

Vergaderjaar 2011–2012

33 131

Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een constitutionele basis voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het regelen van de betrokkenheid van hun algemeen vertegenwoordigende organen bij de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 14 juli 2011 en het nader rapport d.d. 14 december 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de minister-president, minister van Algemene Zaken. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 6 april 2011, no. 11.000857, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een constitutionele basis voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het regelen van de betrokkenheid van hun algemeen vertegenwoordigende organen bij de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe de staatkundige positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: BES-eilanden) in de Grondwet vast te leggen. Het wetsvoorstel beoogt verder:

- dat de grondwettelijke regels die gelden voor provincies en gemeenten van overeenkomstige toepassing worden op Bonaire, Sint Eustatius en Saba; die regels zijn nu alleen vastgelegd op wettelijk niveau. Dit is met name van belang voor het beginsel van lokale autonomie en voor de democratische basis van het openbaar lichaam;*
- dat er een grondwettelijke regeling komt voor het kiesrecht voor de eilandsraden en voor de Eerste Kamer.*

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt, na een korte schets van de context van de staatkundige positie van de BES-eilanden, opmerkingen over de voorgestelde differentiatieclausule, over het kiesrecht van niet-Nederlandse ingezetenen en over het ontbreken van

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

een taalbepaling. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 6 april 2011, nr. 11.000857, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 juli 2011, nr. W01.11.0115/I, bied ik U hierbij aan. De Afdeling geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De opmerkingen van de Afdeling advisering van de Raad van State worden in het navolgende besproken. Daarbij worden de volgorde en nummering van het advies van de Afdeling aangehouden.

1. Context

Op 10 oktober 2010 is het land Nederlandse Antillen opgeheven. De eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba zijn krachtens wijziging van het Statuut deel gaan uitmaken van het Nederlandse staatsbestel. Zij hebben de status gekregen van openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet en behoren niet tot een provincie of een gemeente. In de periode tot aan de transitiedatum is alle regelgeving die van toepassing was in de openbare lichamen, opnieuw vastgesteld. Thans wordt ook de Grondwet op de nieuwe rechtstoestand afgestemd: de Grondwet gaat specifiek melding maken van «andere territoriale openbare lichamen dan provincies en gemeenten» die in het Caribisch deel van Nederland kunnen worden ingesteld (en intussen al zijn ingesteld).

In de voorlichting die afdeling I van de Raad van State op 18 september 2006 heeft uitgebracht, is reeds uitgebreid ingegaan op de beoogde staatkundige positie van de BES-eilanden.¹ De Afdeling refereert in dat verband aan de in het Hoofdlijnenakkoord neergelegde overeenstemming over een bestuursvorm waarbij de eilanden Bonaire, Saba en Sint Eustatius rechtstreeks met Nederland verbonden zijn. De hiermee gemaakte keuze wordt niet goed weergegeven door de drie eilanden aan te duiden als «Koninkrijkseilanden» of «Koninkrijksgebieden». Dit zou immers niet duiden op een rechtstreekse relatie met Nederland, maar met het Koninkrijk als geheel.

Bij de keuze voor een directe relatie met Nederland achtte afdeling I het model van de Nederlandse gemeente evenmin zonder meer bruikbaar. Naar bevolkingsomvang, taken en problemen onderscheiden de BES-eilanden zich sterk van gemeenten. De grote afstand, het insulaire karakter (met bijgevolg eigen lucht- en zeehavens op elk der eilanden), de kleine oppervlakte, een moeilijk reliëf en de economische afhankelijkheid van slechts enkele producten wijzen er al op dat niet zonder meer op het bekende model van de gemeente kan worden teruggevallen.

Afdeling I kwam daarom tot de conclusie dat geen van deze twee relatief eenvoudige modellen een passend antwoord geeft op de behoeften van de betrokken drie eilanden. Zij gaf daarom in overweging de drie eilanden een positie te verschaffen binnen het Nederlandse staatsbestel die rekening houdt met de bijzondere eisen die aan het bestuur worden gesteld. Dit zou kunnen door deze gebieden, in plaats van ze op te nemen in de gewone structuur van de Nederlandse territoriale decentralisatie (provincies, gemeenten), bij speciale wettelijke regelingen in te richten als openbare lichamen in de zin van artikel 134 van de Grondwet. Verder wees afdeling I erop dat de ingezetenen van de drie eilanden die Nederlander zijn, overeenkomstig artikel 3 van het Eerste Protocol bij het

¹ Kamerstukken II 2006/07, 30 800 IV, nr. 3.

Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), het kiesrecht voor het Nederlandse parlement moeten kunnen uitoefenen. De Kieswet zal de drie eilanden moeten opnemen in de tabel van kieskringen behorende bij artikel E1 van de Kieswet.

Voor de Eerste Kamer der Staten-Generaal zou daarbij een nieuwe situatie ontstaan, omdat de leden van die kamer worden gekozen door de leden van provinciale staten. Omdat de provinciale bevoegdheden deels door de eilanden zullen worden uitgeoefend, achtte afdeling I het aangewezen dat de leden van de eilandsraden voor de verkiezing van de Eerste Kamer worden gelijkgesteld met leden van provinciale staten. Om onzekerheid te voorkomen kon ook dit, aldus afdeling I, onderdeel zijn van de eerder bedoelde aanpassing van de Grondwet.

Bij de totstandkoming van de BES-wetgeving is de voorlichting uit 2006 voor een groot deel gevolgd. Tijdens de zogeheten Miniconferentie over de toekomstige staatkundige positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba is onder meer afgesproken dat de eilanden een status sui generis zouden krijgen: zij worden openbare lichamen in de zin van artikel 134 van de Grondwet, grotendeels vormgegeven volgens het model van de Nederlandse gemeente, maar zonder de provinciale tussenlaag.¹ Daarbij is het uitgangspunt gehanteerd, dat de Nederlandse regelgeving geleidelijk² op de drie eilanden zal gaan gelden, maar dat bij aanvang van de nieuwe staatsrechtelijke positie van de BES-eilanden de Nederlands-Antilliaanse regelgeving die tot de transitiedatum op de drie eilanden van kracht is, zo veel mogelijk zal blijven gelden.³ Dit betekent dat de Nederlandse regelgeving per die datum niet van rechtswege van toepassing is geworden.

Vijf jaar na de transitiedatum zal de uitwerking van de nieuwe staatsrechtelijke structuur worden geëvalueerd. Dan zal ook worden bepaald wat het staatsrechtelijke eindmodel zal zijn. Er zijn, zo stelde de regering in 2008, twee eindmodellen denkbaar: de eilanden blijven eigensoortige openbare lichamen, of zij worden alsnog als gemeenten aangemerkt, zij het als bijzondere gemeenten, omdat ook in de toekomst naar verwachting niet alle wettelijke voorschriften voor gemeenten van toepassing zullen worden. Of de eilanden eigensoortige openbare lichamen zullen blijven, zal onder meer afhangen van de mate waarin afwijkende regelingen (nog) nodig zijn.⁴

De regering heeft er de voorkeur aan gegeven eerst het eindmodel te bepalen en dan te bezien of, en zo ja op welke punten, de Grondwet wijziging behoeft. De Tweede Kamer stelde zich echter op het standpunt dat een spoedige indiening van een voorstel tot wijziging van de Grondwet wenselijk is.⁵ De Raad van State heeft in een eerder advies eveneens voor een spoedige start van de procedure tot wijziging van de Grondwet gepleit, waarbij hij benadrukte dat de grondwettelijke regeling sober van opzet zou moeten zijn, zodat niet zou worden vooruitgelopen op de uitkomst van de evaluatie.⁶ Met het voorliggende wetsvoorstel komt de regering aan de wens van de Tweede Kamer tegemoet.

¹ Zie de Slotverklaring van de Miniconferentie van 10 en 11 oktober 2006 over de toekomstige staatkundige positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, nader uitgewerkt in het Overgangsakkoord van 12 februari 2007.

² Hiervoor is geen termijn genoemd.

³ Zie de hiervoor genoemde Slotverklaring van oktober 2006.

⁴ Kamerstukken II 2007/08, 31 200 IV, nr. 28, blz. 3.

⁵ Toelichting, § 1 (Aanleiding, doel en inhoud van het wetsvoorstel).

⁶ In zijn advies van 5 maart 2009 over de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Kamerstukken II 31 954, nr. 4, blz. 2–3).

1. Context

De Afdeling schetst de context van het wetsvoorstel en geeft aan dat de regering met het voorliggende wetsvoorstel aan de wens van de Tweede Kamer tegemoet komt.

2. Differentiatieclausule

Bij de opheffing van het land Nederlandse Antillen werd voorlopig – bij wege van interim-voorziening in afwachting van de verankering van de BES-eilanden in de Grondwet – in artikel 1, tweede lid, van het Statuut voor het Koninkrijk het volgende vastgelegd:

«Bonaire, Sint Eustatius en Saba maken elk deel uit van het staatsbestel van Nederland. Voor deze eilanden kunnen regels worden gesteld en andere specifieke maatregelen worden getroffen met het oog op de economische en sociale omstandigheden, de grote afstand tot het Europese deel van Nederland, hun insulaire karakter, kleine oppervlakte en bevolkingsomvang, geografische omstandigheden, het klimaat en andere factoren waardoor deze eilanden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland.»

Bij de overgangsbepalingen in het Statuut is voorts de volgende bepaling opgenomen:

«Bij wijziging van de Grondwet wordt artikel 1, tweede lid, vervallen verklaard op het moment dat bij de Grondwet wordt voorzien in de positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba binnen het staatsbestel van Nederland.»

Met het nu voorliggende voorstel wordt, met artikel 132a, derde lid, de differentiatieclausule van de tweede volzin van artikel 1, tweede lid, van het Statuut nagenoeg ongewijzigd overgeheveld naar de Grondwet, en verkrijgt zij een permanent karakter. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Volgens de toelichting vloeit deze bepaling voort uit de Slotverklaring van de eerder genoemde Miniconferentie over de toekomst van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 10 en 11 oktober 2006. Tegelijkertijd merkt de regering op dat artikel 1 van de Grondwet onverkort geldt. De bepaling voor de BES-eilanden geeft een inkleuring van het toetsingskader voor de wetgever, het bestuur en de rechter bij de toepassing van artikel 1 van de Grondwet en maakt een op de situatie toegesneden differentiatie mogelijk.¹ De toelichting gaat niet in op de vraag of een dergelijke inkleuring van het toetsingskader in de Grondwet noodzakelijk is. In zijn advies over de wijziging van het Statuut heeft de Raad van State erop gewezen dat het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 van de Grondwet niet alleen een waarborg bevat voor gelijkheid van behandeling, maar tevens in zich zelf ruimte biedt voor de bedoelde differentiatie.² Immers, het gelijkheidsbeginsel impliceert dat gelijkheid van behandeling haar grens vindt daar waar, objectief gezien, sprake is van ongelijke gevallen. Tevens tekende de Raad aan dat de voorgestelde differentiatiebepaling slechts wijst op een mogelijkheid tot een gedifferentieerde behandeling en in zoverre geen aanspraken vestigt en evenmin verplichtingen oplegt aan wetgever en bestuur. In een eventuele rechterlijke procedure zal steeds artikel 1 van de Grondwet zelf het relevante toetsingskader zijn.

De Afdeling voegt hieraan toe dat het hiervoor bedoelde toetsingskader eveneens voortvloeit uit artikel 14 van het EVRM, artikel 1, eerste lid, van het Twaalfde Protocol bij het EVRM en uit artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Toegespitst op dit wetsvoorstel, is de Afdeling van oordeel dat de beoordeling van de aanvaardbaarheid van eventuele differentiaties binnen het land Nederland, namelijk tussen het Europese deel en één of meer gebieden van het Caribische deel afhankelijk is van de vraag of daarmee een

¹ Toelichting, § 5 (Afwijkende regels), derde en vierde alinea.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 213 (R 1903), nr. 4, blz. 4 (punt 1b).

objectief en zwaarwegend doel is gediend en of aan de proportionaliteitseis is voldaan. Het antwoord op die vraag is onder meer afhankelijk van het onderwerp, de stand van het recht met betrekking tot dat onderwerp en het gewicht van de factoren die worden aangedragen ter rechtvaardiging van verschillen in behandeling. Zoals hiervoor is aangegeven, ligt dit toetsingskader al besloten in artikel 1 Grondwet, dat de bepalende maatstaf is.

Gelet op het voorgaande adviseert de Raad het voorgestelde artikel 132a, derde lid, van de Grondwet nader toe te lichten en daarbij te motiveren waarom een dergelijke permanente differentiatieclausule in de Grondwet noodzakelijk is.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling nog het volgende op.

b. Indien de regering wenst vast te houden aan een differentiatiebepaling ter nadere inkleuring van het gelijkheidsbeginsel, is reeds hiervoor gewezen op de wenselijkheid om een grondwettelijke regeling te construeren die een sober karakter heeft, zodat niet wordt vooruitgelopen op de uitkomst van de evaluatie.¹ De thans voorgestelde differentiatiebepaling draagt evenwel geen sober karakter. Zij kenmerkt zich door een gedetailleerde opsomming van omstandigheden die afwijkende regels en andere specifieke maatregelen voor de BES-eilanden kunnen rechtvaardigen. Het betreft bovendien factoren die elkaar deels (kunnen) overlappen, waardoor hun onderlinge verhouding niet altijd duidelijk is. De opsomming heeft verder met name als bezwaar dat bepaalde factoren niet met zoveel woorden apart worden genoemd, met als mogelijk gevolg dat de bepaling als onvolledig en eenzijdig wordt ervaren.

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling een eventuele differentiatiebepaling algemener te formuleren. Dit zou kunnen worden gerealiseerd door te volstaan met een bepaling dat voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba regels kunnen worden gesteld en andere specifieke maatregelen kunnen worden getroffen met het oog op bijzondere omstandigheden waardoor de BES-eilanden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland.

c. In het geval dat de regering niettemin wenst vast te houden aan een gedetailleerde differentiatiebepaling, merkt de Afdeling het volgende op. In de opsomming van gronden met het oog waarop specifieke regels en maatregelen mogelijk zijn, ligt de nadruk op onder meer de economische en sociale omstandigheden. Het accent op economische en sociale omstandigheden is te verklaren door het feit dat de bepaling is geïnspireerd door artikel 349 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).² Genoemde bepaling stamt nog uit de begintijd van de Europese samenwerking. Het optreden van de Nederlandse overheid is echter veel breder en bestrijkt alle aspecten van het maatschappelijk leven.

De Afdeling refereert in dit verband aan de onlangs door de Rijksvertegenwoordiger voor de BES-eilanden uitgebrachte voorjaarsrapportage 2011. Daarin wijst de Rijksvertegenwoordiger erop dat het vertrouwen van de BES-eilanden in de nieuwe toekomst als onderdeel van Nederland «pril en kwetsbaar» is.³ «Veelgehoord zijn klachten over het verlies van de eigen identiteit en cultuur, de toestroom van Nederlanders uit West-Europa en de vrees steeds minder te zeggen te krijgen over het reilen en zeilen op het eigen eiland.» De Rijksvertegenwoordiger ziet het dan ook als een belangrijke opdracht om dit vertrouwen te versterken en, indien nodig, te herstellen. In zijn visie ligt er een belangrijke taak om de juridische band met Nederland om te zetten in een emotionele band, door de verbondenheid van het Europese en Caribische deel van Nederland op sociaal, economisch en cultureel terrein te versterken.

¹ Advies van de Raad van 5 maart 2009 over de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Kamerstukken II 31 954, nr. 4, blz. 2–3).

² Toelichting, § 5 (Afwijkende regels), tweede alinea.

³ Zie de Voorjaarsrapportage 2011 van de Rijksvertegenwoordiger; bijlage bij de Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 16 juni 2011 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2010/11, 32 500 IV, nr. 43).

Tegen deze achtergrond valt het de Afdeling op dat de in artikel 132a, derde lid, van de Grondwet voorgestelde differentiatiebepaling wel melding maakt van economische en sociale omstandigheden als mogelijke differentiatiegrond, maar daarentegen niet ook culturele omstandigheden uitdrukkelijk noemt. Hoewel de opsomming van gronden niet limitatief is en de differentiatiebepaling geen afbreuk kan doen aan artikel 1 van de Grondwet, is het ontbreken van een specifieke grond in het artikel niet zonder betekenis. In de toelichting wordt terecht gesteld dat er een aanvullende, dus verzwaarde, motiveringsplicht is als een maatregel wordt gebaseerd op een factor die niet in de bepaling wordt genoemd.¹

Gelet op het eigenstandige karakter van de culturele omstandigheden,² de betekenis van juist ook die omstandigheden voor onder meer de vertrouwensband tussen Nederland en de BES-eilanden en het feit dat specifieke culturele omstandigheden een redelijke en objectieve rechtvaardiging kunnen vormen voor het maken van onderscheid tussen het Europese en het Caribische deel van Nederland, adviseert de Afdeling in een eventuele gedetailleerde differentiatiebepaling ook culturele omstandigheden op te nemen als rechtvaardigingsgrond voor het treffen van specifieke regels en maatregelen.

d. Het voorstel is zo vorm gegeven dat de BES-eilanden zonder nadere wijziging van de Grondwet de status van gemeente zouden kunnen krijgen.³ De voorgestelde differentiatiebepaling heeft echter alleen betrekking op territoriale openbare lichamen in het Caribische deel van Nederland. Dit betekent dat, zolang de noodzaak bestaat om voor de BES-eilanden op zelfde voet specifieke regelingen vast te stellen of specifieke maatregelen te blijven treffen, deze eilanden de status van openbaar lichaam als bedoeld in artikel 132a van de Grondwet zullen moeten houden. De wetgever heeft op grond van het voorgestelde artikel 132a, tweede lid, derhalve niet de mogelijkheid om te kiezen voor toepassing van de differentiatiebepaling mocht te zijner tijd worden gekozen voor het provincie-gemeente-model. In dat geval is die keuze alleen mogelijk na een nieuwe wijziging van de Grondwet.

Voor het geval dat zou worden gekozen voor het opnemen van een differentiatiebepaling, adviseert de Afdeling de bevoegdheid om te differentiëren niet afhankelijk te maken van de staatkundige status van de eilanden, zodat de differentiatiebepaling ook van toepassing zal blijven als de eilanden zouden worden ingepast in het provincie-gemeente-model.

e. Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling het voorgestelde artikel 132a, derde lid, van de Grondwet te heroverwegen. Tevens adviseert zij, mede gelet op de complexiteit van de wetgevingsoperatie ter voorbereiding van de overgang van de BES-eilanden naar het Nederlandse staatsbestel en de tijdsdruk waaronder zij heeft plaatsgevonden, bij de beoogde evaluatie van de BES-operatie, vijf jaar na invoering de geldende regelgeving, mede in het licht van de wijze waarop deze tot dan toe in de praktijk is uitgevoerd en van de dan bestaande inzichten en opvattingen, opnieuw te toetsen aan artikel 1 van de Grondwet, met inachtneming van de bijzondere omstandigheden, op de onderscheiden eilanden.

2. Differentiatieclausule

a. Met de Afdeling ben ik van mening dat het voorgestelde artikel 132a, derde lid, van de Grondwet nader moet worden toegelicht. Aan de memorie van toelichting is een passage toegevoegd waarin wordt gemotiveerd waarom een dergelijke permanente differentiatieclausule in de Grondwet noodzakelijk is. Het belang van de differentiatieclausule ligt in de uitdrukkelijke erkenning van de Grondwetgever dat er belangrijke verschillen zijn tussen de drie eilanden en het Europese deel van

¹ Toelichting, § 5 (Afwijkende regels), slotalinea.

² Het eigenstandig karakter van de culturele omstandigheden kan bijvoorbeeld ook worden geïllustreerd aan de hand van de titel en de inhoud van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Trb. 1978, 178. Zie in dit verband ook artikel 27 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

³ Het voorgestelde artikel 132a, eerste lid, geeft de wetgever de bevoegdheid in het Caribische deel van Nederland andere territoriale openbare lichamen dan provincies en gemeenten in te stellen en op te heffen. Dat houdt ook de bevoegdheid in de nu bij wet ingestelde openbare lichamen op te heffen en, op basis van artikel 123 van de Grondwet, aldaar provincies en gemeenten in te stellen, of de eilanden bij een bestaande provincie of gemeente in te delen.

Nederland. Deze verschillen leiden er toe dat tussen de eilanden en gemeenten op bredere schaal dan tussen gemeenten onderling onderscheid wordt gemaakt. Nu sprake is van gescheiden rechtsordes acht ik een uitdrukkelijke erkenning van de verschillen door de Grondwet wenselijk.

b. Het advies van de Afdeling om een eventuele differentiatiebepaling algemener te formuleren, heb ik overgenomen. In de aangepaste differentiatiebepaling is geen gedetailleerde opsomming meer opgenomen van de omstandigheden die afwijkende regels en andere specifieke maatregelen voor de BES-eilanden kunnen rechtvaardigen. Mede naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de wenselijkheid om niet vooruit te lopen op de uitkomst van de evaluatie, is de memorie van toelichting versoerd door uit paragraaf 2 de passage te verwijderen waarin stond dat er geen wijziging van de Grondwet noodzakelijk zou zijn, indien Bonaire, Sint Eustatius en Saba gemeenten zouden worden.

c. Nu ervoor gekozen is om niet vast te houden aan een gedetailleerde differentiatiebepaling, is het niet nodig nader in te gaan op het advies om in de voorgestelde differentiatiebepaling uitdrukkelijk melding te maken van culturele omstandigheden als mogelijke differentiatiegrond.

d. De Afdeling adviseert de bevoegdheid om te differentiëren niet afhankelijk te maken van de staatkundige status van de eilanden, zodat de differentiatiebepaling ook van toepassing zal blijven als de eilanden zouden worden ingepast in het provincie-gemeente-model. Ik volg dit advies niet. De Afdeling wijst zelf (onder punt 2b) op de wenselijkheid een grondwettelijke regeling te construeren die een sober karakter heeft, zodat niet wordt vooruitgelopen op de uitkomst van de evaluatie. Ik wil met dit wetsvoorstel geenszins vooruitlopen op welke uitkomst dan ook.

e. De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 132a, derde lid, te heroverwegen. Ook adviseert de Afdeling bij de beoogde evaluatie van de BES-operatie, vijf jaar na invoering, de geldende regelgeving opnieuw te toetsen aan artikel 1 van de Grondwet, met inachtneming van de bijzondere omstandigheden op de onderscheiden eilanden. Bij het heroverwegen van het voorgestelde artikel 132a, derde lid, is ervoor gekozen om dit artikellid te handhaven. De redenen hiervoor zijn reeds hierboven onder 2a omschreven. Bij de totstandkoming van de wetgeving voor de openbare lichamen is steeds rekening gehouden met artikel 1 van de Grondwet. Ik zie daarom geen aanleiding om nu reeds aan te geven dat ik in de beoogde evaluatie het toetsen van de gehele wetgeving voor de openbare lichamen aan het gelijkheidsbeginsel – een grootschalige operatie – zal betrekken. Daarnaast wil ik niet vooruitlopen op de opzet van de evaluatie.

3. Het kiesrecht van niet-Nederlandse ingezetenen

Het voorstel verklaart de meeste grondwetsbepalingen die betrekking hebben op provincies en gemeenten van overeenkomstige toepassing op territoriale openbare lichamen in het Caribische deel van Nederland. Dat geldt echter niet voor artikel 130 van de Grondwet, dat het mogelijk maakt om niet-Nederlandse ingezetenen actief en passief kiesrecht voor de gemeenteraad toe te kennen.

Voorgesteld wordt artikel 130 van de Grondwet niet van overeenkomstige toepassing te verklaren op de BES-eilanden. Dit betekent dat de wetgever – zonder een nieuwe wijziging van de Grondwet – niet meer de mogelijkheid heeft om op een later tijdstip het kiesrecht voor de eilands-

raden alsnog toe te kennen aan niet-Nederlandse ingezetenen van de BES-eilanden. Deze in het voorstel gemaakte keuze brengt mee dat op voorhand een grondwettelijk onderscheid wordt gemaakt tussen niet-Nederlandse ingezetenen in het Europese deel van Nederland en niet-Nederlandse ingezetenen van de BES-eilanden. Aan de eerste groep kan de wetgever immers wel kiesrecht voor de meest nabije bestuurslaag toekennen (hetgeen ook is gebeurd), terwijl de tweede daarvan grondwettelijk is uitgesloten. De vraag is dan of dit grondwettelijke onderscheid gerechtvaardigd is.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba heeft op 10 januari 2011 beslist dat aan niet-Nederlandse ingezetenen op de BES-eilanden kiesrecht voor de eilandsraden dient te worden toegekend op dezelfde voet als waarop niet-Nederlandse ingezetenen kiesrecht hebben voor de gemeenteraad.¹ Het Hof oordeelde dat de eilandsraad voor de uitoefening van het kiesrecht in de huidige situatie op één lijn is te stellen met gemeenteraden, zodat het onthouden van het kiesrecht aan niet-Nederlandse ingezetenen neerkomt op ongelijke behandeling. De rechtvaardiging die daarvoor in de toelichting op het amendement van het lid Remkes is gegeven – dat de eilandsraden invloed hebben op de samenstelling van de Eerste Kamer – ging naar het oordeel van het Hof niet op voor de eilandsraadsverkiezingen van 2011, omdat de daarbij gekozen eilandsraden nog geen invloed zouden hebben op de samenstelling van de Eerste Kamer.²

Nu het kiesrecht voor de eilandsraden voor de Eerste Kamer thans wel in de Grondwet wordt geregeld, dient opnieuw de afweging te worden gemaakt of de in het voorstel besloten ongelijke behandeling gerechtvaardigd is, mede in het licht van:

- het beginsel van gelijke behandeling, zoals neergelegd in artikel 1 van de Grondwet, artikel 14 van het EVRM, artikel 1, eerste lid, van het Twaalfde Protocol bij het EVRM en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en*
- het kiesrecht, neergelegd in artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM.*

In de toelichting wordt in de paragraaf die ziet op artikel 130 van de Grondwet, niet ingegaan op genoemde artikelen.

De Afdeling merkt op dat uit de jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM blijkt dat deze bepaling niet van toepassing is op de verkiezingen voor de gemeenteraden.³ Daarnaast laat genoemd artikel onderscheid op grond van nationaliteit toe.⁴ Dit betekent evenwel niet dat de (grond)wetgever onverkort bevoegd is om niet-Nederlandse ingezetenen het kiesrecht te onthouden. Indien aan bepaalde categorieën niet-Nederlandse ingezetenen het kiesrecht wordt toegekend, brengt het gelijkheidsbeginsel met zich dat andere categorieën niet-Nederlandse ingezetenen niet zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging van het kiesrecht kunnen worden uitgesloten. Bij een dergelijke rechtvaardiging dient volgens vaste jurisprudentie ook de proportionaliteit van de voorgestelde maatregel te worden meegewogen.

De Afdeling wijst er op dat bij de beoordeling of het gerechtvaardigd is om het kiesrecht voor de eilandsraden niet toe te kennen aan niet-Nederlandse ingezetenen in het Caribische deel van Nederland twee principiële uitgangspunten van het huidige Nederlandse kiesrecht van belang zijn:

- 1. Het uitgangspunt dat de samenstelling van de Eerste en Tweede*

¹ HLAR 044/10.

² Ingevolge artikel III, tweede lid, van de Wet van 17 mei 2010 tot wijziging van de Kieswet in verband met de nieuwe staatsrechtelijke positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba als openbaar lichaam binnen Nederland (*Stb.* 2010, 347) kan artikel I, onderdeel P, hoofdstuk Ya, paragraaf 4, pas in werking treden als de Grondwet voorziet in het kiesrecht van de leden van de eilandsraden van Bonaire, Sint Eustatius en Saba voor de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer.

³ ECieRM 17 mei 1985, Clerfayt, Legros e.a. t. België, appl. no. 10650/83; ECieRM 5 juli 1985, Booth-Clibborn e.a. t. Verenigd Koninkrijk, appl. no. 11391/85; EHRM 25 januari 2000, Cherepkov t. Rusland, appl. no. 51501/99.

⁴ ECieRM 21 mei 1997, Luksch t. Italië, appl. no. 276/95.

Kamer uitsluitend beïnvloed mag worden door Nederlanders.¹ Om die reden is tot nu toe afgezien van het toekennen van het kiesrecht voor provinciale staten aan niet-Nederlandse ingezetenen,² omdat deze leden de Eerste Kamer kiezen. Anders zouden niet-Nederlanders invloed krijgen op het op nationaal niveau gevoerde beleid, waaronder het buitenlands- en defensiebeleid.³

- Het uitgangspunt dat gevestigde niet-Nederlandse ingezetenen, mits zij tenminste voldoen aan de vereisten die gelden voor ingezetenen die tevens Nederlander zijn,⁴ actief en passief kiesrecht moeten hebben voor de meest nabije bestuurslaag. In het Europese deel van Nederland betreft dit de gemeenten⁵; in de BES-eilanden zou dit gelden voor de eilandsraden. Dit wordt van belang geacht omdat, naarmate iemand langer in een land verblijft, het begrijpelijk is dat het verlangen groeit ook op het politieke vlak een zeker «recht van medespreken» te hebben.⁶ Daarnaast raakt dat wat in de gemeenteraad wordt behandeld, vaak alle ingezetenen, en niet alleen de Nederlanders.⁷*

Omdat ervoor gekozen is om op de BES-eilanden te werken met één bestuurslaag in plaats van twee bestuurslagen, zijn deze twee uitgangspunten voor de BES-eilanden niet zonder meer met elkaar verenigbaar. De Afdeling constateert dat door in het wetsvoorstel artikel 130 van de Grondwet niet van overeenkomstige toepassing te verklaren, de grondwetgever zelf de keuze maakt om het eerste principiële uitgangspunt te laten prevaleren, zonder dat in de afweging op een toereikende wijze aandacht is geschonken aan het tweede principiële uitgangspunt. Het voorstel leidt ertoe dat de grondwetgever onderscheid maakt tussen niet-Nederlandse ingezetenen in Nederland en niet-Nederlandse ingezetenen op de BES-eilanden. Deze keuze heeft consequenties, zowel voor het actief als voor het passief kiesrecht. Voor de beide vormen van kiesrecht zal dit kort worden uiteengezet:

– Actief kiesrecht

In de toelichting stelt de regering dat:

«deelname van niet-Nederlanders aan de verkiezingen van de eilandsraden ongewenst is omdat zij daardoor (indirect) invloed krijgen op de samenstelling van de Eerste Kamer. Het zou ook leiden tot ongelijkheid ten opzichte van de niet-Nederlanders in Europees Nederland, die geen invloed hebben op de samenstelling van de Eerste Kamer.»⁸

De regering stelt terecht dat het toekennen van het kiesrecht voor de eilandsraden aan niet-Nederlanders een vorm van ongelijke behandeling oplevert: het betekent dat niet-Nederlandse ingezetenen op de BES-eilanden – indirect – invloed zouden krijgen op de samenstelling van de Eerste Kamer, terwijl niet-Nederlandse ingezetenen in het Europese deel van Nederland die invloed niet hebben.

De Afdeling heeft er hiervoor reeds op gewezen dat de grondwetgever, door in het wetsvoorstel artikel 130 van de Grondwet niet van overeenkomstige toepassing te verklaren, in omgekeerde zin, echter ook een onderscheid maakt tussen niet-Nederlandse ingezetenen in Nederland en niet-Nederlandse ingezetenen op de BES-eilanden. De regering gaat in de toelichting niet in op de vraag waarom deze vorm van onderscheid in haar ogen de voorkeur verdient boven het onderscheid waarop in de toelichting wordt gewezen. De Afdeling onderschrijft op zichzelf gezien het principiële uitgangspunt dat alleen Nederlanders invloed toekomt op de samenstelling van de Eerste Kamer. Zij mist evenwel een beschouwing

¹ Kamerstukken II 1976/77, 13 991, nr. 6, blz.– 5; Kamerstukken I 1979/80, 13 991, nr. 3a, blz. 1.

² Zie onder meer Kamerstukken II 1997/98, 24 803, nr. 5.

³ Kamerstukken II 1975/76, 13 991, nr. 3, blz. 6.

⁴ Het betreft hier de eisen dat de leeftijd van 18 jaren moet zijn bereikt en men niet is ontzet van het kiesrecht.

⁵ Artikel 130 van de Grondwet is uitgewerkt in artikel B 3 van de Kieswet en artikel 10 van de Gemeentewet. Aan EU-burgers wordt het actief en passief kiesrecht voor de gemeenteraad toegekend, ongeacht de duur van hun verblijf. Dit vloeit voort uit het Europese recht (artikel 19, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en Richtlijn 94/80/EG d.d. 19 december 1994, PbEG L368/38). Aangezien de BES-eilanden niet onder de territoriale werkingssfeer van het EU-recht vallen, is er geen verplichting om het kiesrecht voor eilandsraden toe te kennen aan EU-burgers op de BES-eilanden. Voor onderdanen van niet-EU-lidstaten geldt de eis van ingezetenschap van minstens vijf jaar en de eis dat het hun krachtens de Vreemdelingenwet 2000 of een bepaald verdrag is toegestaan in Nederland te verblijven.

⁶ Kamerstukken II 1975/76, 13 991, nr. 3, blz. 5.

⁷ Kamerstukken II 1984/85, 18 619, nr. 3, blz. 2. Zie in dezelfde zin de regering in de toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Kieswet in verband met de nieuwe staatsrechtelijke positie van de BES-eilanden, Kamerstukken II 2008/09, 31 956, nr. 3, blz. 5.

⁸ Toelichting, paragraaf 3, vijfde alinea.

over de verhouding tussen dat uitgangspunt en het andere genoemde principiële uitgangspunt van het huidige Nederlandse kiesrecht, dat gevestigde niet-Nederlandse ingezetenen kiesrecht moeten hebben voor de meest nabije bestuurslaag en over de vraag in hoeverre er mogelijkheden zijn om beide uitgangspunten met elkaar te verenigen.

– Passief kiesrecht

Ook met betrekking tot het passief kiesrecht is sprake van ongelijke behandeling tussen niet-Nederlandse ingezetenen in Nederland die wel lid kunnen worden van een gemeenteraad, en niet-Nederlandse ingezetenen op de BES-eilanden die van het lidmaatschap van de eilandsraden uitgesloten zijn. Op dit moment is in artikel 11 van de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba geregeld dat alleen Nederlanders lid van de eilandsraad kunnen zijn. De toelichting bij deze keuze luidt als volgt:

«De Eerste Kamer vormt samen met de Tweede Kamer en de regering de wetgevende macht (artikel 81 Grondwet). Het is gewenst dat slechts Nederlanders invloed hebben op de samenstelling daarvan. De leden van Provinciale Staten, die thans de Eerste Kamer kiezen, moeten daarom de Nederlandse nationaliteit bezitten.»¹

Met de keuze om artikel 130 van de Grondwet niet van toepassing te verklaren wordt de mogelijkheid om het passief kiesrecht voor de eilandsraad toe te kennen aan niet-Nederlanders op voorhand uitgesloten. Ook voor het passief kiesrecht ontbreekt in de toelichting een beschouwing over de verhouding tussen de twee genoemde principiële uitgangspunten van het huidige Nederlandse kiesrecht.

Tegen deze achtergrond constateert de Afdeling dat er in de toelichting geen systematische bespreking en weging plaatsvindt van de hiervoor beschreven verschillende vormen van ongelijke behandeling met betrekking tot zowel het actief als het passief kiesrecht. Daarmee mist op dit moment de keuze om het kiesrecht niet toe te kennen aan niet-ingezetenen op de BES-eilanden, en daarmee de ongelijke behandeling van niet-Nederlanders op die eilanden, een toereikende rechtvaardiging. Evenmin zet de regering in de toelichting uiteen of zij heeft onderzocht of er mogelijkheden zijn om erin te voorzien dat niet-Nederlanders wel kiesrecht hebben voor de eilandsraden, terwijl zij geen invloed hebben op de samenstelling van de Eerste Kamer. In dit verband wijst de Afdeling er ook op dat de regering aanvankelijk had gekozen voor een oplossing die tegengesteld is aan het huidige voorstel. In het voorstel tot aanpassing van de Kieswet aan de nieuwe staatsrechtelijke positie van de BES-eilanden opteerde de regering nog voor het prevaleren van het kiesrecht voor niet-ingezetenen, door aan niet-Nederlanders kiesrecht toe te kennen voor de eilandsraden, op dezelfde voet als bij gemeenteraadsverkiezingen, en de eilandsraden mee te laten stemmen voor de Eerste Kamer.²

De mogelijkheid om in de toekomst de verschillende alternatieven nader te bezien en ter zake tot een nadere weging te komen, is zonder nadere grondwetswijziging alleen mogelijk indien artikel 130 van de Grondwet nu wel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Dat laat immers – ook voor de langere termijn – de ruimte aan de gewone wetgever om, onder meer in het licht van de evaluatie,³ te bezien of er modaliteiten zijn om de niet-Nederlandse ingezetenen kiesrecht te geven, zonder dat zij invloed hebben op de samenstelling van de Eerste Kamer, dan wel om de keuze te maken het kiesrecht ook aan niet-Nederlandse ingezetenen toe te kennen, of geen gebruik te maken van de door de Grondwet gegeven

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 954, nr. 3, blz. 21.

² Kamerstukken II 2008/09, 31 956, nr. 2.

³ Die is voorzien vijf jaar na de transitie op 10 oktober 2010.

bevoegdheid. Daarbij zal de wetgever beide genoemde principiële uitgangspunten steeds in het oog moeten houden. Bij het opnemen van artikel 130 van de Grondwet is nadrukkelijk aan de orde geweest dat dit artikel slechts een bevoegdheid geeft aan de gewone wetgever om het kiesrecht toe te kennen aan niet-Nederlandse ingezetenen, maar geen verplichting hiertoe bevat.¹ In zoverre staat het de wetgever, ook indien artikel 130 van de Grondwet in het voorgestelde artikel 132a, tweede lid, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, nog immer vrij om na afweging van alle relevante factoren, niet-Nederlandse ingezetenen in de Kieswet van het kiesrecht voor de eilandsraden uit te sluiten.

De Afdeling wijst er op dat een keuze om artikel 130 van de Grondwet van overeenkomstige toepassing te verklaren en om vervolgens de keuze om het kiesrecht wel of niet toe te kennen aan niet-Nederlanders op de BES-eilanden door de gewone wetgever te laten maken, aansluit bij het eerder in dit advies uitgesproken uitgangspunt om te komen tot een sobere grondwettelijke regeling die niet vooruitloopt op de uitkomsten van de evaluatie. Indien de regering er evenwel voor zou kiezen om artikel 130 van de Grondwet niet van overeenkomstige toepassing te verklaren, dient deze keuze te worden voorzien van een dragende motivering met betrekking tot de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling van niet-Nederlanders op de BES-eilanden ten opzichte van niet-Nederlanders in Nederland die uit deze keuze voortvloeit.

De Afdeling adviseert op grond van het vorenstaande om de keuze om artikel 130 van de Grondwet niet van overeenkomstige toepassing te verklaren nader te bezien en daarbij in het bijzonder acht te slaan op de verhouding tussen en de afweging van de twee genoemde principiële uitgangspunten en de betekenis die in dat verband toekomt aan het proportionaliteitsbeginsel.

3. Het kiesrecht van niet-Nederlandse ingezetenen

De Afdeling adviseert, gelet op het sobere karakter van het onderhavige voorstel en het streven om niet vooruit te lopen op de uitkomsten van de evaluatie, artikel 130 van de Grondwet van overeenkomstige toepassing te verklaren. Dit advies is gevolgd. Ik hecht hierbij veel waarde aan de opvatting van de Afdeling dat artikel 130 Grondwet (een «kan»-bepaling) niet kan worden gelezen als een verplichting tot het toekennen van het kiesrecht aan niet-Nederlanders. Het is dus aan de gewone wetgever om na afweging van alle relevante factoren niet-Nederlanders al dan niet kiesrecht voor de eilandsraadsverkiezing toe te kennen.

4. Taalbepaling

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet in verband met het opnemen van een bepaling over de Nederlandse taal heeft de regering, overeenkomstig het advies van de Raad van State, het voornemen geuit om in het voorliggende wetsvoorstel een taalbepaling op te nemen met het oog op het Papiaments en het Engels op de BES-eilanden.² Daarbij dacht de regering aan een regelingsopdracht voor de wetgever voor het gebruik van het Papiaments en het Engels in het verkeer met de overheid, vergelijkbaar met het voorgestelde vierde lid voor het Fries. Blijkens de tekst van het voorliggende wetsvoorstel is de regering echter, zonder nadere motivering, aan dit voornemen voorbij gegaan. De Afdeling adviseert hierin alsnog te voorzien en het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

¹ Kamerstukken II 1975/76, 13 991, nr. 3, blz. 5/6.

² Kamerstukken II 2010/11, 32 522, nr. 3, blz. 8.

4. Taalbepaling

De Afdeling wijst op het eerdere voornemen van de regering om in dit wetsvoorstel een regelingsopdracht voor de wetgever op te nemen voor het gebruik van het Papiaments en het Engels in het verkeer met de overheid en adviseert hierin alsnog te voorzien. Bij nader inzien ben ik van oordeel dat het meer in de rede ligt bepalingen over het gebruik van de taal in één wetsvoorstel te bundelen en wel in het voorstel tot wijziging van de Grondwet inzake de Nederlandse taal.¹ Zeker nu de bepalingen over de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba niet geconcentreerd zijn in een enkel wetsartikel zoals in het voorontwerp, heb ik ervan afgezien het gebruik van het Papiaments en het Engels in dit voorstel te regelen.

5. Redactionele kanttekening

Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Redactionele kanttekening

De redactionele kanttekening van de Afdeling is overgenomen.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele redactionele aanpassingen door te voeren in de memorie van toelichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens de minister-president, minister van Algemene Zaken, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
J. P. H. Donner

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 522.

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W01.11.0115/I met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel II, onderdelen A (wijziging van artikel 23, vierde lid, van de Grondwet) en E (voorgestelde artikel 132a, tweede en derde lid, van de Grondwet), van het wetsvoorstel «lichamen» vervangen door: openbare lichamen.