

Advies Beoordelingsbesluit referendumverzoek Kultuurklutser

Aan: Nelleke Zeef, Ben Nijman, Jorrit Jongbloed, Yolanda van Baak

Van: Marianne Biezenaar, stadsadvocaat

Datum: 2 maart 2018

De Referendumverordening bepaalt dat het college van B&W onderzoekt of het verzoek voldoet aan de eisen die de Referendumverordening aan dit verzoek stelt; onderdeel van dit onderzoek is de controle van de ondersteuningsverklaringen. Het college neemt daarover binnen twee weken een besluit; de termijn kan worden verlengd met twee weken. Indien het verzoek aan de eisen voldoet, neemt de raad een besluit over het al dan niet houden van een referendum.

1. De vraag is of het besluit van het college over de beoordeling van het verzoek en de ondersteuningsverklaringen een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb?

Artikel 1:3 Awb

Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

De beslissing zal schriftelijk zijn en het college is een bestuursorgaan. Aan deze eisen wordt voldaan.

Met het begrip rechtshandeling wordt bedoeld: een handeling gericht op extern rechtsgevolg. De beslissing moet gericht zijn op rechtsgevolgen die ontstaan in de verhouding van het bestuursorgaan tot een of meer anderen. Vaste rechtspraak van de Afdeling zegt: een beslissing heeft rechtsgevolg, indien zij erop is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of een zaak vast te stellen.

In dit geval wordt de juridische status van het verzoek een referendum te houden vastgesteld: voldoet het verzoek aan de eisen die daaraan in artikel 6 van de Referendumverordening worden gesteld. Daarmee heeft de vaststelling rechtgevolg.

Een rechtshandeling is publiekrechtelijk indien het bestuursorgaan de bevoegdheid daartoe ontleent aan een speciaal voor het openbaar bestuur bij of krachtens de wet geschapen grondslag (een rechtshandeling is privaatrechtelijk van aard wanneer het bestuursorgaan een bevoegdheid hanteert die krachtens het burgerlijk recht ook door niet-bestuursorganen kan worden gebruikt). De bevoegdheid om dit besluit te nemen is aan B&W toegekend in de Referendumverordening, die is vastgesteld door de raad. Ook aan deze voorwaarde wordt voldaan.

Het is daarom naar onze mening een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

2. Voorbereidingshandeling als bedoeld in artikel 6:3 Awb.

Artikel 6:3 Awb

Een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit is niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

Als er al sprake is van een voorbereidingsbesluit in de zin van dit artikel, dan is naar onze mening de uitzondering op de hoofdregel van artikel 6:3 Awb van toepassing. De verzoeker van het referendum wordt rechtstreeks in zijn belang getroffen als het college besluit dat het verzoek om een referendum te houden niet voldoet aan de in de Referendumverordening gestelde eisen, omdat dan de procedure voor het referendum daar eindigt. Het besluit heeft dus zelfstandig rechtsgevolg, los van het besluit van de gemeenteraad dat wordt voorbereid.

De vraag is overigens of er sprake is van een voorbereidingsbesluit in de zin van artikel 6:3 Awb. Als voorbeeld van een dergelijke beslissing wordt altijd genoemd de beslissing om een belanghebbende niet vooraf te horen bij de voorbereiding van een beschikking (bijvoorbeeld het weigeren van een omgevingsvergunning). Het besluit om de belanghebbende niet te horen kan dan pas worden getoetst in het kader van bezwaar tegen de weigering van de vergunning (of, als het niet kan wachten, door de burgerlijke rechter).

Het verschil met het besluit over het referendumverzoek is dat het besluit over de omgevingsvergunning niet afhankelijk is van de uitkomst van het horen van de belanghebbende. De gemeenteraad komt echter alleen toe aan het nemen van een besluit als het besluit over het referendumverzoek een bepaalde uitkomst heeft. Dit is een essentieel verschil. Het systeem van de referendumverordening lijkt niet te bedoelen dat de gemeenteraad ook de beoordeling van de steunverklaringen toetst. De raad komt pas in beeld als de beoordeling van de steunverklaringen positief is uitgevallen; als de beoordeling negatief is uitgevallen, komt er geen besluit van de raad.

Tenslotte: het beoordelingsbesluit is genomen door het college, een ander bestuursorgaan dan de raad. Dat is niet uniek; van een dergelijke situatie is ook sprake bij een verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad voor een door het college te verlenen omgevingsvergunning. In dat geval is echter uitdrukkelijk in de wet geregeld dat pas bij het besluit over de omgevingsvergunning een rechtsmiddel kan worden ingesteld tegen de al dan niet verleende verklaring van geen bedenkingen. Van een dergelijk wettelijk voorschrift is in het geval van het beoordelingsbesluit geen sprake.

Voor wat het waard is: de Verordening raadgevend referendum gemeente Utrecht stelt met zoveel woorden dat tegen de beoordeling van de ondersteuningsverklaringen bezwaar kan worden gemaakt. In deze Verordening controleert het centraal stembureau de ondersteuningsverklaringen. Artikel 12 bepaalt:

Binnen een week nadat het besluit van het centraal stembureau dat een raadgevend referendum zal worden gehouden, onherroepelijk is geworden, stelt de referendumcommissie, na overleg met het college van burgemeester en wethouders, de dag van de stemming vast.

Al met al menen wij dat er geen sprake is van een besluit in de zin van artikel 6:3 Awb en dat, als dat toch zo zijn, de uitzondering van toepassing is.

3. De burgerlijke rechter

Als tegen het besluit van het college geen bezwaar en beroep zou kunnen worden ingesteld, kan de verzoeker naar de burgerlijke rechter stappen. In het kader van de voorbereiding van een referendum is al eerder de burgerlijke rechter benaderd: over het aantal stembureaus dat was aangewezen (minder dan bij landelijke of lokale verkiezingen). Zowel de burgerlijke rechter in kort geding¹ als de bestuursrechter² hebben zich bevoegd verklaard.

De vraag is of een procedure bij de burgerlijke rechter voordelen zou bieden voor de gemeente. Een kort geding heeft het voordeel van de snelheid maar als de initiatiefnemer kiest voor een bodemprocedure, gaat er veel tijd verloren.

Het verdient daarom aanbeveling dat de gemeente duidelijk maakt dat er sprake is van een besluit waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan. In dat geval wordt de kans al helemaal zeer klein dat een bestuursrechter zich onbevoegd zal verklaren. Dit betekent ook dat het college gehouden is om de verzoeker in de gelegenheid te stellen een zienswijze te geven als het college van plan is om een negatiefbeoordelingsbesluit te nemen.

4. Belanghebbende

De vaste rechtspraak van de Afdeling is als volgt.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1:2 van de Awb blijkt dat met de woorden 'wiens belang rechtstreeks is betrokken' een zekere begrenzing wordt beoogd. Een louter subjectief gevoel van betrokkenheid bij een besluit is, hoe sterk dat gevoel ook moge zijn, niet voldoende om te kunnen spreken van een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang. Maar ook een persoon die wellicht enig belang heeft, doch zich op dat punt niet onderscheidt van grote aantallen anderen, kan niet worden beschouwd als een persoon met een rechtstreeks betrokken belang. Om als belanghebbende in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt, dient een natuurlijk persoon een voldoende objectief en actueel, eigen en persoonlijk belang te hebben dat hem in voldoende mate onderscheidt van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door het besluit.

In de uitspraak van 26 oktober 2015 heeft de Afdeling³ geoordeeld over een hoger beroep dat was ingesteld tegen het besluit van Kiesraad over het definitieve verzoek tot het houden van een raadgevend referendum over (kort gezegd) het Oekraïneverdrag. Het beroep was ingesteld door een kiesgerechtigde in de zin van de Wet raadgevend referendum die beroep heeft ingesteld om de door naar zijn mening door GeenPeil gepleegde fraude met ondersteuningsverklaringen aan de kaak te stellen. Naar het oordeel van de Afdeling was de appellant niet aan te merken als belanghebbende:

Dat hij, naar hij stelt, wenst op te komen voor het algemeen belang van de bescherming van de democratie en het voorkomen van fraude met ondersteuningsverklaringen, betekent niet dat hij een rechtstreeks bij het besluit

¹ Rechtbank Oost-Brabant 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1142

² Vzv Rechtbank Overijssel 8 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:770 en ECLI:NL:RBOVE:2016:772

³ AbRvS 26 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3399

betrokken eigen en persoonlijk belang heeft dat hem in voldoende mate onderscheidt van grote aantallen anderen. Het zijn van kiesgerechtigde is daarvoor ook niet voldoende. In de Wrr is ook nergens de kiesgerechtigde aanvullend als beroepsgerechtigde voor bepaalde besluiten aangemerkt, zoals dat in de Kieswet voor een enkel besluit uitdrukkelijk wel is gedaan voor de kiezer.

De verzoeker van het referendum heeft een eigen en persoonlijk belang bij het beoordelingsbesluit van het college. Mogelijk geldt dat ook voor de degene wiens ondersteuningsverklaring niet geldig wordt geacht.

Als het beoordelingsbesluit positief is, is waarschijnlijk degene die een direct en persoonlijk belang heeft bij een zo spoedig mogelijke realisatie van het cultuurgebouw (een van de in het cultuurgebouw te vestigen instellingen), belanghebbende bij het beoordelingsbesluit, omdat het besluit leidt tot uitstel van de bouw. De gronden van het bezwaar zijn beperkt en kunnen alleen betrekking hebben op de boordeling van het referendumverzoek en de ondersteuningsverklaringen (ongeldige formulieren meegeteld, onjuiste steekproef gebruikt etc.) maar belanghebbende is de instelling wel, denken wij.

Een raadslid heeft naar onze mening niet een eigen en persoonlijk belang bij het beoordelingsbesluit; hij wordt niet rechtstreeks in zijn belang benadeeld of bevoordeeld door het besluit over het referendumverzoek.

Wij menen dat andere inwoners van Zaanstad, kiesgerechtigd of niet, geen eigen en persoonlijk belang bij het beoordelingsbesluit hebben.
