

# Lsp in de Awb

## De totstandkoming en regeling van de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen in de Awb

M.J. Jacobs\*

### I Inleiding

In deze bijdrage zal ik ingaan op de totstandkoming en de inhoud van de jongste loot aan de stam van de Awb: § 4.1.3.3 Awb.<sup>1</sup> Deze paragraaf draagt de titel 'Positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen', maar is ook – en wellicht zelfs beter – bekend als de regeling over 'de *lex silencio positivo*' of 'lsp'.<sup>2</sup> Kort gezegd berust de regeling op het principe 'wie zwijgt, stemt toe': als het bestuursorgaan niet binnen de beslistermijn beslist, is de aanvraag automatisch gehonoreerd.<sup>3</sup> Dé aanleiding om deze regeling in de Awb op te nemen vormde de Dienstenrichtlijn.<sup>4</sup> Op grond van artikel 13 lid 4 van deze richtlijn wordt een vergunning geacht te zijn verleend bij het uitblijven van een beslissing op een aanvraag binnen

---

\* Mr. M.J. Jacobs is wetgevingsjurist bij de sector Staats- en bestuursrecht van de directie wetgeving van het Ministerie van Justitie en senior onderzoeker bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

1 Deze paragraaf is op 28 december 2009 in werking getreden. Zie Stb. 2009, 505.

2 De benaming '*lex silencio positivo*' heeft al tot het nodige commentaar geleid. Uit een aan een advies van de Taskforce Vereenvoudiging vergunningen (Kamerstukken II, 29 515, nr. 84) ten grondslag liggend rapport (R. Pinto Scholtbach, M.P. Stufkens, *De lex silencio*, 2005) blijkt dat deze term afkomstig is uit Spanje alwaar positieve en negatieve fictieve beslissingen tezamen worden aangeduid als '*silencio administrativo*', waarbij negatieve fictieve beslissingen worden aangeduid als '*silencio negativo*' en positieve fictieve beslissingen als '*silencio positivo*'. Dit ontlokte Konijnenbelt de opmerking dat vergunningen voortaan door Sinterklaas lijken te worden verstrekt (W. Konijnenbelt, 'De WZST-vergunning. Van fictieve vergunningverlening naar *lex silencio positivo*', *NTB* 2007, p. 388. Wie verantwoordelijk is voor de toevoeging 'lex' waardoor we in Nederland spreken van *lex silencio positivo*, heb ik niet kunnen achterhalen. Nog onlangs leverde Backes hierop commentaar in het NBT (C. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009, p. 308). De term zou taalkundig moeilijk te verdedigen zijn omdat 'lex' uit het Latijn afkomstig is en men in Spanje 'Ley' zou zeggen. Potjeslatijn of niet, iedereen in Nederland lijkt te begrijpen wat er wordt bedoeld als wordt gesproken over de *lex silencio positivo*. Ik zal deze term hierna dan ook gewoon blijven gebruiken.

3 Konijnenbelt noemde de figuur in het al genoemde artikel in het NTB dan ook de 'WZST-vergunning', waarbij WZST uiteraard staat voor: wie zwijgt, stemt toe.

4 Richtlijn 2006/123/EG.

de beslistermijn. De *Dienstenrichtlijn* is geïmplementeerd in de *Dienstenwet*.<sup>5</sup> Via de *Dienstenwet* is een paragraaf toegevoegd aan de *Awb* over de *lex silencio positivo*. Deze Europese richtlijn is de eerste richtlijn die leidt tot een grote aanpassing van de *Awb*. Bij het opstellen van de eerste tranches van de *Awb* was nog nauwelijks sprake van invloed van EG-recht op het Nederlandse algemene bestuursrecht. Gaandeweg is hierin echter verandering gekomen.<sup>6</sup> De figuur van de *lex silencio positivo* is in Nederland omstreden. Onder juristen is er veel kritiek onder meer omdat besluiten die van rechtswege tot stand zijn gekomen niet gemotiveerd zijn en in strijd zouden zijn met de rechtszekerheid van belanghebbenden. Met name politici daarentegen zijn tamelijk enthousiast over de figuur. Zij hechten eraan dat het bestuur tijdig beslist en zien de *lex silencio positivo* als een (voor de aanvrager van het besluit) nuttige sanctie op niet tijdig beslissen.

Deze bijdrage over de *lex silencio positivo* valt uiteen in drie delen. Als eerste wordt ingegaan op de voor- en nadelen van positieve fictieve besluiten. Daarna wordt ingegaan op de aanleiding voor en de totstandkoming van de nieuwe *Awb*-paragraaf over 'positieve fictieve beschikkingen'. Hiertoe wordt een korte introductie gegeven op de *Dienstenrichtlijn*, de reikwijdte en de implementatie daarvan. Ook wordt ingegaan op de vraag waarom artikel 13 lid 4 *Dienstenrichtlijn* heeft geleid tot een nieuwe paragraaf in de *Awb*. Tot slot wordt in het derde deel van dit artikel ingegaan op de inhoud van de nieuwe *Awb*-paragraaf over de *lex silencio positivo*.

## 2 Voor- en nadelen van de *lex silencio positivo*

In de inleiding noemde ik verschillende benamingen voor de *lex silencio positivo*. In de titel van de nieuwe *Awb*-regeling wordt gesproken over positieve fictieve besluiten. Dit impliceert dat er ook negatieve fictieve besluiten zijn. Negatieve fictieve besluiten – ook wel fictieve weigering genoemd – zijn in Nederland eigenlijk uitgestorven. Voor de inwerkingtreding van de *Awb* kenden sommige wetten bepalingen waar (in wisselende bewoordingen) in stond dat een beschikking werd geacht te zijn geweigerd indien zij niet binnen de gestelde termijn of binnen een redelijke termijn was genomen.<sup>7</sup> Dit type bepalingen bood voor belanghebbenden vooral een waarborg. Als het beslissingsbevoegde orgaan – men sprak nog niet van bestuursorganen – gedurende de beslistermijn 'stil was blijven zitten', kon de aanvrager toch gebruik maken van de beroepsmogelijkheden die de wetgever aan belanghebbenden had beoogd te geven.<sup>8</sup>

Sinds de inwerkingtreding van de *Awb* wordt niet meer met deze fictie gewerkt. In plaats daarvan is in artikel 6:2 bepaald dat de schriftelijke weigering een besluit te

5 Stb. 2009, 503.

6 Zie diverse bijdragen in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, E. Steyger, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn 2007 en R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag 2007.

7 Dit was bijvoorbeeld het geval in artikel 43 en 53 van de inmiddels vervallen Wet algemene bepalingen milieuhygiëne.

8 Zie hierover het nog steeds lezenswaardige artikel van J.A.M. van Angeren, 'De fictieve weigering en de fictieve toestemming. Sanctie of recht?', in: *Recht op scherp. Beschouwingen over handhaving van publiekrecht, aangeboden aan Prof. Mr. W. Duk*, Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink), 1984, p. 395-403.

nemen en het niet tijdig nemen van een besluit voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep met een besluit gelijk worden gesteld. Als het bestuursorgaan stilzit gedurende de beslistermijn, doen we dus niet (meer) alsof het gevraagde besluit is geweigerd, maar kan de aanvrager gewoon opkomen tegen het niet tijdig nemen van een besluit. Positieve fictieve besluiten kennen we nog wel, zij het niet erg veel. Voorbeelden zijn artikel 46, vijfde lid, Woningwet, artikel 16, vijfde lid, Monumentenwet 1988 en artikel 44, eerste lid, Mededingingswet.

Zoals uit de inleiding al bleek lopen de opvattingen over de wenselijkheid van van rechtswege verleende positieve besluiten uiteen. Een heel principieel argument is het argument dat de Raad van State ook gebruikte in diverse adviezen over de *lex silencio positivo*. De Raad betoogde, naar mijn mening zeer terecht, dat als eenmaal is komen vast te staan dat het gerechtvaardigd is dat bepaalde activiteiten alleen zijn toegestaan als daarvoor een vergunning is afgegeven, gebruikmaking van de figuur van de *lex silencio positivo* niet voor de hand ligt. Het algemeen belang vergt in een dergelijk geval immers dat wordt beoordeeld of aan de wettelijke voorwaarden is voldaan en dat afgewogen wordt of er voorschriften worden verbonden aan de vergunning.<sup>9</sup>

Een ander argument tegen het gebruik van positieve fictieve beschikkingen is dat een van rechtswege ontstane beschikking juridische gebreken kent omdat er geen belangenafweging heeft plaatsgevonden en een motivering ontbreekt. De rechtszekerheid van belanghebbenden zou daardoor in het geding komen. Ook zijn er voorspelbare onduidelijkheden. In het verleden is er veel te doen geweest over de vraag of het bestuursorgaan na afloop van de beslistermijn nog bevoegd is een reëel besluit te nemen. Ik kom hier verderop uitgebreid op terug. Daarnaast is er gedebatteerd over het rechtskarakter. Ook kan men zich afvragen wanneer het van rechtswege ontstane besluit in werking treedt, hoe derden op de hoogte raken van het ontstaan ervan, wanneer de beroepstermijn aanvangt en op welke gronden een van rechtswege tot stand gekomen besluit kan worden vernietigd door de rechter.<sup>10</sup>

Ten slotte werd er in enkele publicaties op gewezen dat het denkbaar is dat bestuursorganen calculerend gedrag vertonen als op een beschikking de *lex silencio positivo* van toepassing is, bijvoorbeeld door direct een weigeringsbeschikking te geven. Zo wordt voorkomen dat er van rechtswege een beschikking ontstaat. Of dergelijk gedrag in Nederland voorkomt (en zo ja, op welke schaal) weet ik niet, al kan ik mij indenken dat een bestuursorgaan in een voorkomend geval op de laatste dag van de beslistermijn 'grijpt' naar de mogelijkheid om de aanvraag af te wijzen om aldus te voorkomen dat van rechtswege een positieve beschikking ontstaat.

'Het argument over het "calculerend gedrag" is tot nu toe uitsluitend gebruikt onder verwijzing naar een praktijkvoorbeeld in Spanje. Bij een onderzochte overheidsinstantie in Madrid bleken ambtenaren alle aanvragen wegens personeelsgebrek meteen af te wijzen. Omdat vervolgens maar weinigen blijken op te komen tegen

9 Advies W10.07.117/II, bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224, p. 3.

10 J.A.M. van Angeren, a.w., p. 400, K. van Duyvendijk, 'Wie zwijgt, stemt toe. Problemen rond de fictieve vergunningverlening', *NTB* 1988, p. 38.

de weigering, was dit daar een efficiënte handelwijze.<sup>11</sup> In hoeverre dit voorbeeld representatief is voor Spanje is overigens niet te achterhalen uit het onderzoek waarvan het voorbeeld is ontleend.<sup>12</sup>

Voorstanders van de *lex silencio positivo* – met name politici – wijzen er daarentegen op dat bestuursorganen vaak (veel) te lang doen over het nemen van beslissingen. Dat bestuursorganen te lang doen over het nemen van beslissingen blijkt overigens ook uit onderzoek.<sup>13</sup> Betrokkenen hebben daar last van. Termijnoverschrijdingen leiden namelijk tot rechtsonzekerheid en soms ook tot financiële consequenties. Het inzetten van de figuur van de positieve fictieve beschikking, zou in hun ogen de rechtszekerheid verhogen en financiële risico's verkleinen.

Verruiming van de toepassing van de figuur van de positieve fictieve beschikking past in het beleid van de huidige regering. Dit beleid is – evenals het beleid van eerdere regeringen – gericht op tijdige besluitvorming. Tijdige besluitvorming wordt op verschillende manieren bevorderd. De vorige regering heeft in dit kader het project Vereenvoudiging Vergunningen uitgevoerd. Het belangrijkste doel van dit project was om het aantal vergunningen terug te dringen. In gevallen waarin vergunningen nodig bleven, zou de vergunningverlening verbeterd moeten worden. De regering zag invoering van de *lex silencio positivo* als een goede stap op weg naar snellere dienstverlening.<sup>14</sup> Hiernaast zijn er enkele wetten tot stand gekomen die tijdige besluitvorming moeten bevorderen: Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen<sup>15</sup>, Wet samenhangende besluiten Awb<sup>16</sup> en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.<sup>17</sup> In het coalitieakkoord van de huidige regering werd een ruime toepassing van het instrument van de *lex silencio positivo* aangekondigd:

---

11 C. M. Saris, *Tijdig beslissen, het doel dichterbij?*, Jonge VAR-reeks 5, Bju 2007, M.I.P. Buteijn, 'Lex silencio positivo: spreken is zilver, zwijgen is goud... of niet?', *Journal bestuursrecht* 2009, nr. 15, p. 239.

12 Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen, *De lex silencio*, 2005, p. 27-28.

13 Zie bijv. de evaluaties van de Awb (Toepassingen en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996, verslag van de commissie evaluatie Awb, 18 december 1996; Toepassingen en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001, verslag van de commissie evaluatie Awb II, 18 december 2001), jaarverslagen van de Nationale ombudsman, Kamerstukken II 2002/03, 28 825, nr. 2, p.14, Kamerstukken II 2003/04, 29 460, nr. 2, p. 14 en Kamerstukken II 2004/05, 30 030, nr. 2, p. 19 en rapporten van de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2003/04, 29 495, 1-2, Beslistermijnen. Waar blijft de tijd?, Kamerstukken II 2008/09, nr. 3-4, Beslistermijnen. Waar blijft de tijd. Terugblik 2009.

14 Kamerstukken II, 2005/06, 29 515, nr. 140, p. 31.

15 Stb. 2009, 383. In deze wet – die op 1 oktober 2009 in werking trad – wordt geregeld dat het bestuursorgaan bij overschrijding van de beslistermijn – en na in gebreke gesteld te zijn – een dwangsom verbeurt. Als dat nog niet helpt is er voorzien in een snelle procedure bij de bestuursrechter.

16 Stb. 2008, 200 en 238. Deze wet voegt een afdeling toe aan de Awb met regels over het verschaffen van informatie over samenhangende besluiten, coördinatie van het de voorbereiding en het nemen van die besluiten en de rechtsbescherming tegen die besluiten. De wet is op 1 juli 2008 in werking getreden.

17 Stb. 2008, 496. In deze wet worden toestemmingen samengevoegd die nodig zijn als een burger of bedrijf op een bepaalde plek wil slopen, bouwen, verbouwen, oprichten of gebruiken.

'De procedure van vergunningverlening voor bedrijven wordt - door bundeling van vergunningen en ruime toepassing van het instrument van de *lex silentio positivo* (sic, RJ) - zo aangepast dat vergunningen aanzienlijk sneller worden verleend.'<sup>18</sup>

Uit de inleiding bleek dat verruiming van de *lex silencio positivo* nu ook dwingend volgt uit het Europese recht. Op grond van artikel 13, vierde lid, van de Dienstenrichtlijn is de *lex silencio positivo* met ingang van 28 december 2009 in beginsel van toepassing op vergunningen die onder deze richtlijn vallen. In wezen hebben we hier niet te maken met een argument voor de invoering of verruiming van de toepassing van de *lex silencio positivo*, maar met een extra aansporing om ervoor te zorgen dat de bezwaren die aan het gebruik van de figuur kleven zo veel mogelijk worden weggenomen.

### 3 Aanleiding voor en totstandkoming van paragraaf 4.1.3.3 Awb

#### 3.1 Een korte introductie van de Dienstenrichtlijn

In december 2006 aanvaardden de lidstaten van de EU de Dienstenrichtlijn. De bedoeling van deze richtlijn was dat dienstverleners (zoals architecten, schilders en adviseurs) gemakkelijker dan voorheen waar ze maar wilden in de Europese Unie aan het werk konden gaan.<sup>19</sup> Wettelijke belemmeringen, administratieve lasten en daarmee verband houdende hoge kosten moesten zoveel mogelijk worden weggenomen. Dienstverrichters zouden informatie over regels en procedures die in de landen van de EU gelden voortaan via internet moeten kunnen opzoeken en formaliteiten langs die weg moeten kunnen afwickelen.<sup>20</sup> Ook gaf de richtlijn regels waaraan procedures moeten voldoen en regels over hoe moet worden samengewerkt tussen overheden van verschillende landen bij het houden van toezicht op dienstverrichters en hun dienstverlening. Hoewel de richtlijn tot doel had het vereenvoudigen van de dienstverlening, zou deze uiteindelijk voor degenen die gebruik maken van de diensten ook een positief effect hebben. Zij zouden, zo was de gedachte, meer keuze hebben omdat zij uit meer aanbieders van diensten zouden kunnen kiezen. Dat zou tot gevolg hebben dat de prijzen voor die diensten omlaag zouden gaan.<sup>21</sup>

De richtlijn moest uiterlijk op 28 december 2009 geïmplementeerd zijn. Voor een correcte implementatie in Nederland was een groot aantal aanpassingen in de regelgeving nodig. Op rijksniveau is dat gebeurd in de Dienstenwet en in een Aanpassingswet.<sup>22</sup> De Dienstenwet bevat diverse wettelijke voorzieningen, zoals de

18 Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, te vinden op: <http://www.kabinetsformatie20062007.nl/dsc?c=getobject&s=obj&objectid=111036>.

19 Zie over de totstandkoming van deze richtlijn: B.J. Drijber, 'Van democratie en bureaucratie; de Dienstenrichtlijn is erdoor', *NTER* 2007, p. 1-7.

20 Hiertoe is het zogenaamde 'Dienstenloket' ontwikkeld en ingericht. Via de website [www.antwoordvoorbedrijven.nl](http://www.antwoordvoorbedrijven.nl) kunnen ondernemers uit de EU (dus ook uit Nederland) vergunningaanvragen afhandelen en ook vragen stellen. Alle overheden zijn op dit loket aangesloten.

21 Zie het Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, getiteld: De toestand van de interne markt voor diensten, COM (2002) 441 def., p. 71-72.

22 Dienstenwet: Stb. 2009, 503, Aanpassingswet dienstenwet: Stb. 2009, 616.

wettelijke voorzieningen die nodig zijn voor het inrichten van het zogenaamde Dienstenloket en voor een goede administratieve samenwerking tussen de bevoegde instanties van de verschillende lidstaten en ook een artikel waarmee de Awb wordt uitgebreid met de nieuwe paragraaf over *lex silencio positivo* (art. 61 Dienstenwet). De Aanpassingswet bevat alle aanpassingen die nodig zijn om de reeds bestaande wet- en regelgeving in overeenstemming te brengen met de Dienstenrichtlijn.

Bij de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn heeft steeds voorop gestaan dat de richtlijn een brede toepassing zou krijgen. Aanvankelijk lag er een vergaand voorstel van de Europese Commissie, waarin dienstverrichters niet aan de eisen van het land waarin zij hun dienst verrichtten hoefden te voldoen, maar alleen aan de eisen van het land waar zij vandaan kwamen (dit werd het 'land-van-oorsprongbeginsel' genoemd). Ook was het de bedoeling dat de richtlijn van toepassing zou zijn op veel meer diensten dan thans het geval is.<sup>23</sup> Zowel tegen het land-van-oorsprongbeginsel als tegen de toepasselijkheid op bepaalde diensten, zoals die op het gebied van de gezondheidszorg, bestond veel verzet. Deze voorstellen hebben het dan ook niet gehaald. In de loop van de totstandkoming van de richtlijn is het land-van-oorsprongbeginsel gesneuveld. Ook is de reikwijdte op een aantal punten flink ingeperkt. Een groot aantal diensten valt daardoor niet onder de richtlijn (bijv. financiële diensten, diensten op het gebied van vervoer en diensten op het gebied van de gezondheidszorg). Ook is een aantal rechtsgebieden in zijn geheel buiten de richtlijn gelaten (bijv. strafrecht, arbeidsrecht en belastingen). Ten slotte kan niet onvermeld blijven dat de Dienstenrichtlijn aanvullend werkt ten opzichte van andere Europese voorschriften en dat bij een eventueel conflict de andere Europese voorschriften voorgaan. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Als een Europese richtlijn voor een bepaalde activiteit een vergunning verplicht stelt en ook eist dat er een inhoudelijke beoordeling van een vergunningaanvraag plaatsvindt, gaat deze richtlijn voor de Dienstenrichtlijn. In een dergelijk geval zal de *lex silencio positivo* geen toepassing kunnen vinden.<sup>24</sup>

Belangrijk is voorts dat de reikwijdte van de richtlijn mede wordt bepaald door een twaalfstal definities in artikel 4 van de richtlijn. Voor het onderwerp van dit artikel zijn vooral de definities van de begrippen 'vergunningstelsel', 'eis' en 'bevoegde instantie' van belang. Ik kom in het navolgende op enkele van deze begrippen terug. Ten slotte is overweging 9 bij de Dienstenrichtlijn van belang voor de reikwijdte. In deze overweging staat dat de richtlijn 'alleen van toepassing is op eisen met betrekking tot de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit' en 'derhalve niet (...) op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ontwikkeling ordening en stedenbouw, en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun

---

23 Voorstel voor een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, Brussel 25 februari 2004, COM/2004/0002 def. – COD 2004/0001. Zie over de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn: B.J. Drijber, 'Van democratie en bureaucratie: de Dienstenrichtlijn is erdoor', *NTER* 2007, p. 1-7.

24 Zie: Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 12.

economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen’.

In de memorie van toelichting bij de Dienstenwet is zo goed en zo kwaad mogelijk geschetst wat de reikwijdte is van de Dienstenrichtlijn, en daarmee van de Dienstenwet. Dit is evenwel een interpretatie en ook een momentopname. De rechtspraak van het Hof van Justitie EG zal dus van belang blijven voor de juiste toepassing van de Dienstenrichtlijn.

### 3.2 De keuze voor een regeling van de *lex silencio positivo* in de Awb en de toepasselijkheid van die regeling

#### 3.2.1 Inleiding: artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn

Als gezegd vormde artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn de directe aanleiding voor de introductie van de *lex silencio positivo* in de Awb. Dit artikel luidt als volgt:

‘Bij het uitblijven van een antwoord binnen de overeenkomstig lid 3 vastgestelde of verlengde termijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.’

Op grond van de eerste volzin van deze bepaling moeten lidstaten ervoor zorgen dat in hun rechtsstelsel wordt voorzien in *lex silencio positivo*. De bepaling verplicht er uitdrukkelijk niet toe dat de *lex silencio positivo* van toepassing wordt op iedere vergunning die valt onder de Dienstenrichtlijn. Dit blijkt uit de tweede volzin: Wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, waaronder ook een rechtmatig belang van een derde wordt verstaan, is *lex silencio positivo* niet verplicht. In overweging 63 bij de richtlijn wordt dit nader uiteengezet:

‘(63) Bij gebreke van andere regelingen, dient, bij het uitblijven van een antwoord binnen een bepaalde termijn, een vergunning geacht te zijn verleend. Met betrekking tot bepaalde activiteiten kunnen echter andere regelingen worden vastgesteld wanneer deze om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij, objectief gerechtvaardigd zijn. Dergelijke andere regelingen kunnen nationale voorschriften omvatten op grond waarvan, bij het uitblijven van een antwoord van de bevoegde instantie, de aanvraag wordt geacht te zijn verworpen, en deze verwerping voor de rechter kan worden aangevochten.’

In welke gevallen dwingende redenen van algemeen belang in de weg staan aan toepassing van de *lex silencio positivo* is niet eenvoudig te zeggen. Het begrip dwingende redenen van algemeen belang is door het Hof van Justitie ontwikkeld in het kader van de *rule-of-reason-doctrine*. In de jurisprudentie van het Hof van



Justitie wordt dit begrip verder ontwikkeld. Overweging 40 van de Dienstenrichtlijn geeft echter wel een indruk van reeds door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang. Het gaat dan bijvoorbeeld om openbare orde en veiligheid, volksgezondheid en bescherming van het milieu.

### 3.2.2 Dienstenwet of Awb?

In paragraaf 2 is reeds aangegeven dat een aantal bestaande wetten de figuur van de van positieve fictieve beschikking ook kent. Wat opvalt is dat de *lex-silencio*-regelingen tot nu toe telkens werden opgenomen in de bijzondere wet op grond waarvan het besluit (meestal een vergunning) waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is, kan worden genomen. In 2005 schreef de toenmalige staatssecretaris van EZ in het kabinetsstandpunt over het advies 'Eenvoudig vergunnen'<sup>25</sup> dat 'een dwingende algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht niet voor de hand ligt. In het bijzondere bestuursrecht kan van geval tot geval worden bezien of de te treffen maatregelen kunnen worden aangevuld met deze juridische figuur.'<sup>26</sup> Toch is bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn een andere keuze gemaakt. Er is niet gekozen voor een regeling in de Dienstenwet, zodat die regeling uitsluitend van toepassing zou zijn op vergunningen die onder de Dienstenwet vallen, maar voor een algemene regeling in de Awb.

De reden hiervoor was gelegen in de ambitie van het kabinet om de *lex silencio positivo* vaker te gaan gebruiken. Door de algemene aspecten die telkens geregeld moeten worden als op een bepaald besluit de *lex silencio positivo* van toepassing wordt verklaard in de Awb op te nemen, zou, wanneer de *lex silencio positivo* in de toekomst ook op andere besluiten dan vergunningen die onder de Dienstenrichtlijn vallen van toepassing wordt verklaard, niet 'het wiel opnieuw hoeven te worden uitgevonden'. Bovendien wordt op die manier voorkomen dat er (nodeloze) verschillen zouden ontstaan tussen alle verschillende *lex-silencio*-regelingen. Het betreft immers een complex juridisch onderwerp waarbij bepaalde juridische vragen steeds weer rijzen (wat is het rechtskarakter van de van rechtswege tot stand gekomen beslissing, kunnen (derde-)belanghebbenden hiertegen opkomen, hoe weten (derde-) belanghebbenden dat er een beslissing tot stand is gekomen etc.). De wetgever vond het van belang om een algemene regeling te maken die in toekomst ook bruikbaar was voor bredere toepassing.<sup>27</sup>

## 3.3 Toepasselijkheid van de regeling op 'Dienstenvergunningen' en andere besluiten

### 3.3.1 Inleiding

Bij de totstandkoming van de Dienstenwet is over de toepasselijkheid van de *lex-silencio*-regeling op vergunningen die onder de Dienstenwet vallen (hierna kortweg dienstenvergunningen genoemd) het nodige te doen geweest. De Awb-regeling was aanvankelijk zo opgezet dat de *lex-silencio*-regeling uitsluitend van toepassing was indien dit bij wettelijk voorschrift was bepaald. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer werd evenwel een amendement aanvaard dat inhield dat de

25 Kamerstukken II, 2005/06, 29 515, nr. 84.

26 Kamerstukken II, 2005/06, 29 515, nr. 93, p. 28.

27 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 48-49.



lex-silencio-regeling op dienstenvergunningen altijd automatisch van toepassing was. Dit amendement heeft de wetgevingsjuristen die zich bezighielden met de implementatie van de Dienstenrichtlijn niet alleen veel extra werk bezorgd, maar zal naar mijn verwachting in de praktijk tot de nodige problemen gaan leiden. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de toepasselijkheid van de lex-silencio-regeling.

### 3.3.2 Awb: 'Nee, tenzij-benadering'

De nieuwe Awb-paragraaf bevat een zogenaamde facultatieve regeling. Dit wil zeggen dat de paragraaf niet altijd van toepassing is. Op grond van artikel 4:20a Awb is de lex-silencio-regeling alleen van toepassing indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald (hierna de 'nee, tenzij-benadering' genoemd). Op grond van artikel 4:20a Awb is paragraaf 4.1.3.3 immers niet van toepassing, tenzij deze expliciet bij wet van toepassing is verklaard.

De regering koos hiervoor omdat niet in zijn algemeenheid kan worden bepaald welke beschikkingen in aanmerking komen voor toepassing van de lex silencio positivo. Zij vond aanvankelijk dat de keuze voor een facultatieve regeling goed aansloot bij artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn. In overweging 63 bij de richtlijn werd immers aangegeven dat in plaats van een lex silencio positivo in bepaalde gevallen ook een nationale regeling kan worden getroffen op grond waarvan, bij het uitblijven van een antwoord van de bevoegde instantie, de aanvraag wordt geacht te zijn verworpen. Voorwaarde is dan wel dat de verwerping kan worden aangevochten voor de rechter. Om hieraan te kunnen voldoen hoefde in het Nederlandse recht niets te veranderen. Op grond van artikel 6:2 Awb kan immers altijd worden opgekomen tegen het niet tijdig nemen van een besluit.

De Raad van State had kritiek op deze keuze. Hij stelde dat het 'misschien niet mogelijk (is) om de gevallen te omschrijven waarin van een positieve fictieve beschikking in ieder geval gebruik zou kunnen worden gemaakt', maar dat het wel mogelijk was om de gevallen te noemen waarin de lex silencio positivo *in ieder geval niet* van toepassing zou moeten zijn. In twee gevallen zou toepassing van de lex silencio positivo volgens de Raad niet aangewezen zijn. Ten eerste wanneer het ter voorkoming van ernstige gevolgen voor het algemeen belang nodig is om voorschriften aan een beschikking te verbinden (art. 4:20f) en ten tweede indien dwingende redenen van algemeen belang een uitzondering rechtvaardigen.<sup>28</sup>

Dit advies van de Raad is niet opgevolgd. Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest dat art. 4:20f een algemene regel geeft voor gevallen waarin een positieve fictieve beschikking in ieder geval niet van toepassing zou moeten zijn. De regering zag art. 4:20f als een bepaling waaraan slechts een enkele keer behoefte zou kunnen zijn. De regering ging ervan uit dat paragraaf 4.1.3.3 altijd pas na zorgvuldige afweging van toepassing zou worden verklaard op een bepaalde beschikking. Bij deze afweging zou ook moeten worden gezien welke risico's de toepasselijkheid van de lex silencio positivo met zich mee zou brengen. Hoe groter het risico op ernstige gevolgen voor het algemeen belang, hoe minder reden om paragraaf 4.1.3.3 van toepassing te verklaren. Omdat denkbaar is dat bij de afweging blijkt dat in

<sup>28</sup> Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 8.

het overgrote deel van de gevallen geen ernstige gevolgen voor het algemeen belang te verwachten zijn, maar in een enkel uitzonderlijk geval wel, werd art. 4:20f opgenomen in de regeling. In het uitzonderlijke geval dat toepassing van de *lex silencio positivo* wel ernstige gevolgen voor het algemeen belang heeft, kunnen deze gevolgen – binnen een beperkte termijn – alsnog worden voorkomen (door intrekking van de beschikking) of gematigd (door wijziging van de beschikking).<sup>29</sup> Het advies van de Raad om te bepalen dat paragraaf 4.1.3.3 niet van toepassing kan worden verklaard indien dwingende redenen van algemeen belang als bedoeld in de Dienstenwet daaraan in de weg staan is evenmin overgenomen. De regering was bevreesd dat een zo expliciete verwijzing naar de Dienstenwet het gevolg zou hebben dat de gedachte zou postvatten dat er geen andere redenen zouden kunnen zijn om paragraaf 4.1.3.3 niet toe te passen. Op dit moment staat er al een aantal andere Europeesrechtelijke regels in de weg aan de toepassing van paragraaf 4.1.3.3. Denk bijvoorbeeld aan de eis van aanwezigheid van een milieueffectrapport bij het vaststellen van een nieuw spoor- of snelwegtracé. In de toekomst zouden er nog meer regels bij kunnen komen of zouden bepaalde redenen om de *lex-silencio*-regeling niet van toepassing te verklaren weer kunnen afvallen. Het gevolg zou zijn dat de Awb telkens gewijzigd zou moeten worden. Bij de beantwoording van de vraag of paragraaf 4.1.3.3 op een bepaald type beschikking van toepassing zou moeten worden, moet telkens een afweging worden gemaakt en daarbij moeten alle op dat moment bestaande (contra-)indicaties worden meegenomen, aldus de regering in het nader rapport.<sup>30</sup>

### 3.3.3 Dienstenvergunning: ‘Ja, tenzij-benadering’

Bij de behandeling van de Dienstenwet in de Tweede Kamer kwam naar voren dat een aantal kamerleden de keuze om in artikel 4:20a te bepalen dat paragraaf 4.1.3.3 van toepassing is indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald, niet ver genoeg vond gaan. De PvdA-fractie vroeg de regering of zij de mening deelde dat de *lex silencio positivo* zo breed mogelijk zou moeten worden toegepast teneinde de regeldruk zo veel mogelijk te beperken en hoe de facultatieve regeling zich verhiel tot artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn, waarin immers staat dat een vergunning wordt geacht te zijn verleend indien een antwoord op een vergunningaanvraag binnen de beslistermijn uitblijft.<sup>31</sup>

De regering antwoordde hierop inderdaad voorstander te zijn van een zo breed mogelijke toepassing van de *lex silencio positivo*, maar gaf daarbij aan dat als een vergunningstelsel afgeschaft kan worden, dit de voorkeur heeft boven het invoeren van de *lex silencio positivo*. Over de verhouding tot artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn gaf de regering nog eens aan dat dit artikel weliswaar aangeeft dat bij een vergunningstelsel in beginsel de *lex silencio positivo* moet worden toegepast, maar dat de Dienstenrichtlijn eveneens aangeeft dat dwingende redenen van algemeen belang – met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde par-

29 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 9-10.

30 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 10.

31 Kamerstukken II, 2008/09, 31 579, nr. 5, p. 7-8. Er was overigens ook kritiek. De SP gaf aan te menen dat tijdig beslissen het uitgangspunt moet zijn.

tij – een voldoende rechtvaardiging vormen om de *lex silencio positivo* in een bepaald geval niet toe te passen.<sup>32</sup>

Het antwoord van de regering overtuigde kennelijk niet want de leden Van Dijk (CDA) en Vos (PvdA) dienden een amendement in waarbij een nieuw artikel in de Dienstenwet werd ingevoegd:

‘Art. 28 Dienstenwet<sup>33</sup>

In afwijking van artikel 4:20a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is paragraaf 4.1.3.3 van die wet van toepassing op een aanvraag om een vergunning, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.’

Dit amendement werd aangenomen. Het gevolg hiervan is dat er nu twee *lex-silencio-regimes* zijn: een in de Awb en een in de Dienstenwet. Het Awb-regime gaat uit van de ‘nee, tenzij-benadering’ en de Dienstenwet van de ‘ja, tenzij-benadering’.<sup>34</sup>

### 3.3.4 Wisselwerking artikel 4:20a Awb en artikel 28 Dienstenwet

Blijkens de toelichting op het artikel hebben de indieners van het in de vorige paragraaf besproken amendement vooral het oog gehad op ‘het belang van een vlotte en soepele afhandeling van vergunningaanvragen en het zo veel mogelijk beperken van regeldruk’.<sup>35</sup> Of dat ook daadwerkelijk het geval zal zijn, valt nog te bezien. Het is vrij ingewikkeld hoe artikel 4:20a Awb en artikel 28 Dienstenwet straks in de praktijk naast elkaar zullen gaan werken. Artikel 28 Dienstenwet geldt voor vergunningen op grond van de Dienstenwet. Het begrip vergunning is in artikel 1 Dienstenwet als volgt gedefinieerd:

‘Vergunning: beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst.’

Hoewel de definitie niet al te moeilijk lijkt, is nog allerminst duidelijk wat nu precies onder een vergunning in de zin van de Dienstenwet moet worden verstaan. Dit heeft te maken met de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Zoals in paragraaf 3.1 is aangegeven, was het de bedoeling dat deze richtlijn een brede toepassing zou krijgen. Doordat de reikwijdte van de richtlijn tijdens de totstandkoming ervan op een aantal terreinen flink is ingeperkt zal de rechtspraak van het Hof van Justitie EU, als gezegd, van belang blijven voor de juiste toepassing van artikel 28 van de Dienstenwet.

De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat deze jurisprudentie ook van belang zou zijn gebleven als het amendement niet was aangenomen en de *lex silencio positivo* alleen van toepassing zou zijn geweest indien dit overeenkomstig artikel 4:20a Awb bij

32 Kamerstukken II, 2008/09, nr. 6, p. 20-21.

33 Kamerstukken 2008/09, 31 579, nr. 14. Overigens was het artikel in de motie genummerd: artikel 27a. Doordat de Dienstenwet daarna is hernummerd is dit uiteindelijk artikel 28 van de Dienstenwet geworden.

34 Kamerstukken 2008/09, 31 579, nr. 14. Zie ook: N. Verheij, ‘The need for speed’, *NTB* 2009, p. 110.

35 Kamerstukken 2008/09, 31 579, nr. 14, p. 2.

wettelijk voorschrift zou zijn bepaald. Immers, in geval het Hof van Justitie EG in een zaak tot het oordeel zou komen dat een bepaalde vergunning als vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn moet worden beschouwd, zou gezien moeten worden of dit consequenties zou moeten hebben voor de nationale regelgeving. Men zou dan ook kunnen verdedigen dat het belangrijke voordeel van de 'ja, tenzij-benadering' in artikel 28 Dienstenwet is dat er in beginsel geen vergunningen kunnen worden 'gemist'. Op elke vergunning die kan worden beschouwd als een vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn, is de *lex silencio positivo* immers van toepassing, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dat dit niet zo is. Wel is het mogelijk dat er na het ongebruikt verstreken zijn van de beslistermijn onduidelijkheid bestaat over de vraag of de aangevraagde vergunning nu wel of niet van rechtswege tot stand is gekomen. Immers, doordat niet precies duidelijk is welke vergunningen kunnen worden beschouwd als vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn, kan er ook gemakkelijk discussie ontstaan tussen bestuursorganen en aanvragers over de vraag of op een concrete vergunningaanvraag de *lex silencio positivo* al dan niet van toepassing is.

Het is denkbaar dat bepaalde aanvragers op wier aanvraag voor een vergunning niet tijdig is beslist, zich op het standpunt stellen dat de desbetreffende aanvraag een aanvraag om een dienstenvergunning is en gewoon beginnen met de activiteit waar de aanvraag op zag onder het motto 'wie-zwijgt-stemt-toe'. Het gevolg is dat het bestuursorgaan moet optreden. Als het van mening is dat er geen sprake is van een dienstenvergunning, zal het handhavend kunnen optreden. De aanvrager handelt dan immers zonder vergunning. Als het van mening is dat er inderdaad sprake is van een dienstenvergunning dan moet het de van rechtswege tot stand gekomen vergunning alsnog bekendmaken. Hierop kom ik later terug.

Bij de 'nee, tenzij-benadering' van artikel 4:20a Awb kan dit soort ongelukjes zich niet voordoen. Door expliciet te bepalen op welke besluiten de *lex silencio positivo* van toepassing is kan daarover later geen discussie meer ontstaan. Wel is het inderdaad zo dat kan blijken dat bepaalde besluiten ten onrechte niet zijn aangewezen als besluiten waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is. Maar bij artikel 28 Dienstenwet kan het omgekeerde zich voordoen: het kan blijken dat bepaalde besluiten ten onrechte zijn uitgezonderd van de toepasselijkheid van de *lex silencio positivo*.

### 3.3.5 Tijdelijke uitzonderingen

De introductie van artikel 28 Dienstenwet heeft ook praktische gevolgen gehad. De Dienstenwet is onder grote tijdsdruk tot stand gekomen. De Dienstenrichtlijn werd vastgesteld op 12 december 2006 en gaf de lidstaten tot 28 december 2009 de tijd om te implementeren. Drie jaren zijn voor een wetgevingsproces niet lang, zeker niet als een richtlijn zo veelomvattend en ingewikkeld is als de Dienstenrichtlijn. De richtlijn heeft immers gevolgen voor zowel de regelgeving op rijksniveau als die op decentraal niveau. Om tijdig gereed te zijn met de implementatie

liep parallel aan de totstandkoming van de Dienstenwet een aanpassingstraject. Alle regelgeving van het Rijk en van de decentrale overheden moest worden doorgelicht en zo nodig gewijzigd om te komen tot een correcte implementatie. De wetswijzigingen die inmiddels reeds op basis van artikel 4:20a Awb waren voorbereid, waren na aanvaarding van het amendement niet meer bruikbaar. In plaats van bepalingen waar in stond dat de *lex silencio positivo* wél van toepassing was, moest immers op grond van artikel 28 Dienstenwet worden geregeld in welke gevallen de *lex silencio positivo* níet van toepassing was.

Omdat de tijd tussen de aanvaarding van het amendement Van Dijk/Vos (10 maart 2009) en de uiterste implementatiedatum (28 december 2009) kort was, zou het niet meer lukken om alle benodigde wetswijzigingen tijdig gereed te hebben. Om die reden is in het amendement tevens geregeld dat uitzonderingen op de *lex silencio positivo* tot 1 januari 2012 mochten worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur:

‘Artikel 66<sup>36</sup>

1. Bij algemene maatregel van bestuur worden tot 1 januari 2012 de vergunningen aangewezen waarvan de aanvraag op grond van artikel 27a is uitgezonderd van de toepassing van paragraaf 4.1.3.3 van de Algemene wet bestuursrecht.
2. Dit artikel is niet van toepassing op vergunningen, verleend krachtens de Provinciewet, de Gemeentewet, de Waterschapswet, de wet gemeenschappelijke regelingen en de Wet op de bedrijfsorganisatie.
3. De voordracht voor een krachtens het eerste lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt voor de eerste maal niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.’

Deze algemene maatregel van bestuur is inmiddels totstandgekomen en in werking getreden.<sup>37</sup> Voorlopig bevat deze amvb de uitzonderingen. Uiterlijk 1 januari 2012 moeten de uitzonderingen in een wet zijn opgenomen. Daartoe zal een verzamelwetsvoorstel worden opgesteld.

Voor decentrale overheden en organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties gelden andere regels. In de eerste plaats is artikel 28 Dienstenwet tot 1 januari 2012 niet van toepassing op vergunningen die worden verleend krachtens de Provinciewet, de Gemeentewet, de Waterschapswet, de Wet gemeenschappelijke regelingen en de Wet op de bedrijfsorganisatie (zie art. 65 Dienstenwet). Hierdoor geldt de ‘ja, tenzij-benadering’ van de Dienstenwet tot 1 januari 2012 dus niet voor vergunningstelsels die decentrale overheden en organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties op grond van hun *autonome bevoegdheden* hebben ingesteld. Dit betekent dat tot en met 31 december 2011 uit hun verordeningen moet blijken voor welke vergunningstelsels de *lex silencio positivo* wel van toepassing is en vanaf 1 januari 2012 voor welke vergunningstelsels de *lex silencio positivo* niet van toepassing is.

36 Kamerstukken 2008/09, 31 579, nr. 14. Overigens was het artikel in de motie genummerd: artikel 63b. Doordat de Dienstenwet daarna is hernummerd is dit uiteindelijk artikel 66 van de Dienstenwet geworden.

37 Tijdelijk besluit *Lex silencio positivo* Dienstenrichtlijn, Stb. 2009, 571.

De 'ja, tenzij-benadering' geldt tot 1 januari 2012 evenmin voor vergunningen die decentrale overheden en organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties verlenen op grond van rijksregelgeving (*medebewind*). Dit volgt uit artikel 66, tweede lid, Dienstenwet. Eenvoudig is dit niet te noemen. Vanaf 1 januari 2012 wordt het beter.

## 4 Paragraaf 4.1.3.3 Awb

### 4.1 Inleiding

Als gezegd bevat artikel 61 Dienstenwet de wijziging van de Awb die ertoe leidt dat er een nieuwe paragraaf aan de Awb wordt toegevoegd over de *lex silencio positivo*. Afdeling 4.1.3 Awb wordt uitgebreid met een nieuwe paragraaf getiteld: § 4.1.3.3 Positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen. De nieuwe paragraaf is in afdeling 4.1.3 Awb opgenomen omdat deze afdeling betrekking heeft op de beslistermijn. De afdeling bestaat nu uit drie paragrafen: een met algemene bepalingen over beslistermijnen, een over de verbeurte van een dwangsom indien niet tijdig is besloten en een laatste paragraaf over de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen. De uit het Spaanse recht afkomstige term *lex silencio positivo* komt dus niet terug in de Awb. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op § 4.1.3.3 Awb. Een uitzondering hierop vormt artikel 4:20a Awb (op grond waarvan § 4.1.3.3 een facultatieve regeling bevat). Dit artikel wordt hier niet meer besproken omdat het hiervoor al uitgebreid aan de orde is gekomen.

### 4.2 Beschikking

Artikel 4:20b bevat de kern van de *lex-silencio*-regeling: indien niet tijdig op de aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, is de beschikking van rechtswege gegeven (eerste lid). De verlening van rechtswege geldt als een beschikking (tweede lid). Het is van belang dat dit laatste met zoveel woorden in de wet is bepaald omdat een van rechtswege ontstane beslissing niet voldoet aan artikel 1:3, eerste lid, Awb. Er is daarbij immers geen sprake van een *schriftelijke* beslissing.<sup>38</sup>

### 4.3 Tijdig of niet tijdig?

Wanneer is een besluit niet tijdig genomen? Onder niet tijdig wordt verstaan, zo volgt uit de memorie van toelichting, dat niet overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 4.1.3.1 van de Awb is besloten. In veel, zo niet de meeste, gevallen zal er een wettelijk voorschrift zijn waar uit volgt binnen welke termijn een beslissing op een aanvraag moet worden genomen. Er is niet tijdig beslist als die termijn niet gehaald wordt.

Is er geen specifieke wettelijke termijn, dan geldt op grond van artikel 4:13, eerste lid, Awb dat de beslissing binnen een redelijke termijn moet worden genomen. De redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer het bestuursorgaan binnen acht weken na de ontvangst van de aanvraag geen beslissing heeft genomen of

<sup>38</sup> Zie ook: ABRS 30 juni 2004, AB 2005, 9, m.nt. ABB.

aan de aanvrager heeft medegedeeld dat de beslissing niet binnen acht weken kan worden genomen (art. 4:13, tweede lid, Awb).<sup>39</sup>

In dit verband is het ook van belang aandacht te besteden aan de verhouding tot de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen. Deze wet trad op 1 oktober 2009 in werking en leidde ertoe dat de Awb is uitgebreid met een regeling die, kort gezegd, inhoudt dat een bestuursorgaan een dwangsom verbeurt aan de aanvrager van een beschikking als het niet binnen de beslistermijn beslist (zie art. 4:17 Awb e.v.). In artikel 4:20a, tweede lid, Awb is bepaald dat de regels over de dwangsom niet gelden als de *lex silencio positivo* van toepassing is verklaard op een beschikking. Gesteld zou kunnen worden dat er van te laat beslissen, en dus van verbeurte van een dwangsom in verband daarmee, nooit sprake kan zijn indien er na afloop van de beslistermijn van rechtswege een besluit ontstaat. Om te voorkomen dat er in de praktijk verwarring zou kunnen ontstaan over de vraag of er al dan niet een dwangsom verschuldigd is wegens het niet tijdig beslissen, is expliciet geregeld dat dit niet het geval is.

Toch kan het bestuursorgaan wel degelijk een dwangsom verbeuren als de *lex silencio positivo* van toepassing is. Niet omdat het niet op tijd heeft beslist, maar om een andere reden. Op grond van artikel 4:20c moet het bestuursorgaan een van rechtswege ontstane beschikking binnen twee weken na het ontstaan ervan bekendmaken. Laat het dit na dan verbeurt het bestuursorgaan een dwangsom na eerst in gebreke te zijn gesteld door de aanvrager (art. 4:20d Awb). Ik kom hier in paragraaf 4.5 op terug.

#### 4.4 Reële beschikking na fictieve beschikking niet toegestaan

Het is een bestuursorgaan niet toegestaan om na afloop van de beslistermijn, wanneer de beschikking van rechtswege inmiddels is ontstaan, nog een reële beschikking op de aanvraag te nemen. Dit kan eigenlijk ook niet anders. Het zou weinig zin hebben om bij wettelijk voorschrift te bepalen dat het niet tijdig beslissen tot gevolg heeft dat de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven als het bestuursorgaan na afloop nog wel beslissingsbevoegd zou zijn.

Toch blijkt uit jurisprudentie dat het geregeld voorkomt dat een bestuursorgaan na het van rechtswege ontstaan van de beschikking wel nog een besluit neemt en bekendmaakt.<sup>40</sup> De vraag rijst dan wat de status van zo'n besluit is: is het nietig of vernietigbaar? Een nietig besluit heeft geen rechtsgevolg. Het hoeft daarom niet te worden aangevochten. Een vernietigbaar besluit daarentegen heeft wel rechtsgevolg. Om te voorkomen dat dit besluit formele rechtskracht krijgt moet het worden aangevochten. In zijn artikel 'Wie zwijgt stemt toe' uit 1988 schreef Van Duy-

39 Zoals uit paragraaf 3.2 bleek is in artikel 31 Dienstenwet voor dienstenvergunningen een van artikel 4:13 afwijkende regeling getroffen.

40 En het is ook voorgekomen dat een bestuursorgaan na het ontstaan van goedkeuring van rechtswege een brief stuurde aan het bestuursorgaan dat om goedkeuring had verzocht, waarin werd medegedeeld dat goedkeuring 'niet aan de orde was'. Het bestuursorgaan stelde hier tegen (voor de zekerheid) beroep in. De Afdeling oordeelde – terecht – dat nu de wet aan het verzuim van verweerder het gevolg verbindt dat goedkeuring van rechtswege is ontstaan, de bewuste brief hierin geen verandering kan brengen. De brief bevatte dus geen besluit waartegen beroep openstond (ABRS 18 juli 2001, BR 2001, 968).



vendijk al dat het zijns inziens niet de bedoeling kon zijn dat de belanghebbende zou moeten procederen om een hem fictief verleende vergunning veilig te stellen.<sup>41</sup> Toch blijkt uit de jurisprudentie dat belanghebbenden vaak het zekere voor het onzekere nemen en wel opkomen tegen een reële beschikking die wordt genomen nadat reeds van rechtswege een beschikking is ontstaan. Het zou helpen wanneer de jurisprudentie over of dat nodig is, klip en klaar zou zijn. Helaas is dat niet zo. In de periode voordat Van Duyvendijk zijn artikel schreef was de jurisprudentie over de status van dit soort besluiten niet consistent. Van Duyvendijk liet zien dat er (Kroon- en Afdelings)jurisprudentie was waarin te laat genomen reële beschikkingen nu eens werden vernietigd en dan weer nietig werden geacht.<sup>42</sup>

De afgelopen twintig jaar is er de nodige jurisprudentie over dit onderwerp bij gekomen. In een uitspraak van 4 maart 1996<sup>43</sup> stelde de Afdeling bestuursrechtspraak vast dat een reëel besluit na de fictieve goedkeuring van een uitwerkingsplan, nietig is. Annotator Van Buuren vermeldde dat in de tot dan toe bekende jurisprudentie van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State al verschillende malen was aangenomen dat een bestuursorgaan na het einde van de beslistermijn niet bevoegd was om alsnog een reële beslissing te nemen. Vervolgens overwoog de Voorzitter dan echter dat de 'reële beslissing op de aanvraag in het vervolg van deze procedure niet in stand zou kunnen blijven' (verwezen werd naar: VzARRvS 21 oktober 1993, BR 1994, p. 320, VzARRvS 3 juni 1993, AB 1993, 538, m.nt. PvB en VzARRvS 25 november 1993, AB 1994, 575, m.nt. PvB). Droogjes merkt Van Buuren hierover op: 'Zo een overweging duidt niet op de opvatting dat de reële beslissing nietig is, doch veeleer op vernietigbaarheid.'

In dit verband kan ABRvS 7 februari 1997<sup>44</sup> niet onbesproken blijven, hoewel er in deze zaak geen sprake is van een reëel besluit na een fictief besluit. In deze zaak nam een bestuursorgaan nadat er reeds een reëel besluit was genomen nog een tweede reëel besluit dat naar eigen zeggen moest worden beschouwd als 'een verbeterde expeditie' van het eerdere besluit. Op grond van de toepasselijke regelgeving was het bestuursorgaan echter niet meer bevoegd om het tweede besluit nog te nemen. De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog dat het tweede besluit nietig was maar niettemin voor beroep vatbaar omdat 'het is gericht op rechtsgevolg, al bewerkstelligt het dat niet'. De annotator vond het niet vreemd dat de

41 K. van Duyvendijk, 'Wie zijgt stemt toe. Problemen rond fictieve vergunningverlening', *NTB* 1988, p. 38.

42 KB 11 mei 1973, *BR* 1973, 794 (besluit tot weigering sloopvergunning nadat reeds een sloopvergunning van rechtswege was ontstaan 'betref een beschikking waarvoor in het geheel geen plaats meer was'), KB 23 oktober 1976, *AB* 1977, 99, m.nt. J.R.St. (besluit tot weigering van een kapvergunning nadat de gevraagde kapvergunning geacht moest worden te zijn verleend omdat niet binnen de daarvoor gestelde termijn op de aanvraag was beslist, werd vernietigd, in dezelfde zin: KB 29 maart 1980, *AB* 1980, 390, m.nt. vdN en KB 2 juli 1985, *AB* 1986, 161, m.nt. BJvdN, ARRvS 11 juli 1985, *AB* 1986, 304 (besluit tot weigering van een woonruimtevergunning nadat een woonruimtevergunning van rechtswege is ontstaan, wordt vernietigd), ARRvS 30 oktober 1980, *GS* 6665 (voor een besluit tot verlening van een kapvergunning met voorschriften nadat reeds van rechtswege een kapvergunning zonder voorschriften was ontstaan was volgens de ARRvS geen plaats meer zodat er geen geschil was waarover zij een uitspraak kon doen).

43 ABRvS 4 maart 1996, *AB* 1996, 320, m.nt. PvB.

44 *AB* 1997, 154, m.nt. PvB.

Afdeling had geoordeeld dat het besluit nietig was omdat hij dit wel had verwacht na de uitspraak van 4 maart 1996 (zie boven). Hij vond het sympathiek dat de Afdeling had geoordeeld dat het besluit voor beroep vatbaar was, maar niet goed passend in artikel 8:72, eerste lid, Awb. Op grond van dit artikel vernietigt de rechtbank het bestreden besluit als zij het beroep gegrond verklaart. De Afdeling deed dat niet. Zij verklaarde het beroep gegrond, maar volstond met de verklaring dat het bestreden besluit moest worden geacht nooit genomen te zijn.

Van Buuren vroeg zich af of de Afdeling andere mogelijkheden ten dienste stonden. Hij zag drie mogelijkheden: 1. het beroep had moeten worden geconverteerd in een beroep tegen het eerste besluit, 2. het beroep had niet-ontvankelijk moeten worden verklaard of 3. het nietige besluit had door de Afdeling moeten worden vernietigd. De laatste optie leek de annotator juridisch onlogisch. Dat lijkt mij ook, maar toch heb ik de indruk dat de Afdeling voortbordurend op deze laatste optie een nieuwe mogelijkheid onder ogen heeft gezien. Sinds de uitspraak van 7 februari 1997 is nog een fors aantal uitspraken geweest waarin na een fictief besluit alsnog een reële besluit werd genomen. Het ging daarbij steeds om goedkeuring van rechtswege van een bestemmingsplan. Uit deze jurisprudentie blijkt dat de Afdeling vindt dat het alsnog onthouden van goedkeuring aan een besluit dat ingevolge artikel 10:31, vierde lid, Awb van rechtswege is goedgekeurd, feitelijk neerkomt op een intrekking van de goedkeuring. Dit is in strijd met artikel 10:29, tweede lid, Awb omdat in dit artikel is bepaald dat de goedkeuring niet kan worden ingetrokken. Gezegd kan worden dat de Afdeling bestuursrechtspraak het nietige reële besluit converteert in een besluit tot intrekking van het van rechtswege ontstane besluit. Vervolgens overweegt zij steevast 'dat het beroep gegrond is zodat het (reële) besluit (waartegen is opgekomen) dient te worden vernietigd' (zie o.m. ABRvS 29 december 2004, *JB* 2005/63, ABRvS 11 juli 2007, zaaknr. 200605833/1, ABRvS 20 november 2006, *BR* 2007, 243, m.nt. B.J. van Ettekoven).

Waar leidt het voorgaande toe? Naar mijn mening kan worden geconcludeerd dat de Afdeling bestuursrechtspraak de rechtsbescherming laat prevaleren als het gaat om besluiten omtrent de goedkeuring van bestemmingsplannen nadat een bestemmingsplan reeds van rechtswege is goedgekeurd. Dat lijkt mij sympathiek. Zou zij volstaan met het niet-ontvankelijk verklaren van appellanten omdat er een nietig besluit voorligt, dan zou er toch vaak onduidelijkheid kunnen bestaan tussen partijen. Vanuit dat oogpunt kan het handig zijn als er een uitspraak is waarin het ten onrechte genomen reële besluit expliciet wordt vernietigd.

Toch zou ik ervoor willen pleiten dat deze jurisprudentie niet klakkeloos wordt overgenomen bij besluiten waarop de *lex silencio*-regeling van de Awb van toepassing is. De reden daarvoor is dat er in de Awb-regeling een paar maatregelen zijn getroffen waardoor uiteindelijk geen onduidelijkheid kan bestaan tussen partijen of er sprake is van een van rechtswege ontstaan besluit. Zo moet het besluit dat van rechtswege is ontstaan, net als een gewoon besluit, worden bekendgemaakt (art. 4:20c). Daarbij moet worden vermeld dat dit besluit een van rechtswege ontstaan besluit is. Als een dergelijke bekendmaking is gedaan en het bestuursorgaan gaat daarna toch nog over tot het nemen van een reële besluit, dan lijkt het me evident dat de rechter nietigheid van dit laatste besluit aanneemt. Onduidelijkheid

voor de houder van het van rechtswege ontstane besluit is uitgesloten omdat hij immers over een bewijsstuk van het bestuursorgaan zelf beschikt.

Mocht de bekendmaking uitblijven dan voorziet artikel 8:55f Awb in een regeling. Tegen het niet tijdig bekendmaken van de van rechtswege ontstane beschikking kan op grond van dit artikel – zonder eerst bezwaar te hoeven maken! – beroep worden ingesteld bij de rechtbank. Op het beroep is afdeling 8.2.4A Awb van overeenkomstige toepassing. Daarnaast kan het bestuursorgaan een dwangsom verschuldigd raken aan degene die de bekendmaking wenst. Daartoe moet het bestuursorgaan eerst in gebreke worden gesteld. Reageert het bestuursorgaan niet op deze ingebrekestelling dan verbeurt het een dwangsom aan de aanvrager. De verbeurte van de dwangsom gaat twee weken na de ingebrekestelling in. De berekening vindt plaats overeenkomstig de bepalingen over de dwangsom bij niet tijdig beslissen. Deze maatregelen moeten de houder van een van rechtswege ontstane beschikking, maar ook derde belanghebbenden beschermen. Omdat de beschikking pas in werking treedt drie dagen na de bekendmaking (zie hierna), ligt het niet voor de hand dat de aanvrager/houder van de van rechtswege verleende beschikking niet om bekendmaking vraagt als deze uit mocht blijven. Er hoeft dan ook geen vrees te bestaan voor de situatie dat het bestuursorgaan alsnog een reëel besluit neemt als de houder van de van rechtswege verleende beschikking niet om bekendmaking vraagt na afloop van de in artikel 4:20c genoemde termijn. Maar mocht die situatie zich voordoen, dan lijkt mij dat er alsnog om bekendmaking kan worden gevraagd en dat ook de gang naar de rechter kan worden gemaakt op de grond dat er niet tijdig is bekendgemaakt. Het is dus niet nodig dat wordt opgekomen tegen het te laat genomen reële besluit.

#### 4.5 Bekendmaking

In afdeling 3.6 van de Awb wordt geregeld dat besluiten bekend moeten worden gemaakt en op welke wijze dit dient te gebeuren. Ook van rechtswege verleende beschikkingen moeten bekend worden gemaakt. Dit volgt niet uit afdeling 3.6 Awb, maar uit artikel 4:20c Awb. In dit artikel is bepaald dat het bestuursorgaan de aanvrager schriftelijk moet berichten dat de beslistermijn is verstreken en dat er dus van rechtswege een beschikking is ontstaan. De achtergrond hiervan is dat de wetgever wil tegengaan dat er geheime vergunningen of beschikkingen ontstaan. Het bestuursorgaan heeft vanaf het tijdstip waarop de beschikking van rechtswege is ontstaan, twee weken de tijd om de van rechtswege ontstane beschikking bekend te maken. Laat het dat na dan kan de aanvrager het bestuursorgaan in gebreke stellen. Blijft de bekendmaking na de ingebrekestelling nog steeds uit, dan verbeurt het bestuursorgaan een dwangsom per dag dat het in gebreke is (art. 4:20d). De dwangsom wordt op dezelfde manier berekend als wanneer het bestuursorgaan een dwangsom verbeurt wegens niet tijdig beslissen. Dat wil zeggen dat het bestuursorgaan per dag dat het de beschikking niet bekend maakt een dwangsom verbeurt. Het bedrag van de dwangsom loopt op van € 20 tot € 40 en bedraagt maximaal € 1260 (dit volgt uit art. 4:17, eerste en tweede lid, Awb). De verschuldigdheid en de hoogte van de dwangsom wordt op grond van artikel 4:18 Awb bij beschikking vastgesteld.

#### 4.6 Inwerkingtreding

De van rechtswege tot stand gekomen beschikking treedt op grond van artikel 4:20b, derde lid, Awb in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn. Voor wat betreft de inwerkingtreding is er derhalve een duidelijk verschil tussen reële beschikkingen en van rechtswege tot stand gekomen beschikkingen. Reële beschikkingen treden immers pas in werking nadat zij zijn bekendgemaakt (art. 3:40 Awb).

De wetgever heeft ervoor gekozen om af te wijken van de hoofdregel van artikel 3:40 Awb. Hierdoor heeft het bestuursorgaan geen invloed op het moment waarop de beschikking in werking treedt. Dat lijkt beter omdat het weleens zo zou kunnen zijn dat een bestuursorgaan dat er niet in is geslaagd om binnen de termijn een beslissing te nemen, ook niet (of te laat) tot bekendmaking van de van rechtswege genomen beschikking wil overgaan, als de inwerkingtreding van die beschikking zou afhangen van het tijdstip waarop het de beschikking bekendmaakt. Het hoeft niet zo te zijn, maar het ligt voor de hand te veronderstellen dat het bestuursorgaan geen moeite heeft met het bekendmaken van een reële beschikking en wel met het bekendmaken van een van rechtswege ontstane beschikking.

De vervolgvraag is dan op welk tijdstip de van rechtswege ontstane beschikking in werking treedt. Direct na afloop van de beslistermijn of op een later tijdstip? Voor de eerste optie pleit het belang van de aanvrager. Hij wil weten waar hij aan toe is. Deze optie heeft echter als nadeel dat er soms onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of de beschikking van rechtswege tot stand is gekomen of dat het bestuursorgaan nog net op tijd een besluit heeft genomen. Als het bestuursorgaan tegen het einde van de beslistermijn een reëel besluit neemt en dit op de laatste dag van de beslistermijn verzendt aan de aanvrager, is er sprake van een tijdig genomen besluit. Als dit besluit de aanvrager echter op de dag na afloop van de beslistermijn bereikt – of enkele dagen later, bijvoorbeeld omdat de beslissing op vrijdag werd verzonden – zou de aanvrager ten onrechte kunnen menen dat hij over een van rechtswege ontstane beschikking beschikt.

De Raad van State adviseerde om de dienstenvergunning pas in werking te laten treden na afloop van de bezwaartermijn, of – als bezwaar was gemaakt – na afloop van de beroepstermijn. Ook noemde de Raad van State de mogelijkheid van schorsende werking van bezwaar en beroep en het verruimen van de mogelijkheden om een vergunning in te trekken of te wijzigen (Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224). Deze opties hebben als voordeel dat de belangen van derden en van de samenleving als geheel niet hoeven te lijden onder het niet tijdig beslissen, maar als nadeel dat de aanvrager lang moet wachten voordat zijn besluit in werking treedt. Bij de totstandkoming van de regeling heeft uiteindelijk ook meegespeeld dat een keuze voor inwerkingtreding na afloop van de bezwaar- of beroepstermijn of schorsende werking van bezwaar of beroep in strijd leek te komen met de Dienstenrichtlijn.

De wetgever heeft uiteindelijk voor een andere variant gekozen. Bepaald is dat de van rechtswege ontstane beschikking in werking treedt op de derde dag na afloop

van de beslistermijn. In de memorie van toelichting is vermeld dat het niet goed mogelijk is om bij de keuze voor het tijdstip van inwerkingtreding volledig recht te doen aan zowel de belangen van de aanvrager als die van derden. Omdat over de van toepassing verklaring van paragraaf 4.1.3.3 weloverwogen wordt besloten – doordat dit alleen bij wettelijk voorschrift kan worden bepaald – zal de *lex-silencio*-regeling in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid nooit van toepassing worden op besluiten die potentieel zeer gevaarlijke of ingrijpende maatschappelijke gevolgen hebben. Hierom ligt het volgens de wetgever niet voor de hand om de inwerkingtreding op te schorten tot na de beroepstermijn of zelfs de uitspraak.<sup>45</sup> Toch heeft deze overweging er niet toe geleid dat de beschikking onmiddellijk na het verstrijken van de beslistermijn in werking treedt. Gekozen is voor de derde dag na het verstrijken van die termijn en de reden daarvoor is hierboven reeds geschetst: het voorkomen van onduidelijkheid over de vraag of er een reële beschikking is of een van rechtswege ontstane.

## 4.7 Waarborgen

### 4.7.1 Inleiding

De figuur van de *lex silencio positivo* is onder juristen niet onomstreden. Er zijn veel tegenstanders en sceptici. Zij wijzen vooral op risico's voor derde-belanghebbenden (zij worden geconfronteerd met vergunde activiteiten, zonder dat ze wisten dat er een vergunning was verleend) en voor het algemeen belang (de beschikking van rechtswege zou volgens deze critici kunnen leiden tot schade aan 'kwetsbare belangen' zoals de natuur of het milieu). In de adviezen van de Raad van State over dit onderwerp komt de kritiek, zoals hiervoor in met name paragraaf 4.2 al bleek, duidelijk tot uitdrukking. De wetgever heeft ingezien dat de figuur van de *lex silencio positivo* vooral voor de aanvrager van een beschikking voordeel kan hebben: hij weet – anders dan wanneer de *lex silencio positivo* niet van toepassing is – na afloop van de beslistermijn zeer snel waar hij aan toe is. Voor het algemeen belang, waaronder de belangen van derden, zijn de ogen echter niet gesloten. In de eerste plaats heeft de wetgever voorzien in een bekendmakingsregeling. Hoewel deze regeling in de eerste plaats de belangen van de aanvrager dient, dient deze ook zeker de belangen van derden en het algemeen belang. De bekendmakingsregeling kwam reeds aan de orde in paragraaf 4.5. Ook kunnen derde-belanghebbenden in rechte opkomen tegen de van rechtswege verleende beschikking. In paragraaf 4.8 zal hier nader op worden ingegaan. Hiernaast heeft de wetgever nog twee maatregelen getroffen die indirect het algemeen belang beogen te beschermen. Er is een bepaling opgenomen die waarborgt dat een beschikking die van rechtswege is ontstaan, is onderworpen aan dezelfde voorschriften als een reële beschikking (art. 4:20e) en er is een bepaling opgenomen die het bestuursorgaan de bevoegdheid verschaft om een van rechtswege tot stand gekomen beschikking alsnog in te trekken of te wijzigen, zo zal hierna blijken.

---

45 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 131.

#### 4.7.2 Voorschriften

In artikel 4:20e is bepaald dat indien in een wettelijk voorschrift of een beleidsregel is bepaald dat in een beschikking steeds bepaalde voorschriften worden opgenomen, deze voorschriften ook deel uitmaken van de beschikking van rechtswege. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat ook als het bestuursorgaan te laat beslist, bepaalde essentieel geachte voorschriften toch gelden. Het is wel van belang dat deze voorschriften in een wettelijk voorschrift zijn neergelegd of dat zij volgen uit een beleidsregel.

Aan wat voor regels moeten we denken? In de memorie van toelichting is het volgende voorbeeld gebruikt. Stel dat een gemeente aan een terrasvergunning standaard het voorschrift verbindt dat het sluitingstijdstip 23.00u is. Dit sluitingstijdstip geldt dan eveneens wanneer de vergunning van rechtswege is verleend, zelfs wanneer in de aanvraag geen sluitingstijdstip stond of een later sluitingstijdstip.<sup>46</sup>

#### 4.7.3 Wijziging en intrekking

Artikel 4:20f ten slotte verschaft bestuursorganen de bevoegdheid om een van rechtswege verleende beschikking alsnog aan beperkingen te onderwerpen door de beschikking te wijzigen (door er voorschriften aan te verbinden) of door de beschikking in te trekken.<sup>47</sup> Vereist is wel dat dit nodig is om 'ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen'. Als het bestuursorgaan het nodig vindt om de beschikking te wijzigen of in te trekken, moet het dit binnen zes weken na afloop van de oorspronkelijke beslistermijn doen (art. 4:20, tweede lid). Daarna is het te laat en kan het bestuursorgaan niet meer wijzigen of intrekken op grond van artikel 4:20f Awb.<sup>48</sup> In de memorie van toelichting is aangegeven dat op deze wijze een redelijk evenwicht is gevonden tussen het belang van rechtszekerheid van de houder van de beschikking en het algemeen belang.<sup>49</sup>

Wanneer is er sprake van 'een noodzaak tot het voorkomen van ernstige gevolgen voor het algemeen belang'? De wetgever zegt hier niet meer over dan dat van de bevoegdheid in artikel 4:20f slechts gebruik zal worden gemaakt 'in uitzonderlijke gevallen en dat dus niet lichtvaardig kan worden besloten om de beschikking alsnog in te trekken of daaraan voorschriften te verbinden'.<sup>50</sup> Veel meer valt er in het algemeen hierover naar mijn oordeel ook niet te zeggen. De motivering van het besluit tot wijziging of intrekking zal van groot belang zijn. In de memorie van toelichting wordt voorts terecht opgemerkt dat er weloverwogen voor wordt gekozen om de *lex silencio positivo* op een bepaalde beschikking van toepassing te verklaren. Gesteld kan worden dat paragraaf 4.1.3.3 Awb minder snel van toepassing zal worden verklaard op een bepaald type beschikking, naar mate het risico op ernstige gevolgen voor het algemeen belang groter is. Deze stelling gaat

46 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 133.

47 Zie hierover ook het elders in deze bundel opgenomen artikel van Willemien den Ouden: De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen. Eens gegeven blijft gegeven?

48 Artikel 4:20f staat er echter niet aan in de weg dat het besluit nog wordt gewijzigd of zelfs ingetrokken als gevolg van door een derde-belanghebbende ingesteld bezwaar of beroep. Zie hierover verder de paragraaf over rechtsbescherming.

49 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 134.

50 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 133.



echter niet helemaal op voor vergunningen die onder de Dienstenwet vallen. Het in paragraaf 3.3.3 besproken amendement Van Dijk/Vos heeft er immers voor gezorgd dat de *lex silencio positivo* in beginsel van toepassing is op vergunningen die onder de Dienstenwet vallen, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dat de *lex silencio positivo* op deze vergunningen niet van toepassing is. Er mag van worden uitgegaan dat de wetgever alle dienstenwetvergunningen zorgvuldig heeft beoordeeld, maar op eventueel vergeten vergunningen of op vergunningen waarvan de wetgever over het hoofd heeft gezien dat ze onder de Dienstenwet vallen, is de *lex silencio positivo* automatisch en dus zonder verdere overwegingen over de kans op ernstige gevolgen voor het algemeen belang, van toepassing.

De wijziging of intrekking op grond van artikel 4:20f moet goed worden onderscheiden van bepalingen in de wettelijke regeling op grond waarvan de beschikking werd aangevraagd, die het bestuursorgaan de bevoegdheid geven tot wijziging of intrekking van de beschikking als deze wél op tijd zou zijn gegeven. Als voorbeeld worden in de memorie van toelichting genoemd: de bepaling die regelt dat een vergunning kan worden ingetrokken indien blijkt dat deze vergunning ten gevolge van een onjuiste of onvolledige opgave is verleend of indien blijkt dat de vergunninghouder de voorschriften verbonden aan de vergunning niet naleeft. Dit type wijzigings- en intrekkinggronden is bedoeld als sanctie op het niet naleven van wettelijke voorschriften of vergunningvoorschriften. Het niet naleven van wettelijke voorschriften of vergunningvoorschriften verschaft het bestuursorgaan dan de bevoegdheid om de beschikking te wijzigen of in te trekken. Artikel 4:20f heeft een geheel andere betekenis. Het artikel beoogt niet een sanctie op te leggen aan een overtreder, maar het moet ernstige nadelige gevolgen voor het algemeen belang voorkomen.<sup>51</sup>

De wetgever heeft zich niet uitgelaten over hoe artikel 4:20f functioneert naast een eventuele wijzigings- of intrekkingbepaling in een wettelijke regeling waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is. Het zal afhankelijk zijn van de inhoud van de betreffende wijzigings- of intrekkingbepaling. Als aan de van rechtswege ontstane vergunning op grond van artikel 4:20e Awb voorschriften zijn verbonden en de vergunninghouder houdt zich daar niet aan, is de wijzigings- of intrekkingbepaling mijns inziens gewoon van toepassing. Er is dan naar mijn mening geen reden om onderscheid te maken tussen de houder van een reële vergunning die zich niet aan de voorschriften houdt, en de houder van een van rechtswege ontstane vergunning die zich niet aan de voorschriften houdt.

In sommige regelingen komt ook het voorschrift voor dat een beschikking kan worden ingetrokken indien er sprake was van een onjuiste of onvolledige opgave in de aanvraag. Artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a van de Woningwet bevat een dergelijke bepaling. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat het in de praktijk al wel voor is gekomen dat een van rechtswege ontstane bouwvergunning werd ingetrokken wegens onjuiste of onvolledige opgave in de aanvraag. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt hiermee geen moeite te hebben.

---

51 Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 134.



Een voorbeeld hiervan is ABRvS 25 februari 2009.<sup>52</sup> De casus was als volgt. In 2000 had de aanvrager een bouwaanvraag ingediend voor het vernieuwen van een hoofdgebouw, een opslaggebouw en een koetshuis. Deze vergunning is van rechtswege tot stand gekomen. In 2002 vroeg hij een bouwvergunning aan voor het veranderen/uitbreiden van opslagruimten en het uitbreiden/vergroten van een bedrijfsruimte. Op deze aanvraag volgde wel een reële vergunning. Uit de uitspraak blijkt dat de bouwplannen strekten ten behoeve van de opvang van verstandelijk gehandicapten, maar appelland had dit niet vermeld bij de aanvraag.

In 2007 trokken B&W beide vergunningen in omdat zij 'ten gevolge van onjuiste of onvolledige opgave' waren verleend. Volgens het bestemmingsplan rustte op het perceel de bestemming 'Agrarisch bouwblok: Ab', zodat de gronden waren bedoeld voor agrarische bedrijfsdoeleinden met de daarbij behorende voorzieningen. Kort gezegd was er volgens het college van B&W geen sprake van een reëel en hobby overstijgend agrarisch bedrijf, terwijl appelland stelde dat dit niet nodig was omdat het bestemmingsplan niet de eis stelde dat er sprake moest zijn van een volwaardig agrarisch bedrijf. Ook vond hij dat het college hem in 2000 en in 2002 had moeten vragen wat hij van plan was te gaan doen in de gebouwen waarvoor hij vergunning aanvraag. Dit was niet gebeurd.

Naar het oordeel van de Afdeling had de rechtbank terecht geoordeeld dat beide vergunningen waren verleend ten gevolge van een onjuiste opgave. De Afdeling verwees hierbij naar haar uitspraak van 28 april 2004<sup>53</sup> waarin zij overwoog 'dat onder een onjuiste of onvolledige opgave van gegevens bij een aanvraag om bouwvergunning mede dient te worden verstaan het verzwijgen van het doel, ten behoeve waarvan de bouw zal plaatsvinden, indien gezien dit doel de voorgenomen bouw in strijd zou zijn met het bestemmingsplan.'

De uitspraak is niet helemaal duidelijk. De Afdeling wijdde uiteindelijk alleen een overweging aan de in 2002 verleende vergunning en liet de van rechtswege ontstane vergunning uit 2000 onbesproken. Wellicht is de reden hiervan dat een overschrijding van de beslistermijn niet tot een bouwvergunning leidt als de aanvraag in strijd is met het bestemmingsplan.<sup>54</sup> Uit de uitspraak blijkt immers dat het doel van de aanvraag in strijd was met het bestemmingsplan. Men zou dus kunnen veronderstellen dat de Afdeling van oordeel was dat er in 2000 helemaal geen vergunning van rechtswege tot stand is gekomen. Maar dan is het vreemd dat de Afdeling de uitspraak van de Rechtbank Roermond bevestigt. Die ging immers over de intrekking van zowel de reële vergunning als de van rechtswege ontstane vergunning.

Het valt te verwachten dat de vraag of een van rechtswege ontstane beschikking kan worden ingetrokken wegens een onjuiste of onvolledige opgave in de aanvraag, zich in de toekomst ook zal kunnen voordoen bij andere beschikkingen waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is. Het antwoord op deze vraag lijkt me niet heel gemakkelijk te geven. Is het noodzakelijk dat de wettelijke regeling op grond waarvan de beschikking tot stand kwam een intrekkingmogelijkheid à la artikel 59, eerste lid, onder a, Woningwet bevat of is intrekking ook toege-

52 AB 2009, 159, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

53 Zaaknummer 200305082/1.

54 ABRvS 13 augustus 2008, AB 1999, 194, m.nt. JSt.

staan als een dergelijke bepaling ontbreekt? Hoe onvolledig of onjuist moet een aanvraag zijn? Mag het bestuursorgaan iedere onvolkomenheid in de aanvraag later aangrijpen om een van rechtswege ontstane beschikking weer in te trekken? Het lijkt mij niet terecht dat een eenvoudig te constateren onvolkomenheid (zoals het ontbreken van een handtekening op de aanvraag of onvolledige naam- en adresgegevens) na het ontstaan van een beschikking van rechtswege, aanleiding kan zijn om deze beschikking weer in te trekken. Van een andere orde lijkt mij het bewust verzwijgen van informatie die wel relevant is voor het bestuursorgaan. Dit dient mijns inziens te moeten kunnen worden gesanctioneerd. Mijns inziens zou de wettelijke regeling op grond waarvan de beschikking tot stand kwam wel een grondslag voor intrekking moeten bevatten. De aanvrager is dan gewaarschuwd. Bij van rechtswege ontstane *dienstenvergunningen* zal ook de vraag moeten worden beantwoord of de Dienstenrichtlijn intrekking of wijziging wegens een onvolledige of onjuiste aanvraag wel toestaat. De richtlijn zegt hier helemaal niets over. Wel is in artikel 13, zesde lid, bepaald dat wanneer een aanvraag onvolledig is, de aanvrager zo snel mogelijk wordt medegedeeld dat hij aanvullende documenten moet verstrekken. Laat hij dit na, dan moet het bestuursorgaan er vooral voor zorgen dat het de vergunning tijdig weigert omdat deze anders toch verleend is.

#### 4.7.4 Schadevergoeding

Denkbaar is dat de houder van de van rechtswege totstandgekomen beschikking schade lijdt door de toepassing van artikel 4:20f, eerste lid. Dit doet zich voor als hij, in vertrouwen op de van rechtswege ontstane beschikking, is gestart met de vergunde activiteiten, maar daar binnen zes weken weer mee moet ophouden omdat het bestuursorgaan de beschikking toch intrekt of wijzigt om te voorkomen dat er zich ernstige nadelige gevolgen voor het algemeen belang voordoen. Op grond van artikel 4:20f, derde lid, is het bestuursorgaan gehouden deze schade dan te vergoeden. In de memorie van toelichting is vermeld dat er causaal verband dient te bestaan tussen de intrekking of wijziging op grond van het eerste lid en de opgetreden schade. Schade die is geleden doordat het bestuursorgaan niet op tijd een beslissing heeft genomen of schade die anderszins in verband met de aanvraag is geleden, wordt niet op grond van artikel 4:20f, derde lid, vergoed.<sup>55</sup> Hoe dit artikel in de praktijk zal worden toegepast, moet worden afgewacht. Zullen beschikkinghouders voor de zekerheid wachten totdat de termijn van zes weken waarbinnen de beschikking kan worden ingetrokken of gewijzigd is verstreken? De regeling is zo opgezet dat ze gewoon kunnen beginnen met de vergunde activiteiten. Dit is anders dan in het ruimtelijke ordeningsrecht waar geldt dat de houder van een bouwvergunning voor eigen rekening en risico bouwt als hij begint met de bouw voordat de bouwvergunning onherroepelijk is.

#### 4.8 Rechtsbescherming

Hierboven is uiteengezet dat een van rechtswege tot stand gekomen beschikking geldt als een besluit in de zin van de Awb. Tegen een dergelijke beschikking kunnen

<sup>55</sup> Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 134.

belanghebbenden – dus zowel de aanvrager als eventuele derde-belanghebbenden – dan ook gewoon opkomen zoals tegen andere beschikkingen. De van rechtswege ontstane beschikking kan niet worden getoetst aan formele of procedurele vereisten (aan bijv. de eis dat een beschikking gemotiveerd moet zijn, voldoet een van rechtswege ontstane beschikking immers nooit). Wel kan de beschikking worden getoetst aan inhoudelijke eisen. Bij een van rechtswege ontstane bouwvergunning kan dan bijvoorbeeld worden gedacht aan toetsing aan het Bouwbesluit, de redelijke eisen van welstand, maar ook aan de weigeringsgronden genoemd in art. 3 Wet Bibob juncto art. 44a Woningwet.<sup>56</sup>

Punt van aandacht is verder de aanvang van de beroepstermijn. Tegen reële besluiten kan worden opgekomen binnen zes weken na de bekendmaking van het besluit (art. 6:7 en 6:8 Awb). Voor van rechtswege tot stand gekomen beschikkingen geldt dit ook. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, moeten van rechtswege ontstane beschikkingen op grond van artikel 4:20c, eerste lid, Awb binnen twee weken worden bekendgemaakt. De beroepstermijn voor van rechtswege tot stand gekomen beschikkingen begint dus – net zoals bij reële beschikkingen – te lopen op de dag na de bekendmaking (en duurt eveneens zes weken).

Omdat denkbaar is dat een bestuursorgaan dat de beslistermijn ongebruikt laat verstrijken, ook weleens zou kunnen talmen met de bekendmaking van de van rechtswege ontstane beschikking is in artikel 4:20d een regeling getroffen die dit moet tegengaan. Indien het bestuursorgaan de beschikking niet binnen twee weken bekend maakt kan de houder van de van rechtswege ontstane, maar nog niet bekendgemaakte, beschikking of een derde-belanghebbende het bestuursorgaan in gebreke stellen. Artikel 4:20d spreekt over ‘aanvrager’. Hiermee is bedoeld: degene die om bekendmaking vraagt. Dat is dus niet per definitie dezelfde als degene die om de – inmiddels van rechtswege ontstane – beschikking heeft gevraagd.

Het bestuursorgaan heeft na deze ingebrekestelling nog twee weken om alsnog te doen wat het moest doen. Is de beschikking na die twee weken (inmiddels zitten we dan al op vier weken na de dag waarop de van rechtswege verleende vergunning is ontstaan!) nog steeds niet bekendgemaakt, dan verbeurt het bestuursorgaan een dwangsom aan de aanvrager. Voorwaarde is wel dat het bestuursorgaan niet onredelijk laat in gebreke is gesteld en dat de aanvrager belanghebbend is bij de bekendmaking (art. 4:17, zesde lid onder a en b, Awb).

Ook tegen een eventuele intrekking of wijziging op grond van artikel 4:20f kan worden opgekomen. In de meeste gevallen zal met name de houder van de van rechtswege ontstane beschikking hieraan behoefte hebben. Mogelijk is echter dat ook een derde-belanghebbende op zou willen komen tegen een wijziging van de van rechtswege ontstane beschikking. Deze intrekking of wijziging geschiedt altijd door middel van een reguliere beschikking, zodat de normale rechtsbeschermingsregels van toepassing zijn.

Uit de jurisprudentie over de goedkeuring van rechtswege van bestemmingsplannen komt naar voren dat bestuursorganen die de beslistermijn ongebruikt voorbij hebben laten gaan, geen beroep kunnen instellen tegen een daardoor ontstaan besluit

<sup>56</sup> Zie hierover: P.J.J. van Buuren, Ch. W. Backes, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 224.

van rechtswege. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in dit type zaken diverse malen geoordeeld 'dat het in de wet vervatte systeem van fictieve (onthouding van) goedkeuring zich verzet tegen de mogelijkheid dat appellanten beroep kunnen instellen tegen een aan hen toe te rekenen besluit van rechtswege. Een andersluidend oordeel zou (...) ertoe leiden dat de met dit wettelijk regime beoogde sanctie op het laten verlopen van de wettelijke beslistermijn alle kracht verliest.'<sup>57</sup>

## 5 Tot slot

De Awb bevat sinds kort een regeling over 'positieve fictieve beschikkingen bij niet tijdig beslissen'. In het voorgaande is achtereenvolgens ingegaan op de voor- en nadelen die kleven aan het gebruik van deze figuur, de aanleiding voor het maken van deze regeling en de daarbij gemaakte keuzes en tot slot de inhoud van de regeling. Eén gemaakte keuze is tot nu toe echter onbesproken gebleven: hoort een regeling als die over de *lex silencio positivo* wel thuis in de Awb? In paragraaf 3.2.2 is al aangegeven dat de regering in 2005 nog vond van niet. Toch staat er sinds 28 december 2009 een regeling over in de Awb. Hoe daarover te denken? Kijken naar de doelstellingen van de Awb (bevorderen van de eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving, het systematiseren en zo mogelijk vereenvoudigen daarvan, het codificeren van ontwikkelingen in de jurisprudentie en het treffen van voorzieningen over onderwerpen die zich naar hun aard niet lenen voor regeling in een bijzondere wet) levert weinig op. In ieder geval bevordert de regeling de eenheid van wetgeving doordat er geen verschillende *lex-silencio*-regelingen in verschillende wetten meer nodig zijn. Van systematiseren en vereenvoudigen van bestaande bestuursrechtelijke regelgeving op dit terrein is nauwelijks sprake. Codificatie speelde bij het ontwerpen van deze regeling geen rol. Evenmin is er sprake van dat er een regeling wordt getroffen over een onderwerp dat zich naar zijn aard niet leent voor regeling in een bijzondere wet.

Hoewel van systematiseren en vereenvoudigen van bestaande bestuursrechtelijke regelgeving op dit terrein als gezegd nauwelijks sprake is en de nieuwe regeling, zoals ik in paragraaf 4 liet zien, waarschijnlijk ook tot de nodige juridische hoofdbrekens zal leiden, worden diverse juridische gebreken en onduidelijkheden die als belangrijke nadelen van de figuur van de *lex silencio positivo* worden gezien, door de nieuwe Awb-regeling wel weggenomen of verminderd. Zo bestaan er in elk geval geen misverstanden over het rechtskarakter van de van rechtswege ontstane beschikking (meer) en het is ook duidelijk dat belanghebbenden (waaronder ook derde-belanghebbenden) kunnen opkomen tegen een van rechtswege ontstane beschikking. De belangrijkste probleempunten zijn nu in ieder geval onderkend en geregeld. Daarom ben ik toch positief over de regeling en ook over opname ervan in de Awb.

Duijkersloot en Widdershoven schreven in 2007 dat zij het vooralsnog niet verstandig achtten om de fictieve positieve beschikking als regel (waarvan bij wettelijk voorschrift kan worden afgeweken) voor te schrijven in de Awb. Zij zagen als bezwaar dat omwille van de implementatie van één richtlijn het systeem van

---

<sup>57</sup> ABRS 6 april 2000, BR 2001, 965 en 967.

rechtsbescherming bij niet-tijdig beslissen fundamenteel wordt gewijzigd. Dat ging naar hun mening erg ver en zou er naar alle waarschijnlijkheid toe leiden dat het systeem door de bijzondere wetgever vaak zou worden uitgeschakeld. Voor een wet als de Awb, die de algemene regels van bestuursrecht moet bevatten, is de uitschakeling van een hoofdregel op te grote schaal niet wenselijk.<sup>58</sup> Het systeem zoals zij het beschrijven staat nu – dankzij het amendement Van Dijk/Vos – in de Dienstenwet (in het al genoemde art. 28). De Awb bevat een facultatieve regeling. De bezwaren van Duijkersloot en Widdershoven doen zich daarom in de Awb niet voor.

Het principiële bezwaar dat ik in paragraaf 2 noemde, inhoudende dat gebruikmaking van de figuur niet voor de hand ligt als is vastgesteld dat het gerechtvaardigd is dat bepaalde activiteiten alleen zijn toegestaan als daarvoor een vergunning is afgegeven, neemt de regeling niet weg. Wellicht kan de regeling echter een ander effect sorteren. Voordat kan worden toegekommen aan de vraag of paragraaf 4.1.3.3 van toepassing is<sup>59</sup> of zou moeten zijn<sup>60</sup> staat de vraag ter beantwoording of het gerechtvaardigd is dat voor de in het geding zijnde activiteiten een vergunningplicht geldt. Denkbaar is dat de introductie van paragraaf 4.1.3.3 Awb ertoe leidt dat er in het vervolg minder vaak wordt besloten dat bepaalde activiteiten alleen zijn toegestaan als daarvoor een vergunning is afgegeven, zodat de figuur van de vergunning voortaan wordt gereserveerd voor die activiteiten waarvan ‘we’ vinden dat die zonder vergunning ook echt nimmer mogen plaatsvinden. Dat zou winst zijn!

---

58 A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven, ‘De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht’, *Regelmaat* 2007, p. 203.

59 Op vergunningen die vallen onder de Dienstenrichtlijn. Zie artikel 28 Dienstenwet.

60 Op vergunningen buiten het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.