

# De Lex silencio positivo in de Awb en Wabo

**196** Het onderwerp 'niet tijdig beslissen' is ook in het omgevingsrecht actueel. Het gaat daarbij om prikkels die ervoor moeten zorgen dat burgers en bedrijven sneller dan voorheen een besluit op hun aanvraag of bezwaarschrift krijgen. Onder meer gaat het daarbij om financiële prikkels (vervallen van leges en de dwangsom bij niet tijdig beslissen), nieuwe rechtsbeschermingsmogelijkheden (direct beroep bij niet tijdig beslissen) en het systeem van de lex silencio positivo. Enkel over dit laatste instrument gaat dit artikel. De lex silencio positivo houdt in dat wanneer de overheid niet tijdig beslist de vergunning van rechtswege is verleend.

Sinds een jaar kent de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in paragraaf 4.1.3.3 een regeling van de positieve beschikking bij niet tijdig beslissen. Verder komt de lex silencio ook aan bod in de per 1 oktober jl. inwerking getreden Wabo.<sup>1</sup> Van de fictieve vergunning gaan we in de toekomst nog meer horen. In het regeerakkoord van de VVD en het CDA staat namelijk dat de druk van administratieve lasten en regels voor bedrijven en burgers om laag gaat.<sup>2</sup> Dat betekent dat mogelijk meer vergunningen automatisch worden verleend als te laat op een aanvraag wordt beslist. Echter, het Vreemdelingenrecht blijft volgens dat akkoord hiervan uitgezonderd.

\* mr. C.M. Saris\*

## 1. Algemene wet bestuursrecht

1.1. Sinds 28 december 2009 is in werking getreden een algemene regeling over de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen.<sup>3</sup> Deze regeling is terug te vinden in artikel 4:20a tot en met 4:20f Awb. Aanleiding voor een algemene regeling is de implementatie van de Dienstenrichtlijn<sup>4</sup> en de omstandigheid dat het kabinet Balkenende IV de administratieve lasten van burgers en bedrijven wilde aanpakken. Dat kon bewerkstelligd worden door burgers en bedrijven via de lex silencio positivo sneller te laten beschikken over een vergunning. Tot op heden is er nog weinig aandacht geweest in de literatuur over de in de Awb neergelegde regeling. Reden te meer om die hierna te bespreken. Voor zover mij bekend is er nog geen jurisprudentie over de Awb-regeling verschenen.<sup>5</sup>

1.2. De regeling van de lex silencio in de Awb is slechts van toepassing voor zover dat bij wettelijk voorschrift is bepaald (art. 4:20a,

\* Christien M. Saris is senior associate bij Advocatenkantoor Stibbe in Amsterdam.

lid 1, Awb). Onder 'wettelijk voorschrift' wordt verstaan een wet in materiële zin. Dat betekent dat ook provincies en gemeenten in hun verordeningen kunnen bepalen dat deze afdeling van toepassing is. Dit betekent dat de wetgever gekozen heeft voor een 'neentenzij' benadering.<sup>6</sup> Verder is in het tweede lid van artikel 4:20a Awb de regeling over dwangsom bij niet tijdig beslissen (paragraaf 4.1.3.2 Awb) niet van toepassing verklaard in het geval de lex silencio regeling in de Awb van toepassing is. De gedachte is dat wanneer de lex silencio wordt toegepast, er een besluit (zij het fictief) tot stand komt, terwijl de dwangsomregeling slechts een incentive is om een besluit af te dwingen. Echter, verderop zullen we zien dat de dwangsomregeling wel van toepassing is wanneer het bestuursorgaan het fictieve besluit niet tijdig bekend maakt (art. 4:20c) dan wel niet tijdig een besluit op het bezwaar neemt (art. 4:20d)

1.3. De kern van de regeling is neergelegd in artikel 4:20b, lid 1. Indien niet tijdig op een aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, is de gevraagde beschikking van rechtswege gegeven. De fictieve vergunning is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (art. 4:20b, lid 2) waartegen rechtsbescherming open staat. Indien een besluit van rechtswege is verleend, geldt dat het bestuursorgaan die beschikking binnen twee weken bekend maakt nadat zij van rechtswege is gegeven (art. 4:20c, lid 1). In de bekendmaking en mededeling van de beschikking wordt vermeld dat de beschikking van rechtswege is gegeven (art. 4:20c lid 2). De fictieve vergunning treedt niet onmiddellijk in werking. In artikel 4:20b Awb is – in afwijking van artikel 3:40 Awb – bepaald dat de fictieve beschikking in werking treedt op de derde dag na afloop van de beslistermijn. Dit betekent dat de publicatie van het besluit vaak zal liggen nadat het besluit in werking is getreden. Dit betekent dat belanghebbenden onomkeerbare gevolgen niet altijd zullen kunnen voorkomen. Overigens is het wel de vraag of het in de praktijk zo'n vaart zal lopen. Volgens mij zijn zowel de vergunningaanvrager als het bestuursorgaan in de praktijk vaak er niet van op de hoogte dat een vergunning van rechtswege gegeven is. De regeling in de Awb zal dergelijke situaties niet veranderen, daarvoor zijn andere maatregelen nodig. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan ICT-systemen die precies registreren wanneer een bepaald besluit van rechtswege is verleend.

1.4. Hiervoor is reeds besproken dat wanneer het bestuursorgaan niet binnen twee weken nadat de beschikking van rechtswege gegeven is het bekend heeft gemaakt het een dwangsom kan verbeuren. Voordat een dwangsom verbeurd is, dient de aanvrager het bestuursorgaan in gebreke te stellen. Pas nadat twee weken verstreken zijn (vanaf de dag dat twee weken zijn verstreken) zijn dwangsommen verschuldigd. Een aantal bepalingen uit paragraaf 4.1.3.2 is op deze afdeling van toepassing verklaard (art. 4:17, lid 1, 2, 4 en 6 onder a en b; 4:18, lid 1, 4:19 en

4:20 Awb). Dat betekent onder meer dat een maximale dwangsom – voor overschrijding voor ten hoogste 42 dagen – van € 1260,- verschuldigd is. Dit komt er op neer dat de dwangsom de eerste veertien dagen € 20 per dag oplevert, de daarop volgende veertien dagen € 30,- per dag en de overige dagen € 40,-. Van belang is op te merken dat de wetgever niet consistent geweest ten aanzien van de regeling van de ingebrekestelling. In art. 4:17, lid 3 Awb – dat overigens niet van overeenkomstige toepassing is verklaard – staat ‘de eerste dag waarover de dwangsom verschuldigd is, is de dag waarop twee weken zijn verstreken na de dag waarop de termijn voor het geven van de beschikking is verstreken en het bestuursorgaan van de aanvrager een schriftelijke ingebrekestelling heeft ontvangen.’ Het schriftelijkheidsvereiste van de ingebrekestelling is in de regeling van de *lex silencio* niet overgenomen. Dat geldt ook ten aanzien van het moment waarop de dwangsom verschuldigd is. In artikel 4:17 gaat het om het moment van de ontvangst van de ingebrekestelling, terwijl artikel 4:20d er vanuit lijkt te gaan dat het gaat om de datum van verzending. De bestuursrechter zal hierover duidelijkheid moeten geven, waarbij ik ervan uitga dat wordt aangesloten bij de regeling in art. 4:17, lid 3, dus de ingebrekestelling moet schriftelijk zijn ingediend en de dwangsom gaat lopen na ontvangst van de ingebrekestelling. De overheid heeft voor de ingebrekestelling een formulier gemaakt, die gedownload kan worden via de website van de rijksoverheid.<sup>6</sup>

1.5. Toen de discussie werd gevoerd over de invoering op grotere schaal van de *lex silencio positivo* werd onder meer als bezwaar genoemd dat een fictieve vergunning geen voorschriften kent en ervoor zorgt dat geen rekening wordt gehouden met het algemeen belang of dat van direct betrokkenen.<sup>7</sup> Aan die kritiek heeft de wetgever deels gehoor gegeven met art. 4:20e Awb. Daarin is bepaald dat indien in een wettelijk voorschrift of een beleidsregel is bepaald dat in een beschikking steeds bepaalde voorschriften worden opgenomen, zij ook deel uitmaken van de beschikking van rechtswege. Dus in bepaalde gevallen gelden automatisch voorschriften aan de van rechtswege verleende vergunning. Voorschriften die het bevoegd gezag op grond van het wettelijk voorschrift kan verbinden, zijn dus niet automatisch van toepassing op de van rechtswege verleende vergunning. Ik kan mij voorstellen dat niet in alle gevallen duidelijk is wanneer een voorschrift automatisch geldt. In zoverre had het in de rede gelegen dat in art. 4:20c Awb ook was vermeld dat bij de bekendmaking en mededeling van de fictieve vergunning ook de voorschriften genoemd moeten worden waaronder de fictieve vergunning is verleend. De wetgever heeft als voorbeeld gegeven dat wanneer een gemeente aan een terrasvergunning standaard het voorschrift verbindt dat het sluitingstijdstip 23.00 uur is, dat ook geldt voor de van rechtswege verleende vergunning, ook als in de aanvraag geen of een ander tijdstip is genoemd.<sup>8</sup> Dat betekent dat de aanvrager van zijn rechtsbeschermingsmogelijkheden gebruik moet maken om ervoor te zorgen dat hij in heroverweging een ander gunstiger voorschrift verkrijgt.

1.6. Het laatste artikel dat in dit kader van deze regeling besproken wordt, is artikel 4:20f. Deze bepaling dient net als het hiervoor besproken artikel het algemeen belang of dat van direct betrokkenen. Het eerste lid bepaalt dat het bestuursorgaan aan de beschikking van rechtswege alsnog voorschriften verbindt of de beschikking intrekken slechts voor zover dat nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen. Het gaat dus om andere voorschriften dan die bedoeld worden in art. 4:20e Awb. Volgens de wetsgeschiedenis gaat om ‘uitzonderlijke gevallen waarvan geen licht-

vaardig gebruik mag worden gemaakt’.<sup>9</sup> Een bestuursorgaan kan dus van deze bepaling geen gebruik maken als sanctie, bijvoorbeeld wanneer de aanvrager onjuiste informatie heeft verstrekt. Dit betekent dat het bestuursorgaan een nieuwe beschikking geeft. Deze bevoegdheid is gebonden aan een termijn. Een fictief besluit kan slechts worden genomen binnen zes weken na de bekendmaking van de beschikking van rechtswege. Volgens de wetgever is daarmee een redelijk evenwicht gevonden tussen enerzijds het belang van rechtzekerheid en anderzijds het algemeen belang.<sup>10</sup> Indien en voor zover het bestuursorgaan van deze bevoegdheid gebruik maakt, vergoedt het de schade die de aanvrager daardoor heeft geleden.

## 2. Wabo

2.1. De per 1 oktober 2010 in werking getreden Wabo voorziet ook in het systeem van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning. Ten gevolge van de Wabo wordt de omgevingsvergunning geïntroduceerd, welke ongeveer een twintigtal vergunningen (onder andere de monumenten- en bouwvergunning) vervangt. Tot 1 oktober 2010 was de fictieve vergunning in het omgevingsrecht onder meer te vinden in artikel 46, lid 5 van de Woningwet en in artikel 16, lid 4 van de Monumentenwet 1988. In de praktijk kwam het regelmatig voor dat het zowel voor de aanvrager als het bestuursorgaan en derde belanghebbenden pas in een laat stadium duidelijk werd dat de bouw- en/of monumentenvergunning van rechtswege was verleend. Dit komt doordat onduidelijk was wat de beslistermijnen waren, wanneer die gingen lopen en bijvoorbeeld opgeschort werden. Als een bouw- of monumentenvergunning van rechtswege was verleend, was het onduidelijk hoe derden daarvan kennis konden nemen. De Woningwet voorziet in de vereiste dat van een van rechtswege verleende bouwvergunning een aantekening in het bouwregister moest worden gemaakt (art. 57 lid 1, sub c). Daarnaast moest de eigenaar of hoofdgebruiker van een naburig ander gebouw (overeenkomstig bij de bouwverordening gegeven voorschriften) door het college van B&W binnen twee weken na de dag waarop een bouwvergunning van rechtswege is verleend schriftelijk van de verlening in kennis gesteld worden. De regeling in de Monumentenwet 1988 was nog ongunstiger voor derdebelanghebbenden. Noch behoefde het bestuursorgaan daarvan een aantekening in het vergunningenregister te doen (art. 20) noch een kennisgeving aan direct betrokkenen. Onder deze wetgeving was het voor belanghebbenden lastig om erachter te komen dat de bouw- of monumentenvergunning van rechtswege was verleend. De Wabo heeft wat dat betreft een betere oplossing.

2.2. De relevante bepalingen over de van rechtswege verleende omgevingsvergunning zijn: art. 2.31 en 2.33, 3.1, 3.9 en art. 6.1 Wabo. Van belang is dat hiervoor besproken paragraaf 4.1.3.3 van de Awb met uitzondering van de artikelen 4:20b, lid 3 (in werking treding van rechtswege verleende vergunning) en 4:20 f Awb (verbinden van voorschriften, intrekken van van rechtswege verleende beschikking en schadevergoeding) van toepassing is op de voorbereiding van de beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning.

2.3. Indien de omgevingsvergunning wordt voorbereid met de reguliere voorbereidingsprocedure (par. 3.2 Wabo) is die vergunning van rechtswege verleend, indien niet tijdig is beslist. In elk geval dient het bestuursorgaan binnen acht weken na de datum van ontvangst van de aanvraag te beslissen (art. 3.9 lid 1). Deze termijn kan met maximaal 6 weken worden verlengd (art. 3.9, lid 2). Indien niet tijdig is beslist, is de omgevingsvergunning in beginsel van rechtswege

verleend. In de Wabo is wel geregeld dat het bestuursorgaan verplicht is om de aanvrager 'onverwijld' een ontvangstbevestiging te sturen (art. 3.1, lid 2). Je zou zo'n regeling eigenlijk verwachten in de Awb. In art. 4:3a Awb is bepaald dat alleen voor elektronisch ingediende aanvragen een ontvangstbevestiging gestuurd moet worden. Vervolgens is het bestuursorgaan verplicht om de aanvrager 'zo snel mogelijk' schriftelijk mee te delen welke beslistermijnen gelden, welke voorbereidingsprocedure wordt gevolgd en de rechtsmiddelen die ingezet kunnen worden om tegen de beschikking op te komen (art. 3.1, lid 3). Indien het gaat om een omgevingsvergunning waarvoor de *lex silencio positivo* geldt, dient dat ook vermeld te worden. Het had de wetgever niet misstaan om ook deze regeling in de Awb te verankeren. Juist aan helderheid over termijnen en procedures hebben burgers en bedrijven iets als het gaat om fictieve vergunningen.

2.4. Ten aanzien van de bekendmaking van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning bepaalt art. 3.9, lid 4, Wabo dat het bevoegd gezag zo spoedig mogelijk mededeling van de bekendmaking doet op de wijze waarop het heeft kennis gegeven van de aanvraag. Verwezen wordt daarbij naar art. 3.8 waarin is bepaald dat de kennisgeving wordt gedaan in een of meer dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad of op een andere geschikte wijze. Dus hier geldt een andere regeling dan in de Awb. Hiervoor is besproken dat het bestuursorgaan de beschikking bekend maakt binnen twee weken nadat zij van rechtswege gegeven is (art. 4:20c Awb).

2.5. De Wabo kent een andere regeling met betrekking tot de inwerkingtreding van een van rechtswege verleende omgevingsvergunning. In art. 6.1, lid 4, staat dat de werking van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning wordt opgeschort totdat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift (zes weken) is verstreken of indien bezwaar is gemaakt op dit bezwaar is beslist. De hoofdregel van de Wabo-vergunning is overigens wel dat die in werking treedt de dag na bekendmaking (art. 6.1, lid 1, Wabo). De opschortende werking ligt volgens de wetgever in de reden omdat bepaalde activiteiten onomkeerbare gevolgen hebben (bijvoorbeeld kappen of slopen). Gelet op de betrokken belangen (bijvoorbeeld milieu- of monumentenbelang) en met het oog op de rechtsbescherming is het volgens de wetgever wenselijk dat die beschikkingen niet direct in werking treden.<sup>10</sup>

2.6. De wetgever heeft gekozen voor een behoorlijke afwijking van de hiervoor besproken regeling in art. 4:20b van de Awb. Ik ben van oordeel dat de regeling in de Wabo op dit punt doorschiet. Uitgangspunt was immers dat voor relatief eenvoudige vergunningen de *lex silencio positivo* moest gaan gelden. Kijkend naar de oude regeling onder de oude Woningwet en Monumentenwet 1988 dan kunnen we niet anders concluderen dan dat de aanvrager van een vergunning die van rechtswege verleend is, onder de Wabo in een ongunstiger positie terecht is gekomen. Immers, onder de oude wetgeving gold niet de opschortende werking gedurende de bezwaartermijn of zelfs de bezwaarprocedure. Wel is bepaald dat de vergunninghouder de voorzieningenrechter van de rechtbank kan verzoeken om de schorsende werking op te heffen. Ten slotte wordt in dit verband opgemerkt dat de Wabo niet de regeling kent van aanvullende eisen of schadevergoeding, zoals geregeld in art. 4:20f Awb.

2.7. Net zoals de Awb kent de Wabo de bevoegdheid voor een bestuursorgaan om voorschriften onder de van rechtswege verleende

omgevingsvergunning te wijzigen of die vergunning in te trekken. Wel geldt dat van deze bevoegdheid in uitzonderlijke situaties gebruik moet worden gemaakt." In art. 2.31, lid 1, sub c, is bepaald dat het bevoegd gezag de voorschriften van de omgevingsvergunning in zo'n geval wijzigt voor zover dit nodig is om ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving te voorkomen, of, voor zover zodanige gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken. In artikel 1, lid 1, is het 'wijzigen van voorschriften van een omgevingsvergunning' gedefinieerd als 'wijzigen, aanvullen of intrekken van voorschriften die aan een omgevingsvergunning zijn verbonden of alsnog verbinden van voorschriften aan een omgevingsvergunning'. In hoeverre de vergunninghouder een recht op schadevergoeding heeft, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Vragen die daarbij aan de orde zijn, zijn volgens de wetgever: in hoeverre leidt een wijziging tot een feitelijke beperking voor de vergunninghouder om een activiteit te verrichten, heeft de vergunninghouder al activiteiten verricht met gebruikmaking van de vergunning etc.<sup>12</sup> Ten slotte wordt aandacht besteed aan art. 2.32, lid 1, sub e. In dit artikel is bepaald dat het bevoegd gezag de van rechtswege verleende vergunning intrekt indien die betrekking heeft op een activiteit die ontoelaatbaar ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving heeft of dreigt te hebben en het verbinden van voorwaarden (art. 2.31) geen oplossing biedt.

### 3. Conclusie

Het instrument van de van rechtswege verleende vergunning wordt uitgebreid als het aan het nieuwe kabinet ligt. Dat is voor burgers en bedrijven gunstig. Maar de vraag is wel wanneer de wetgever daarbij uitgaat van de regeling van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning in de Wabo zij niet in een ongunstiger situatie komen dan voorheen onder de regeling van de oude Woningwet en Monumentenwet 1988. De opschortende werking in de Wabo leidt ertoe dat het langer dan voorheen duurt voordat van de van rechtswege verleende vergunning gebruik kan worden gemaakt. Het is de vraag of de wetgever met de van rechtswege verleende omgevingsvergunning niet het doel verlaging van de lasten voor burgers en bedrijven voorbij is geschoten. Voor zover het gaat om relatief eenvoudige vergunningen gaat de opschortende werking mijns inziens te ver.

### Noten

1. Dienstenwet kan in dit verband ook genoemd worden, maar deze wet valt eveneens buiten het bereik van dit artikel
2. <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/09/30/regerakkoord-vvd-cda.html>. Zie pag. 12
3. Stb. 2009, 503 en 505
4. Richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt
5. Stand van zaken per 27 november 2011
6. <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/11/11/formulier-ingebrekestelling.html>
7. O.a. CM. Saris in preadviezen Jonge VAR 2006, Niet tijdig beslissen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, pag. 81
8. Kamerstukken 11.2007/08.31 579, nr. 3, pag. 133
9. Zie noot 8
10. Zie noot 8, pag. 134
11. Kamerstukken II, 2008/09, 31 953, nr.7, pag. 10
12. Zie noot hiervoor: Kamerstukken II, 2008/09, 31 953, nr.7, pag. 10