

# Rechtsbescherming voor gemeenten tegen provinciale herindelingsinitiatieven

Gst. 2019/25

## 1. Inleiding

Het aantal gemeenten in Nederland is de afgelopen twintig jaar sterk gedaald, van 537 rond de eeuwwisseling tot 355 in 2019. De regering heeft deze ontwikkeling bevorderd door herindelingsinitiatieven actief te ondersteunen. In verreweg de meeste gevallen kwam het initiatief voor deze herindelingen ‘van onderop’; het uitgangspunt van de regering is dat opschalingsambities van de gemeenten zelf dienen uit te gaan. De laatste jaren is echter een trend waarneembaar waarin de overige bestuurslagen zich assertiever opstellen in het herindelingsvraagstuk. Met name de provinciebesturen – die zich daarin gesteund weten door kabinetsbeleid – pakken de regierol vaker op. Dit heeft zich onder meer vertaald in herindelingen waarbij één of meer betrokken gemeenten in verzet zijn gekomen.<sup>2</sup> Doorgaans voeren gemeenten daarbij aan dat de herindeling van buitenaf wordt doorgedrukt, zonder dat naar hen wordt geluisterd. Tot een verandering in het kabinetsbeleid heeft dit echter niet geleid; integendeel, in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III is juist aangekondigd dat provincies méér ruimte zullen krijgen om fusie-initiatieven tot wasdom te brengen.

Dit is de aanleiding om de positie van de gemeente bij een ongewenst herindelingsinitiatief nader te bezien. Om deze positie te beschermen, heeft de wetgever in de voorbereidingsprocedures verschillende waarborgen ingebouwd voor gemeenten die bij een herindeling betrokken raken. In dit artikel wordt beargumenteerd dat deze waarborgen onvoldoende zijn, doordat gemeenten afhankelijk zijn van politieke besluitvorming waartegen beperkte rechtsbescherming openstaat. Wij menen dat de gemeente aanvullende bescherming verdient, juist omdat het situaties betreft waarin haar voortbestaan – letterlijk – op het spel staat. Daarvoor doen wij in dit artikel een voorstel.

Na deze korte inleiding wordt in de paragrafen 2 en 3 het wettelijk kader beschreven en een uiteenzetting gegeven van de huidige positie van de gemeente in het herindelings-traject. In paragraaf 4 wordt beschreven hoe het zwaartepunt in de voorbereiding van herindelingen – zowel procedureel als inhoudelijk – is verschoven van gemeente en wetgever naar de provincie. In paragraaf 5 lichten wij toe dat de huidige situatie in onze ogen onaanvaardbaar is, en wordt betoogd dat hierin een rol voor de bestuursrechter zou moeten worden gegeven. Het artikel wordt in paragraaf 6 afgesloten met een beknopte conclusie.

1 Robin Janssen en Hugo Doornhof zijn advocaat te Amsterdam bij AKD. Zij zijn in die hoedanigheid betrokken (geweest) bij diverse herindelingskwesaties, waaronder Landgraaf-Heerlen.

2 Voor een recent overzicht, zie ook: Y. de Koster, ‘Gemeenten blijven strijden tegen herindeling’, *Binnenlands Bestuur* 17 april 2018.

## 2. Voorbereiding door de drie bestuurslagen

Artikel 123 lid 1 Grondwet regelt dat provincies en gemeenten bij wet kunnen worden opgeheven en ingesteld. In 1978 merkte de Minister van Binnenlandse Zaken op dat grootschalige herindelingen voor de Staten-Generaal een vrij zware belasting betekenen, en dat er behoefte bestaat aan een versnelling van de parlementaire behandeling van dergelijke wetsvoorstellen.<sup>3</sup> Omdat een wet nodig werd geacht die de gevolgen van een beslissing tot wijziging van de gemeentelijke indeling regelt, is in 1984 de Wet algemene regelen gemeentelijke indeling (‘Wet argi’) geïntroduceerd.<sup>4</sup> De Wet argi kende geen bepalingen over de positie van niet-gemeentelijke bestuursorganen in de voorbereiding van een herindelingsvoorstel. Aan Gedeputeerde Staten werd (in artikel 51 lid 2) uitsluitend de taak toebedeeld om het overleg tussen de betrokken gemeenten over het treffen van voorzieningen voorafgaand aan een al vaststaande herindeling te bevorderen.

In 1991 werd de Wet argi vervangen door de Wet algemene regels herindeling (‘Wet arhi’).<sup>5</sup> De wet bevat procedurele bepalingen voor de totstandkoming van een gemeentelijke herindeling. Een wet die tot herindeling strekt geldt als ‘herindelingsregeling’, het centrale instrument van de wet. De wet regelt drie procedures om zo’n herindelingsregeling tot stand te brengen. De wijze waarop van de geattribueerde bevoegdheden in de wet gebruik wordt gemaakt, is een beleidsaangelegenheid; de Wet arhi schrijft slechts voor welke procedures daarbij moeten worden gevolgd.

### 2.1 Voorbereiding door gemeenten

Als gemeenten zelf het initiatief tot herindeling nemen, brengen zij advies uit aan de minister die een wetsvoorstel in procedure kan brengen. Het tweede lid van artikel 4 Wet arhi biedt de basis voor de vaststelling van zo’n herindelingsadvies door de raden van de betrokken gemeenten. De gemeenteraden stellen in eerste instantie een herindelingsontwerp vast, en zenden dit aan Gedeputeerde Staten (artikel 5 lid 1 Wet arhi). Het ontwerp wordt gedurende acht weken ter inzage gelegd op de gemeentesecretarie; gedurende deze tijd kan eenieder zijn zienswijze kenbaar maken aan het college van burgemeester en wethouders. Naar aanleiding van de zienswijzen wordt het herindelingsadvies definitief gemaakt. Vervolgens wordt het door Gedeputeerde Staten aan de minister gezonden, vergezeld van de eigen zienswijze op het advies.

De minister besluit vervolgens op basis van het advies of al dan niet een wetsvoorstel in procedure wordt gebracht.

3 *Kamerstukken II 1977/78*, 14322 en 14323, 6, p. 10-11.

4 *Stb.* 1984, 475.

5 *Stb.* 1991, 315.

## 2.2 Voorbereiding door provincies

De procedure voor de voorbereiding van een herindelingsregeling door de provincie is uiteengezet in artikel 8 Wet arhi. Volgens het eerste lid moeten Gedeputeerde Staten de colleges van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeenten in de gelegenheid stellen om met hen overleg te voeren over de wens om tot een herindeling over te gaan. Dit overleg duurt ten hoogste zes maanden. In de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling is toegelicht dat het overleg een 'open karakter' dient te hebben; het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het wordt gebruikt om aan te kondigen dat een herindeling zal gaan plaatsvinden.<sup>6</sup> In plaats daarvan moeten alle verschillende alternatieve aanpakken voor een bestuurlijke uitdaging besproken kunnen worden, zonder dat daarbij een concreet plan als vertrekpunt wordt genomen.<sup>7</sup>

Indien het overleg leidt tot een meer concrete herindelingswens, stellen GS volgens het tweede lid van artikel 8 Wet arhi uiterlijk drie maanden na afloop daarvan een herindelingsontwerp vast. Dit wordt tezamen met een verslag van het gevoerde overleg aan de gemeenteraden en de minister toegezonden. Evenals bij herindelingsontwerpen die door de gemeenten tot stand zijn gebracht, leggen burgemeester en wethouders het stuk ter inzage en kan eenieder daarover zijn zienswijze kenbaar maken. Voor gemeenteraden is daarbij voorzien in een langere termijn van drie maanden. Het herindelingsadvies wordt vervolgens vastgesteld door Provinciale Staten en aan de minister toegezonden. In artikel 11 Wet arhi is bepaald dat deze vervolgens vier maanden de tijd heeft om op basis van het herindelingsadvies al dan niet een voorstel voor een herindelingsregeling aan de ministerraad te zenden.

## 2.3 Voorbereiding door de minister

Tot slot kent artikel 12 Wet arhi een voorbereidingsprocedure voor de minister. Deze komt volgens het eerste lid overeen met de provinciale voorbereiding, met dien verstande dat de minister in de plaats treedt van GS en dat de provincies de mogelijkheid krijgen om deel te nemen aan het open overleg en een zienswijze in te dienen.

## 3. Zeer beperkte rechtsbescherming: het hele herindelingstraject wordt beschouwd als wetgeven

Indien een provinciebestuur of de minister het initiatief neemt om een herindeling voor te bereiden, betekent dat vanzelf een inperking van de gemeentelijke autonomie. Om deze reden zijn in de Wet arhi waarborgen ingebouwd, die ervoor moeten zorgen dat de betrokken gemeenten gehoord worden en dat recht wordt gedaan aan hun belangen en positie. Als een gemeentebestuur niet wil herindelen, kan het college van burgemeester en wethouders dit in het open overleg onder de aandacht brengen. Mocht er toch een herindelingsontwerp worden vastgesteld, dan kunnen de ge-

meenteraden hierover een zienswijze naar voren brengen. Op deze manier wordt beoogd te waarborgen dat de belangen van de gemeente voldoende in acht worden genomen in de besluitvorming op provinciaal of rijksniveau.

Het is onvermijdelijk dat zich gevallen voordoen waarin een gemeentebestuur de inspraakmogelijkheden benut, maar toch ontevreden is met het eindresultaat. Het is daarom van belang om te bezien welke rechtsbescherming openstaat tegen onwelgevallige herindelingsinitiatieven van bovenaf. Uit het hierna volgende blijkt dat de verschillende denkbare mogelijkheden hiervoor, beperkt zijn.

### 3.1 Geen toegang tot de bestuursrechter

Gedurende het wetgevingstraject kan geen beroep worden gedaan op de bestuursrechter. Doordat de wetgevende macht niet als bestuursorgaan wordt aangemerkt (artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder a Awb) kunnen haar beslissingen niet als appellabele besluiten gelden. Nu het 'eindproduct' geen besluit is, kunnen de beslissingen van de gemeentelijke en provinciale bestuursorganen op grond van de Wet arhi niet worden aangemerkt als mogelijk appellabele voorbereidingsbeslissingen in de zin van artikel 6:3 Awb. Evenmin ligt voor de hand dat deze beslissingen op zichzelf zijn te kwalificeren als Awb-besluit; het is niet evident dat het vaststellen van een herindelingsontwerp of -advies gericht is op enig rechtsgevolg.<sup>8</sup>

Hoewel de bestuursrechter zich over deze vraag voor zover wij weten nooit expliciet heeft uitgelaten, kan een bevestiging van deze redenering wellicht worden gevonden in het feit dat de burgerlijke rechter – hierover straks meer – van herindelingsgeschillen wél kennisneemt. Als in het stelsel van de Wet arhi immers in bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou zijn voorzien, zouden vorderingen die op deze wet zijn gebaseerd door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.<sup>9</sup>

### 3.2 De burgerlijke rechter gaat niet over wetgeving en rekent ook provinciale voorbereidingshandelingen daaronder

Voor de betekenis van het besluitvormingstraject dat is voorzien in de Wet arhi geldt het *Tegelen*-arrest van de Hoge Raad uit 1999 als het ijkpunt.<sup>10</sup> In de kwestie die tot dit arrest leidde, bereidde de provincie Limburg een herindeling voor waarbij de gemeenten Tegelen en Venlo zouden worden samengevoegd. Tegelen kon zich in de provinciale inspanningen niet vinden, en vroeg de rechter om te voorkomen dat de provinciale besluitvorming definitief zou worden en Den Haag zou bereiken. Aan haar vorderingen legde de gemeente ten grondslag dat het verplichte "open overleg" niet had plaatsgevonden; ze voelde zich niet gehoord. In eerste instantie was de gemeente succesvol: de

<sup>6</sup> *Handelingen I* 2000/01, 16, p. 771.

<sup>7</sup> *Kamerstukken I* 1990/91, 20079, 69c, p. 2.

<sup>8</sup> Vgl. Rechtbank Limburg 17 november 2017, zaaknummer: AWB/ROE 17/17/1733.

<sup>9</sup> Zie hierover ook H. Doornhof, 'De voorbereiding van een gemeentelijke herindeling', *Gst.* 2009/21 (p. 126-127).

<sup>10</sup> HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3374, AB 2000/387, m.nt. Th.G. Drupsteen, *NJ* 2000/160, m.nt. T. Koopmans, *Gst.* 2000/3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *JB* 2000/1, m.nt. R.J.N. Schlössels.

voorzieningenrechter van de rechtbank gelastte de provincie om de besluitvorming op te schorten tot na de afronding van een nieuw besluitvormingstraject waarbij de overlegverplichtingen wél in acht waren genomen. Dit vonnis werd vernietigd door het Hof, dat meende dat de voorzieningenrechter te vergaand had ingegrepen in het wetgevingsproces. De Hoge Raad overwoog hierover dat in het midden kon blijven in hoeverre het overleg voldoende 'open' was:

“Zoals hiervoor reeds is aangestipt, geschiedt wijziging van de gemeentelijke indeling bij wet. Is een dergelijke wet eenmaal tot stand gebracht, dan komt aan de rechter niet het oordeel toe dat onrechtmatig is gehandeld doordat bij de voorbereiding en de behandeling van die wet ter zake gegeven procedurevoorschriften zijn geschonden. De rechter heeft het oordeel van de formele wetgever – de Regering en de Staten-Generaal – over de vraag of die voorschriften in acht zijn genomen, te eerbiedigen. Met dit stelsel zou niet te rijmen zijn dat de rechter in de loop van de procedure die tot een wet in formele zin leidt, wél zou kunnen oordelen dat procedurevoorschriften niet in acht zijn genomen en op die grond in het wetgevingsproces zou kunnen ingrijpen, hetgeen zou meebrengen dat de vraag of procedurevoorschriften zijn geschonden en, zo ja, welke gevolgen daaraan moeten worden verbonden, in feite wordt onttrokken aan de beoordeling door de formele wetgever, aan wie dit oordeel bij uitsluiting toekomt.”

De Hoge Raad oordeelde – met andere woorden – dat de rechter niet tot het oordeel kan komen dat onrechtmatig is gehandeld door schending van de Wet arhi. Hij gaat daar niet over, want herindelingen zijn wetgevingsproducten. Expliciet werd de gemeente Tegelen in het arrest dan ook meegegeven dat zij haar bezwaren zal moeten voorleggen aan de regering en de Staten-Generaal. Bij de behandeling van een eventueel wetsvoorstel zouden deze instanties moeten beoordelen of deze bezwaren gegrond zijn en, zo ja, welk gewicht daaraan toekomt.

Hoewel de Wet arhi sinds *Tegelen* enkele keren is gewijzigd, staat de rechtsregel uit het arrest nog fier overeind. Tegenstanders van de fusie van de gemeente Haren met Groningen en Ten Boer ondervonden dit aan den lijve. Een Burgercomité en een aantal inwoners van die gemeente probeerden via de burgerlijke rechter te voorkomen dat een herindeling tot stand zou worden gebracht. Zij vorderden onder meer een rectificatie van het herindelingsadvies dat Provinciale Staten van Groningen aan de minister hadden uitgebracht, nu dit volgens hen tot stand was gekomen in strijd met gedane toezeggingen en de wensen van zowel de Harense bevolking als het gemeentebestuur. Het Hof bracht *Tegelen* in herinnering en stelde voorop dat het de rechter niet is toegestaan om te oordelen dat bij de totstandkoming van een wet in strijd is gehandeld met procedurevoorschriften.<sup>11</sup> Daarmee zou het oordeel over deze procedurevoorschriften ten onrechte worden onttrokken aan de beoordeling van

11 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366.

de wetgever. Het argument dat met de vorderingen nu juist was bedoeld om nadelige beïnvloeding van het (daadwerkelijke) wetgevingsproces door de provincie te voorkomen, mocht de tegenstanders van de fusie niet baten. Het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet verbiedt de rechter om te interveniëren in het wetgevingsproces, waartoe ook de voorbereiding door het provinciebestuur moet worden gerekend.

De Rechtbank Limburg overwoog in overeenstemming hiermee – toen haar door de gemeente Landgraaf onder meer was gevraagd het herindelingsontwerp voor een fusie met Heerlen te schorsen – het volgende:

“Aan de gemeente kan worden toegegeven dat de gang van zaken de indruk wekt dat de provincie de gemeente zonder het voorgeschreven overleg heeft gepasseerd en in wezen zonder overleg het herindelingsontwerp heeft vastgesteld dat de raad van de gemeente niet wilde vaststellen. Indien er geen voorziening zou zijn om de zeggenschapsrechten van de gemeente te beschermen, zou hier mogelijk een taak voor de rechter zijn, vooral omdat het overleg bij uitstek de fase van de herindelingsprocedure is waarin de gemeente inbreng heeft. Het punt blijft echter dat er wel een voorziening is. De bescherming van de zeggenschapsrechten van de gemeente behoort immers onderdeel te zijn van de besluitvorming van PS in het kader van het herindelingsadvies en van de regering en Staten-Generaal in het kader van de voorbereiding en behandeling van een wetsvoorstel.”<sup>12</sup>

In *Tegelen* overwoog de Hoge Raad nog wel dat de beoordeling van de rechter uitgebreider kan zijn indien – op de voet van artikel 94 Grondwet – zou worden opgeworpen dat het voorbereide herindelingswetsvoorstel in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Eerder is geopperd dat dit mogelijk zou kunnen spelen in verband met artikel 5 van het Europees Handvest inzake lokale autonomie.<sup>13</sup> Dit artikel schrijft voor dat “*wijzigingen van plaatselijke gebiedsgrenzen niet worden aangebracht zonder vooraf de desbetreffende plaatselijke gemeenschappen te raadplegen, zo mogelijk door middel van een referendum, waar dit wettelijk is toegestaan*”. De Afdeling advisering van de Raad van State is echter van mening dat de bepalingen van dit Handvest niet behoren tot de categorie ‘een ieder verbindend’, “*zodat gemeentebesturen niet de mogelijkheid hebben een vermeende schending van dit verdrag aan de rechter voor te leggen*”.<sup>14</sup> Ook de beperkt beschikbare jurisprudentie wijst (nog) in deze richting.<sup>15</sup>

12 Rechtbank Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6452, r.o. 4.16.

13 Onder meer: Doornhof, a.w., p. 125.

14 Advies W04.05.0207/1, bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07, 30800, VII, 22*.

15 Hof 's-Gravenhage 8 maart 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:BP8157, *Gst.* 2001/4, 7145, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; Rechtbank Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6452. In zijn annotatie bij het arrest van het Hof beargumenteert Hennekens juist dat de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5 “wijst in de richting van een verdragsbepaling waaraan verbindende werking is toegedacht jegens ieder die het betreft”.

### 3.3 *De minister acht een tussentijdse rechtmatigheidstoets niet opportuun*

Bij de totstandkoming van de Wet arhi is bij wijze van amendement getracht om de raad van een bij een herindelingstraject verwikkelde gemeente de mogelijkheid te bieden zich tot de Raad van State te wenden.<sup>16</sup> Deze zou dan bezien of zowel inhoudelijk als procedureel recht is gedaan aan de belangen van de gemeente. Zelf was de Raad van State kritisch over dit voorstel.<sup>17</sup> Hij was van oordeel (i) dat een en ander niet paste binnen het samenstel van taken en bevoegdheden van de Raad; (ii) dat administratieve rechtsbescherming weliswaar toekwam aan de Afdeling rechtspraak, maar niet aan het plenum; en (iii) dat – na indiening van een wetsvoorstel – de mogelijkheid zou bestaan dat de Raad van State vaker wordt gehoord in dezelfde zaak. De mogelijkheid om zich tot de Raad van State te wenden is na deze kritiek niet in de wet opgenomen.

Wel bestond nog lange tijd de mogelijkheid om tussentijds de minister om een oordeel te vragen over – uitsluitend – de procedurele aspecten van de herindelingsprocedure. Bij de wijziging van de Wet arhi in 2002 is deze mogelijkheid uit de wet geschrapt, onder meer omdat de minister in de praktijk vrijwel nooit ingreep in het herindelingstraject. Voor de minister rest nu de algemene bevoegdheid om besluiten van organen van provincies die in strijd zijn met het recht of met het algemeen belang bij de Kroon voor te dragen voor vernietiging (artikel 261 Provinciewet). Onder meer de burgemeester van Haren heeft de minister verzocht om deze bevoegdheid aan te wenden met betrekking tot het besluit van GS om het ‘open overleg’ te starten en het aangekondigde herindelingsontwerp waarin Groningen, Haren en Ten Boer zouden worden samengevoegd. In zijn reactie op dit verzoek berichtte de minister – inhoudelijk – onder meer dat hij constateerde dat Haren was uitgenodigd deel te nemen aan het open overleg. Procedureel voegde hij daaraan toe dat hij een nadere beoordeling zijnerzijds van de procedurele correctheid “niet opportuun” achtte.<sup>18</sup> Pas nadat een herindelingsadvies is uitgebracht, wil de minister een (verdere) beoordeling uitvoeren. Een vergelijkbare reactie ontving het college van Landgraaf, dat eveneens had verzocht om de Wet arhi-besluitvorming voor vernietiging voor te dragen, zij het dat daarbij inhoudelijke opmerkingen in het geheel achterwege bleven.<sup>19</sup>

### 3.4 *De Raad van State geeft een rechtmatigheidsoordeel in haar adviserende rol*

De meest expliciete rechtmatigheidstoets waaraan herindelingsprocedures worden onderworpen, wordt uitgevoerd door de Afdeling advisering van de Raad van State. Zij benadrukt in haar adviezen stevast het belang van procedu-

rele voorschriften, zeker als niet alle betrokken gemeenten zich met de voorgenomen herindeling kunnen verenigen. Ze overwoog:

“Juist in die gevallen waarbij een herindeling niet in onderlinge overeenstemming tussen de betrokken gemeenten tot stand is gekomen, is voor alle partijen van belang dat de eenmaal vastgestelde procedures en toetsingscriteria zo nauwkeurig mogelijk worden gevolgd. De Afdeling advisering vindt daarom dat de bestaande procedures en toetsingskaders in dit geval zonder meer moeten worden toegepast.”<sup>20</sup>

en

“Artikel 8 van de Wet Arhi [heeft] niet het karakter van een instructienorm, op basis waarvan louter procedureel de gelegenheid wordt geboden tot het voeren van overleg. Artikel 8 van de Wet Arhi heeft immers ook een waarborgkarakter tegen onzorgvuldige besluitvorming van – in eerste instantie – de provincie. Het open overleg is noodzakelijk om gemeenten daartegen bescherming te bieden. Gelet op het belang dat in de procedure aan het advies van een provinciebestuur wordt toegekend zijn niet voor niets aan de voorbereiding ervan zorgvuldigheidseisen gesteld.”<sup>21</sup>

In het geval van Haren leidde het advies ertoe dat de voorbereidingsprocedure gedeeltelijk opnieuw moest. Met betrekking tot Landgraaf heeft de regering de wetgevingsprocedure geheel beëindigd en is het voorstel niet aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal gezonden.

### 3.5 *De balans opgemaakt: gemeenten zijn afhankelijk van politieke actoren*

Uit het voorgaande overzicht wordt duidelijk dat de toetsing van de rechtmatigheid van besluitvorming over herindelingsvraagstukken in overwegende mate politiek van aard is. In de Wet arhi zijn weliswaar procedurele waarborgen tegen onzorgvuldige besluitvorming ingebouwd, maar het zijn de politieke actoren – GS, Provinciale Staten, de regering en de Staten-Generaal – die zijn aangewezen als ‘hoeders’ van deze inspraakrechten. De rechter kan niet ingrijpen, terwijl ook de minister niet snel bereid is om de besluitvorming van decentrale bestuursorganen te door kruisen. Dit alles leidt ertoe dat de rechtmatigheidsbeoordeling van de decentrale voorbereiding van herindelingsvoornamelijk wordt uitgevoerd door de Afdeling advisering van de Raad van State.

## 4. *Het bestuurlijk zwaartepunt verschuift steeds meer naar de provincie*

In paragraaf 2 is uiteengezet dat de Wet arhi procedureel van aard is. De wijze waarop aan de bevoegdheden invul-

16 Kamerstukken II 1989/90, 20079, 15.

17 Kamerstukken II 1989/90, 20079, B.

18 Brief van 19 augustus 2016, gepubliceerd door de gemeente Haren op: [www.haren.nl/bestuurlijke-toekomst-haren/](http://www.haren.nl/bestuurlijke-toekomst-haren/).

19 Brief van 12 april 2017, gepubliceerd door de Rijksoverheid op: [www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/05/16/kamerbrief-overleg-gemeente-landgraaf](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/05/16/kamerbrief-overleg-gemeente-landgraaf).

20 Advies W04.17.0214/I, Kamerstukken II 2017/18, 34805, 4 (Haren).

21 Advies W04.17.0345/I, Stcrt. 2017, 72128 (Landgraaf).

ling wordt gegeven, is geregeld in het Beleidskader gemeentelijke herindeling. Hierin zijn de criteria opgenomen waaraan herindelingsvoorstellen worden getoetst, zowel inhoudelijk (is het een goed idee om tot herindeling over te gaan?) als procedureel (is het herindelingsadvies op juiste wijze tot stand gekomen?).

Opeenvolgende kabinetten hebben in de loop der jaren nieuwe Beleidskaders vastgesteld, ter vervanging van de voorgaande. In de loop der jaren is daarin een verschuiving waar te nemen; provinciebesturen krijgen van het kabinet steeds meer de ruimte om het initiatief tot herindeling te nemen. In het eerste Beleidskader uit 2002 werd nog opgenomen dat draagvlak bij gemeenten zelf een belangrijke voorwaarde is om tot herindeling over te gaan.<sup>22</sup>

“Wanneer dit draagvlak ontbreekt, ligt het niet voor de hand dat het kabinet een gemeentelijke herindeling entameert. Indien zich dan grensoverschrijdende problemen voordoen, verdient het de voorkeur deze langs andere wegen op te lossen, bijvoorbeeld door samenwerking.”

Het kabinet merkte nog wel op dat vrijwilligheid niet het enige en absolute criterium is.

“Maar dat het brede draagvlak zwaar weegt, staat buiten kijf.”

Sindsdien is de benadering sterk veranderd. In de Beleidskaders van 2009<sup>23</sup> en 2011<sup>24</sup> werd een nieuwe invulling gegeven aan de bestuurlijke rolverdeling tussen gemeenten, provincies en het kabinet. De inhoudelijke verantwoordelijkheid werd bij het provinciebestuur neergelegd; de toets van de regering zou ‘in principe uitsluitend op het gevolgde proces’ betrekking hebben. Er kwam ook meer ruimte voor voorstellen voor een gemeentelijke herindeling van provincies: daarvan kon sprake zijn “in uitzonderlijke situaties waarin zich zowel een sterke inhoudelijke noodzaak als urgentie voordoen.” In 2013<sup>25</sup> kwam daarbij de wens van het kabinet om te voorkomen dat herindelingsdiscussies tussen gemeenten jarenlang voortduren zonder reëel zicht op een bevredigende uitkomst. Ook in die gevallen zouden provincies voortaan zelf een Wet arhi-procedure kunnen starten. Het kabinet-Rutte III heeft een voorschot genomen op een nieuwe categorie van gevallen waarin een provinciaal herindelingsinitiatief verwelkomd wordt. In het regeerakkoord is het volgende opgenomen:

“Veel kleinere gemeenten zijn voor belangrijke taken die de directe levenssfeer van mensen raken in sterke mate afhankelijk geworden van regionale samenwerking op grond van de Wet Gemeenschappelijke regelingen (Wgr), waarbij de democratische controle door gemeenteraden op afstand staat. Op verschillende plaatsen hebben gemeenten daarom in samenspraak met de provincie het

initiatief genomen tot gemeentelijke herindeling. Het kabinet ondersteunt die beweging. Blauwdrukken van bovenaf werken hiervoor niet, maar het proces helemaal van onderop laten komen levert ook niet altijd een optimaal resultaat op. Een proces van herindeling is gewenst voor gemeenten die langjarig en in hoge mate afhankelijk zijn van gemeenschappelijke regelingen voor essentiële taken. Het is dan aan de provincie de herindelingsprocedure op basis van de Wet Algemene regels herindeling (Wet Arhi) te starten.”

Hieruit lijkt op te maken dat een aanstaand Beleidskader wederom een nieuwe grondslag voor provinciale herindelingsinitiatieven zal toevoegen. Behalve in zeer urgente situaties en jarenlang voortdurende discussies, zal de provincie ook als herindelingsregisseur kunnen optreden indien zij van mening is dat gemeenten al te afhankelijk zijn van gemeenschappelijke regelingen.

Op het moment van schrijven circuleert evenwel een conceptversie van een nieuw Beleidskader, waarin het hiervoor gestelde niet terugkomt. In plaats daarvan lijkt aanvullende nadruk te worden gelegd op waarborgen voor een zorgvuldig proces. Zo zouden provinciebesturen voorafgaand aan het opstarten van een herindelingstraject de minister moeten informeren door middel van een brief en een toelichtend gesprek. Voor de minister is dit gesprek een gelegenheid om nadere vragen te stellen en aandachtspunten voor het proces mee te geven. Van een provinciebestuur dat een herindeling in gang wil zetten, wordt daarnaast verwacht dat het beschikt over een visie op de ontwikkeling van de bestuurlijke organisatie in de provincie in relatie tot de maatschappelijke opgaven. Voor de aanleiding om een herindeling op provincieniveau op te starten, lijkt te worden aangesloten bij eerdere Beleidskaders; die aanleiding bestaat, waar sprake is van “evidente bestuurskrachtproblemen van gemeenten, waarvoor zijzelf geen oplossingen weten te bereiken”. Dit wordt omschreven als ‘het niet meer in staat zijn tot het organiseren van adequate dienstverlening richting inwoners of tot het leveren van de nodige bijdrage aan het realiseren van maatschappelijke opgaven’. Ongewijzigd is ook dat het inhoudelijke gewicht bij de provincie ligt; het Kabinet toetst met name of het provinciebestuur zorgvuldig te werk is gegaan.

Hoewel ten opzichte van het regeerakkoord (dus) wat gas is teruggenomen, is de speelruimte voor provincies al met al steeds toegenomen. In lijn hiermee kan worden waargenomen dat vrijwel ieder provinciaal herindelingsadvies uitmondt in een wetsvoorstel. Zoals het Beleidskader voorschrijft, volgt de minister steevast de inhoudelijke afwegingen van de provincie. Het zwaartepunt is bij herindelingsvraagstukken – al met al – in belangrijke mate verschoven naar de provinciebesturen. Niet alleen wordt hun meer ruimte geboden om in de plaats van de gemeenten het initiatief te nemen, ook voor de inhoudelijke beoordeling van de wenselijkheid van een herindeling wenst het kabinet de provincies te volgen. Van een adviesrol is in de praktijk nauwelijks nog sprake; de provincie is feitelijk de doorslaggevende stem.

22 Kamerstukken II 2002/03, 2750, 1.

23 Kamerstukken II 2008/09, 28750, 5.

24 Kamerstukken II 2010/11, 28750, 28.

25 Kamerstukken II 2012/13, 28750, 53.

## 5. Daadwerkelijke rechtsbescherming voor gemeenten is nodig

Het kabinet biedt provinciebesturen steeds meer ruimte om met herindelingsinitiatieven te komen. Voor de inhoudelijke afweging over de vraag of tot herindeling moet worden overgegaan, is het expliciet de bedoeling dat deze op het provinciehuis wordt gemaakt. Voor zichzelf ziet 'Den Haag' vervolgens in principe slechts een rol als beoordelaar van het gevoerde proces. In het hiernavolgende wordt beargumenteerd dat de gemeente in dit proces meer (rechts) bescherming verdient.

### 5.1 De zorgvuldigheid van een herindelingsprocedure is uitsluitend een politieke vraag voor provincie en wetgever

In hoofdstuk 3 is toegelicht dat gemeenten voor de bescherming van hun inspraakrechten uit de Wet arhi zijn aangewezen op de beslissingen – of: grillen – van politieke actoren.<sup>26</sup> Het is niet altijd evident dat procedurele rechtmatigheid bovenaan het prioriteitenlijstje staat bij bestuurders en volksvertegenwoordigers. De politieke werkelijkheid is nu eenmaal vaak van meer factoren afhankelijk dan uitsluitend een juridische afweging. Daar komt ook bij dat herindelingsdossiers bij uitstek geschikt zijn voor politici die zich willen profileren. Zij willen 'de bestuurlijke drukte' te lijf gaan en 'efficiencyverbeteringen' bewerkstelligen, of juist voorkomen dat de kleine en herkenbare gemeente opgaat in een groter geheel. Voor provinciale volksvertegenwoordigers is het dan niet eenvoudig om de vraag of de provincie het proces juist heeft aangepakt, los te zien van het politieke standpunt over de voorliggende herindeling als zodanig. Deze dubbelrol van Provinciale Staten – als volksvertegenwoordiging en bestuursorgaan – maakt het moeilijk om een effectieve waakhond te zijn tegen onzorgvuldige herindelingsbesluiten.<sup>27</sup>

De conclusie is dus dat de rechtmatigheidsbeoordeling van de decentrale voorbereiding van herindelingsvoorname-lijken wordt uitgevoerd door de Afdeling advisering van de Raad van State. Uiteindelijk is zij degene die het doorlopen traject uitdrukkelijk langs de lat legt van de procedurevoorschriften van de Wet arhi. Niet zelden moet een gemeente daarom wachten tot het Raad van State-advies openbaar wordt gemaakt om inzicht te krijgen in een beoordeling van de rechtmatigheid van het herindelingsproces. Hoewel de afloop van het herindelingstraject Landgraaf-Heerlen laat zien dat de inhoud hiervan ertoe kan leiden dat er uiteindelijk geen herindelingsregeling komt, blijft het hierbij om een advies gaan waar de minister en de Staten-Generaal aan voorbij kunnen gaan.

### 5.2 Gebrek aan rechtsbescherming tegen provinciale besluitvorming is onaanvaardbaar

Er kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de beperkte rechtsbescherming voor gemeenten in het herindelings-traject. De autonomie van de gemeente – als bestuurslaag die het dichtst bij de burger staat – is immers een anker in ons staatsbestel. Niet voor niets moeten bestuursorganen van de provincie en het Rijk van goeden huize komen, als zij zich in het beleid van gemeenten willen mengen. Wat ons betreft zou dat eens te meer moeten gelden voor provinciale bestuursorganen die (feitelijk) beslissen dat een gemeente moet ophouden te bestaan. Een rechterlijke beoordeling van dergelijke besluitvorming ligt dan voor de hand.

Daarom is ook het oordeel van de civiele rechter dat de provinciale voorbereidingshandelingen zonder meer onderdeel uitmaken van het wetgevingstraject en hij daar dus buiten dient te blijven, moeilijk verteerbaar. Hij laat na te motiveren waarom er geen knip kan worden gemaakt tussen enerzijds de decentrale procedure die leidt tot een herindelingsontwerp en anderzijds de "Haagse" behandeling van een eventueel voorstel van wet dat beoogt de fusie daadwerkelijk te regelen. Wij wijzen erop dat pas nadat door provinciale staten is beslist dat een herindelingsadvies aan de minister wordt gezonden, de minister en (mogelijk) de wetgever aan zet zijn. Daarvoor zijn zij – zo bevestigen de recente beslissingen op tevergeefse tussentijdse vernietigingsverzoeken – niet in de procedure betrokken.

Daarom zou de rechter eigenlijk onzes inziens ook helemaal niet in strijd met artikel 120 Grondwet handelen als hij in die procedure zou ingrijpen, nu hij daarbij niet het handelen van de wetgever zou toetsen, maar dat van het provinciebestuur. Met het toetsingsverbod is beoogd te voorkomen dat de rechter al te zeer ingrijpt in de afwegingen van de wetgever. Als de wetgever daadwerkelijk de afweging over gemeentelijke herindelingsvoorstellen maakt, staat het toetsingsverbod dan ook terecht in de weg aan rechterlijk ingrijpen. Maar dit zou een – normaal wel gebruikelijke – toetsing van afwegingen en procedures binnen de muren van een provinciehuis niet moeten blokkeren.

Wij maken ter illustratie een vergelijking met de invloed die een provincie kan hebben op de ruimtelijke ordening van een gemeente. Een provincie die zich niet kan vinden in een bestemmingsplan, kan – op grond van artikel 3.8 lid 6 Wro – met een reactieve aanwijzing zorgen dat bepaalde delen uit het bestemmingsplan worden verwijderd. Zo kan een college van GS bijvoorbeeld verhinderen dat een gemeenteraad een recreatiewoningcomplex herbestemt tot een complex voor permanente bewoning. De gemeenteraad in kwestie kan zich vervolgens wenden tot de bestuursrechter, die beoordeelt of de provinciale inmenging met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk is. Slaagt de provincie er niet in om dit standpunt deugdelijk te onderbouwen, dan gaat de reactieve aanwijzing onderuit; dit overkwam Flevoland in 2017 met betrekking tot een recreatiewoningcomplex in Dronten.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Vgl. D.J. Elzinga, 'Wild-west-cultuur bij herindeling', *Binnenlands Bestuur* 5 juli 2017.

<sup>27</sup> Vgl. H. Doornhof, R. Janssen & H.C.W.M. Moesker, 'Plangever moet zijn werkvoorbereider serieus nemen', *Gst.* 2016/134.

<sup>28</sup> ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1887.

Zou de provincie Flevoland in plaats daarvan hebben besloten om de minister te adviseren dat de gemeente Dronten met Lelystad dient te fuseren, dan zou het uitblijven van de onderbouwing dat een en ander noodzakelijk is niet van doorslaggevende betekenis zijn. De omstandigheid dat het bij Wet arhi-besluitvorming 'slechts' om een advies aan de wetgever gaat, achten wij onvoldoende rechtvaardiging voor dit verschil in rechtsbescherming; het kabinet vaart voor de inhoudelijke aspecten van herindelingsprocedures immers uitdrukkelijk blind op de afwegingen van de provinciebesturen.<sup>29</sup> Het feit dat de wetgever nog beoordeelt of de procedurele waarborgen uit de Wet arhi al dan niet voldoende in acht zijn genomen, is naar onze mening niet voldoende om de rechter iedere beoordeling te ontzeggen. Dit temeer niet, nu het kabinet provinciebesturen (dus) steeds meer ruimte biedt om met herindelingsinitiatieven te komen.

### 5.3 *Laat de (hoogste) bestuursrechter herindelingsadviezen toetsen*

Uit al het voorgaande volgt dat de gemeente rechtsbescherming verdient in het herindelingsproces. Wij wijzen in dit verband ook op een bijdrage van Elzinga in Binnenlands Bestuur waarin hij betoogt dat het evenwicht in het systeem van de Wet arhi behoorlijk zoek is geraakt.<sup>30</sup> Hij oppert daarom om de beroepsmogelijkheid op de minister bij onzorgvuldig handelen van de provincie te herintroduceren, of om te voorzien in een andere vorm van beroep of rechtsbescherming. De herinstructie van het tussentijdse beroep lijkt ons evenwel geen soelaas te bieden, nu het hierbij nog steeds gaat om een bestuursorgaan die (eigen) doelmatigheidsredenen altijd zou kunnen laten prevaleren boven rechtmatigheid van bestuur. Sowieso maakt 'Den Haag' – zoals gezegd – tot op heden een minimale inhoudelijke en zorgvuldigheidsbeoordeling.

Al met al zou aan gemeenten daadwerkelijke rechtsbescherming moeten worden geboden. Dit zou kunnen door hen – in de wet – de mogelijkheid toe te kennen om tegen de vaststelling van een herindelingsadvies door Provinciale Staten beroep in te stellen bij de bestuursrechter. Voor deze taak is hij uitstekend toegerust; als geen ander is de bestuursrechter bekwaam in het beoordelen van bestuurlijke beslissingen, zonder zich daarbij in de politieke arena te begeven. Hij zal niet zelf vaststellen of een herindeling in een bepaald geval een goed idee is; die beslissing is aan Provinciale Staten, die daarbij discretionaire ruimte hebben en de daarbij betrokken belangen moeten afwegen.

De meerwaarde van de bestuursrechter is dat hij aan de hand van de beroepsgronden kan toetsen of het besluit tot vaststelling van het herindelingsadvies in overeenstemming is met het recht. Een en ander zal het karakter van een zorgvuldigheidstoets hebben: de bestuursrechter kan bijvoorbeeld beoordelen of de Wet arhi-procedure is gevolgd, of op een deugdelijke wijze met ingediende zienswijzen is

omgegaan en of Provinciale Staten het herindelingsadvies in redelijkheid hebben kunnen vaststellen. Als zodanig biedt de bestuursrechter bij uitsteking de niet-politieke bescherming tegen onzorgvuldige herindelingsbesluitvorming waar gemeenten recht op hebben.

## 6. Conclusie

In dit artikel hebben wij stilgestaan bij de ontwikkeling in herindelingsvraagstukken in de laatste twintig jaar. In die periode is duidelijk geworden dat de rechter tegen onzorgvuldige besluitvorming geen bescherming kan bieden op grond van de Wet arhi. Tegelijkertijd is voor provinciebesturen de ruimte toegenomen om het initiatief te nemen een herindelingsproces op te starten en inhoudelijk over de herindeling te beslissen. Terwijl de Wet arhi de provincie een adviesrol toekent, is haar inhoudelijke mening in de praktijk doorslaggevend.

Volgens ons zijn gemeenten nu onvoldoende beschermd tegen onzorgvuldige besluitvorming van al te ijverige provinciebestuurders. Daarom zou in de Wet arhi moeten worden opgenomen dat tegen een herindelingsadvies beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter. Deze beroepsmogelijkheid kan waarborgen dat herindelingsvoorstellen van buiten de betrokken gemeenten zelf met de nodige zorgvuldigheid worden voorbereid. Dat past bij het grote gewicht dat in ons staatsbestel wordt toegekend aan de gemeentelijke autonomie. In die situatie zou de gemeente bij herindelingsprocedures niet meer, zoals nu, louter afhankelijk zijn van de grillen van politici. De Nederlandse rechtsstaat is het lokaal bestuur deze bescherming verschuldigd.

<sup>29</sup> De tegenstanders van de herindeling van Haren met Groningen en Ten Boer namen bijvoorbeeld de stelling in dat de basis van de inhoudelijke afweging van de provincie eenzijdig en feitelijk onjuist was.

<sup>30</sup> D.J. Elzinga, 'Wet arhi verdient aanpassing', *Binnenlands Bestuur* 7 april 2017.