

Terugwerkende kracht. Schijn van bevoegdheid. Geldigheidsvoorwaarden.

ABRvS 16-01-2019, ECLI:NL:RVS:2019:98, m.nt. G. Boogaard en J. Uzman

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

16 januari 2019

Magistraten

Mrs. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen, D.A.C. Slump, N. Verheij

Zaaknummer

201806374/1/A2

Noot

G. Boogaard en J. Uzman

Folio weergave[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**JCDI**

JCDI:ADS31493:1

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Staatsrecht / Kiesrecht

Staatsrecht / Wetgeving

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2019:98, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 16-01-2019

Wetgang

Art. 8 Wet raadgevende referendum; Art. V, VI Intrekkingwet Wet raadgevend referendum

Essentie

Schijn van bevoegdheid. Intrekking Wet raadgevend referendum kon juridisch effectief met terugwerkende kracht geschieden. Minister niet meer bevoegd te beschikken over referendabiliteit intrekking.

Samenvatting

De Afdeling stelt voorop dat de Intrekkingwet op zichzelf op grond van de Wrr aan een referendum zou kunnen worden onderworpen, indien daarover geen nadere bepalingen zouden zijn opgenomen. Vaststaat evenwel dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de mogelijkheid van het houden van een raadgevend referendum over de Intrekkingwet uit te sluiten. De wetgever heeft dit ondubbelzinnig tot uitdrukking gebracht in artikel V en VI van de Intrekkingwet. Het gaat in deze zaak niet om een rechterlijk oordeel over de politiek-bestuurlijke afweging die aan de Intrekkingwet in het algemeen en de artikelen V en VI in het bijzonder ten grondslag ligt. Het gaat om een rechterlijk oordeel over de staatsrechtelijke vraag of het de wetgever vrij stond om bij de Intrekkingwet af te wijken van de Wrr en de mogelijkheid van het houden van een raadgevend referendum uit te sluiten. Als staatsrechtelijk uitgangspunt geldt dat een latere wet boven eerdere wetten gaat en dat een bijzondere wet boven een algemene wet gaat. De wetgever kan binnen de door de Grondwet gestelde grenzen te allen tijde beslissen om in een bijzondere wet van een eerder vastgestelde algemene wet af te wijken. De Wrr is een gewone wet die ook bij een gewone wet kan worden ingetrokken. De Wrr heeft geen afwijkende, hogere status, die noopt tot een ander oordeel. Dit betekent dat bij de Intrekkingwet mocht worden afgeweken van de door de Wrr voorgeschreven inwerkingtredingsprocedure en dat het volgen van die procedure dus niet was vereist om de Intrekkingwet in werking te laten treden. De stelling van Meer Democratie dat het intrekken van de Wrr zonder daarvoor de door de Wrr voorgeschreven inwerkingtredingsprocedure te doorlopen, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, volgt de Afdeling niet. Dit beginsel strekt niet zo ver dat het de wetgever niet langer vrij staat om bestaande wetten in te trekken of te wijzigen en staat niet in de weg aan toepassing op de Intrekkingwet van het staatsrechtelijke uitgangspunt dat een wet bij latere wet kan worden ingetrokken.

Partij(en)

Uitspraak in het geding tussen:

De Stichting Meer Democratie, te Amsterdam, (hierna: Meer Democratie), appellante,
en

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verweerder.

Uitspraak

Procesverloop

Meer Democratie heeft beroep ingesteld tegen het door de minister niet tijdig nemen van een besluit als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wet raadgevend referendum (hierna: de Wrr) of over de Wet tot intrekking van de Wrr (hierna: de Intrekkingwet) een referendum kan worden gehouden.

Bij brief van 6 augustus 2018 heeft de minister aangegeven dat de Wrr is ingetrokken, zodat zij geen besluit meer kan nemen op basis van deze wet.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 oktober 2018, waar Meer Democratie, vertegenwoordigd door mr. J.H.A. van der Grinten en mr. J. Wijmans, beiden advocaat te Amsterdam, vergezeld door [lid A van de stichting], en de minister, vertegenwoordigd door mr. J. Bootsma, advocaat te Den Haag, vergezeld door mr. J.W.G. Kooistra en mr. E.K. van den Berg, zijn verschenen.

Overwegingen

Wettelijk kader

1.

De bepalingen van de Wrr en de Intrekkingwet die voor deze zaak bepalend zijn, zijn opgenomen in de bijlage, die onderdeel uitmaakt van deze uitspraak.

Voorgeschiedenis

2.

Bij brief van 16 november 2005 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal hebben de toenmalige leden lid A, lid B en lid C als initiatiefnemers een voorstel van wet, houdende regels inzake het raadgevend referendum bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt. De Wrr is uiteindelijk op 1 juli 2015 in werking getreden.

2.1.

In het regeerakkoord van 10 oktober 2017 is aangegeven dat de Wrr zal worden ingetrokken. Op 20 december 2017 heeft de regering bij de Tweede Kamer een voorstel ingediend van de Intrekkingwet.

Meer Democratie is het met de intrekking van de Wrr niet eens. Zij wil het raadgevend referendum behouden, althans in ieder geval dat de burgers zich in een referendum over de Intrekkingwet kunnen uitlaten. Om dit rechtens af te dwingen, heeft Meer Democratie beroep ingesteld bij de Afdeling. Bij uitspraak van 2 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:364) heeft de Afdeling zich evenwel onbevoegd verklaard, omdat het wetsvoorstel voor de Intrekkingwet destijds nog in behandeling was bij de Tweede Kamer en er daarom, anders dan Meer Democratie had gesteld, geen sprake kon zijn van een schriftelijke weigering van de minister een besluit als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wrr te nemen. Meer Democratie heeft zich vervolgens, ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel voor de Intrekkingwet door de Eerste Kamer, tot de burgerlijke rechter gewend. Bij vonnis van 4 juli 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:7888) heeft de burgerlijke rechter de door Meer Democratie ingestelde vorderingen afgewezen, omdat deze ten doel hadden om vast te stellen dat de Intrekkingwet referendabel is en er aldus toe strekten een ongeoorloofd ingrijpen van de rechter in het wetgevingsproces te bewerkstelligen.

2.2.

Op 10 juli 2018 is het wetsvoorstel voor de Intrekkingwet door de Eerste Kamer aangenomen en door de Koning bekrachtigd. Op 11 juli 2018 is de Intrekkingwet in het Staatsblad gepubliceerd (*Stb.* 2018, 214).

Meer Democratie vindt dat de minister, op grond van artikel 6, eerste lid, van de Wrr, gehouden is om een besluit over de referendabiliteit van de Intrekkingwet te nemen en daarvan mededeling te doen in de Staatscourant, alvorens die wet in werking kan treden.

Het beroep

3.

Bij brief van 18 juli 2018 heeft Meer Democratie de minister, op grond van artikel 6:12, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) in gebreke gesteld en de minister verzocht om alsnog, binnen twee weken na dagtekening van deze brief, een besluit als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wrr te nemen en daarvan mededeling te doen in de Staatscourant. Omdat de minister niet binnen de gegeven termijn een besluit heeft genomen, heeft Meer Democratie beroep ingesteld.

Vervolgens heeft de minister bij brief van 6 augustus 2018 aangegeven dat zij geen besluit op basis van de Wrr meer kan nemen, omdat deze wet is ingetrokken. Deze brief is een reactie op het verzoek in de brief van Meer Democratie van 18 juli 2018 en bevat volgens Meer Democratie een schriftelijke weigering een besluit als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wrr te nemen. Het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit heeft volgens Meer Democratie van rechtswege mede betrekking op de weigering een besluit te nemen.

Bevoegdheid van de Afdeling van het beroep kennis te nemen

4.

De Afdeling zal eerst beoordelen of zij bevoegd is van het beroep kennis te nemen. Daarbij is onder meer van belang of er sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb dan wel van het niet tijdig nemen daarvan.

4.1.

De minister heeft zich in dat verband op het standpunt gesteld dat de Wrr sinds de bekrachtiging van het wetsvoorstel voor de Intrekkingwet niet meer geldt. De procedurevoorschriften en andere bepalingen die in de Wrr zijn opgenomen zijn niet meer op de Intrekkingwet van toepassing. De eerder aan de minister toekomende bevoegdheden op grond van de Wrr zijn vervallen. De minister acht zich dus niet bevoegd een zogenoemd referendabiliteitsbesluit op grond van artikel 6 van de Wrr te nemen, zoals door Meer Democratie gewenst. Van het niet tijdig nemen van een besluit of van een schriftelijke weigering een besluit te nemen in de zin van artikel 6:2 van de Awb is dus ook geen sprake. De brief van 6 augustus 2018 bevat niet meer dan de feitelijke mededeling dat van een besluit op grond van de Wrr geen sprake meer kan zijn. Dat betekent dat de Afdeling gelet op artikel 8:1 van de Awb niet bevoegd is van het beroep van Meer Democratie kennis te nemen, aldus de minister.

4.2.

Volgens bestendige rechtspraak van de Afdeling (zie de uitspraken van 29 november 1996 in E03.94.1703 (*AB* 1997/66) en 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9590) moet een mededeling van een bestuursorgaan dat het in een bepaald geval niet bevoegd is het door verzoeker gewenste rechtsgevolg te bewerkstelligen in beginsel worden aangemerkt als een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Een dergelijke mededeling houdt in ieder geval een oordeel in over de aanwezigheid en de reikwijdte van de door de aanvrager veronderstelde bevoegdheid. Indien echter aan het bestuursorgaan waaraan het verzoek is gericht, geen enkele bevoegdheid is toegekend in het kader van de uitvoering van de wettelijke regeling waarop het verzoek betrekking heeft en het ook geen bemoeienis heeft met de aan andere bestuursorganen opgedragen uitvoering en handhaving van deze wettelijke regeling, is geen sprake van een besluit. Het voorgaande betekent dat schriftelijke reacties van bestuursorganen op verzoeken om aanwending van een bepaalde bestuursbevoegdheid, inhoudende dat die bevoegdheid niet bestaat of zich niet uitstrekt tot het voorgelegde geval, als besluit worden aangemerkt. Dit is slechts anders indien in het geheel geen bevoegdheid voorhanden is waarop inwilliging van een verzoek gebaseerd zou kunnen worden.

4.3.

De mededeling van de minister in de brief van 6 augustus 2018 houdt diens beoordeling in aangaande de aanwezigheid van de door Meer Democratie veronderstelde bevoegdheid op grond van artikel 6, eerste lid, van de Wrr. Deze mededeling is van meer dan feitelijke aard en moet als een besluit in de zin van de Awb worden aangemerkt. De hiervoor bedoelde uitzondering doet zich naar het oordeel van de Afdeling niet voor. Partijen zijn verdeeld over de vraag of de Wrr nog geldt en of de op grond van die wet aan de minister toekomende bevoegdheden nog kunnen worden uitgeoefend. De bedoeling van de vermelde rechtspraak is juist om te waarborgen dat er rechtsbescherming kan worden geboden door de bestuursrechter indien een bestuursorgaan stelt niet bevoegd te zijn een besluit te nemen waarom is verzocht. De bestuursrechter moet kunnen beoordelen of dat bestuursorgaan zich terecht op dat standpunt stelt. Nu de rechtsbescherming op grond van de Wrr bij de Afdeling in eerste en enige aanleg was neergelegd, acht de Afdeling zich in dit geval bevoegd om kennis te nemen van het door Meer Democratie ingestelde beroep.

Het niet tijdig nemen van een besluit

5.

Omdat de brief van 6 augustus 2018 een besluit bevat heeft het beroep van Meer Democratie tegen het niet tijdig nemen van een besluit als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wrr, gelet op artikel 6:20, derde lid, van de Awb, mede betrekking op het besluit van 6 augustus 2018. Dit besluit is immers een weigering een besluit te nemen en daarmee wordt niet aan Meer Democratie tegemoet gekomen. Nu niet is gebleken dat Meer Democratie een afzonderlijk procesbelang heeft bij de behandeling van het ingestelde beroep tegen het niet tijdig nemen van een zodanig besluit, is dit beroep niet-ontvankelijk.

De schriftelijke weigering een besluit te nemen over de referendabiliteit van de Intrekkingwet

6.

Partijen zijn verdeeld over de vraag of de minister, op grond van artikel 6, eerste lid, van de Wrr, gehouden is om een besluit over de referendabiliteit van de Intrekkingwet te nemen en daarvan mededeling te doen in de Staatscourant, alvorens die wet in werking kan treden.

6.1.

Meer Democratie beantwoordt die vraag bevestigend en stelt dat daarom de Intrekkingwet niet in werking is getreden en de Wrr onverkort geldt. Zij betoogt dat artikel 8 van de Wrr aan de inwerkingtreding van de Intrekkingwet in de weg stond en staat. Meer Democratie voert daarbij aan dat de Intrekkingwet, gelet op artikel 4 van de Wrr, gelezen in samenhang met artikel 5 van die wet, referendabel is. Derhalve had de minister, op grond van artikel 6, eerste lid, van de Wrr, onverwijld na de bekrachtiging van het voorstel van de Intrekkingwet moeten beslissen dat daarover een referendum kan worden gehouden. De minister had daarvan, gelet op artikel 7, eerste lid, van de Wrr, mededeling moeten doen in de Staatscourant. Een zodanige mededeling is uitgebleven. Omdat uit artikel 8, eerste lid, van de Wrr volgt dat een tijdstip van inwerkingtreding van een referendabele wet niet eerder wordt gesteld dan acht weken na deze mededeling en het in artikel VI van de Intrekkingwet vastgestelde tijdstip van inwerkingtreding daarvan afwijkt, is de inwerkingtreding van de Intrekkingwet, zo volgt uit artikel 8, tweede lid, van de Wrr, van rechtswege opgeschort. De in artikel VI neergelegde terugwerkende kracht tot aan de bekrachtiging maakt dit niet anders, want ook terugwerkende kracht geldt pas wanneer een wet in werking is getreden, aldus Meer Democratie. Dat het niet mogelijk is om in de Intrekkingwet zelf af te wijken van de (geldende) bepalingen over inwerkingtreding in de Wrr hangt samen met het karakter van de Wrr als een wettelijke regeling voor daaropvolgende wetten waaraan de wetgever niet alleen op juridisch-technische gronden maar ook op grond van de rechtszekerheid is gebonden. Meer Democratie voert aan dat het intrekken van de Wrr zonder daarvoor de door de Wrr voorgeschreven inwerkingtredingsprocedure te doorlopen, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Uiteraard staat het de wetgever vrij om de Wrr te wijzigen, in te trekken of uitzonderingen daarop te formuleren in latere wetten. Dat doet echter niet af aan het feit dat dit slechts kan door middel van een formele wet die voor haar totstandkoming en inwerkingtreding onderworpen is aan het (dan) geldende regime van de Wrr. Burgers mogen en moeten erop kunnen vertrouwen dat de door de Wrr voorgeschreven inwerkingtredingsprocedure wordt toegepast op referendabele wetten en derhalve ook op de Intrekkingwet. De Wrr bevat geen mogelijkheid om een wet bij die wet zelf en dus buiten de uitzonderingen van artikel 5 om aan de mogelijkheid van het houden van een referendum te onttrekken, aldus Meer Democratie.

6.2.

De Afdeling stelt voorop dat de Intrekkingwet op zichzelf op grond van de Wrr aan een referendum zou kunnen worden onderworpen, indien daarover geen nadere bepalingen zouden zijn opgenomen. Vaststaat evenwel dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de mogelijkheid van het houden van een raadgevend referendum over de Intrekkingwet uit te sluiten. De wetgever heeft dit ondubbelzinnig tot uitdrukking gebracht in de artikelen V en VI van de Intrekkingwet. Het gaat in deze zaak niet om een rechterlijk oordeel over de politiek-bestuurlijke afweging die aan de Intrekkingwet in het algemeen en de artikelen V en VI in het bijzonder ten grondslag ligt. Het gaat om een rechterlijk oordeel over de staatsrechtelijke vraag of het de wetgever vrij stond om bij de Intrekkingwet af te wijken van de Wrr en de mogelijkheid van het houden van een raadgevend referendum uit te sluiten. Als staatsrechtelijk uitgangspunt geldt dat een latere wet boven eerdere wetten gaat en dat een bijzondere wet boven een algemene wet gaat. De wetgever kan binnen de door de Grondwet gestelde grenzen te allen tijde beslissen om in een bijzondere wet van een eerder vastgestelde algemene wet af te wijken. De Wrr is een gewone wet die ook bij een gewone wet kan worden ingetrokken. De Wrr heeft geen afwijkende, hogere status, die noopt tot een ander oordeel. Dit betekent dat bij de Intrekkingwet mocht worden afgeweken van de door de Wrr voorgeschreven inwerkingtredingsprocedure en dat het volgen van die procedure dus niet was vereist om de Intrekkingwet in werking te laten treden. De stelling van Meer Democratie dat het intrekken van de Wrr zonder daarvoor de door de Wrr voorgeschreven inwerkingtredingsprocedure te doorlopen, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, volgt de Afdeling niet. Dit beginsel strekt niet zo ver dat het de wetgever niet langer vrij staat om bestaande wetten in te trekken of te wijzigen en staat niet in de weg aan toepassing op de Intrekkingwet van het staatsrechtelijke uitgangspunt dat een wet bij latere wet kan worden ingetrokken.

Het betoog faalt.

Artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

7.

Meer Democratie betoogt dat het referendum een bij wet vastgelegd instrument is dat invulling geeft aan de vrijheid van meningsuiting neergelegd in artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM). Niet alleen verschaft dat instrument de burger een middel om zijn mening te uiten, het middel is bovendien uniek in zijn soort. Geen enkel ander middel voorziet in dezelfde behoefte. Met de afschaffing van het raadgevend referendum is sprake van een inbreuk op dit door artikel 10, eerste lid, gewaarborgde recht. Dat het ontnemen van de mogelijkheid een referendum te houden onder de werking van dit artikel valt, volgt, zo heeft Meer Democratie ter zitting nader toegelicht, uit de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 13 december 2016 in 29483/09, *Semir Güzel/Turkije*, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD002948309, en van 23 januari 2018 in 201/17, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt/Hongarije*, ECLI:CE:ECHR:2018:0123JUD000020117. Meer Democratie benadrukt dat de vraag of het niet hebben van een referendum strookt met artikel 10 van het EVRM, in het midden kan blijven. Vaststaat dat Nederland een raadgevend referendum kent en dat de minister de burger het recht wil ontnemen daar bij de Intrekkingwet gebruik van te maken, hoewel de Wrr dat recht met betrekking tot die wet toekent. Nu geen enkel in artikel 10 van het EVRM genoemd belang deze inbreuk rechtvaardigt, is — artikel VI van — de Intrekkingwet in strijd met die bepaling en daarom onverbindend, aldus Meer Democratie.

7.1.

Artikel 10 van het EVRM luidt als volgt:

- “1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio- omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.
2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.”

7.2.

Uit de door Meer Democratie ter zitting naar voren gebrachte arresten volgt dat de in artikel 10, eerste lid, van het EVRM neergelegde bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting breed wordt uitgelegd wanneer sprake is van een communicatief element. Deze bescherming is bijvoorbeeld ook van toepassing op de middelen voor het overbrengen en de ontvangst van informatie. Of het raadgevend referendum kan worden beschouwd als een middel voor het overbrengen van informatie dat zelfstandig onder de bescherming van dit artikel valt, kan in het midden blijven. Het gaat in deze zaak om de afschaffing van het raadgevend referendum zonder dat daarover een raadgevend referendum gehouden is. Deze afschaffing is democratisch gelegitimeerd en blijft binnen de marges die de wetgever heeft om het democratisch bestel in te richten. De Afdeling is van oordeel dat deze afschaffing geen inmenging vormt in de vrijheid van meningsuiting en daarom niet door artikel 10, eerste lid, EVRM wordt bestreken. Indachtig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*Piermont/Frankrijk*, arrest van 27 april 1995, 15773/89 en 15774/89, ECLI:CE:ECHR:1995:0427JUD001577389) is daarbij van belang dat de afschaffing van het raadgevend referendum niet specifiek bedoeld is om de vrijheid van meningsuiting te beperken. Het blijft een ieder immers vrij staan om zijn mening te uiten tegenover de overheid en daarbij ook, zij het zonder enig rechtsgevolg, op de een of andere manier een referendum te organiseren en ook in dat kader zijn mening over het betreffende onderwerp te uiten.

Het betoog slaagt niet.

Conclusie

8.

De Afdeling zal het beroep van Meer Democratie gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wrr niet-ontvankelijk verklaren, wegens het ontbreken van procesbelang. Nu de minister, door de intrekking van de Wrr bij de Intrekkingwet, niet meer bevoegd was het door Meer Democratie verzochte besluit over de referendabiliteit van de Intrekkingwet te nemen en de onder 6 geformuleerde rechtsvraag ontkennend moet worden beantwoord, zal de Afdeling het beroep van Meer Democratie tegen de in de brief van 6 augustus 2018 vervatte schriftelijke weigering een besluit te nemen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Wrr, ongegrond verklaren. Het gevolg van deze

beslissing is, dat de minister niet alsnog moet besluiten of over de Intrekkingswet een raadgevend referendum kan worden gehouden.

9.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit niet-ontvankelijk;
- II. verklaart het beroep tegen het besluit van 6 augustus 2018 ongegrond.

Bijlage Wettelijk kader

De Wet raadgevend referendum

Artikel 4

Een referendum kan worden gehouden over:

- a. wetten;
- b. stilzwijgende goedkeuring van verdragen die binnen het Koninkrijk alleen voor Nederland of een deel daarvan gelden.

Artikel 5

Geen referendum kan worden gehouden over:

- a. wetten inzake het koningschap;
- b. wetten inzake het koninklijk huis;
- c. wetten inzake de begroting, bedoeld in artikel 105, eerste lid, van de Grondwet;
- d. wetten tot verandering in de Grondwet en wetten houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel hiertoe in overweging te nemen;
- e. wetten die uitsluitend strekken tot uitvoering van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties;
- f. rijkswetten, behoudens rijkswetten tot goedkeuring van verdragen die binnen het Koninkrijk alleen voor Nederland of een deel daarvan gelden;
- g. wetten als bedoeld in de artikelen 11 en 12, tweede en derde lid, die uitsluitend strekken tot intrekking of tot regeling van de inwerkingtreding van een wet naar aanleiding van een daarover gehouden referendum;
- h. wetten als bedoeld in de artikelen 12, derde lid, en 16, derde lid, die uitsluitend strekken tot goedkeuring van het voornemen tot opzegging van een verdrag naar aanleiding van een over de goedkeuring van dat verdrag gehouden referendum;
- i. wetten als bedoeld in artikel 15, tweede lid, die uitsluitend strekken tot intrekking van de aan een verdrag verleende goedkeuring naar aanleiding van een daarover gehouden referendum.

Artikel 6

1. Onze Minister besluit in overeenstemming met Onze Minister wie het aangaat onverwijld nadat een wetsvoorstel is bekrachtigd, of, gelet op artikel 5, over de wet een referendum kan worden gehouden.

[...].

Artikel 7

1. Onze Minister doet binnen een week na de bekrachtiging van een wet die niet strekt tot goedkeuring van een verdrag, mededeling in de Staatscourant van:
 - a. de bekrachtiging;
 - b. een algemeen toegankelijke vindplaats van de tekst van de wet;
 - c. zijn besluit of over de wet een referendum kan worden gehouden.

[...].

Artikel 8

1. Een tijdstip van inwerkingtreding van een wet of onderdeel van een wet waarover een referendum kan worden

- gehouden, wordt niet eerder gesteld dan acht weken na de mededeling in de Staatscourant, bedoeld in artikel 7.
- Indien bij of krachtens de wet een tijdstip van inwerkingtreding zodanig is vastgesteld dat dat tijdstip valt binnen de in het eerste lid genoemde termijn, wordt de inwerkingtreding van rechtswege opgeschort tot de dag na het verstrijken van die termijn.
 - Artikel 7 van de Bekendmakingswet blijft buiten toepassing.

Intrekkingswet Wet raadgevend referendum

Artikel I

De Wet raadgevend referendum wordt ingetrokken.

Artikel V

Op deze wet is de Wet raadgevend referendum niet van toepassing.

Artikel VI

Deze wet treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst, en werkt terug tot en met het tijdstip van de bekrachtiging van het voorstel van deze wet.

Noot

Auteur: G. Boogaard en J. Uzman 

1.

Dit is de derde juridische procedure van de Stichting Meer Democratie over de intrekking van de Wet raadgevend referendum (Wrr). Inzet was telkens het afdwingen van ten minste een laatste referendum over de intrekking van de referendumwet zelf. Onder de normale regels van de Wrr zou dat gewoon hebben gekund. Maar daar zat de regeringscoalitie niet op te wachten en dus probeerde de Intrekkingswet die deur dubbel dicht te lassen: de Intrekkingswet verklaarde de Wrr niet van toepassing op zichzelf en werkte ook nog eens terug tot de datum van bekrachtiging. De regering beoogde zo een samenvaal van rechtsmomenten: op het moment dat er onder de normale regels van de Wrr een verplichting zou ontstaan om over de Intrekkingswet de normale referendumprocedure af te wikkelen, zou die verplichting ook weer worden opgeheven.

De Stichting Meer Democratie zag haar eerste kans om een stok tussen deze spaken te steken toen de Minister van BZK in de Nota naar aanleiding van het verslag, op vragen van de fractie DENK, liet weten geen besluit meer te zullen nemen over de referendabiliteit van de Intrekkingswet omdat die bevoegdheid niet meer zou bestaan als de Intrekkingswet van kracht zou worden ([Kamerstukken II 2017/18, 34854, 5](#), p. 15). Dat was een schriftelijke weigering om een besluit te nemen, vond de Stichting, en zij wendde zich in februari 2018 tot de Afdeling bestuursrechtspraak, die krachtens art. 91 Wrr de eerste en enige instantie voor procedures over de Wrr is. De Afdeling verklaarde zich echter alleen maar bevoegd om naar weigeringen te kijken van bestuursorganen die op het moment van de weigering ook bevoegd waren om het gewenste besluit te nemen. Nu op het moment van de weigering de wetgevingsprocedure van de Intrekkingswet nog liep, was het nemen van een besluit dus nog niet aan de orde. De Afdeling verklaarde zich daarom onbevoegd (ABRvS 2 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:364, *ABkort* 2018/92).

Toen het Intrekkingswetsvoorstel de Eerste Kamer bereikte, wendde de Stichting Meer Democratie zich tot de civiele rechter om dan in ieder geval voor recht te laten verklaren dat de Intrekkingswet nog wel onder de gewone regels van de Wrr zou vallen, maar de civiele rechter wees die vordering als een ongeoorloofde interventie in een lopend wetgevingsproces af (Rb. Den Haag 4 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7888, *AB* 2018/399, m.nt. R. van der Hulle). De Stichting had destijds betoogd inhoudelijk slechts om een rechtstoetsing te vragen die bij uitstek tot het rechterlijk domein zou behoren, maar de rechtbank bezag de zaak in institutioneel perspectief en paste in alle openheid de *political question*-doctrine toe: niet intervenieren in een lopend wetgevingsproces. Dit past naadloos in de ontwikkeling die we eerder beschreven in onze noot onder Rb. Den Haag 12 april, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, *AB* 2017/415.

Na deze twee verliezen zette de Stichting Meer Democratie haar laatste troef in: procederen bij de Afdeling tegen het uitblijven van een besluit over de referendabiliteit van de intrekking van de Wrr. De hier afgedrukte uitspraak is gedaan in deze derde procedure. Opvallend is dat de Staat bij de civiele rechter aanvoerde dat *Meer Democratie* niet-ontvankelijk moest worden verklaard omdat zij naar haar eigen stellingen op een later moment bij de bestuursrechter terecht zou kunnen, maar dat de minister, eenmaal aangeland bij de bestuursrechter, gewoon primair onbevoegdverklaring eist. Deze procedurele verbetering om elk inhoudelijk rechterlijk oordeel over de intrekking van de Wrr te voorkomen was echter in beide gevallen tevergeefs. Beide rechters achtten zich bevoegd en de stichting ontvankelijk.

2.

De overweging waarin de Afdeling het belangrijkste argument van de Stichting Meer Democratie afdoet (r.o. 6.2), leest als eerstejaarsstof inleiding in het recht: de wetgever is binnen de grenzen van de Grondwet bevoegd om te geven én te nemen, en kan daarbij zelfs van eigen eerdere wetten afwijken. Immers: latere wetten gaan voor eerdere en bijzondere voor algemene. Dat was echter niet de kern van het argument. De Stichting had betoogd dat de referendumwet niet geldig *kon* worden ingetrokken zonder — nog één keer — de regels van de referendumwet te volgen. Zoals een wet die zou bepalen dat nieuwe wetten niet langer in het *Staatsblad* zullen verschijnen, zélf nog wel in het *Staatsblad* moet staan. Meer technisch: zij meende niet dat de Wrr een hogere wet was, maar dat de regels van de Wrr geldigheidsvoorwaarden voor nieuwe wetten waren geworden.

De huidige geldigheidsvoorwaarden voor een formele wet zijn: aanneming door de Staten-Generaal zoals moet blijken uit de Handelingen en instemming van de constitutionele Koning die moet blijken uit de publicatie in het *Staatsblad* (zie HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens (*Van den Berg/Staat*)). Is aan één van beide geldigheidsvoorwaarden niet voldaan, dan is eenvoudig geen sprake van een wet. Het is dan een stuk papier zonder juridische werking. Aan de conflictregels wordt dan niet toegekomen. Die veronderstellen namelijk het bestaan van twee wetten. Geldigheidsvoorwaarden staan niet noodzakelijkerwijs slechts in hogere regelingen. De voorwaarde dat formele wetten in het *Staatsblad* moeten worden gepubliceerd, bijvoorbeeld, is geregeld bij formele wet, namelijk art. 3 Bekendmakingswet. Kennelijk meent de Afdeling dat art. 8 Wrr niet dezelfde status heeft als art. 3 Bekendmakingswet. In die conclusie kunnen wij ons vinden. Art. 3 Bekendmakingswet vindt immers een relatief duidelijke en specifieke grondslag in art. 88 Grondwet. Van art. 8 Wrr is dat wat moeilijker vol te houden. Tegelijkertijd is de samenhang tussen art. 88 Gw en art. 8 Wrr ook weer niet onzinnig. En dus had de motivering van de Afdeling aan kracht gewonnen als was uitgewerkt waarom die vlieger hier toch niet op zou gaan.

3.

Voor een wat uitgebreidere motivering was te meer aanleiding omdat de rechtsingang voor de Stichting Meer Democratie hier ontstaat door de zogenaamde 'schijn van de bevoegdheid'. Dit leerstuk is ontwikkeld om conflicten over bevoegdheidsvragen aan de rechter te kunnen voorleggen. In een strikt dogmatisch perspectief zou er namelijk een probleem kunnen ontstaan. Voor zover het bevoegdheidsvereiste een geldigheidsvoorwaarde is voor een besluit, zou altijd wanneer een bevoegdheidsgebrek blijkt het besluit zelf niet meer bestaan. Dat zou een gat in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming opleveren. Om deze onwenselijke situatie te vermijden hanteert de bestuursrechter dan ook als uitgangspunt dat reeds waar de schijn van bevoegdheid bestaat, wordt *aangenomen* dat van een besluit sprake is. In het kader van de gepretendeerde bevoegdheid overwoog de Afdeling in het verleden bijvoorbeeld dat een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan 'geacht wordt op publiekrechtelijk rechtsgevolg te zijn gericht indien het bestuursorgaan, hoewel niet bevoegd het rechtsgevolg tot stand te brengen, dit wel heeft beoogd in het kader van de uitoefening van een *gepretendeerde* publiekrechtelijke bevoegdheid' (cursivering GB/JU) (zie o.a. ABRvS 12 april 2006, AB 2006/158, m.nt. I. Sewandono, en tevens de annotatie van Ortlep bij ABRvS 9 april 2008, AB 2008/166). Hier is de omgekeerde situatie aan de orde: daar waar de justitiabele om uitoefening van een bevoegdheid vraagt, terwijl het bestuursorgaan uit blijft gaan van onbevoegdheid. Het maakt dan nogal uit of de justitiabele, hoewel misschien op het verkeerde been gezet, toch in redelijkheid een bevoegdheid mocht aannemen.

Omdat niet ter discussie staat dat onder de normale regels van de Wrr de minister bevoegd en verplicht zou zijn geweest om (positief) over de referendabiliteit van de Intrekkingwet te beschikken, bestaat de 'schijn van bevoegdheid' hier dus uit de 'schijn van het nog bestaan van de Wrr.' Die schijn kan alleen maar bestaan als de Afdeling het kennelijk *niet* absurd vindt om in art. 8 Wrr een geldigheidsvoorwaarde te lezen die zich niet door een latere Intrekkingwet laat uitschakelen. Maar dan had een iets uitvoeriger motivering waarom hier uiteindelijk toch slechts de *schijn* van een verbindende wet wordt gewekt niet misstaan. Anderzijds valt, vanuit een institutioneel perspectief, natuurlijk wel te zien waarom de Afdeling relatief gemakkelijk de schijn van bevoegdheid aanneemt: er was immers een duidelijk publiek belang gediend met een snelle uitspraak van de bestuursrechter over de juridische houdbaarheid van de intrekking. Dat institutionele perspectief lijkt de afgelopen jaren aan een duidelijke opmars bezig, ten koste van een strikt mechanische toepassing van de regels die de toegang tot de bestuursrechter reguleren. Zie in dat verband bijvoorbeeld ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, AB 2015/55, m.nt. Brouwer en Schilder (*Zwarte Piet*). Juist in dat soort zaken gaat de Afdeling doorgaans echter even zorgvuldig als zelfbewust te werk. En niets voor niets. Hetzelfde belang dat om een snelle uitspraak van de bestuursrechter vraagt, is ook gediend met een sluitende rechterlijke redenering.

4.

Zo opmerkelijk als het is dat de Afdeling het springende punt in het argument van de Stichting Meer Democratie omzeilt, zo opmerkelijk is het ook dat er vervolgens wel drie overwegingen worden gewijd aan de vraag of de intrekking van de Wrr in strijd was met art. 10 EVRM. Voor een beoordeling van die vraag zien wij eigenlijk geen ruimte meer na de conclusie dat de

Wrr geldig en dus effectief met terugwerkende kracht is ingetrokken. De schijn van bevoegdheid is dan ten onrechte gewekt, *case closed*. Wat overblijft, is het soort wetgevingsgeding dat de wetgever met art. 8:3 Awb juist aan de bestuursrechter heeft willen onttrekken.

Want wat had de Afdeling kunnen doen als zij had gevonden dat de intrekking van de Wrr inderdaad in strijd met art. 10 EVRM was? Buiten toepassing laten van de Intrekkingwet in de hoop dat daarmee de oorspronkelijke Wrr herleeft, is technisch niet mogelijk. Intrekkingen werken eenmalig, die doen hun ding en verzinken daarna in geschiedenis. Die kunnen dus niet meer buiten toepassing worden gelaten. Eventuele strijd met het EVRM had een onrechtmatige daad van de Staat opgeleverd, niet het herleven van de bevoegdheid van de minister.

Voor een inhoudelijke beoordeling van haar stellingen zou de Stichting Meer Democratie nog een vierde procedure kunnen opstarten: een vol wetgevingsgeding bij de civiele rechter. Doordat het toetsingsverbod in art. 120 Gw ook de toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen verbiedt (de uitzondering van de niet verdisconteerde omstandigheden daargelaten), zal de toetsingsruimte bij de civiele rechter ook niet groot zijn. Zo zal de vraag of dit opportunistische gebruik van het instrument van de terugwerkende kracht inhoudelijk strookt met de beginselen van behoorlijke wetgeving, waarschijnlijk nooit echt aan een rechter kunnen worden voorgelegd. Of dat nog voldoende effectieve rechtsbescherming is, valt te bezien, net als de vraag of het toch tijd wordt een fatsoenlijk constitutioneel hof op te richten voor dit soort rechtsvragen (zie in dit verband aantekening 6 hierna).

5.

Ook valt nog te bezien of deze uitspraak van de Afdeling onder art. 6 EVRM een aanleiding kan zijn voor een nieuwe procedure bij het EHRM in Straatsburg. De laatste stand van de jurisprudentie op dit punt is dat actief moet worden voorkomen dat dezelfde staatsraden over 'the same case' of 'the same opinion' zowel adviseren als rechtspreken (EHRM 6 mei 2003, 39343/98, AB 2003/211, m.nt. De Waard (*Kleyn/Nederland*)). Daarvan is geen sprake.

Maar in dit geval spelen echter twee bijzonderheden die deze zaak mogelijk anders maken. Allereerst was de Afdeling advisering van de Raad ongebruikelijk intensief betrokken geraakt bij precies de vraag over de status van art. 8 Wrr als geldigheidsvoorwaarde. Mede omdat de Afdeling advisering zelf zonder motivering terugkwam op een eigen advies uit 2000, was er veel politieke discussie over het advies over de Intrekkingwet. De minister nodigde de Raad van State daarop uit om zich opnieuw over de kwestie uit te laten. Dat deed de Afdeling advisering met extra voorlichting in de zin 21a Wet op de Raad van State (zie voor verdere details: G. Boogaard, 'Intrekking Wet raadgevend referendum', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2018/2, p. 148–162). Daarmee raakten de adviezen van de Afdeling advisering zelf onderdeel van het debat. Dat tweede advies had bovendien sterk het karakter van een poging tot beslechting van een controverse, en wel een die ook in de hier geannoteerde procedure een centrale rol speelde.

Het tweede punt dat onder art. 6 EVRM de zaken mogelijk anders maakt, is het functioneren van een Constitutioneel Beraad. Dit gremium is volgens de jaarverslagen van de Raad nadrukkelijk bedoeld om beide afdelingen te dienen. Woorden als 'het versterken van het gemeenschappelijk fundament van de Raad' worden daarbij gebruikt (zie B.P. Vermeulen & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'De constitutionele toetsing door de Raad van State', *RegelMaat* 2012/4, p. 212-224). Hoewel het Constitutioneel Beraad in algemene zin geen geheim is, komt de buitenwereld over het concrete functioneren ervan nauwelijks iets te weten. Daardoor is niet duidelijk of het Constitutioneel Beraad al in de aanloop naar de intrekking van de Wrr bij de nu voorliggende kwestie is betrokken, wie daar dan deel van uitmaakten en wat het Constitutioneel Beraad destijds heeft gepreadviseerd. Het onderwerp leent zich in ieder geval prima voor het Constitutioneel Beraad. Het feit dat de beide Afdelingen nu op ongeveer gelijke gronden tot dezelfde conclusie komen, sluit in ieder geval niet uit dat ze beide uit hetzelfde preadvies putten. Maar ook als blijkt dat de hier nu rechtsprekende staatsraden niet bij het Constitutioneel Beraad aanzaten of dat dit Beraad helemaal niet is benaderd voor deze kwestie, dan is het probleem voor het EHRM mogelijk niet helemaal van tafel. Het gaat immers nadrukkelijk ook om de *schijn* van afhankelijkheid van de Afdeling bestuursrechtspraak in het licht van de intensieve en in dit geval bijzonder politieke betrokkenheid van de Raad van State in dit wetgevingsproces.

6.

Ter afsluiting is het goed te vermelden dat de geloofwaardigheid of het gezag van de Raad van State ons inziens nadrukkelijk niet in het geding is. Na het verdwijnen van het voorstel-Halsema en zolang het kabinet de plannen van de staatscommissie-Remkes voor een constitutioneel hof nog niet heeft omarmd, juichen wij de ontwikkeling van een vorm van constitutionele rechtspraak binnen de Raad van State bovendien van harte toe. Maar dan toch liefst in de openheid die daarbij past en rechtstreeks door de Kamer te benaderen. Misschien moet het Constitutioneel Beraad gewoon de Afdeling constitutionele rechtspraak van de Raad van State worden?

Voetnoten

[*]

G. Boogaard en J. Uzman zijn respectievelijk universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en hoofddocent staatsrecht aan de

