

Onderwerp: Juridische aspecten artikel 28 Wgr-procedure

Aan: secretaris Herman Meuleman

Van: Bert Nijholt

Datum: 20 november 2015

## Inleiding

Op maandag 9 november 2015 heeft de zitting van de Commissie behandeling administratieve geschillen van Gedeputeerde Staten bij de provincie Overijssel plaatsgevonden. Dit in het kader van de behandeling van het geschil op grond van artikel 28 van de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) dat door de gemeenten Oldenzaal, Borne en Tubbergen aanhangig is gemaakt. Op 11 november 2015 heeft de vertegenwoordiger van de Veiligheidsregio, de heer Hofland, een terugkoppeling van deze zitting gegeven in de vergadering van het dagelijks bestuur. De provinciale commissie heeft aan de Veiligheidsregio de vraag gesteld of er een mogelijkheid is de betrokken gemeenten tegemoet te komen. De heer Hofland heeft deze vraag mee terug genomen naar het dagelijks bestuur, omdat hij niet over voldoende mandaat beschikte. Het dagelijks bestuur heeft besloten de kwestie voor te leggen aan het algemeen bestuur.

Naar aanleiding van deze terugkoppeling zijn in het dagelijks bestuur de volgende vragen naar voren gekomen:

- wat is de legitimiteit van de provinciale commissie?
- wat is de status van de uitspraak van deze commissie?
- is de uitspraak van de commissie bindend?
- is er bezwaar of beroep mogelijk tegen deze uitspraak?
- wat is het toetsingskader van Gedeputeerde Staten?

Concluderend kan worden gezegd dat het dagelijks bestuur vraagt om een nadere duiding van de artikel 28 Wgr-procedure.

Het dagelijks bestuur heeft daarnaast gevraagd om de juridische en procedurele juistheid van dit proces extern bij een deskundige jurist na te trekken. In overleg is besloten hiervoor KienhuisHoving in te schakelen.

Een en ander wordt verwerkt in het voorstel aan het algemeen bestuur.

## Vooraf

Bij brief van 2 juli 2015 (tevens verzonden op 2 juli 2015) hebben de burgemeesters van de gemeenten Borne, Oldenzaal en Tubbergen namens de colleges van burgemeester en wethouders van die gemeenten op grond van artikel 28 Wgr een geschil aanhangig gemaakt bij de provincie Overijssel.

Met betrekking tot de formele aspecten rondom het aanbrengen van dit geschil kan worden opgemerkt dat de colleges van burgemeester en wethouders op grond van artikel 160, lid 1,

onder f van de Gemeentewet bevoegd zijn tot het instellen van bezwaar, beroep en administratief beroep. Nu het geschil namens de colleges in aangebracht veronderstelt dit dat de colleges aan de burgemeesters mandaat hebben verleend dit besluit te nemen. In de brief van 2 juli 2015 wordt niet expliciet naar een mandaatbesluit verwezen.

Overigens is het in eerste instantie aan de provincie om deze zaken, in het kader van de ontvankelijkheidstoets, te checken.

### **Besluitvorming en bevoegdheid Veiligheidsregio**

Het geschil heeft betrekking op een besluit van het algemeen bestuur van de Veiligheidsregio Twente van 29 juni 2015, waarbij de financieringssysteematiek wordt vastgesteld. Op grond van artikel 33b, lid 1 onder f van de Wet gemeenschappelijke regelingen is het dagelijks bestuur bevoegd om deze procedure te voeren (verweer en vertegenwoordiging).

### **Duiding artikel 28 Wgr-geschil**

De regeling voor geschilbeslechting heeft betrekking op geschillen over de toepassing van de gemeenschappelijke regeling. Geschillen over besluiten die hun grondslag vinden in een andere wet dan deze wet zijn geen geschillen als bedoeld in dit artikel. Geschillen over de toepassing van een gemeenschappelijke regeling doen zich naar huidig recht in het overgrote deel van de gevallen voor in de gedaante van geschillen over het al dan niet nemen van besluiten. Onderwerp van geschil kan dan zowel een besluit van het bestuur van het gemeenschappelijke openbaar lichaam of van het gemeenschappelijk orgaan zijn als een besluit dat een van de besturen van de deelnemers krachtens de gemeenschappelijke regeling dient te nemen of heeft genomen. Niet is uit te sluiten dat zich in de praktijk ook geschillen voordoen die niet de gedaante hebben van een geschil over een besluit of een handeling die daarmee gelijk te stellen valt. Te denken valt aan patstellingen in de besluitvorming in het algemeen bestuur of het dagelijks bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam of in het gemeenschappelijk orgaan.

Sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moet worden aangenomen dat het hier gaat om een procedure van administratief beroep, voor zover het geschil betrekking heeft op een besluit of een handeling die daarmee gelijk te stellen is. Tegen het in administratief beroep genomen besluit van Gedeputeerde Staten staat dan ook geen bezwaar, maar beroep op de bestuursrechter open (art. 8:1 lid 1 Awb). Een bezwaarschriftprocedure hoeft niet gevolgd te worden (art. 7:1 lid 1 onder a Awb). Op geschillen over handelingen die niet het karakter van een besluit hebben of die niet met een besluit gelijk gesteld kunnen worden is art. 28 lid 1 Wgr eveneens van toepassing. In dat geval heeft deze geschillenregeling bij Gedeputeerde Staten echter niet het karakter van administratief beroep. De geschilbeslechtende beslissing van Gedeputeerde Staten heeft in dit geval het karakter van een primair besluit. Hiertegen staat ingevolge de Awb de procedure van bezwaar, gevolgd door beroep op de rechtbank open. Voor beide categorieën geschillen geldt natuurlijk dat hoger beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

Niet duidelijk is of de provincie heeft aangenomen of er sprake is van een rechtsgeschil (en daarmee administratief beroep) of dat er sprake is van een doelmatigheidsgeschil, waarmee de beslissing van GS het karakter heeft van een primair besluit. Ik neig naar het eerste, omdat er daadwerkelijk sprake is van een schriftelijk besluit van het algemeen bestuur, waarmee ook de (rechtspositie) van de deelnemende gemeente wijzigt. Een duidelijke publiekrechtelijke grondslag ontbreekt echter.

### **Behandeling bij de provincie Overijssel door Gedeputeerde Staten**

De wet bevat geen regels voor de procedure van behandeling van het geschil door Gedeputeerde Staten. Met de kwalificatie van deze procedure als administratief beroep staat vast dat de regels gelden die daarvoor in de Awb zijn opgenomen. Het geschil kan via een beroepschrift aanhangig worden gemaakt door het bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam, door het gemeenschappelijk orgaan en door de deelnemende bestuursorganen, elk voor zover zij belanghebbend zijn in de zin van artikel 1:2 van de Awb.

Bij de behandeling van het administratief beroep bij de provincie is in principe het Procedurebesluit bezwaar, beroep en klachten Overijssel 2007 van toepassing. Op grond van artikel 16 van dit Procedurebesluit is er een kamer uit Gedeputeerde Staten belast met behandeling van administratieve beroepen en geschillen voor zover aan de beslissing van Gedeputeerde Staten onderworpen. Deze kamer bestaat uit drie leden die door en uit het midden van Gedeputeerde Staten zijn benoemd.

In de begripsbepalingen is opgenomen dat deze kamer moet worden aangemerkt als een kamer als bedoeld in artikel 171 van de Provinciewet. Deze kamer is bedoeld voor de behandeling van geschillen als bedoeld in artikel 168 en 170 van de Provinciewet. Dit artikel heeft betrekking op administratieve geschillen. De samenstelling van een dergelijke kamer is in dit artikel geregeld. In het zesde lid van artikel 171 Provinciewet is bepaald dat de uitspraken van de meervoudige kamer gelden als uitspraken van Gedeputeerde Staten. Dat betekent dat de kamer dus een uitspraak doet in het geschil en die uitspraak geldt als een uitspraak van Gedeputeerde Staten.

### **Besluit Gedeputeerde Staten**

Lid 2 van artikel 28 Wgr bepaalt dat Gedeputeerde Staten, in dit geval dus de kamer, bij de beslissing van het geschil het desbetreffende bestuur kunnen opdragen een besluit te nemen met inachtneming van het in hun beslissing bepaalde en binnen een daartoe te stellen termijn. Indien binnen de gestelde termijn het besluit niet is genomen, zijn Gedeputeerde Staten bevoegd zelf een besluit te nemen dat in plaats komt van het besluit van het desbetreffende bestuur. Voorts kunnen Gedeputeerde Staten in spoedeisende gevallen bij de beslissing van het geschil zelf in de zaak voorzien door in de plaats van het desbetreffende bestuur een besluit te nemen.

### **Toetsingskader/administratief beroep**

In artikel 1:5 van de Awb is bepaald dat onder het instellen van administratief beroep moet worden verstaan het gebruik maken van de ingevolge een wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid, voorziening tegen een besluit te vragen bij een ander bestuursorgaan dan

hetwelk het besluit heeft genomen. Nu er vanuit kan worden gegaan dat de procedure van administratief beroep wordt gevolgd, is ook het beoordelingskader van het administratief beroep van toepassing op deze kwestie.

In afdeling 7:3 van de Awb zijn de bijzondere bepalingen omtrent administratief beroep geregeld. In artikel 7:25 Awb is de wijze van heroverweging van het primaire besluit bepaald. Het beroepsorgaan kan het primaire besluit volledig – dit wil zeggen: in zowel formeel-juridisch als beleidsmatig opzicht – heroverwegen, maar is daartoe niet wettelijk verplicht. In zoverre bestaat een gradueel verschil met de bezwaarschriftprocedure; de beroepsprocedure heeft een wat formeler karakter, terwijl de toetsing van het primaire besluit doorgaans wat afstandelijker en terughoudender kan of zelfs moet plaatsvinden. Gelet hierop zou het beroepsorgaan duidelijk moeten aangeven als – en extra motiveren waarom – het afwijkt van het door het bestuursorgaan gevoerde beleid. In principe is er dus sprake van een volledige heroverweging, maar er moet, kortgezegd, wel rekening worden gehouden met de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan.

### **Second opinion Kienhuis-Hoving**

Kienhuis Hoving Advocaten heeft op 20 november 2015 een second-opinion uitgebracht met betrekking tot de formeel-procedurele aspecten van de gevolgde procedure. Het advies van Kienhuis Hoving is als bijlage bij deze memo gevoegd.

In het kort komt de heer Van Essen van Kienhuis Hoving in zijn advies tot de volgende conclusies:

- er is sprake van administratief beroep. Het besluit van het bestuur van 29 juni 2015 moet als primair besluit worden aangemerkt.
- de kamer van GS beslist op het administratief beroep (artikel 171, lid 6 Provinciewet).
- de omvang van de toetsing wordt in de wet in het midden gelaten. Uit literatuur en rechtspraak volgt dat een marginale(re) toetsing de voorkeur verdient. De beleidsvrijheid en beleidsverantwoordelijkheid van het bestuursorgaan moet worden gerespecteerd.
- GS kunnen het bestuursorgaan opdragen met inachtneming van het in hun beslissing bepaalde en binnen een bepaalde termijn een besluit te nemen. Indien binnen de termijn niet een nieuw besluit is genomen, dan beslissen GS zelf. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat GS spaarzaam gebruik moeten maken van deze bevoegdheid.. De verantwoordelijkheid voor intergemeentelijke samenwerking ligt primair bij de samenwerkende gemeenten.
- Tegen de beslissing van GS staat beroep open bij de rechtbank en hoger beroep bij Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.

In het advies is de vraag nog opengelaten of sprake is van een aparte hoorcommissie. Echter tijdens de zitting op 9 november 2015 is duidelijk aangegeven dat er sprake was van een hoorzitting door de kamer als bedoeld in artikel 171 Provinciewet en artikel 16 van het Procedurebesluit. Er is geen aparte hoorcommissie ingesteld.

### **Bestuurlijke component**

Tijdens de behandeling van het geschil op 9 november 2015 heeft de provincie gevraagd of er bij partijen de bereidheid bestaat om een tot een vergelijk/oplossing te komen. Op zich is

deze suggestie niet verwonderlijk. Ten eerste is de provincie Overijssel een voorloper in de informele afdoening van bezwaar- en beroepschriften. In het eerdergenoemde Procedurebesluit is bepaald dat bij iedere procedure de mogelijkheid van bemiddeling wordt onderzocht. In het verlengde hiervan is nog van belang artikel 174 van de Provinciewet. In dat artikel is bepaald dat gedeputeerde staten trachten alle geschillen tussen in hun provincie gevestigde gemeenten, waterschappen en lichamen, ingesteld bij gemeenschappelijke regeling, in der minne te doen bijleggen. Het verzoek van gedeputeerde staten hoeft, in het licht van deze artikelen, niet te duiden op een richting van een uitspraak. De voorkeur van GS zal liggen bij een minnelijke oplossing, zodat ze zich niet in het bestuurlijke traject hoeven te mengen.

### **Standpunt dagelijks bestuur/voorzitter Veiligheidsregio Twente**

Het dagelijks bestuur heeft er voor gekozen om het verzoek om bemiddeling voor te leggen aan het algemeen bestuur. Dat is een logische stap, omdat het algemeen bestuur het bevoegde orgaan is. Een besluit over een eventuele wijziging van de financieringssysteem ligt bij het algemeen bestuur. Het dagelijks bestuur heeft de vraag open voorgelegd aan het algemeen bestuur, maar adviseert wel om het AB-besluit niet te herzien. Het dagelijks bestuur houdt daarmee vast aan de lijn die eerder is ingezet. In de aanloop naar besluitvorming over de financieringssysteem is het besluit meerdere malen tegen het licht gehouden. Los van het verzoek van gedeputeerde staten zijn er in juridische zin nauwelijks nieuwe feiten en omstandigheden die een stap tot herziening of aanpassing noodzakelijk maken.

### **Risico's**

De risico's kunnen ontstaan op drie terreinen:

- Juridisch.  
In het meest negatieve geval kunnen gedeputeerde staten het algemeen bestuur opdragen een besluit te nemen; een aanwijzing. Als dit leidt tot wijziging van de systematiek, dan moet hiervoor de begroting worden aangepast. Dit betekent ook dat de raden van de deelnemende gemeente weer worden ingeschakeld. Echter de beoordeling in administratief beroep houdt in dat er in principe een marginale toetsing moet plaatsvinden. Dat betekent dat de beleidsverantwoordelijkheid bij de deelnemende gemeenten ligt en dat de provincie minder geneigd zal zijn zich hierin te mengen.
- Bestuurlijk.  
Een eventuele aanwijzing kan van invloed zijn op de verhoudingen binnen het algemeen bestuur. Tot op heden is de kwestie door alle partijen echter op zakelijke wijze benaderd.
- Imago.  
In de aanloop naar het besluit over de financieringssysteem is er vanuit de nadeelgemeenten veel publiciteit gegenereerd. Een opgelegde wijziging vanuit de provincie kan door de drie gemeenten worden aangegrepen om hun gelijk te halen. Omdat het gaat om een technisch-financiële kwestie is het de vraag in hoeverre dit in

publicitaire zin een interessant kwestie is.

### **Vervolgprocedure**

Indien het algemeen bestuur besluit niet tot in te gaan op het verzoek om tot een onderlinge oplossing te komen en een eventueel besluit van gedeputeerde staten pakt voor de Veiligheidsregio Twente negatief uit, dan kan worden overwogen om beroep in te stellen bij de Rechtbank Overijssel.

Hoewel instellen van beroep een ultimum remedium is, kan de inhoud van de uitspraak van de provincie aanleiding geven om toch het instellen van de beroep te overwegen. Dat is echter van vele factoren afhankelijk (rechtmatigheid/doelmatigheid, consequenties) en te vroeg om daar nu al een gefundeerd oordeel over te kunnen geven. Het is in ieder geval van belang om bij dat besluit het standpunt van het algemeen bestuur te betrekken..