

Lex silencio positivo

1. Inleiding

In deze bijdrage zal ik ingaan op de nieuwe paragraaf 4.1.3.3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Deze paragraaf draagt de titel 'Positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen', maar is beter bekend als de regeling over 'de lex silencio positivo'.¹ 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.² Dé aanleiding om deze regeling in de Awb op te nemen vormde de Dienstenrichtlijn.³ 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 de beslistermijn. De Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd in de Dienstenwet.⁴ Via deze Dienstenwet is een paragraaf toegevoegd aan de Awb over de lex silencio positivo. In dit artikel zal ik ingaan op de totstandkoming en de inhoud van deze nieuwe paragraaf van de Awb. De introductie van de lex silencio positivo bij 'dienstenvergunningen' heeft vooral gevolgen voor dienstverrichters. Toch kunnen ook consumenten er soms mee te maken krijgen. Dit is het geval als de dienstverrichter van wie de consument een dienst afneemt houder is van een vergunning die automatisch is verleend of als de dienstverrichter (al of niet terecht) vindt dat hij over zo'n vergunning beschikt. In een themanummer over de Dienstenwet mag een bijdrage over de lex silencio positivo dan ook niet ontbreken.

2. Aanleiding voor 'lex-silencio-regeling'

Als gezegd in de inleiding, vormde artikel 13 lid 4 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 zorgdragen 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 verworping 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, maar uitdrukkelijk ook om het consumentenbelang.

Het beleid van de huidige regering, maar ook dat van vorige regeringen, is erop gericht dat beslissingen op aanvragen op tijd worden genomen. Niettemin is al lange tijd bekend dat bestuursorganen vaak (veel) te lang doen

* Wetgevingsjurist bij het Ministerie van Justitie en senior-onderzoeker bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden

1. 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'. Wie verantwoordelijk is voor de (uit het Latijn afkomstig lijkende) toevoeging 'lex' waardoor we in Nederland spreken van lex silencio positivo, heb ik niet kunnen achterhalen.
2. Konijnenbelt noemde de figuur dan ook de 'WZST-vergunning', waarbij WZST uiteraard staat voor: wie zwijgt, stemt toe. W. Konijnenbelt, 'De WZST-vergunning. Van fictieve vergunningverlening naar lex silencio positivo', *NTB* 2007, p. 388.
3. Richtlijn 2006/123/EG.
4. *Stb.* 2009, 503.

over het nemen van beslissingen.⁵ Betrokkenen hebben daar last van. Termijnoverschrijdingen leiden namelijk tot rechtsonzekerheid en soms ook tot financiële consequenties. Daarom werd en wordt tijdige besluitvorming 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 de invoering van de *lex silencio positivo* als een goede stap op weg naar snellere dienstverlening.⁶

Hiernaast zijn er ook enkele wetten tot stand gekomen die tijdige besluitvorming moeten bevorderen: Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen⁷, Wet samenhangende besluiten Awb⁸ en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht⁹.

In het coalitieakkoord van de huidige regering werd een ruime toepassing van het instrument van de *lex silencio positivo* aangekondigd:

‘De procedure van vergunningverlening voor bedrijven wordt – door bundeling van vergunningen en ruime toepassing van het instrument van de *lex silencio positivo* – zo aangepast dat vergunningen aanzienlijk sneller worden verleend.¹⁰

Alvorens hier uitvoering aan te geven, is ook de Raad van State om voorlichting gevraagd over dit onderwerp. De Raad van State was bijzonder kritisch over de figuur van de *lex silencio positivo*. Hij stelt voorop dat altijd eerst moet worden beoordeeld of het algemeen belang met zich brengt dat een vergunningstelsel gerechtvaardigd is. Als eenmaal is komen vast te staan dat het gerechtvaardigd is dat bepaalde activiteiten alleen zijn toegestaan als daarvoor een vergunning is afgegeven, ligt gebruikmaking van de figuur van de *lex silencio positivo* minder voor de hand. Het algemeen belang vergt in een dergelijk geval immers dat altijd vooraf wordt beoordeeld of aan de wettelijke voorwaarden is voldaan en dat afgewogen wordt of er voorschriften worden verbonden aan de vergunning.¹¹

3. Plaats van de regeling

De ‘*lex-silencio-regeling*’ heeft via de Dienstenwet een plaats gekregen in de Algemene wet bestuursrecht. Artikel 61 Dienstenwet behelsde immers een wijziging van de Awb. De vraag kan worden gesteld waarom de regeling in de Awb terecht is gekomen en niet in de Dienstenwet. Dit laatste was immers ook denkbaar, en volgens sommigen wellicht voor de hand liggender, geweest. Het is niet voor het eerst dat er een *lex silencio positivo* wordt ingevoerd in de Nederlandse wetgeving. Alle tot nu toe bestaande *lex-silencio-regelingen* staan ook steeds in de bijzondere wet op grond waarvan de vergunning of een ander besluit waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is, wordt verstrekt.¹² Deze methode had dus ook gekozen kunnen worden voor dienstenvergunningen. De reden om het deze keer anders te doen en met een algemene regeling in de Awb te komen, was gelegen in de ambitie van de regering 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* van toepassing wordt verklaard, in de Awb op te nemen, zou, wanneer de *lex silencio positivo* in de toekomst ook van toepassing wordt op andere besluiten dan vergunningen die onder de Dienstenrichtlijn vallen, niet ‘het wiel opnieuw hoeven te worden uitgevonden’. Bovendien wordt op die manier voorkomen dat er (node-loze) verschillen zouden ontstaan tussen alle verschillende *lex-silencio-regelingen*. Het betreft immers een complex juridisch onderwerp waarbij bepaalde juridische problemen steeds weer de kop opsteken (belangen van derden, rechtskarakter, bekendmakingsproblematiek etc. ...). De regering vond het van belang om een algemene regeling te maken die in toekomst ook bruikbaar was voor bredere toepassing.¹³

4. Paragraaf 4.1.3.3 Awb

Algemeen

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 die bestuursorganen in acht moeten nemen bij het nemen van beschikkingen. De afdeling bestaat nu uit drie paragrafen: een met algemene

5. 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, nr. 1-2, Beslistermijnen. Waar blijft de tijd?, *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 3-4, Beslistermijnen. Waar blijft de tijd. Terugblik 2009.

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

7. *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.

8. *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 de voorbereiding en het nemen van die besluiten en de rechtsbescherming tegen die besluiten. De wet is op 1 juli 2008 in werking getreden.

9. *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.

10. Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, te vinden op: <www.kabinetformatie20062007.nl/dsc?c=getobject&s=obj&objectid=111036>.

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

12. Zie bijv. artikel 46 lid 5 Woningwet.

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

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 term *lex silencio positivo* komt dus niet terug in de Awb.

Facultatieve regeling in de Awb, niet in de Dienstenwet

De regeling in paragraaf 4.1.3.3 Awb is facultatief (zie artikel 4:20a lid 1 Awb). Dit betekent dat deze paragraaf van toepassing is indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Hiervoor is gekozen omdat het onmogelijk is gebleken om in zijn algemeenheid te bepalen welke beschikkingen in aanmerking komen voor toepassing van de *lex silencio positivo*. Overigens kan de lsp-regeling uit de Awb niet alleen op rijksniveau van toepassing worden verklaard, maar ook op decentraal niveau. Doordat in artikel 4:20a lid 1 is bepaald dat de paragraaf van toepassing is indien dit 'bij wettelijk voorschrift' is bepaald, kunnen ook decentrale overheden in hun autonome verordeningen bepalen dat paragraaf 4.1.3.3 van de Awb van toepassing is.

De Raad van State had kritiek op de keuze voor een facultatieve regeling. 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 voorkomen van ernstige gevolgen voor het algemeen belang, nodig is om voorschriften aan een beschikking te verbinden (artikel 4:20f) en ten tweede indien dwingende redenen van algemeen belang een uitzondering rechtvaardigen.¹⁴ Dit advies van de Raad is niet opgevolgd. Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest dat artikel 4:20f een algemene regel geeft voor gevallen waarin een positieve fictieve beschikking in ieder geval niet van toepassing zou moeten zijn. Dit artikel is bedoeld om het in uitzonderlijke gevallen mogelijk te maken om de vergunning alsnog in te trekken of te wijzigen.¹⁵ Hierover later meer.

Het advies van de Raad om te bepalen dat paragraaf 4.1.3.3 niet van toepassing zou moeten kunnen worden verklaard indien dwingende redenen van algemeen belang als bedoeld in de Dienstenwet daaraan in de weg staan, werd 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. Die andere redenen zijn er wel. Zo is het bijvoorbeeld niet toegestaan om de *lex silencio positivo* van toepassing te verklaren op een beschikking indien het Europese recht een milieueffectrapportage vereist voor de totstandkoming van de beschikking.

Bij de behandeling van de Dienstenwet in de Tweede Kamer kwam naar voren dat een aantal Kamerleden de keuze voor een facultatieve regeling niet ver genoeg vond gaan.¹⁶ Zij dienden een amendement in waarbij een nieuw artikel in de Dienstenwet werd ingevoegd:

'Artikel 28 Dienstenwet'¹⁷

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 is aangenomen. Het nieuwe artikel houdt in dat er twee *lex-silencio*-regimes zijn: een in de Awb en een in de Dienstenwet. Het Awb-regime is hierboven uiteengezet en houdt in dat de *lex silencio positivo* alleen van toepassing is als dit bij wettelijk voorschrift wordt bepaald. Het Dienstenwet-regime is hiervan het *spiegelbeeld*: de *lex silencio positivo* is altijd van toepassing, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dat hij niet van toepassing is. Gezegd wordt wel dat de Awb een 'nee, tenzij-benadering' kent en de Dienstenwet een 'ja, tenzij-benadering'.¹⁸

Blijkens de toelichting op het artikel hebben de indieners vooral het oog gehad op 'het belang van een vlotte en soepele afhandeling van vergunningaanvragen en het zo veel mogelijk beperken van regeldruk'.¹⁹ Of dat ook daadwerkelijk het geval zal zijn, valt mijns inziens nog te bezien. Als heel duidelijk zou zijn welke vergunningen onder de Dienstenwet vallen, dan zou het doel van de indieners bereikt worden. Doordat de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn²⁰ niet helder was, is het echter nog allerm minst duidelijk wat nu precies onder een vergunning in de zin van de Dienstenwet moet worden verstaan, en daarmee of artikel 28 Dienstenwet wel van toepassing is. Ik verwacht dat zich in de praktijk geschillen zullen gaan voordoen waarbij de aanvrager van een vergunning zich op het standpunt stelt dat de desbetreffende vergunning onder de Dienstenwet valt, zodat de *lex silencio positivo* op grond van artikel 28 Dienstenwet van toepassing is, terwijl het bestuursorgaan zich op het standpunt stelt dat het om een vergunning gaat die niet onder de Dienstenwet valt. Er is maar één manier om dit soort geschillen te

14. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 8.

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

16. *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.

17. *Kamerstukken II* 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.

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

19. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 14, p. 2.

20. Bij het opstellen van de richtlijn was het de bedoeling dat deze richtlijn een brede toepassing zou krijgen. Maar bij de totstandkoming ervan is de reikwijdte op een aantal terreinen flink ingeperkt. Een groot aantal diensten valt er daardoor niet onder (bijv. financiële diensten, diensten op het gebied van vervoer en diensten van de gezondheidszorg). Ook is een aantal rechtsgebieden geheel buiten de richtlijn gelaten (bijv. strafrecht, arbeidsrecht en belastingen). Uit artikel 2 lid 2 Dienstenwet volgt dat de Dienstenwet in ieder geval geldt voor de eisen en vergunningstelsels die zijn opgenomen in een ministeriële regeling. De wetgever wilde op deze manier zo veel mogelijk transparantie bieden over de reikwijdte van de Dienstenwet. Op 1 maart 2010 trad deze ministeriële regeling in werking (zie *Stcrt.* 18 februari 2010, 2290, Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet).

voorkomen: op tijd beslissen! Als het bestuursorgaan niet op tijd beslist, zal de aanvrager zich immers op het standpunt stellen dat de gevraagde vergunning van rechtswege is ontstaan. Op basis daarvan zal hij aan de slag gaan. Het bestuursorgaan zal dan een handhavingstrategie in gang moeten zetten (wegens het zonder vergunning verrichten van diensten) en tijdens die procedure zal moeten blijken wie het bij het rechte eind had: de dienstverrichter of het bestuursorgaan. Dit is niet alleen nadelig voor de dienstverrichter zelf en het bestuursorgaan dat niet op tijd een beslissing nam, maar ook voor degenen die diensten hebben afgenomen van een dienstverrichter waarvan niet duidelijk is of hij nu wel of niet over een vergunning beschikt. Zij weten niet of de dienstverrichter wiens dienst ze hebben afgenomen eigenlijk wel in aanmerking kwam voor de vergunning. Als uiteindelijk blijkt dat de dienstverrichter wel voor de vergunning in aanmerking kwam en ook dat de vergunning inderdaad van rechtswege is ontstaan, is er niet zo veel aan de hand. Het tegenovergestelde is echter ook mogelijk: de dienstverrichter kwam niet in aanmerking voor de vergunning, maar heeft zijn diensten wel verkocht op basis van een niet-bestaande vergunning. Consumenten kunnen daar wel degelijk door gedupeerd raken. De aanvaarding van het amendement had tot gevolg dat de wetwijzigingen die inmiddels reeds op basis van artikel 4:20a Awb in voorbereiding waren, niet meer bruikbaar waren. In plaats van bepalingen waarin stond dat de lex silencio van toepassing was, moest immers op grond van artikel 28 Dienstenwet worden geregeld in welke gevallen de lex silencio positivo *niet* 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, is een tijdelijke voorziening getroffen. Tot 1 januari 2012 mag bij algemene maatregel van bestuur worden geregeld in welke gevallen de lex silencio positivo *niet* van toepassing is. Deze algemene maatregel van bestuur is inmiddels gereed.²¹ Uiterlijk 1 januari 2012 moeten de uitzonderingen in een wet zijn opgenomen. Daartoe zal een verzamelwet worden opgesteld.

Het voorgaande geldt alleen voor vergunningen die door het Rijk worden verleend en voor vergunningen die door decentrale overheden en organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties in medebewind worden verleend. Voor vergunningen die decentrale overheden en organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties op grond van hun autonome bevoegdheid verlenen, geldt de 'ja, tenzijbenadering' van de Dienstenwet tot 1 januari 2012 niet (zie artikel 65 Dienstenwet). Dit betekent dat tot en met 31 december 2011 geldt dat uit hun verordeningen moet blijken of de lex silencio positivo *wel* van toepassing is en vanaf 1 januari 2012 dat de lex silencio positivo *niet*

van toepassing is. Echt eenvoudig is het niet geworden. Vanaf 1 januari 2012 zal het echter duidelijker zijn.

Geen dwangsom als de lex silencio positivo van toepassing is

Op 1 oktober 2009 trad de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen in werking. Door deze wet is de Awb 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 artikel 4:17 Awb e.v.). In artikel 4:20a lid 2 Awb is bepaald dat de regels over de dwangsom niet gelden als de lex silencio positivo van toepassing is verklaard op een beschikking. Het is van belang dat dit is geregeld omdat er in de praktijk anders gemakkelijk verwarring zou kunnen ontstaan over de vraag of er toch nog een dwangsom verschuldigd is wegens het niet tijdig beslissen.²²

Rechtskarakter

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 (lid 1). De verlening van rechtswege geldt als een beschikking (lid 2). 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 lid 1 Awb. Er is daarbij immers geen sprake van een *schriftelijke* beslissing (zie ook: ABRvS 30 juni 2004, AB 2005, 9, m.nt. ABB). Na afloop van de beslistermijn mag het bestuursorgaan geen reële beschikking meer nemen.²³

Inwerkingtreding

De van rechtswege tot stand gekomen beschikking treedt op grond van artikel 4:20b lid 3 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 (artikel 3:40 Awb). De wetgever heeft hiermee uitdrukkelijk 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. Met de keuze voor inwerkingtreding op de derde dag na het verstrijken van de beslistermijn heeft de wetgever onduidelijkheid willen voorkomen over de vraag of er een reële beschikking is of een van rechtswege ontstane. Als op de laatste dag van de beslistermijn een besluit is genomen en ter post bezorgd, bereikt het de aanvrager in zijn algemeenheid binnen drie dagen.

De Raad van State adviseerde om de dienstenvergunning pas in werking te laten treden na afloop van de bezwaartermijn, of – als bezwaar was gemaakt – nadat op het be-

21. Tijdelijk besluit Lex silencio positivo Dienstenrichtlijn, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 20.

22. Hoewel het bestuursorgaan als de lex silencio positivo van toepassing is op een bepaald besluit, geen dwangsom kan verbeuren wegens te laat beslissen, speelt paragraaf 4.1.3.2 Awb ('Dwangsom bij niet tijdig beslissen') toch een rol bij besluiten die van rechtswege tot stand komen. Op grond van artikel 4:20c Awb moet het bestuursorgaan de van rechtswege ontstane beschikking binnen twee weken bekendmaken. Laat het dat na dan kan het bestuursorgaan op grond van artikel 4:20d Awb een dwangsom verbeuren. Hierna wordt hierop nog teruggekomen.

23. Uit de jurisprudentie blijkt dat bestuursorganen geregeld toch nog een reël besluit nemen. De vraag rijst dan of dit besluit nietig of vernietigbaar is. Zie hierover reeds: K. van Duyvendijk, 'Wie zwijgt stemt toe. Problemen rond fictieve vergunningverlening', *NTB* 1988, p. 37-44.

zwaar is beslist.²⁴ 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.²⁵ 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.

Waarborgen

Omdat tegen het instrument van de van rechtswege verleende beschikking (in ieder geval onder juristen) de nodige bezwaren bestaan, heeft de wetgever een drietal waarborgen in paragraaf 4.1.3.3 opgenomen.

In de eerste plaats is een bekendmakingsregeling opgenomen. Van rechtswege verleende beschikkingen moeten bekend worden gemaakt. De achtergrond hiervan is dat de wetgever wil tegengaan dat er geheime vergunningen of beschikkingen ontstaan. Ook als een beschikking van rechtswege is ontstaan, moet het bestuursorgaan de aanvrager schriftelijk berichten dat de beslistermijn is verstrekken en dat er dus van rechtswege een beschikking is ontstaan (artikel 4:20c). Het bestuursorgaan heeft hiervoor twee weken de tijd vanaf het tijdstip waarop de beschikking van rechtswege is ontstaan. Laat het dat na dan kan de aanvrager het bestuursorgaan in gebreke stellen. De dwangsom fungeert als stok achter de deur.²⁶

Voorts zorgt artikel 4:20e ervoor dat voorschriften die krachtens een wettelijk voorschrift of een beleidsregel gelden voor reële beschikkingen ook gelden voor van rechtswege tot stand gekomen beschikkingen. In de memorie van toelichting is het volgende voorbeeld gebruikt. Stel dat een gemeente aan een terrasvergunning standaard het voorschrift verbindt dat het sluitingstijdstip 23.00 uur 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.²⁷

Tot slot verschaft artikel 4:20f het bestuursorgaan de bevoegdheid om alsnog voorschriften te verbinden aan een van rechtswege verleende beschikking of om deze beschikking alsnog in te trekken. Van deze mogelijkheden kan alleen in uitzonderlijke gevallen gebruik worden gemaakt, zo staat in de memorie van toelichting.²⁸ Aangezien de *lex silencio positivo* altijd na een zorgvuldige afweging van toepassing zal worden verklaard, zal het in het algemeen niet snel nodig zijn om gebruik te maken van deze mogelijkheden. Immers, hoe groter het risico op ernstige gevolgen voor het algemeen belang, hoe minder reden om paragraaf 4.1.3.3 toe te passen. Maar dit is wel heel

algemeen gesteld. Denkbaar is dat bij de afweging blijkt dat in verreweg het overgrote deel van de gevallen geen ernstige gevolgen voor het algemeen belang te verwachten zijn, maar in een enkel uitzonderlijk geval wel. Voor die situatie is artikel 4:20f bedoeld.²⁹ Deze bevoegdheid is verder nog aan banden gelegd doordat artikel 4:20f vereist dat daarvan binnen zes weken na het van rechtswege ontstaan van de beschikking gebruik wordt gemaakt. Het verbinden van nieuwe voorschriften aan de van rechtswege verleende vergunning of het intrekken daarvan geschiedt bij een nieuwe beschikking. De betrokkene kan uiteraard opkomen tegen deze nieuwe beschikking. Om het leed voor de betrokkene zo nodig enigszins te verzachten is het bestuursorgaan verplicht om de schade te vergoeden die de houder van de beschikking lijdt doordat deze beschikking alsnog wordt ingetrokken of gewijzigd ter voorkoming van ernstige gevolgen voor het algemeen belang (artikel 4:20f lid 3). Let wel, niet elke schade komt voor vergoeding in aanmerking, alleen die schade die is geleden door de intrekking of wijziging, en dus niet de schade die is ontstaan doordat er niet tijdig is beslist of schade die anderszins is geleden in verband met de aanvraag.

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 belanghebbenden – dus zowel de aanvrager als eventuele derdebelanghebbenden – dan ook gewoon opkomen zoals tegen andere beschikkingen. Punt van aandacht is nog wel de aanvang van de beroepstermijn. Tegen reële besluiten kan worden opgekomen binnen zes weken na de bekendmaking van het besluit (artikel 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 lid 1 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 bekendmaakt kan de houder van de van rechtswege ontstane, maar nog niet bekendgemaakte, beschikking of een derdebelanghebbende 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 – inmid-

24. Zie ook artikel 3.9 lid 3 jo. artikel 6.1 lid 4 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (treedt naar verwachting op 1 juli 2010 in werking).

25. *Kamerstukken II 2007/08*, 29 515, nr. 224.

26. Blijft de bekendmaking na de ingebrekestelling nog steeds uit, dan verbeurt het bestuursorgaan een dwangsom per dag dat het in gebreke is (artikel 4:20d). De dwangsom wordt op dezelfde manier berekend als in het geval wanneer er sprake is van niet-tijdig beslissen op een aanvraag (artikel 4:20d lid 2 jo. artikel 4:17 Awb).

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

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

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

dels 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 ingebreke is gesteld en dat de aanvrager belanghebbend is bij de bekendmaking (artikel 4:17 lid 6 onder a en b Awb).

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 bekendmaakt een dwangsom verbeurt. Het bedrag van de dwangsom loopt op van € 20 tot € 40 en bedraagt maximaal € 1260 (dit volgt uit artikel 4:17 lid 1 en 2 Awb). De verschuldigdheid en de hoogte van de dwangsom wordt op grond van artikel 4:18 Awb bij beschikking vastgesteld.

Ook tegen een eventuele intrekking of wijziging op grond van artikel 4:20f kan worden opgekomen (vermoedelijk in de meeste gevallen door de houder van de van rechtswege ontstane vergunning). Deze intrekking of wijziging geschiedt altijd door middel van een reguliere beschikking, zodat de normale rechtsbeschermingsregels van toepassing zijn.

5. Betekenis van de *lex silencio positivo* voor consumenten

In het voorgaande is stilgestaan bij de aanleiding voor en de inhoud van de nieuwe Awb-regeling over de *lex silencio positivo*. Zoals in de inleiding gezegd, heeft deze nieuwe regeling vooral gevolgen voor de verrichters van diensten en in mindere mate voor consumenten. Toch kunnen consumenten gevolgen ondervinden als een vergunning van rechtswege is ontstaan. De bedoeling van de Dienstenrichtlijn was dat dienstverleners zoals architecten, schilders, loodgieters, management-consultants etc., gemakkelijker dan voorheen waar ze maar willen in de Europese Unie aan het werk konden gaan en dat wettelijke belemmeringen, administratieve lasten en daarmee verband houdende hoge kosten zo veel mogelijk zouden worden weggenomen. Dit is niet alleen in het voordeel van de dienstverrichters zelf, maar in veel gevallen ook in het voordeel van consumenten omdat zij uit meer dienstverrichters kunnen kiezen.

Zoals uit het voorgaande bleek is de *lex silencio positivo* niet van toepassing op iedere 'dienstenwetvergunning'.³⁰ In het Tijdelijk besluit *lex silencio positivo* Dienstenrichtlijn³¹ zijn alle dienstenvergunningen opgenomen waarop de *lex silencio positivo* niet van toepassing is. Daarnaast zijn in de toelichting bij dit besluit alle 164 vergunningstelsels die op rijksniveau onder de Dienstenwet vallen

opgenomen en is toegelicht op welke van die stelsels de *lex silencio positivo* wel van toepassing is. Met de meeste vergunningstelsels komen consumenten niet snel in aanraking. Ter illustratie volgen hier enkele voorbeelden van vergunningstelsels waarmee consumenten (zij het uiteraard indirect) wel in aanraking kunnen komen. Er worden twee voorbeelden gegeven van vergunningstelsels waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is en twee waarop de *lex silencio positivo* niet van toepassing is.

Voor architecten (waaronder ook tuinarchitecten en interieurarchitecten) geldt dat zij op grond van de Wet op de architectentitel aan bepaalde kwalificaties (opleiding, ervaring e.d.) moeten voldoen. Voldoen zij hieraan, dan kunnen zij zich laten inschrijven in een register. Personen die een architect willen inschakelen kunnen dit register raadplegen en vertrouwen dus op dit register. Op de inschrijving in dit register is voortaan de *lex silencio positivo* van toepassing.

Ook op de vergunning die een ondernemer die zich bezighoudt met tatoeëren en piercen op grond van artikel 3 van het Warenwetbesluit nodig heeft is de *lex silencio positivo* voortaan van toepassing. De vergunningplicht geldt om te waarborgen dat het tatoeëren en piercen hygiënisch gebeurt en de vergunning is gekoppeld aan de ruimte waar de ondernemer werkt (overigens geldt er geen vergunningplicht als de ondernemer alleen gaatjes in oorlellen prikt).

Advocaten moeten voldoen aan bepaalde kwalificaties alvorens zij kunnen worden ingeschreven op het landelijk tableau. Op de inschrijving op het tableau is de *lex silencio positivo* echter niet van toepassing. De wetgever vond dit gerechtvaardigd vanwege de bescherming van cliënten van advocaten. Ook hebben advocaten een bijzondere positie binnen de rechtsorde, in verband waarmee zij beschikken over bijzondere privileges.³²

Een ander voorbeeld van een dienst waarop de *lex silencio positivo* niet van toepassing is, is de verklaring van betrouwbaarheid van een alarminstallateur. Op grond van artikel 10 lid 1 Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus moet een alarminstallateur die alarmapparatuur aansluit op een particuliere alarmcentrale beschikken over een dergelijke verklaring. De wetgever heeft deze vergunning uitgezonderd van de toepasselijkheid van de *lex silencio positivo* vanwege de bescherming van de openbare orde en veiligheid, bescherming van afnemers van diensten en consumentenbescherming. Alarminstallateurs kunnen door hun werk beschikken over strategische informatie over de beveiliging van de op een particuliere alarmcentrale aangesloten objecten en toepasselijkheid van de *lex silencio positivo* zou ertoe kunnen leiden dat criminelen deze informatie in handen krijgen en misbruiken. Dat wilde de wetgever voorkomen.³³

Op welke wijze zouden consumenten nu gevolgen kunnen ondervinden van de *lex silencio positivo*? Er zijn twee situaties denkbaar. De eerste is dat een dienstverrich-

30. In de Dienstenwet is de term vergunning als volgt gedefinieerd: beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst. Blijkens de memorie van toelichting moet het begrip vergunning ruim worden opgevat. Er vallen niet alleen vergunningen onder die op aanvraag worden verleend, maar ook bepaalde krachtens wettelijk voorschrift verplichte meldingen.

31. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 20.

32. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 20.

33. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 20.

ter die niet (geheel) voldeed aan de vereisten om in aanmerking te kunnen komen voor een bepaalde vergunning, deze vergunning toch heeft gekregen omdat het bestuursorgaan dat de aanvraag moest behandelen niet op tijd heeft besloten. Of zich dit in de praktijk vaak zal voordoen, zullen we moeten afwachten. Voor al te veel bezorgdheid hierover lijkt mij geen reden. In de eerste plaats omdat bij de afweging of op vergunningen die onder de Dienstenrichtlijn vallen de *lex silencio positivo* van toepassing zou moeten worden, consumentenbescherming een van de factoren was waarmee rekening werd gehouden. Dit blijkt ook wel uit de hierboven gegeven voorbeelden van vergunningstelsels waarop de *lex silencio positivo* niet van toepassing is verklaard (advocaten en alarminstallateurs). Daarnaast zullen de meeste dienstverrichters niets kwaads in de zin hebben. Als een dienstverrichter pas aan de slag kan als hij zich heeft ingeschreven in een bepaald register (denk bijvoorbeeld aan de al genoemde interieurarchitect), zal hij zich naar verwachting pas laten registreren als hij de vereiste opleiding heeft afgerond en over de vereiste ervaring beschikt. Als hij aan alle kwalificaties voldoet is het in wezen ook niet erg als hij toch aan de slag kan ondanks het feit dat het beslissingsbevoegde bestuursorgaan niet binnen de beslistermijn een beslissing heeft genomen.

De tweede situatie is ernstiger. Daarvan is sprake in het hiervoor al beschreven geval dat er discussie mogelijk is over de vraag of de aangeboden dienst als een 'dienstvergunning' kan worden beschouwd. Uit artikel 28 Dienstenwet volgt dat de *lex silencio positivo* op 'dienstvergunningen' altijd van toepassing is, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dat hij niet van toepassing is. Doordat de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, zoals hiervoor bleek, niet glashelder is, kan er soms verschil van mening bestaan over de vraag of artikel 28 Dienstenwet, en daarmee de *lex silencio positivo*, wel van toepassing is. Ik gaf al het voorbeeld van een aanvrager van een vergunning die zelf vindt dat er sprake is van een vergunning die onder de Dienstenwet valt, zodat de *lex silencio positivo* op grond van artikel 28 Dienstenwet van toepassing is, terwijl het beslissingsbevoegde bestuursorgaan vindt dat het om een vergunning gaat die niet onder de Dienstenwet valt. Als dit bestuursorgaan niet op tijd beslist, zal de dienstverrichter waarschijnlijk gewoon aan de slag gaan. Afnemers van de dienst, waaronder consumenten, weten dan niet of de dienstverrichter wiens dienst ze hebben afgenomen eigenlijk wel in aanmerking kwam voor de vergunning. Als uiteindelijk blijkt dat dit niet het geval is, is het kwaad al geschied. Ik sluit niet uit dat er zo nu en dan dienstverrichters op de markt zullen komen die artikel 28 Dienstenwet na afloop van de beslistermijn misbruiken door (ten onrechte) te stellen dat de vergunning die ze aanvroegen een vergunning is waarop de *lex silencio positivo* van toepassing is. Voor consumenten kan dit risico's met zich brengen, hoewel ook hier een nuancering op zijn plaats lijkt. Bedacht moet worden dat de betreffende dienstverrichter wel zelf de benodigde vergunning heeft aangevraagd; het was hem dus bekend dat hij een vergunning nodig had en hij wilde er ook voor in aanmerking komen. Bij de indiening van de aanvraag valt over het algemeen niet te voorzien of er tijdig een besluit wordt genomen. Hooguit mag worden aangenomen dat dit meestal het geval is. Ook in het geval dat het

bestuursorgaan niet tijdig heeft beslist, is het denkbaar dat de bewuste aanvrager aan alle vereisten voldoet om voor de gevraagde vergunning in aanmerking te komen. Het bestuursorgaan zou in dat geval zo spoedig mogelijk alsnog moeten overgaan tot vergunningverlening (aannemende dat het bestuursorgaan gelijk heeft en dat op de vergunning niet de *lex silencio positivo* van toepassing is), zodat de onduidelijkheid niet alleen voor de dienstverrichter, maar ook voor consumenten zo kort mogelijk duurt.