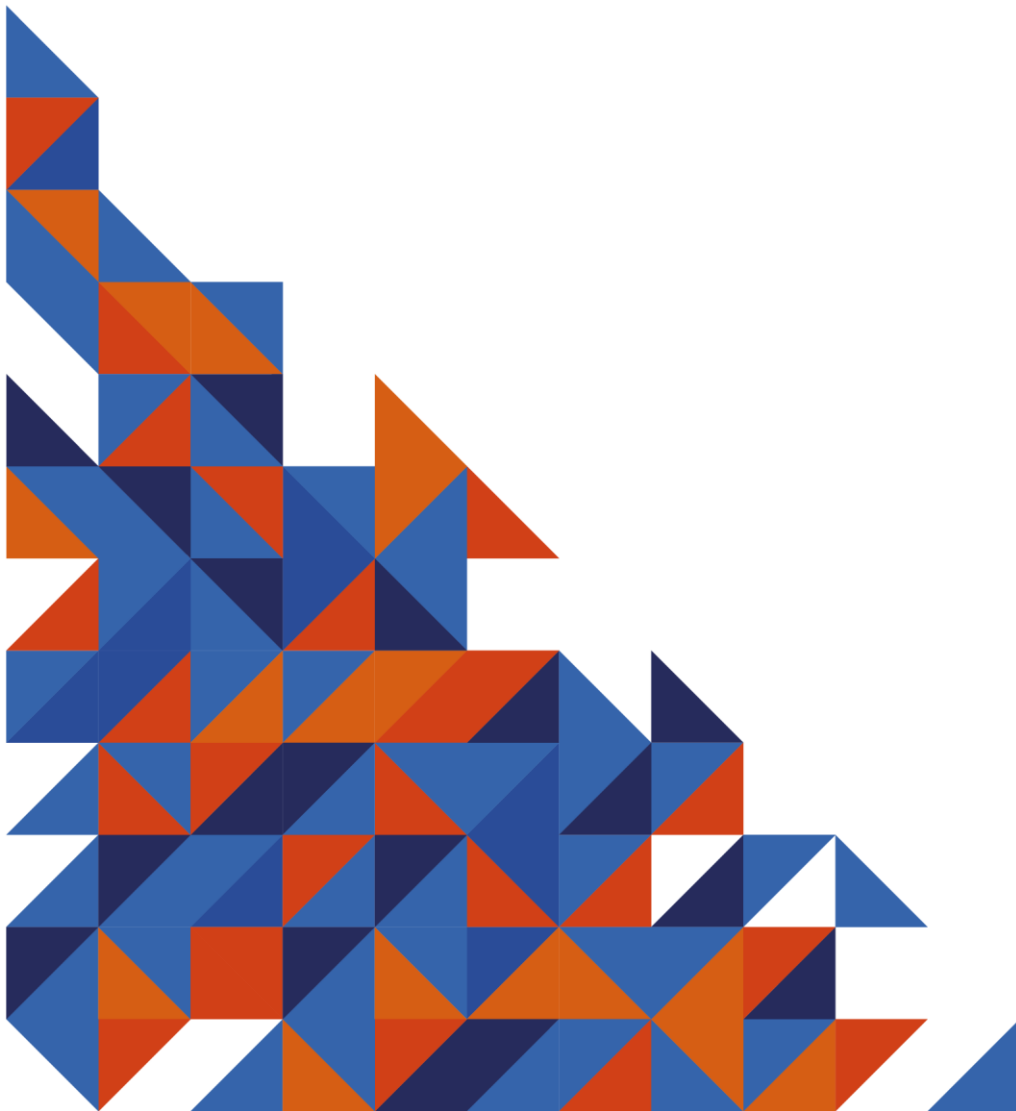


OPEN OVERLEG in de gemeente Scherpenzeel?



Prof. mr. D. J. Elzinga

Mr. dr. Jan R. Lunsing

26-11-2020

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	3
2	Procedures en Beleidskader	4
	Zeggenschap in het Arhi-proces	6
	Herindelingsbeleid en gemeentelijke zeggenschap	7
	De wijziging van het Beleidskader in 2018	9
	Het karakter van het ‘open overleg’	10
3	Open overleg in de casus-Scherpenzeel	12
4	Openstaande juridische en andere mogelijkheden.....	13
	Literatuurverwijzingen.....	15
	Gebruikte afkortingen.....	15

1 Inleiding

Op 14 juli 2020 startte de provincie Gelderland een artikel 8 Arhi-procedure (hierna art 8 procedure) om de gemeente Scherpenzeel te bewegen mee te werken aan een herindelings van deze gemeente. De gemeente Scherpenzeel is van mening dat de stappen die de provincie heeft genomen strijdig zijn met het Beleidskader Herindeling 2019 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna BZK).

De gemeente Scherpenzeel heeft daarop bezwaar gemaakt tegen het besluit van 14 juli van Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland om de art 8 procedure te starten. Daarnaast heeft de gemeente Scherpenzeel de minister van BZK verzocht het besluit te schorsen. Het bezwaar werd door de Gedeputeerde Staten (hierna GS), niet ontvankelijk verklaard. Ook heeft GS in een brief van 10 november 2020 aangegeven dat de minister in haar gelijk stond met het niet ontvankelijk verklaren van het verzoek tot schorsing en wel vanwege het bezwaar dat op dat moment in procedure was. Zo lang er een juridische procedure speelt, kan de minister niet schorsen.

Ondertussen heeft de minister duidelijk gemaakt in haar schrijven van 18 augustus 2020 dat zij het verzoek niet ontvankelijk acht, omdat het besluit open staat voor een gerechtelijke procedure. Dit heeft zij nadien herroepen in haar beslissing op bezwaar. De gemeente kan hiertegen eventueel in beroep gaan.

Gezien deze situatie zoekt de gemeente Scherpenzeel naar (alternatieve) wegen om haar bezwaar toch ergens in behandeling te laten nemen.

De vragen die de gemeente Scherpenzeel aan StiBaBo heeft gesteld zijn de volgende:

1. Zou u ons een Legal Opinion kunnen verstrekken?
 - Kunt u ons adviseren ten aanzien van de juridische mogelijkheden die u nog ziet in dit stadium?
 - En welke wegen staan ons naar de toekomst toe nog open?
 - Bij wie kunnen wij nog aankloppen om naleving langs juridische weg af te dwingen?
2. Zou u bereid zijn een onafhankelijke Expert Opinion te formuleren ten behoeve van het publieke en politieke debat?
 - Scherpenzeel is de eerste art. 8 procedure sinds de komst van het nieuwe Beleidskader (Nuenen werd afgeblazen na publicatie van het concept-beleidskader). Het nieuwe Beleidskader lijkt op basis van onze ervaring niet te brengen waar op werd gehoopt.
 - In 2017 pleitte u voor een verbetering van de rechtspositie van herin te delen gemeenten, o.a. in Binnenlands Bestuur. Als u die mening nog altijd bent toegevoegd, en onze conclusies tav onze beroerde rechtsposities onderschrijft, zou u dan opnieuw positie willen kiezen in dit debat?
 - E.e.a. uiteraard nader uit te werken, uiteraard zonder inhoudelijke mening over wat wenselijk is voor de toekomst van Scherpenzeel.

Het antwoord op de eerste vraag is in het tweede hoofdstuk te vinden, terwijl de vraag naar een nadere expert opinion mogelijk later aan de orde komt.

Opzet

In het navolgende wordt nu eerst een korte schets gegeven van de hier geldende procedures en de relevante onderdelen van het geldende beleidskader.

2 Procedures en Beleidskader

De laatste substantiële wijziging van de Wet Arhi dateert uit 2002. Dit betekent dat het wettelijke regime van gemeentelijke herindeling de laatste achttien jaar niet wezenlijk is veranderd en er derhalve ruime ervaring mee is opgedaan.

De Wet Arhi kent in het herindelingsproces een subtiële verhouding tussen vier betrokken partijen:

1. De rijksoverheid die bij formele wet een herindeling vast stelt en de minister van BZK die daarin een hoofdrol vervult;
2. Het provinciale bestuur dat in nogal wat gevallen optreedt als initiator van een herindeling en in de meeste gevallen een herindelingsontwerp (=advies) aan de minister overlegt;
3. De gemeente die object is van een herindeling;
4. De lokale gemeenschap die de mogelijkheid bezit om stelling te nemen.

Om de precieze verhouding tussen deze vier partijen te duiden, is het van betekenis iets te zeggen over de achtergrond van de in 2002 tot stand gekomen wettelijke regeling. In de periode voor 2002 was de positie van de minister van BZK in de Arhi-procedure niet erg sterk en wel in die zin dat het moeilijk was voor BZK om een initiatief te nemen voor herindelingen. Vervolgens bestond er een beroepsingang voor gemeenten bij de minister om zich te beklagen over onzorgvuldig handelen, bijvoorbeeld van de provincie. Ten einde meer balans te brengen in de verhouding tussen partijen werd deze beroepsmogelijkheid geschrapt en de positie van de minister van BZK overigens versterkt.

In de huidige Wet Arhi kan een herindeling worden gestart op initiatief van de betrokken gemeenten (art. 5), op initiatief van de provincie (art. 7 en 8) of op initiatief van de minister (art. 11). Steeds als één van deze partijen initiator is, wordt het aan de andere partijen niet (meer) toegestaan om zelf initiatief te nemen of het gestarte initiatief over te nemen. Wel is het mogelijk dat de initiator na ommekomst van de periode van open overleg besluit om het initiatief aan een andere partij over te laten.

De Wet Arhi kent dus een uitdrukkelijke rolverdeling tussen drie overheidslagen – rijk, provincie en gemeente. Bij een gemeentelijke herindeling is het uiteindelijk de formele wetgever die beslist. In vroeger tijden – toen de voorfase van herindeling nog minder uit-

voerig was geregeld – kwam het met regelmaat voor dat nog tijdens het wetgevingsproces aanzienlijke veranderingen werden aangebracht. Gemeenten werden bij wijze van spreken bij amendement uit een nieuwe gemeente gehaald of bij amendement aan een andere gemeente toegevoegd. Dergelijke mutaties in het wetgevingsproces komen niet of nauwelijks meer voor nu in de voorfase een uitvoerig traject in het leven is geroepen. De uitkomst van dat traject wordt hedentendage door minister en wetgever in vrijwel alle gevallen overgenomen. Immers hoe vaker door minister of wetgever wordt afgeweken, des te zwakker is de zeggenschap van de decentrale overheden. Maar de finale zeggenschap ligt uiteindelijk wel bij de formele wetgever. De wetgever kan onder omstandigheden ook afzien van een voorgestelde herindeling. Ook die positie komt echter in afnemende mate voor.

Van cruciaal belang is het inzicht dat de Wet Arhi weliswaar een rolverdeling in het leven roept, maar op geen enkele wijze een antwoord geeft op de vraag wanneer een herindeling geboden is. Het antwoord op die vraag is een kwestie van *herindelingsbeleid* en van opvattingen over de doelmatigheid en toegankelijkheid van het openbaar bestuur. Die opvattingen bestaan bij de betrokken gemeenten, maar vooral bij provincie en rijk. Indien in het herindelingsbeleid van de rijksoverheid bijvoorbeeld wordt aangenomen dat herziening van de gemeentelijke indeling alleen van onderop gestalte moet krijgen, dan beperkt dat de ruimte van rijk en provincie om initiatief te nemen en te opereren. Wordt in het herindelingsbeleid uitgegaan van een sterkere regierol van rijk en provincie dan is de noodzaak van lokaal draagvlak een minder dominante grootheid.

Lange tijd was in het nationale herindelingsbeleid het draagvlak van onderop de dominerende maatstaf. Meer recent is de druk van rijk en provincie sterk toegenomen. In het herindelingsbeleid van het rijk krijgt de provincie een duidelijke regierol aangereikt en wel vooral sinds de brief van de minister van BZK van 27 juni 2013. Daarin stelt de minister dat in situaties van te weinig draagvlak de provincies een duidelijke regierol kunnen opeisen. Door de grootscheepse decentralisatie vanwege een aantal vakdepartementen is via de buitenbocht de pressie tot gemeentelijke schaalvergroting in aanzienlijke mate toegenomen. Al bij de start van het decentralisatieproces in 2015 werd er vanuit gegaan dat de helft van de Nederlandse gemeenten niet op eigen kracht aan de taakstellingen in het sociaal domein vorm en inhoud zou kunnen geven. Voor de overgangsfase werd daarbij voorzien in congruente regionale samenwerkingsverbanden, maar steeds met als achtergrondgedachte dat deze tijdelijke verbanden een verdergaande gemeentelijke herindeling niet in de weg zouden moeten staan. Integendeel.

Ten aanzien van het herindelingsbeleid is ten slotte van betekenis dat dit ook per provincie kan differentiëren. Of een provincie het initiatief neemt tot integrale herindelingen is afhankelijk van de vraag in welke mate een provincie initiatieven van onderop als cruciaal aanmerkt. Een dergelijk verschil van opvatting laat zich bijvoorbeeld uittekenen tussen de provincies Noord-Holland en Utrecht. Noord-Holland hanteert een sterkere top-down be-

nadering – bijvoorbeeld ten aanzien van de herindeling in de Gooi- en Vechtstreek -, terwijl voor de provincie Utrecht draagvlak en initiatief van onderop een sterker profiel hebben.

Zeggenschap in het Arhi-proces

Bij een integrale herindeling van een provincie of van een deel daarvan, is de zeggenschap van de gemeente veelal het grootst in de periode van open overleg. Op basis van een globaal uitgangspunt worden de betrokken gemeenten uitgenodigd om daarover hun zienswijze te geven. Het is niet de bedoeling dat er in die fase al kant en klare voorstellen worden besproken. Indien de aanwezigheid van voldoende bestuurskracht als dominant criterium geldt, komt daar bij dat gemeenten met een te geringe bestuurskracht veel invloed hebben op het zoeken van gewenste partners, maar heel weinig invloed indien gemeentelijke herindeling in de betreffende gemeente per se en in iedere variant wordt afgewezen. In het laatste geval zal door provincie en vervolgens door het rijk uiteindelijk over de betreffende gemeente worden beslist. Neemt een aantal gemeenten echter het initiatief om gezamenlijk op te trekken, dan is er de kans dat de provincie het initiatief overdraagt aan deze gemeenten en zij een eigen Arhi-procedure kunnen starten. In dat geval wordt dan de art. 7 of 8 procedure ingeruild voor een art. 5 procedure. Indien de door de betreffende gemeenten gekozen variant past binnen het globale provinciale raamwerk is de kans op correcties of mutaties vanwege rijk en provincie minimaal. De gemeenten hebben het verdere verloop van de herindeling dan grotendeels in eigen hand. Het resultaat zal dan zonder al te veel problemen door de formele wetgever worden bevestigd.

Is er geen overeenstemming te bereiken tijdens de periode van open overleg, dan krijgt de provinciale regierol een veel sterker accent. De gemeenten kunnen dan nog wel reageren op het provinciale herindelingsontwerp voordat dit als herindelingsadvies aan de minister wordt aangereikt. De kans dat deze zienswijzen de provincie nog van gedachten zal doen veranderen, is dan sterk afgenomen. Nu provinciale staten een dergelijk herindelingsadvies moeten goedkeuren, kunnen gemeenten via de politieke en bestuurlijke weg ook de staten proberen te beïnvloeden. De kans op resultaat is ook dan betrekkelijk gering, vooral wanneer het gaat om een samenhangend provinciaal herindelingsadvies. Een dergelijk advies is in de regel niet gemakkelijk meer op onderdelen te ontvlechten. Gaat het om een specifieke herindeling dan zijn de kansen weer groter.

Is een herindelingsontwerp aan de minister aangereikt en vervolgens in de wetgevingsprocedure gebracht, dan kunnen gemeenten uiteraard de minister en de Kamers proberen te bewegen tot mutaties dan wel afwijzing. In het bovenstaande werd echter al geconstateerd dat dergelijke pogingen onder gelding van de huidige Arhi-procedure niet erg kansrijk zijn.

Met andere woorden: in algemene zin nemen de beïnvloedingsmogelijkheden van gemeenten af naarmate de Arhi-procedure verder is gevorderd. In dat opzicht is het open

overleg van het provinciale bestuur met de colleges van de betrokken gemeenten een cruciaal onderdeel van de in de Wet Arhi neergelegde zeggenschapsrechten.

Herindelingsbeleid en gemeentelijke zeggenschap

In de vorige paragraaf werd reeds gewezen op de brief van minister Plasterk van juni 2013, waarin de provinciale regierol aanzienlijk meer profiel kreeg, mede in het licht van de ophanden zijnde decentralisaties. Sinds de zomer van 2013 heeft dit aanzienlijke invloed uitgeoefend op het karakter van herindelingen die sindsdien zijn opgepakt. Een curieus element in dit gewijzigde herindelingsbeleid is dat de provinciale posities sterker worden naarmate er meer verschil van opvatting bestaat tussen de gemeenten die bij een herindeling zijn betrokken. Voorheen was het centrale uitgangspunt van het herindelingsbeleid dat herindeling van onderop zoveel mogelijk moest worden gestimuleerd en gefaciliteerd. Het was met dat uitgangspunt ook een provinciaal belang om gemeenten te stimuleren om samen te zoeken naar vormen van samenwerking of fusie. De provincies spanden zich in om dergelijke initiatieven van de grond te krijgen. Sinds de brief van minister Plasterk uit 2013 is echter in een aantal provincies – waaronder Groningen, Noord-Holland en Limburg – het beeld gekanteld. De betreffende provinciale besturen kregen in de gaten dat de regierol van GS veel meer profiel kreeg naarmate tussen de betreffende gemeenten onenigheid ontstond over de mogelijkheden van samenwerking dan wel fusie. Onbewijsbaar is dat dit motief een hoofdrol heeft gespeeld bij de manier waarop de provinciale besturen hun gekregen doorzettingsmacht hebben gebruikt, maar evident is dat de betreffende provinciale besturen op een heel andere wijze dan voorheen omgaan met de gemeenten die een herindeling van provinciewege krijgen aangezegd. Illustratief is hier de positie van de Groningse gemeente Haren die volgens het provinciale bestuur bij de stad Groningen moest worden gevoegd. Ook de wijze waarop de provincie Noord-Holland in de Gooi- en Vechtstreek opereerde, gaf blijk van deze nieuwe verhoudingen. De manier waarop de provincie Limburg het open overleg met de gemeente Landgraaf heeft vorm gegeven – of juist niet heeft vorm gegeven - was een volgende illustratie.

Uitvoerig overleg tussen de gemeenten Heerlen en Landgraaf over samenwerking of fusie voerden uiteindelijk tot een fusieplan. De gemeenteraad van Landgraaf wees in januari 2017 deze fusie echter af en dat leidde meteen tot het aftreden van het college, minus de burgemeester. Op 18 januari 2017 liet de provincie Limburg weten de regie te zullen overnemen. Op 24 januari werd de provinciale Arhi-procedure gestart. Deze werd na 7 weken – op 20 maart - afgerond, waarbij met Landgraaf geen open overleg werd gevoerd. Tevens stond vanaf het begin van de Arhi-procedure vast dat Heerlen en Landgraaf zouden moeten fuseren, waardoor iedere vorm van open overleg, zoals de wetgever dat heeft bedoeld, bij voorbaat was uitgesloten. Op 6 maart 2017 trad in Landgraaf een nieuw college aan. Met andere mogelijk betrokken gemeenten – Kerkrade, Brunssum, Voerendaal en Simpelveld – is wel door de provincie kort open overleg gevoerd, met als conclusie dat deze gemeenten niet in de fusie zouden worden betrokken omdat in die gemeenten het aan draagvlak ontbrak. Dat er geen open overleg met Landgraaf is gevoerd werd door de

provincie mede onderbouwd met de redenering dat het probleem niet Landgraaf is, maar de zwakke positie van Heerlen als centrumgemeente. Op inhoudelijke gronden werd derhalve aangegeven dat een open overleg met Landgraaf zinloos was, omdat dit niets meer zou kunnen veranderen aan het voorgenomen fusiebesluit. De provincie Limburg voelde zich gerechtigd – met de brief van minister Plasterk in het achterhoofd – om ‘door te pakken’ en daarbij het wettelijk recht op open overleg terzijde te plaatsen.

Een belangrijke juridische vraag met betrekking tot de provincie Limburg is of dit gewijzigde evenwicht in de verhouding tussen de bij een herindeling betrokken partijen zich wel verdroeg met het stelsel van de Wet Arhi. Om die vraag te kunnen beantwoorden was een aantal aspecten van belang.

In de *eerste* plaats de vraag of hier sprake is van strijd met de wet. Dat was onmiskenbaar het geval. De wet Arhi kent een subtiel evenwicht tussen de nationale, de provinciale en lokale overheid. De wetgever beslist, de provincie heeft onder omstandigheden een regierol en een bepaalde doorzettingsmacht en de gemeente kan in de periode van open overleg en na de totstandkoming van het herindelingsontwerp van zich laten horen en zienswijzen indienen. Nu draagvlak van onderop nog steeds een uitgangspunt is van het nationale herindelingsbeleid is dit open overleg en de overige mogelijkheid tot zeggenschap geen wassen neus. Het gaat hier om een voor de gemeente door de wetgever geformuleerde waarborg waardoor niet zomaar tot een herindeling kan worden besloten. Een feitelijke uitholling van deze zeggenschapsrechten uit de Wet Arhi leveren dan ook een contra legem positie op. In het geval Landgraaf was dit punt uitdrukkelijk aan de orde ten aanzien van het niet gehouden open overleg en het reeds bij voorbaat besluiten tot de fusie tussen Heerlen en Landgraaf.

In de *tweede* plaats was er dan de vraag waar de grenzen liggen van het nationale en provinciale herindelingsbeleid. Kunnen mutaties in dat herindelingsbeleid leiden tot het van kleur verschieten van de zeggenschapsrechten van de betreffende gemeenten? En zo ja tot welke grens? Op dit punt moet worden vast gesteld dat mutaties in het herindelingsbeleid in beginsel zeker kunnen leiden tot een verandering in de relatie tussen de bij een herindeling betrokken partijen. In beginsel kan de nationale wetgever besluiten tot een andere decentrale ordening, bijvoorbeeld door het criterium van decentraal draagvlak geheel los te laten. Als implicatie van een dergelijk besluit kan er toe worden overgegaan om de wettelijke Arhi-procedure zodanig te veranderen dat de besluitvorming over herindeling in hoofdzaak op het nationale dan wel het provinciale niveau wordt gelegd en gemeenten zich moeten voegen naar de besluiten die op deze niveaus tot stand komen. Nu echter de Wet Arhi vooralsnog uitdrukkelijke zeggenschapsmomenten heeft geschapen voor de gemeente is het onrechtmatig om via mutaties in het herindelingsbeleid deze waarborgen op te heffen dan wel uit te hollen. De grens voor de doorwerking van mutaties in het herindelingsbeleid ligt derhalve bij de instandhouding van de zeggenschapsrechten uit de Wet Arhi.

In de *derde* plaats speelde hier de vraag in hoeverre gemeenten een rechtsingang hebben om onrechtmatigheden van deze soort aan de kaak te stellen en zich daartegen in rechte te verweren. Het herindelingsproces kan vanuit een bepaalde optiek worden gezien als een voorprocedure in het wetgevingsproces. Dat betekent dat in zeker opzicht betoogd kan worden dat er geen rechtsingang mogelijk is tegen besluiten die in deze voorprocedure van wetgeving worden genomen. Dit gebrek aan rechtsingang betekent uiteraard niet dat hierdoor de rechtswaarborgen uit de Wet Arhi een minder strikt karakter hebben en er een juridische vrijbrief is om daar op allerlei manieren mee om te gaan. Ook in voorprocedures van wetgeving behoren partijen zich te houden aan de wettelijke normen die voor deze procedure in het leven zijn geroepen, waaronder een substantiële fase van open overleg. Het is ook om die reden dat een rechter in casu niet kan concluderen dat het hier gaat om een *'political question'*. *'Judicial restraint'* is aan de orde indien de rechter een oordeel moet vellen over beleidsafwegingen. Hier gaat het echter om een evidente schending van de zeggenschapsrechten van gemeenten, zoals die in duidelijke bewoordingen staan geformuleerd in de Wet Arhi. Gedekt door de brief van minister Plasterk uit 2013 mat de provincie Limburg zich een bevoegdheid aan om het open overleg met de gemeente Landgraaf niet aan te gaan en meteen te besluiten tot een fusie tussen Heerlen en Landgraaf. Er is echter geen enkele rechtsgrond aanwijsbaar die het rechtvaardigt om dit open overleg over te slaan en om die reden handelde de provincie Limburg jegens de gemeente Landgraaf evident onrechtmatig. Indien gemeenten noch in rechte noch overigens geen aanspraak kunnen maken op de in de Wet Arhi gegarandeerde zeggenschapsrechten, impliceert dat het algehele failliet van de herindelingsprocedure. Niet eerder maakte een provincie het zo bont door willens en wetens de Arhi-procedure bij te stellen dan wel te negeren. Op basis van een spoedadvies van de Raad van State besloot de minister van BZK dan ook om de Arhi-procedure ten aanzien van Heerlen en Landgraaf te doen stoppen en riep de provincie op om - indien gewenst - de procedure opnieuw te starten met daarin een daadwerkelijk 'open overleg'.

De wijziging van het Beleidskader in 2018

In een bijlage bij het nieuwe Beleidskader uit 2018 over de betekenis van de Wet Arhi als kaderwet schrijft de minister van BZK het volgende: *'Wanneer het initiatief voor een herindeling door een provincie of door de minister van BZK wordt genomen, waarborgt de Wet Arhi dat de betreffende gemeenten en hun inwoners zoveel mogelijk en vanaf het begin bij de herindelingsprocedure worden betrokken. De gemeenten hebben dus, ongeacht wie het initiatief tot herindeling heeft genomen, een centrale rol in het herindelingsproces. Omdat de Wet Arhi, als kaderwet, onderwerpen op hoofdlijnen regelt, wordt de nadere invulling daarvan aan de betrokken gemeenten en provincie(s) overgelaten. Daarmee wordt eveneens tot uitdrukking gebracht, dat de gemeenten de hoofdrolspelers zijn.'*

In het Beleidskader zelf wordt - indien er een provinciaal initiatief is - over de rol van de provincie het volgende gezegd: *'In het geval van een herindelingsproces op initiatief van een provincie, is de provinciale rol zwaarder, ook volgens de Wet Arhi. De provincie heeft*

de regie op het herindelingsproces en is penvoerder van het herindelingsontwerp- en advies. Daarnaast wordt ook hier een faciliterende en stimulerende rol van de provincie in het herindelingsproces verwacht, bijvoorbeeld ten aanzien van het maatschappelijk, regionaal en lokaal draagvlak (p. 3) .' En voorts: 'De minister van BZK zal beoordelen of het herindelingsproces op de door de wetgever beoogde zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Herindelingsadviezen moeten voldoen aan de procedurevoorschriften van de Wet Arhi, zoals de terinzagelegging van een herindelingsontwerp door de betrokken gemeenten (p.3).'

In vergelijking met het Beleidskader uit 2013 (en de aanvulling daarop uit 2015) wordt nog wat sterker nadruk gelegd op het feit dat herindeling bij voorkeur 'van onderop' gestalte moet krijgen en er extra aandacht moet zijn voor de zorgvuldigheidsnormen uit de Wet Arhi.

Ten slotte wordt in het Beleidskader 2018 benadrukt dat bij een provinciaal initiatief aannemelijk moet worden gemaakt en moet worden gemotiveerd waarom en op welke wijze de bestuurskracht van de betrokken gemeente(n) problematische trekken vertoont.

Het karakter van het 'open overleg'

Het is om die reden van belang nog wat dieper in te gaan op het karakter van het zogenaamde 'open overleg'.

Bij een provinciaal initiatief tot herindeling is een kernvraag of GS op basis van de Wet Arhi en het vigerende nationale beleidskader al geheel of gedeeltelijk knopen door kan hakken voordat het open overleg heeft plaats gevonden. In het sinds 2013 geldende Beleidskader kan een provinciale Arhi procedure worden gestart indien er blokkades zijn in een herindelingsproces. Algemeen uitgangspunt is dat herindelingen bij voorkeur van onderop gestalte krijgen. Maar het kan daarbij voorkomen dat er patstellingen ontstaan die leiden tot blokkades en gebrek aan voortgang. In het Beleidskader 2018 zijn die posities niet veranderd. Uit de stopzetting van de procedure Heerlen-Landgraaf door de minister van BZK blijkt dat het niet houden of het heel minimaal houden van open overleg als strijdig met de Wet Arhi wordt gekwalificeerd.

Vervolgens is het de vraag hoe 'open' dit overleg moet zijn. In hoeverre is de provincie in het licht van de Wet Arhi gerechtigd om knopen door te hakken en op welk moment kan dat geschieden. Indien wordt aangenomen dat de provincie bij verschillen van opvattingen tussen gemeenten op eigen kracht en in het begin van de provinciale Arhi-procedure een concept-herindelings-voorstel in discussie kan brengen, dan moet worden gezegd dat de huidige Wet Arhi daarop niet is ingericht. Wordt een dergelijke werkwijze beoogd, dan zullen de wettelijke procedures ingrijpend moeten veranderen. In het huidige wettelijke proces is er in de Arhi-procedures die de wet kent en waarbij niet de gemeenten zelf het initiatief nemen, steeds een eerste fase van open overleg, waarbij de betrokken gemeenten stelling kunnen nemen en varianten kunnen bespreken. De wet neemt als uitgangspunt dat dit open overleg wordt gevoerd met de lokale colleges. Vanwege hun politieke

verantwoordelijkheid jegens de gemeenteraden worden ook deze bij dit open overleg betrokken. Indien de provincie initiatiefnemer is, zijn er in de praktijk zowel overlegondes met het betreffende college als met delegaties uit de betreffende gemeenteraden. In veel gevallen bezoekt de verantwoordelijk gedeputeerde in de fase van open overleg de betreffende gemeenteraad om de gevoelens en opvattingen van de gemeenteraad in te winnen. In het wettelijk kader is de gemeenteraad weliswaar formeel pas aan zet nadat op provinciaal niveau een herindelingsontwerp is vastgesteld, maar vanwege de werking van het stelsel van politieke verantwoordelijkheid is er ook al in de eerdere fase van open overleg - zowel intern als extern - een intensieve betrokkenheid van raad en raadsleden.

Het is ook juist om die reden dat de Wet Arhi bij deze provinciale procedure voorziet in een rol van scheidsrechter voor de provinciale bestuursorganen. Van de provincie wordt dan verwacht dat gelegenheid wordt gegeven aan alle betrokkenen om hun zegje te doen en inbreng te hebben. Daarbij kunnen nog eens alle varianten de revue passeren. Na ommekomst van deze procedure weegt de provincie alle ingebrachte argumenten en belangen en vervult haar rol als scheidsrechter en kan daarbij in het eventueel te vervaardigen herindelingsontwerp een voorlopige knoop doorhakken. In de tweede fase worden dan opnieuw de gemeentelijke bestuursorganen in de gelegenheid gesteld om te reageren op het ontwerp van de provincie. Juist bij indringende verschillen van opvatting tussen gemeenten is een zorgvuldige en neutrale handelwijze van de provincie in deze eerste fase van open overleg van grote betekenis. Hoe beter hier vorm aan wordt gegeven, des te sterker kan het draagvlak zijn indien door de provinciale bestuursorganen uiteindelijk een knoop wordt doorgehakt.

De Wet Arhi kent weliswaar geen minimumperiode voor het open overleg – wel een maximumperiode van 6 maanden -, maar uit het hele stelsel van de wet en de toelichting daarop blijkt dat dit open overleg in de eerste fase van een herindeling een van de meest cruciale onderdelen is voor de gemeente om invloed uit te oefenen. Het is ook niet voor niets dat dit open overleg alleen plaats vindt als het initiatief tot een Arhi-procedure wordt genomen door de provincie of door de minister. Regel en beleidsuitgangspunt is dat gemeenten bij voorkeur zelf het initiatief nemen. Zijn er moverende redenen om van dit reguliere patroon af te wijken, dan moet deze toegevoegde procedure van open overleg er voor zorgen dat de externe instantie – provincie of minister – zich zorgvuldig vergewist van alle opties en zienswijzen voordat een knoop wordt doorgehakt. Opmerkelijk in de Limburgse casus Heerlen-Landgraaf was dat ook de rechter - die in het algemeen grote terughoudendheid betracht bij de beoordeling van herindelingsprocedures - het zich permitteerde om GS en PS van Limburg te wijzen op hun speciale verantwoordelijkheid en zorg voor een zorgvuldige procedure. Letterlijk redeneerde de Rechtbank als volgt: *‘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 uitsteking 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.*¹ Ook in de brief van minister Plasterk aan de provincie Limburg wordt met grote nadruk gevraagd om aandacht voor deze zorgvuldigheid en die zorgvuldigheid wordt ook nog eens benadrukt in het Beleidskader 2018.

3 Open overleg in de casus-Scherpenzeel

Voldoet nu de door de provincie-Gelderland ingezette art. 8-procedure aan de vereisten die vanuit de Wet-Arhi kunnen worden geformuleerd? Dat is niet het geval. Op 14 juli besluiten GS van Gelderland om tot deze procedure over te gaan en wel vanuit de gedachte dat er te weinig voortgang wordt geboekt om de bestuurskracht van de gemeente Scherpenzeel te verbeteren. Dat is op zichzelf genomen een valide uitgangspunt. Bij stagnatie kan de provincie een initiatief nemen. Daar is de art. 8-procedure uitdrukkelijk voor bedoeld. De provincie manifesteert zich dan als scheidsrechter in een proces waarin onvoldoende vooruitgang wordt geboekt. Vervolgens wordt echter van GS de grootst mogelijke zelfbeheersing gevraagd. In het te starten open overleg moeten alle opties kunnen worden besproken, ook zelfstandigheid, meer accent op regionale samenwerking, het model van de federatiegemeente, extra inspanningen om de bestuurskracht te versterken etc. Het is aan GS niet toegestaan al vast een voorkeur uit te spreken voor de ene of de andere optie, vooral ook niet omdat in de maximaal zes maanden van het 'open overleg' de betreffende gemeente alle mogelijkheden moet bezitten om de verschillende scenario's te verdedigen en te bespreken. Juist ook omdat de rechtsbescherming voor gemeenten heel beperkt is, moeten aan deze periode van open overleg scherpe eisen worden gesteld. Na ommekomst van die inspraakperiode door het gemeentelijk bestuur, de gemeentelijke samenleving, de lokale politiek etc. heeft de provincie tot taak om alles te wegen en te besluiten om al dan niet een herindelingsontwerp te maken. Dat ontwerp wordt dan opnieuw ter beoordeling aan de gemeente gegeven en uiteindelijk door PS vast gesteld. Uit de Startnotitie 'Versterking door verbinding' van juli 2020 van de provincie Gelderland blijkt echter dat GS die noodzakelijke zelfbeheersing en terughoudendheid niet in acht heeft genomen. Uit de Startnotitie blijkt uitdrukkelijk dat GS uit is op een gemeentelijke herindeling die afkoerst op een fusie tussen Scherpenzeel en Barneveld. Er wordt weliswaar lippendienst bewezen aan de openheid van het overleg, maar de Startnotitie legt een sterke focus op een fusie als einddoel. Door een dergelijke handelwijze worden betrokken gemeenten in het defensief gedrongen en heeft een echt 'open overleg' geen kans van slagen meer. Een provincie die op een dergelijke wijze opereert, schiet

¹ Rechtbank Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6452, r.o. 4.16.

zich zelf dan ook in de voet en compliceert het Arhi-proces van art. 8 bovenmatig en onnodig. En de iure wordt hier in strijd gehandeld met de Wet Arhi, alsmede met het Beleidskader gemeentelijke herindeling.

Wat betreft het besluit van de provincie Gelderland valt verder op dat het gemotiveerd duiden van het bestuurskracht-vraagstuk van de gemeente Scherpenzeel overwegend achterwege is gebleven. Boven werd aangegeven dat bij een provinciaal initiatief van deze aard het Beleidskader 2018 hiertoe een verplichting bevat.

4 Openstaande juridische en andere mogelijkheden

Het antwoord op de vraag naar de juridische mogelijkheden die nog met succes kunnen worden ingezet, kan kort zijn. Die weg is er niet. Dat wil niet zeggen, dat de gemeente niet in beroep kan gaan.

Na het niet ontvankelijk verklaren door de provincie van een bezwaar dat is ingediend bij de provincie, kan de gemeente in beroep gaan. Het is echter niet reëel om te verwachten dat de rechter het beroep ontvankelijk verklaard en daarmee tot een inhoudelijk oordeel kan komen.

Deze verwachting is gebaseerd op het arrest Tegelen (1999)² en de uitspraken inzake de herindelingen van de gemeenten Landgraaf (2017)³ en Haren (2018)⁴. Het arrest Tegelen legt uit dat het besluit over te gaan tot een art. 8 procedure door een provincie valt onder de voorbereiding van wetgeving en dus geen besluit is in de zin van art. 1:3 Awb. De rechtbank Noord-Nederland voegt in de uitspraak ten aanzien van de herindeling van de gemeente Haren daar aan toe, dat het niet uitmaakt of het bezwaar wordt ingediend door een gemeente of door een burgercomité.

De uitspraak ten aanzien van Landgraaf is - zoals eerder aangegeven - interessant, omdat de rechter in een ten overvloede redenering de provinciale bestuursorganen oproept om uiterst zorgvuldig te opereren, vooral ook omdat rechtsbescherming via de rechter ontbreekt.

Het is niet vast te stellen of deze uitspraak een rol heeft gespeeld bij het advies van de Raad van State aan de minister van BZK en bij het besluit van de minister om dat advies van de Raad van State te volgen en het wetsvoorstel dat tot de herindeling van Landgraaf zou leiden in te trekken. Het is wel duidelijk dat de Raad van State in zijn advies aan de minister het argument heeft overgenomen de procedure niet voort te zetten, omdat het open overleg niet op de door de wetgever beoogde zorgvuldige manier heeft plaatsge-

² ECLI:NL:RBLIM:1999:AA3374

³ ECLI:NL:RBLIM:2017:6452

⁴ ECLI:NL:RBNNE:2018:5332

vonden. De provincie heeft in de casus van Landgraaf onvoldoende de alternatieven onderzocht. Hieruit blijkt dat niet alleen de provinciale bestuursorganen de zorgvuldigheid bewaken, maar ook de Raad van State en de minister.

Door de uitspraak in het arrest van Tegelen, weten we nu dat er geen juridische weg open staat voor gemeenten om bezwaar te maken tegen een art. 8 procedure.

Dit feit betekent dat de wetgever gehouden is de bepalingen van het Beleidskader en van de Wet Arhi zelf te toetsen. De wetgever heeft zichzelf deze taak toebedeeld door de juridische weg bij herindelingen niet mogelijk te maken.

In de voorfase zijn het - bij een provinciaal initiatief - GS en PS die de normen uit de Wet Arhi moeten borgen. De rechtbank Limburg schrijft dan ook in haar uitspraak over Landgraaf het volgende: *'In onze rechtsstaat mag worden verondersteld dat deze organen (PS en Staten Generaal, red.) hun verantwoordelijkheid voor de goede naleving van de procedurevoorschriften zullen waarmaken'*.

De gemeente Scherpenzeel zal dan ook bij Provinciale Staten, bij de Staten Generaal, bij de Raad van State en bij de minister moeten aankloppen om aandacht te vragen voor de omstreden en contra legem werkwijze van GS van de Gelderland. Het zou van wijsheid getuigen indien GS van Gelderland de periode van 'open overleg' verlengen met 6 maanden – al dan niet op aandrang van de minister van BZK – zodat een herstart kan worden gemaakt en de vraag naar de bestuurskracht van de gemeente Scherpenzeel onder ogen kan worden gezien langs de lijnen, zoals die worden geschetst in het Beleidskader-2018.

Literatuurverwijzingen

Beleidskader. (2018). Beleidskader gemeentelijke herindeling.

Elzinga, D.J. (2017, 4 7). Wet-ARHI verdient aanpassing. Binnenlands Bestuur.

Engels, J.W.M. , & Herweijer, M. (1999). Kwaliteit en zorgvuldigheid, op weg naar een betere procedure voor gemeentelijke herindeling. Groningen: SOG.

Janssen, R., & Doornhof, H. (2019). Rechtsbescherming voor gemeenten tegen provinciale herindelingsinitiatieven. Gemeentestem, 114-120.

Gebruikte afkortingen

Arhi	Algemene regels herindeling (wet)
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BiZa	Binnenlandse Zaken
BZK	Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
GS	Gedeputeerde Staten
PS	Provinciale Staten



Stichting voor Beleidsanalyse
en Bestuursondersteuning

Hoekje 11

9881 TA Kommerzijl

Tel: 06 122 811 94

info@stibabo.nl