte, aan de rechtvaardiging zware eisen gesteld. Bij *direct* onderscheid naar nationale afstamming of afkomst zullen nog zwaardere eisen («*very weighty reasons*») moeten worden aangevoerd om het onderscheid te rechtvaardigen. Van deze zwaardere eisen zal de wetgever zich ook zichtbaar rekenschap moeten geven. Dit betekent dat de rechtvaardiging moet worden gegeven voor elk verschil dat het aangepaste voorstel maakt. Daarbij zal expliciet moeten worden ingegaan op ieder facet van de rechtvaardigingstoets zoals onder 1.2. aangegeven, zoals de legitimiteit van het doel, de geschiktheid en noodzaak van het middel om dat legitieme doel te bereiken, en de evenwichtige verhouding tussen het legitieme doel en het daartoe gebezigde middel (proportionaliteit).

De Afdeling merkt daarbij op dat bij de beoordeling van de rechtvaardiging van een onderscheid de relevante feiten en omstandigheden moeten worden betrokken. In zoverre bij de bestaande toelatingsregelingen in Aruba, Curaçao en Sint Maarten gesproken kan worden van een onderscheid naar nationale afstamming, hoeft de objectieve rechtvaardiging daarvoor nog niet te impliceren dat daarmee – spiegelbeeldig – een toelatingsregeling in Nederland zoals voorgesteld evenzeer een gerechtvaardigd onderscheid betreft. Van belang kan bijvoorbeeld zijn dat het land Nederland een groter land is met een aanmerkelijk groter aantal inwoners, waardoor immigratie naar de veel kleinere samenlevingen van Aruba, Curaçao en Sint Maarten een beduidend groter risico van ontwrichtende effecten op de samenlevingen aldaar kan hebben dan wanneer het omgekeerde het geval zou zijn.

Het systematisch nalopen van de elementen van de gelijke behandelings-toets (punt 1.2.) ter beantwoording van de eerste voorlichtingsvraag acht de Afdeling (anders dan bij de tweede vraag) niet nodig. De reden daarvoor is dat de Afdeling ernstige twijfels heeft met betrekking tot de vraag of het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden geacht in het licht van de proportionaliteitseis (rechtvaardigingstoets, stap 3). Het onderscheid op grond van woonland, hoofdverblijf en afstamming heeft immers tot gevolg dat alle Nederlanders van elk van de drie landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten onder het toepassingsbereik van het voorstel zullen vallen.

Dat hele bevolkingen van landen worden getroffen door een toelatingsregeling, is niet ongebruikelijk: in het vreemdelingenrecht wordt voor de beoordeling wie verblijfsrecht heeft op het grondgebied gewoonlijk onderscheid gemaakt tussen degenen die de nationaliteit hebben van de betreffende staat en degenen die niet die nationaliteit hebben.<sup>44</sup> Dit onderscheid is op grond van de hier genoemde verdragen toegestaan.<sup>45</sup> Echter, Europese Nederlanders en Nederlanders van de overzeese gebieden hebben dezelfde (ongedeelde) nationaliteit. In dit geval is er dus geen sprake van onderscheid naar nationaliteit dat gewoonlijk in het kader van toelatingsregelingen is toegestaan. Wel is er, zoals eerder aangeduid, een onderscheid naar nationale afkomst. Dat kan problematisch zijn in het

<sup>44</sup> Op grond van de definitie van artikel 1, aanhef en onder m van de Vreemdelingenwet 2000 is (voor zover hier relevant) een vreemdeling «een ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit».

<sup>45</sup> Het EVRM en het IVBPR worden zo uitgelegd dat zij geen recht geven op toegang en verblijf in een ander land dan het land van herkomst, tenzij hiervoor bijzondere redenen zijn, zoals familiebanden. Voorts kennen deze verdragen bepalingen die rechten toekennen aan alleen «burgers» (zoals het kiesrecht) of die verdergaande beperkingen toelaten voor (politieke) activiteiten van vreemdelingen. Het IVUR verbiedt in de definitiebepaling (artikel 1) onderscheid naar ras, maar maakt in het tweede lid een uitzondering voor het onderscheid tussen nationalen en vreemdelingen. Onderscheid naar nationaliteiten onderling of binnen een nationaliteit is in beginsel niet toegestaan.

licht van de gelijke behandelingsgeboden en de discriminatieverboden. De voor vreemdelingen gangbare beperkingen van toelating in verband met de bescherming van de openbare orde en het waarborgen van het economisch welzijn zijn namelijk op zichzelf geen voldoende rechtvaardiging voor een onderscheid naar nationale afkomst. Daarom moet bij de objectieve rechtvaardiging worden bezien of sprake is van een legitiem doel en of het middel om dat doel te bereiken geschikt en noodzakelijk is, en of sprake is van proportionaliteit (evenredigheid tussen doel en middel). Omdat het hier een onderscheid betreft op grond van nationale afkomst en «nationale afkomst» een in internationale verdragen uitdrukkelijk benoemde grond is, zoals eerder opgemerkt, is een zwaardere rechtvaardiging voor dit onderscheid vereist, dan wanneer het een onbenoemde grond betreft.

De Afdeling heeft ernstige twijfels of het stellen van eisen aan de toelating van iedere Nederlander uit elk van de drie landen om de Nederlandse openbare orde te beschermen en onevenredig gebruik van sociale voorzieningen tegen te gaan, als proportioneel kan worden beschouwd, nu een redelijke verhouding tussen het te bereiken doel en het middel ontbreekt. De tot nu toe in de memorie van toelichting aangedragen argumenten voor de noodzaak van een dergelijke regeling, kunnen naar het oordeel van de Afdeling – ook indien al deze argumenten volledig zouden gelden – niet bewerkstelligen dat de regeling de toets van de proportionaliteit kan doorstaan, aangezien met de toepassing van de regeling op alle Nederlanders uit elk van de drie landen op geen enkele wijze enige differentiatie plaatsvindt in het licht van bescherming van de openbare orde en het economische welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand. Dat zou betekenen dat het onderscheid naar nationale afkomst niet gerechtvaardigd kan worden geacht en daarmee een verboden onderscheid vormt. Dit is temeer het geval indien al zou kunnen worden aangenomen dat sprake is van onderscheid naar ras of etniciteit.

Het voorgaande klemmt te meer gelet op de onderscheidingsgrond afstamming. Ingevolge deze grond vallen de afstammelingen van de Nederlanders uit de BES-eilanden immers onder de toelatingsregeling, terwijl deze eilanden tot het land Nederland behoren. Binnen één land – Nederland – worden Nederlanders met een Caribische (BES) afstamming aldus anders behandeld dan Nederlanders met een Europese afstamming, waarbij sterke twijfels bestaan over de objectieve rechtvaardiging daarvan.

### **III. De tweede voorlichtingsvraag**

Hierna gaat de Afdeling in op de vraag of de zojuist getrokken conclusie ter beantwoording van de eerste vraag mogelijk anders zou kunnen luiden wanneer wel enige differentiatie plaatsvindt waardoor het toepassingsbereik van het voorstel wordt beperkt. De tweede voorlichtingsvraag lijkt dit te beogen, omdat daarbij het uitgangspunt lijkt te gelden dat de groep Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten op wie de voorgestelde toelatingsregeling van toepassing is, wordt ingeperkt. In de volgende punten gaat de Afdeling in op de voorgestelde beperking van het toepassingsbereik tot de groep Nederlanders die geen startkwalificatie of een strafblad hebben in relatie tot de gelijke behandelingstoets (zie punt I.2). Zij merkt daarbij op dat het aan de wetgever is om voor beide criteria (strafblad en startkwalificatie) zwaarwegende argumenten aan te dragen om te kunnen concluderen dat het (in)directe onderscheid naar nationale afkomst gerechtvaardigd is. Bij het verzoek om voorlichting is uitsluitend de vraag gesteld in hoeverre er ruimte is om de verplichting om een vestigingsvergunning aan te vragen slechts van toepassing te

verklaren op personen die een strafblad hebben of die geen startkwalificatie hebben. De keuze voor deze twee criteria wordt in het verzoek niet met argumenten onderbouwd.

Om toch zoveel mogelijk aan het verzoek te kunnen voldoen, betreft de Afdeling bij de beantwoording van de tweede voorlichtingsvraag in hoeverre er ruimte is voor een vestigingsregeling als deze van toepassing is op personen uit Aruba, Curaçao of Sint Maarten met een strafblad of zonder startkwalificatie, de argumenten die in de gewijzigde memorie van toelichting met het oog daarop zijn aangedragen. Zij wijst daarbij op kwetsbaarheden van het voorstel.

### **III.1. De criteria «strafblad» en «startkwalificatie»**

Alvorens te bezien hoe het in de tweede voorlichtingsvraag bedoelde zich verhoudt tot de gelijke behandelingsnormen, maakt de Afdeling opmerkingen over de begrippen «strafblad» en «startkwalificatie».

#### *a. Strafblad*

De Afdeling begrijpt de term «strafblad» zo, dat daarmee wordt bedoeld dat de betrokkene in het verleden een strafbaar feit heeft gepleegd waarvoor hij is veroordeeld. De voorlichtingsvraag preciseert dit echter niet, en maakt bijvoorbeeld niet duidelijk om welke strafbare feiten het gaat (misdrijven, overtredingen). Om enig houvast te hebben, gaat de Afdeling er bij de beantwoording van deze vraag van uit dat met «strafblad» wordt bedoeld dat de betrokkene is veroordeeld tot een vrijheidsstraf (in Aruba, Curaçao dan wel Sint Maarten) wegens een misdrijf of dat hij aldaar een transactieaanbod wegens misdrijf heeft aanvaard. Deze omschrijving was vervat in de weigeringsgrond die was opgenomen in het oorspronkelijke voorstel, zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State.<sup>46</sup>

#### *b. Startkwalificatie*

Een «startkwalificatie» wordt in de Leerplichtwet 1969<sup>47</sup> gedefinieerd als een diploma van een opleiding<sup>48</sup> of een diploma hoger algemeen voortgezet onderwijs of voorbereidend wetenschappelijk onderwijs.<sup>49</sup>

Het ontbreken van een startkwalificatie kwam als weigeringsgrond voor in het oorspronkelijke voorstel zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State.<sup>50</sup> Daarin was bepaald dat een vergunning tot verblijf kan worden afgewezen indien de aanvrager niet beschikt over een startkwalificatie die aansluit bij de Nederlandse arbeidsmarkt.<sup>51</sup> Voorts was bepaald dat de aanvrager aan de kwalificatieplicht voldoet wanneer hij beschikt over a) een startkwalificatie<sup>52</sup> of b) beschikt over een diploma of getuigschrift van een beroepsopleiding van twee jaar of langer in Aruba, Curaçao of Sint Maarten, of c) beschikt over werkervaring van meer dan drie jaren in Aruba, Curaçao dan wel Sint Maarten. De Afdeling

<sup>46</sup> Artikel 5, eerste lid, onderdeel f, van het oorspronkelijke voorstel.

<sup>47</sup> In artikel 1, onder f, van de Leerplichtwet 1969. De kwalificatieplicht is ingevoerd bij Wet van 24 mei 2007, Stb. 2007, 203, Kamerstukken 2006/07, 30 901.

<sup>48</sup> Als bedoeld in artikel 7.2.2, eerste lid onder b tot en met e, van de Wet educatie en beroepsonderwijs.

<sup>49</sup> Dit is een diploma MBO niveau 2 of een diploma HAVO of VWO, zie artikel 7 onderscheidenlijk 8 van de Wet op het voortgezet onderwijs.

<sup>50</sup> Artikel 5, eerste lid, onder d, van het oorspronkelijke voorstel.

<sup>51</sup> Artikel 5, eerste lid, aanhef en onder d, van het oorspronkelijke voorstel.

<sup>52</sup> Als bedoeld in artikel 1, onderdeel f, van de Leerplichtwet 1969.

gaat, evenals bij de omschrijving van «strafblad», uit van de omschrijving in het oorspronkelijke voorstel.

*c. Selectie bij de aanvraag vestigingsvergunning en bij de beoordeling van de aanvraag: twee fasen*

De beperking van het toepassingsbereik van de toelatingsregeling tot Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten die een strafblad hebben of niet beschikken over een startkwalificatie, betekent naar het oordeel van de Afdeling dat de toelatingsregeling in twee fasen wordt toegepast. De eerste fase houdt in dat zal worden beoordeeld of de betrokkene vanwege een strafblad of ontbreken van een startkwalificatie onder de werkingssfeer van de wet valt en daarom een vergunning tot vestiging moet aanvragen. In lijn met de in de tweede voorlichtingsvraag genoemde criteria zijn immers alleen Nederlanders van Aruba, Curaçao of Sint Maarten die een strafblad hebben of die niet over een startkwalificatie beschikken verplicht een aanvraag voor een vestigingsvergunning in te dienen. Nederlanders uit de drie genoemde landen zonder strafblad die beschikken over een startkwalificatie vallen dus niet onder het toepassingsbereik van het voorstel en kunnen zich vrij vestigen in Nederland, dat wil zeggen zonder vestigingsvergunning. Zij hoeven die vergunning dan ook niet aan te vragen.

Als vastgesteld is dat de betrokkene een strafblad heeft of niet in het bezit is van vereiste diploma's, is hij verplicht een vestigingsvergunning aan te vragen. Dan komt een beoordeling van de aanvraag aan de orde (de tweede fase). De vergunningaanvraag wordt beoordeeld aan de hand van de criteria van het aangepaste wetsvoorstel.<sup>53</sup> Daarbij zal dan bijvoorbeeld worden beoordeeld of de aanvrager – kort gezegd – over voldoende bestaansmiddelen beschikt of een ernstige en actuele bedreiging vormt van de openbare orde.

Ziet de Afdeling het goed dan lijkt het noodzakelijk dat bij inschrijving in de Basisregistratie personen (BRP) van *alle* Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten wordt gevraagd of zij een strafblad hebben en of zij over een startkwalificatie beschikken, dan wel een vergelijkbaar

<sup>53</sup> Deze criteria zijn vervat in artikel 7 van het aangepaste voorstel:

1. De toelating tot vestiging wordt verleend indien de aanvrager:
  - a. in Nederland werknemer of zelfstandige is;
  - b. voor zichzelf en voor zijn gezinsleden over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van de bijstand, en over een verzekering beschikt die de ziekte- kosten volledig dekt;
  - c. aantoont dat hij door een in Nederland gevestigde onderwijsinstelling is toegelaten voor het volgen van voltijd onderwijs aan die instelling en over voldoende middelen van bestaan beschikt; of
  - d. een gezinslid is van een Nederlander, bedoeld in artikel 2, die voldoet aan de voorwaarden onder a, b of c, een andere Nederlander, die voldoet aan de voorwaarden onder a, b of c, of van een legaal verblijvende vreemdeling, die voldoet aan de voorwaarden onder a, b of c, en hij deze burger begeleidt of zich bij hem voegt.
2. Onverminderd het eerste en tweede lid wordt de aanvraag voor de toelating tot vestiging afgewezen indien de aanvrager:
  - a. op grond van artikel 16 teruggeleid is, tenzij Onze Minister de toegang noodzakelijk acht op grond van klemmende redenen van humanitaire aard, in het belang van Nederland, de onderlinge landsbetrekkingen of de internationale betrekkingen;
  - b. een ernstige en actuele bedreiging van de Nederlandse openbare orde vormt;
  - c. onjuiste gegevens heeft verstrekt dan wel gegevens heeft achtergehouden die relevant zijn voor de beoordeling van de aanvraag; of
  - d. zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft gevestigd.
3. De toelating tot vestiging wordt niet geweigerd indien weigering, gelet op alle betrokken belangen, onevenredig zou zijn.
4. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de toepassing van dit artikel.

document en diploma's kunnen overleggen. Alleen als gegevens van alle Nederlanders uit de drie landen beschikbaar zijn, kan immers worden beoordeeld of zij een vergunning nodig hebben. Concluderend merkt de Afdeling op dat de criteria «strafblad» en «startkwalificatie» de groep van personen die een vestigingsvergunning moet aanvragen inderdaad verkleinen. Tegelijkertijd kunnen deze criteria alleen dan werkbaar zijn als eerst *alle* Nederlanders van de overzeese gebieden de gegevens omtrent hun strafblad en startkwalificatie overleggen. In die zin is de regeling algemeen en treft zij alle Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten.

### **III.2. De gelijke behandelingstoets voor de tweede vraag**

In het hiernavolgende wordt ingegaan op de vraag of sprake kan zijn van een gerechtvaardigd onderscheid indien Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten (onderscheiden naar woonland, hoofdverblijf of afstamming) met een strafblad of zonder startkwalificatie een vestigingsvergunning moeten aanvragen, waarbij zij moeten voldoen aan de vereisten zoals in het aangepaste wetsvoorstel vermeld. Daarbij zal het beoordelingskader worden gehanteerd zoals onder punt I.2 is uitgewerkt. Achtereenvolgens zal worden gezien of en welk onderscheid tussen welke groepen wordt gemaakt (a. en b.) en zal worden ingegaan op de vereisten voor een objectieve rechtvaardiging (c.).

#### *a. De vergelijkingstoets*

De eerste vraag die moet worden beantwoord is of onderscheid wordt gemaakt en zo ja, tussen welke (groepen van) personen. Er zijn drie relevante vergelijkingsgroepen denkbaar. Allereerst zijn dat de Nederlanders uit het land Nederland. Een vergelijking met deze groep ligt voor de hand in verband met het ongedeelde Nederlanderschap. Vervolgens kunnen dat de Unieburgers uit andere lidstaten en hun familieleden zijn, voor zover zij rechten ontleen aan het Unierecht. Tot slot kunnen dat de overige vreemdelingen zijn (derdelanders) voor wie het verblijfsrecht wordt bepaald door het nationale recht.

#### *– strafblad*

Anders dan voor Nederlanders uit het land Nederland geldt dat het hebben van een strafblad voor Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, consequenties kan hebben voor het verblijfsrecht in (het land) Nederland. Het hebben van een strafblad betekent immers dat zij onder de werkingssfeer van het wetsvoorstel komen en daarom een vestigingsvergunning nodig hebben.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Met uitzondering van degenen die Europees-Nederlandse ouders hebben, op grond van artikel 2, derde lid, van het gewijzigde voorstel.

Nederlanders uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten worden ook verschillend behandeld ten opzichte van andere Unieburgers. Unieburgers hoeven geen vestigingsvergunning te hebben om zich in Nederland te kunnen vestigen, ook al hebben ze een strafblad.<sup>55</sup>

– *startkwalificatie*

De Afdeling merkt op dat – evenals in het voorgaande bij het strafblad is vermeld – ook hier geldt dat er wel een verschil in behandeling is tussen Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten enerzijds en de overige Nederlanders en Unieburgers anderzijds in die zin, dat deze laatste groepen, ook al hebben ze geen startkwalificatie, geen vestigingsvergunning nodig hebben en de doelgroep van het wetsvoorstel wél.<sup>56</sup>

*b. Onderscheidingsgronden*

Zoals de Afdeling reeds bij de beantwoording van de eerste voorlichtingsvraag heeft geconstateerd brengt het onderscheid naar woonland, hoofdverblijf en afstamming een onderscheid naar «nationale afkomst» met zich mee. Bij het onderscheid naar woonland en hoofdverblijf is dat een indirect onderscheid naar nationale afkomst. Bij het onderscheid naar afstamming betreft het een direct onderscheid naar nationale afkomst. Als het gaat om direct en indirect onderscheid naar nationale afkomst zoals hier aan de orde, moeten er voor het onderscheid zwaarwegende redenen zijn wil dat onderscheid gerechtvaardigd zijn. Indien al aangenomen zou kunnen worden dat sprake is van een onderscheid naar ras of etniciteit is de rechtvaardigingstoets, zoals reeds opgemerkt, nog strenger.

*c. De rechtvaardigingstoets*

Bij de rechtvaardigingstoets worden twee vragen beantwoord (zie de gelijke behandelingstoets in punt I.2.). Ten eerste is de vraag of het doel legitiem is. De tweede vraag is of het middel geschikt en noodzakelijk is om dit doel te bereiken en of er een redelijke verhouding bestaat tussen doel en middel. De vragen met betrekking tot de geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van het middel worden hieronder voor de beide in de tweede voorlichtingsvraag genoemde criteria «strafblad» en «startkwalificatie» afzonderlijk besproken.

<sup>55</sup> Het verblijfsrecht van Unieburgers in een ander lidstaat kan wel aan beperkingen worden onderworpen om redenen van de openbare orde (artikel 27, eerste lid, van richtlijn 2004/38/EG). Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen reden om het verblijfsrecht te beperken. De beoordeling of sprake is van redenen van openbare orde dient uitsluitend te zijn gebaseerd op het gedrag van de betrokkene. Dit gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen (artikel 27, tweede lid, van richtlijn 2004/38/EG). Voor verwijdering van Unieburgers die een duurzaam verblijf genieten gelden nog strengere eisen: er moet sprake zijn van «ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid» (artikel 38, tweede lid, van richtlijn 2004/38/EG). In het gewijzigde voorstel is de grond «een ernstige en actuele bedreiging van de Nederlandse openbare orde» opgenomen (artikel 7, tweede lid onder b).

<sup>56</sup> De Unieburgers dienen wel aan een aantal voorwaarden te voldoen als ze zich in een ander lidstaat willen vestigen. Op grond van artikel 7 van richtlijn 2004/38/EG heeft iedere burger van de Unie het recht gedurende meer dan drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat te verblijven indien hij, o.a. een zelfstandige of werknemer in het gastland is (onder a) of indien hij voor zichzelf of voor zijn familieleden over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van het socialebijstandstelsel van het gastland en over een verzekering beschikt die de ziektekosten in het gastland volledig dekt (dit zijn ook de toelatingsgronden van artikel 7 van het gewijzigde voorstel). Het feit dat de betrokkene of zijn familieleden een beroep doen op het socialebijstandstelsel van een gastland leidt niet automatisch tot een verwijderingsmaatregel (artikel 14, derde lid, van richtlijn 2004/38/EG).

## Legitimiteit van het doel

Met het voorstel wordt beoogd de bescherming van de openbare orde en de bescherming van het economische welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand. Deze doelen zijn op zichzelf legitiem.

## Geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van het middel

### *– strafblad*

Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten met een strafblad moeten een vergunning aanvragen als zij zich in Nederland willen vestigen. Het ontbreken van een strafblad wordt gehanteerd als *middel* om het legitieme *doel*, in dit geval bescherming van de openbare orde in Nederland, te bereiken. De vraag is of het criterium «strafblad» geschikt, noodzakelijk en proportioneel is om dit doel te bereiken.

De Afdeling gaat hieronder in op de in de gewijzigde memorie van toelichting gebruikte argumenten om het maken van onderscheid naar nationale afkomst bij het hebben van een strafblad te rechtvaardigen. De Afdeling beoordeelt het criterium «strafblad» in het licht van het doel dat daarmee wordt nagestreefd en in relatie tot de «openbare orde-grond» zoals genoemd in artikel 7 van het gewijzigde voorstel waarop de toelating wordt geweigerd. Voor het maken van het hier bedoelde onderscheid is een zwaarwegende motivering nodig die naar het oordeel van de Afdeling vooralsnog niet uit deze gewijzigde memorie van toelichting kan worden afgeleid. De Afdeling motiveert dit als volgt.

In de eerste plaats wijst de Afdeling op het gebrek aan cijfermatige onderbouwing. Zij merkt daartoe het volgende op.

De eis van een vestigingsvergunning wordt gesteld aan diegenen die een strafblad hebben. Dat geschiedt om de Nederlandse openbare orde te beschermen. Om te kunnen beoordelen of het strafblad kan worden beschouwd als een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel om het doel (bescherming van de openbare orde) te bereiken, is inzicht nodig in de mate waarin personen met een strafblad uit de drie landen de Nederlandse openbare orde bedreigen. Gegevens met betrekking tot de vraag in welke mate Nederlanders uit de genoemde drie landen, die in Nederland ernstige criminele gedragingen hebben getoond, reeds vóór hun aankomst in Nederland al een strafblad hadden, zijn niet in de gewijzigde memorie van toelichting opgenomen en ontbreken derhalve. Nu een vestigingsregeling wordt voorgesteld voor diegenen uit de drie genoemde landen die een strafblad hebben teneinde de Nederlandse openbare orde te beschermen, maar geenszins duidelijk is in hoeverre deze personen de Nederlandse openbare orde bedreigen, kan bij het criterium «strafblad» moeilijk worden gesproken van een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel. De Afdeling voegt hier nog aan toe dat de objectieve rechtvaardigingstoets met zich brengt dat inzicht in de vraag in hoeverre personen met een strafblad de Nederlandse openbare orde bedreigen, voor elk van de drie landen afzonderlijk dient te worden gegeven.

Daarnaast wijst de Afdeling bij criminaliteit onder Nederlanders uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten op het ontbreken van inzicht in de omvang van het probleem. Duidelijk is dat sprake is van een hardnekkige problematiek die serieuze aandacht behoeft en om een oplossing vraagt. Het is echter onvoldoende duidelijk welk aandeel personen uit de drie genoemde

landen hebben in het totaal aan (zware) criminaliteit in Nederland.<sup>57</sup> Dit is van belang om vast te kunnen stellen of hier sprake is van een zodanig ernstige aantasting van de openbare orde dat een algemene toelatingsregeling, waarbij onderscheid tussen Nederlanders naar hun nationale afkomst wordt gemaakt, kan worden gerechtvaardigd.

Met betrekking tot de cijfers waarnaar in de gewijzigde memorie van toelichting wordt verwezen<sup>58</sup> merkt de Afdeling nog het volgende op. Deze cijfers lijken te ongedifferentieerd om als zwaarwegende rechtvaardiging te kunnen gelden. Zij zijn niet gepreciseerd naar herkomst, zodat ze geen inzicht geven in het aandeel dat Arubanen, Curaçaoënaars of Sint Maartenaren zouden hebben in de criminaliteit. Daarnaast worden bij dit cijfermateriaal onder Antillianen ook de Nederlanders van de BES-eilanden gerekend. Tot slot kan uit de informatie omtrent «verdachten» niet worden afgeleid of deze personen daadwerkelijk door de rechter schuldig zijn bevonden aan strafbare feiten.<sup>59</sup> Gelet op het ontbreken van inzicht in het aandeel van Nederlanders van elk van de drie genoemde landen in het totaal aan criminaliteit in Nederland, kan op voorhand moeilijk worden geconcludeerd dat bij het criterium «strafblad» sprake is van een middel dat geschikt, noodzakelijk en proportioneel is om het doel te bereiken.

In de tweede plaats maakt de Afdeling een opmerking over de reikwijdte van het criterium «strafblad» in het licht van de proportionaliteitseis. Het hebben van een strafblad betekent dat de betrokkene onder de werkingssfeer van de toelatingsregeling valt en een vestigingsvergunning moet aanvragen (eerste fase). Het criterium «strafblad» fungeert zo als een eerste filter om een risicogroep te bepalen. Bij de beoordeling van zijn aanvraag (tweede fase) wordt o.a. specifiek gekeken of de betrokkene een ernstige en actuele bedreiging vormt voor de openbare orde (zie punt III.1.c. hiervoor). Als hij een dergelijke bedreiging vormt, wordt zijn verzoek om een vestigingsvergunning afgewezen en mag hij zich niet in Nederland vestigen.

Zoals eerder is opgemerkt heeft de toepassing van het criterium «strafblad», evenals het criterium «startkwalificatie», tot gevolg dat iedere Nederlander van de overzeese gebieden de gegevens omtrent zijn strafblad moet overleggen. Het recht op vestiging zal echter alleen aan degenen worden ontzegd die een ernstige en actuele bedreiging voor de openbare orde vormen (weigeringsgrond van artikel 7, lid 2, onder b van het gewijzigde voorstel). Met andere woorden: de toepassing van het selectiecriterium «strafblad» in de eerste stap bij de beoordeling wie een vestigingsaanvraag moet indienen heeft tot gevolg dat elke Nederlander van elk land wordt getroffen omdat hij zal moeten aangeven of hij een strafblad heeft en de gegevens omtrent zijn eventuele strafblad zal moeten overleggen. Dit, terwijl ten opzichte van al degenen die de vraag omtrent een strafblad wordt voorgehouden slechts een beperkte groep van personen, namelijk die welke een actuele en ernstige bedreiging voor de openbare orde vormen, zal worden geweerd. Gelet op de noodzakelijk brede toepassing van het criterium «strafblad» moet aan de proportionaliteit ervan, bij gebrek aan een zwaarwegende motivering die bij onderscheid naar nationale afkomst is vereist, ernstig worden getwijfeld. Volledigheidshalve merkt de Afdeling op dat ook als het criterium «strafblad» zou worden geschrapt, de bezwaren ten aanzien van de

<sup>57</sup> Zie het Jaarrapport Integratie 2012 van het Centraal Bureau voor de Statistiek. In de vergelijkingen en statistieken is sprake van «verdachten» en worden Caribische Nederlanders als geheel aangeduid als «Antillianen» en beschreven als niet-westerse allochtonen.

<sup>58</sup> Zie Kamerstukken II 2012/13, 33 325, nr. 6, blz. 2.

<sup>59</sup> Evenmin is overigens duidelijk of de Antilliaanse verdachten bij hun vertrek uit Caribisch Nederland «Antillianen» zijn die in Nederland zijn geboren of er reeds lange tijd hebben verbleven of dat zij recentelijk naar Nederland zijn gekomen.

proportionaliteit van de regeling, zoals bij de eerste voorlichtingsvraag vermeld, blijven gelden.

Tot slot merkt de Afdeling op dat in de toelichting niet wordt ingegaan op de bezwaren bij de effectiviteit van de voorgestelde toelatingsregeling, die ook voor het criterium «strafblad» (en «startkwalificatie» die hierna aan de orde komt) gelden. Zo wijst de Afdeling erop dat de Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, die zich eerst in een andere lidstaat van de Europese Unie hebben gevestigd en vervolgens naar Nederland reizen niet kunnen worden verplicht een vestigingsvergunning aan te vragen, ook al hebben ze een strafblad (en zijn ze niet in het bezit van een startkwalificatie). Omdat in dat geval gebruik is gemaakt van vrij verkeersrechten, gelden voor deze Nederlanders dezelfde regels als voor andere Unieburgers die naar Nederland reizen.<sup>60</sup> Dit betekent dat het vallen onder de werking van de regeling kan worden omzeild. Overigens gelden voor hen wel de voorwaarden van het Unierechtelijke vrij verkeer van personen dat zij geen actuele, werkelijke en ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving (openbare orde of openbare veiligheid) vormen en over voldoende middelen van bestaan beschikken.<sup>61</sup>

Het is aan de wetgever om de zwaarwegende redenen te identificeren die een onderscheid naar nationale afkomst bij het hebben van een strafblad kunnen rechtvaardigen. Gelet op het voorgaande heeft de Afdeling sterke twijfels of de voorwaarde van het ontbreken van een strafblad (zodat de betrokkene zich vrij kan vestigen en geen aanvraag om een vestigingsvergunning hoeft te doen) een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel is ter bescherming van de Nederlandse openbare orde. Deze sterke twijfels maken dat het onderscheid naar nationale afkomst vooralsnog niet als objectief gerechtvaardigd kan worden beschouwd.

#### – startkwalificatie

Als Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten niet over een startkwalificatie beschikken, moeten zij een vestigingsvergunning aanvragen. Het vereist van een startkwalificatie is dus het *middel* is om het legitieme *doel*, namelijk de bescherming van het economische welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand, te bereiken. De vraag is of het criterium startkwalificatie een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel is om het doel te bereiken.

De Afdeling gaat hieronder in op de in de gewijzigde memorie van toelichting gebruikte argumenten om het maken van onderscheid naar nationale afkomst bij het niet beschikken over een startkwalificatie te rechtvaardigen. De Afdeling beoordeelt het criterium «startkwalificatie» in het licht van het doel dat daarmee wordt nagestreefd en in relatie tot de toelatingsgronden genoemd in artikel 7 van het gewijzigde voorstel waarop de toelating wordt verleend. Voor het maken van het hier bedoelde onderscheid is een zwaarwegende motivering nodig die naar het oordeel van de Afdeling vooralsnog niet uit deze gewijzigde memorie van toelichting kan worden afgeleid. De Afdeling motiveert dit als volgt.

<sup>60</sup> Zie de einduitspraken van de AbRS over het afgeleid verblijfsrecht voor derdelanders die familielid zijn van Unieburgers die in een ander lidstaat hebben gewoond en vervolgens terugkeren naar hun eigen land. Daaruit blijkt dat de betrokkene Unieburger in dat geval een bestendig verblijf moet hebben gehad in een ander lidstaat. Zie AbRS 20 augustus 2014, nrs. 201108529/1/V4 (O), 201011889/1/V4 (S) en 201007849/1/V2 (S).

<sup>61</sup> Voor de gedetailleerde voorwaarden zie de artikelen 7, eerste lid, 27 en 28 van verblijfsrichtlijn 2004/38/EG (voetnoten 55 en 56).

In de eerste plaats wijst de Afdeling op de kwetsbare aannames die ten grondslag liggen aan de functie van het criterium «startkwalificatie» en het gebrek aan cijfermatige onderbouwing van deze aannames en van de omvang van het probleem. De algemene aanname dat mensen met een startkwalificatie een betere uitgangspositie hebben op de arbeidsmarkt dan diegenen die geen startkwalificatie hebben en derhalve minder snel een beroep doen op sociale voorzieningen, is niet van enige logica ontbloot. De vraag is echter of deze algemene aanname maakt dat sprake is van een geschikt, proportioneel en noodzakelijk middel om het doel te bereiken. Niet is uitgesloten dat de betrokkenen, ondanks het feit dat zij een startkwalificatie hebben, geen werk (kunnen) vinden en daarom bijstand aanvragen. Gegevens met betrekking tot de vraag naar de feitelijke situatie ontbreken.<sup>62</sup>

Daarnaast wijst de Afdeling op het ontbreken van een inzicht in de omvang van het probleem.<sup>63</sup> Daarbij merkt zij op dat het beroep dat Nederlanders uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten op de sociale voorzieningen doen weliswaar groot is, als dit wordt gezien in het licht van de Nederlanders uit die landen die zich in Nederland vestigen. Het doel van de voorwaarde van een startkwalificatie om zich vrij in Nederland te kunnen vestigen, is echter het tegengaan van een onevenredig gebruik van de sociale voorzieningen, zoals de bijstand. De vraag is of van een zodanig onevenredig gebruik van sociale voorzieningen sprake is dat een algemene toelatingsregeling is gerechtvaardigd. Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet het beroep van de Nederlanders uit de drie genoemde landen worden gezien in de context van het totaal aan bijstandskosten. De vraag is dan wat het aandeel is in het totaal van bijstandsuitkeringen in Nederland dat wordt uitgekeerd aan Nederlanders uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Daarenboven is het van belang inzicht te hebben in de mate waarin Nederlanders uit de genoemde drie landen, die in Nederland een onevenredig beroep doen op sociale voorzieningen, zoals de bijstand, reeds vóór hun aankomst in Nederland geen startkwalificatie hadden. Gelet op het ontbreken van feiten ter zake, kan moeilijk worden geconcludeerd dat bij het criterium «startkwalificatie» sprake is van een middel dat geschikt, noodzakelijk en proportioneel is om het doel te bereiken. De Afdeling voegt hier nog aan toe dat – evenals bij het criterium «strafblad» – de objectieve rechtvaardigingstoets met zich brengt dat inzicht in de vraag in hoeverre personen zonder een startkwalificatie een onevenredig beroep doen op sociale voorzieningen, voor elk van de drie landen afzonderlijk dient te worden gegeven.

In de tweede plaats maakt de Afdeling een opmerking over het criterium startkwalificatie in relatie tot de toelatingsgronden genoemd in artikel 7 van het gewijzigde voorstel. Ingevolge dit gewijzigde voorstel wordt de toelating tot vestiging onder meer verleend indien – kort gezegd – de aanvrager in Nederland werknemer of zelfstandige is (toelatingsgrond a.) dan wel voor zichzelf en zijn gezin over voldoende bestaansmiddelen beschikt en over een (adequate) ziektekostenverzekering (toelatingsgrond b.). Deze toetsingsvoorwaarden worden juist gesteld – zo expliciteert de voorgestelde wettekst – om te voorkomen dat een beroep wordt gedaan op de sociale voorzieningen.<sup>64</sup> Ook als is aangetoond dat de betrokkene door een onderwijsinstelling is toegelaten en over voldoende middelen

<sup>62</sup> Evenals bij het strafblad geldt ook hier dat de cijfers uit het Jaarrapport Integratie 2012 van het CBS waarop in de gewijzigde memorie van toelichting naar wordt verwezen onvoldoende houvast bieden. In de statistieken worden Caribische Nederlanders als geheel aangeduid als «Antillianen» en beschreven als niet-westerse allochtonen.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> Artikel 7, eerste lid onder b, van het gewijzigde voorstel luidt: «b. voor zichzelf en voor zijn gezinsleden over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van de bijstand, en over een verzekering beschikt die de ziekte- kosten volledig dekt;».

van bestaan beschikt (toelatingsgrond c.), wordt toelating tot vestiging ingevolge het gewijzigde voorstel verleend. Omdat het in het gewijzigde voorstel aannemelijk wordt geacht dat het doel (voorkomen van onevenredig beroep op sociale voorzieningen) kan worden bereikt met de toelatingsgronden zoals hierboven weergegeven, is de vraag wat de toegevoegde waarde van het criterium «startkwalificatie» dan nog is en daarmee de vraag of dit wel een geschikt en noodzakelijk middel is om het doel te bereiken. Immers, ook als de betrokkene geen startkwalificatie heeft maar wel werknemer of zelfstandige in Nederland is (toelatingsgrond a) of beschikt over voldoende bestaansmiddelen voor zichzelf en zijn gezinsleden (toelatingsgrond b), of door een onderwijsinstelling is toegelaten en over voldoende bestaansmiddelen beschikt (toelatingsgrond c) kan het doel worden bereikt. Gelet op deze twijfels omtrent de toegevoegde waarde van het criterium «startkwalificatie» is de geschiktheid, proportionaliteit en noodzaak van dit middel niet overtuigend aangetoond. Volledigheidshalve merkt de Afdeling op dat ook al zou het criterium «startkwalificatie» worden geschrapt, dan de bezwaren ten aanzien van de proportionaliteit van de regeling, zoals bij de eerste voorlichtingsvraag vermeld, blijven gelden.

Het is aan de wetgever om de zwaarwegende redenen die een onderscheid naar nationale afkomst in combinatie met het criterium van de startkwalificatie kunnen rechtvaardigen, te bepalen. Gelet op het voorgaande heeft de Afdeling sterke twijfels of de voorwaarde van het hebben van een startkwalificatie (zodat de betrokkene zich vrij kan vestigen en geen aanvraag om een vestigingsvergunning hoeft te doen) een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel is ter bescherming van het economische welzijn door het tegengaan van een onevenredig gebruik van sociale voorzieningen zoals de bijstand. Deze twijfels maken dat het onderscheid naar nationale afkomst vooralsnog moeilijk als objectief gerechtvaardigd kan worden beschouwd.

#### *d. Conclusie*

In antwoord op de tweede voorlichtingsvraag concludeert de Afdeling dat het hebben van een strafblad of het ontbreken van een startkwalificatie bij Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten maakt dat deze personen worden verplicht een vestigingsvergunning aan te vragen. Met deze twee criteria wordt de groep die onder de werking van het wetsvoorstel valt, verkleind.<sup>65</sup> Tegelijkertijd kunnen deze criteria alleen dan werkbaar zijn als eerst *alle* Nederlanders van de overzeese gebieden de gegevens omtrent hun strafblad en startkwalificatie overleggen. In die zin is de regeling algemeen. Bij zowel het hebben van een strafblad als bij het ontbreken van een startkwalificatie zijn er echter sterke twijfels of het onderscheid dat daarmee wordt gemaakt naar nationale afkomst, kan worden gerechtvaardigd. Het onderscheid naar nationale afkomst kan vooralsnog moeilijk als objectief gerechtvaardigd worden beschouwd. Indien al zou kunnen worden aangenomen dat sprake zou (kunnen) zijn van onderscheid naar etniciteit of ras, geldt dit temeer omdat dan nog zwaardere eisen worden gesteld aan de objectieve rechtvaardiging dan bij de grond nationale afkomst.

Het voorgaande klemmt te meer gelet op de onderscheidingsgrond afstamming. Ingevolge deze grond, in combinatie met de criteria «strafblad» en «startkwalificatie», kunnen de afstammelingen van de Nederlanders uit de BES-eilanden immers onder de toelatingsregeling

<sup>65</sup> Dit blijkt ook uit de beantwoording van de vragen van de verschillende fracties in de Tweede Kamer aan de initiatiefnemer in de Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33 325, nr. 8, blz. 10.

vallen en dienen zij een vestigingsvergunning aan te vragen. Dit terwijl deze eilanden tot het land Nederland behoren. Binnen één land – Nederland – worden Nederlanders met een Caribische (BES) afstamming aldus anders behandeld dan Nederlanders met een Europese afstamming, waarbij sterke twijfels bestaan over de objectieve rechtvaardiging daarvan.

De vice-president van de Raad van State,  
J.P.H. Donner