

# Reëel besluit na een fictief besluit: nietig of vernietigbaar?

Rolf Ortlep en Rob Widdershoven

## 1. Inleiding

Sinds 28 december 2009 kent de Awb een facultatieve regeling in paragraaf 4.1.3.3 over de *Lex silencio positivo*, ook wel een positief fictief besluit genoemd.<sup>1</sup> De regeling is blijkens artikel 4:20a lid 1 van de Awb van toepassing indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Uit artikel 4:20b lid 1 Awb volgt dat indien niet tijdig op een aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven. Over deze regeling is reeds het nodige geschreven.<sup>2</sup> Wij willen in deze bijdrage enkel stil staan bij het volgende standpunt in de parlementaire geschiedenis van die regeling:

"Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat het het bestuursorgaan niet is toegestaan om na afloop van de beslistermijn wanneer de beschikking van rechtswege derhalve reeds is verleend, alsnog een reële beslissing op de aanvraag te nemen. Doet het bestuursorgaan dit toch, dan is deze reële beschikking nietig (ABRvS 4 maart 1996, AB 1996, 320, m.nt. PvB). Desalniettemin heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in een andere zaak geoordeeld dat een dergelijk nietig besluit voor beroep vatbaar is, omdat het is gericht op rechtsgevolg, al bewerkstelligt het dat niet (ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154, m.nt. PvB)."<sup>3</sup>

Dat dit standpunt ook Peter van Buuren moge interesseren blijkt niet alleen uit zijn annotaties onder de hierboven genoemde uitspraken, maar ook uit het feit dat hij zich in zijn dissertatie in algemene zin heeft beziggehouden met de problematiek van het onderscheid tussen nietigheid en vernietiging van besluiten.<sup>4</sup> In de onderhavige bijdrage zullen wij die problematiek bespreken in het kader van de beantwoording van de vraag of een reëel besluit na een fictief besluit nietig of vernietigbaar is. Voordat we in paragrafen 3 en 4 die vraag beantwoorden, staan we in paragraaf 2 stil bij de ontwikkelingen in de jurisprudentie met betrekking tot de nietigheid van

1 Paragraaf 4.1.3.3 is ingevoegd m.i.v. 28 december 2009 ingevolge artikel 60, onderdeel B, van de Dienstenwet (Stb. 2009, 503).

2 Vergelijk M.J. Schiebroek & B.W.N. de Waard, 'In alle talen zwijgen: de *Lex silencio positivo*', *JBplus* 2011, p. 94-112; K.J. de Graaf & H.A. Komduur, 'LSP in het omgevingsrecht en de Awb', *TO* 2011, p. 13-21; M.J. Jacobs, 'Lsp in de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 627-653; A.O.L. Knook, 'De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk', *NTB* 2010, p. 147-153 inclusief verwijzingen.

3 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, p. 129, vergelijk p. 51. Verder *Kamerstukken II 2009/10*, 32 454, nr. 3, p. 3. Zie K.J. de Graaf & H.A. Komduur 2011 a.w., p. 15-16 en p. 19-20; M.J. Jacobs, a.w., p. 641 e.v. inclusief verwijzingen.

4 P. J. J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden. In het bijzonder in procedures tegen de overheid*. Deventer: Kluwer 1978, p. 152-153.

besluiten sinds het verschijnen van de dissertatie van Peter van Buuren. Deze bijdrage wordt in paragraaf 5 afgesloten met een slotopmerking.

## 2. Nietigheid in de jurisprudentie: ontwikkeling

Peter van Buuren heeft in zijn dissertatie besproken dat destijds een lijn in de jurisprudentie te ontdekken was betreffende het antwoord op de vraag of het beroep tegen een nietig besluit ontvankelijk verklaard moest worden.<sup>5</sup> Dit is een gerechtvaardigde vraag, aangezien een beroep zonder object in de regel geen belang doet vertegenwoordigen waartegen bij de bestuursrechter kan worden opgekomen. Om die reden heeft de CRvB meermaals geoordeeld dat een beroep tegen een nietig besluit niet-ontvankelijk verklaard moest worden.<sup>6</sup> Dezelfde opvatting had het CBB, meer in het bijzonder in zijn uitspraak van 12 juli 1974.<sup>7</sup> Hierin werd door het College overwogen dat het intrekingsbesluit van een reeds vervallen besluit als 'non-existent' aangemerkt moest worden. Verzoeker was daardoor naar het oordeel van het College niet rechtstreeks in zijn belang getroffen en het beroep was derhalve niet-ontvankelijk.

De reden voor de nietigheid van een besluit was in de jurisprudentie voornamelijk gelegen in het feit dat een besluit onbevoegd genomen was. Naarmate de bestuursrechtelijke rechtsbescherming vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw meer tot ontwikkeling kwam, is de acceptatie in de jurisprudentie om als bestuursrechter een besluit nietig te achten afgenomen.<sup>8</sup> Ter zake dient de opmerking van J. van der Hoeven te worden begrepen dat de Wet Arob<sup>9</sup> er impliciet van uitging dat een beschikking nimmer nietig was. Hij vervolgt:

"Een nietige beschikking kan immers niet voor vernietiging in aanmerking komen, omdat zij rechtens niet als beschikking bestaat. Een door een onbevoegd orgaan gegeven beschikking is naar administratief recht dan ook niet zonder meer nietig en komt daarom wel degelijk voor vernietiging in aanmerking."<sup>10</sup>

In dat licht wordt verder gewezen op het feit dat F. C. M. A. Michiels in 1987 tot de conclusie is gekomen dat de ARRvS in haar jurisprudentie de opvatting huldigde dat onbevoegd genomen besluiten niet zonder meer nietig waren en dat zij ze doorgaans

- 5 Vergelijk P. J. J. van Buuren 1978 a.w., p. 153 inclusief verwijzingen. Zie CRvB 12 januari 1966, AB 1966, p. 515.
- 6 Vergelijk CRvB 5 mei 1928, AB 1928, p. 267; CRvB 26 november 1936, AB 1937, p. 111; CRvB 18 maart 1937, AB 1937, p. 409; CRvB 16 april 1942, AB 1942, p. 395; CRvB 19 februari 1952, AB 1952, p. 428.
- 7 CBB 12 juli 1974, SEW 1974, p. 794, m.nt. Peters; AB 1974/256, m.nt. Peters.
- 8 Vergelijk Van der Burg onder ARRvS 20 maart 1980, AB 1980, 421; Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, *Algemene bepalingen van administratief recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1984, p. 206 e.v.; G.M. de Schipper, 'Van rechtswege nietige besluiten', *TvO* 1985, p. 471-473; A. M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1987, p. 237 e.v. inclusief verwijzingen.
- 9 Wet van 1 mei 1975, *Stb.* 1975, 284.
- 10 J. van der Hoeven, 'De Afdeling rechtspraak, eerste drie jaren', *Bestuurswetenschappen* 1979, p. 110-118, i.h.b. p. 114.

beschouwde als een vernietigbaar besluit.<sup>11</sup> Deze opvatting kwam tevens tot uitdrukking in de jurisprudentie van het CBB<sup>12</sup> en – definitief<sup>13</sup> – in die van de CRvB in zijn uitspraak op 27 januari 1978.<sup>14</sup> In de onderliggende casus had een burgemeester afwijzend beslist op een verzoek om schadeloosstelling, terwijl de gemeenteraad de beslissingsbevoegdheid daarover had. Het Ambtenarengerecht verklaarde eiser niet-ontvankelijk in zijn beroep. In hoger beroep oordeelde de Raad als volgt:

“De Raad geeft (...) thans – gelijk hij althans in meer recente jaren aan meergenoemde uitspraak voorafgaande, regelmatig liet blijken – voor een geval als het onderhavige de voorkeur aan nietigverklaring van het onbevoegd genomen besluit. Deze voorkeur berust voornamelijk op het herhaaldelijk uitgesproken oordeel van de Raad, dat voor het van rechtswege nietig achten van een besluit slechts in zeer uitzonderlijke gevallen plaats is; een oordeel dat op zijn beurt in belangrijke mate is ingegeven door de overweging, dat aan het bestaan van een zo groot mogelijke rechtszekerheid grote waarde moet worden toegekend.”

De zojuist besproken jurisprudentiële lijn over een onbevoegd genomen besluit is ook de huidige lijn in de jurisprudentie van de CRvB<sup>15</sup> en het CBB<sup>16</sup>; de onbevoegdheid leidt als regel niet tot nietigheid maar is grond voor vernietiging. Zo heeft de CRvB in zijn uitspraak van 18 oktober 2001 overwogen ‘dat een besluit waaraan (bevoegdheids)gebreken kleven volgens ons stelsel van bestuursrecht in het algemeen niet van rechtswege nietig is, maar slechts ongedaan gemaakt kan worden door vernietiging of intrekking’.<sup>17</sup> Dat ook de ABRvS dit onderschrijft, volgt uit haar uitspraak van 2 november 2005.<sup>18</sup> De onderliggende casus is dat een ambtenaar zonder mandaat op een aanvraag om een bouwvergunning heeft beslist. De Afdeling overweegt dat het

- 11 F. C. M. A. Michiels, *De Arob-beschikking*, Den Haag: VUGA 1987, p. 92 e.v. inclusief verwijzingen. Verder Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht 1984 a.w., p. 207-208 inclusief verwijzingen.
- 12 Vergelijk CBB 25 maart 1975, AB 1975, 181, m.nt. Peters; CBB 5 augustus 1977, AB 1977, 351, m.nt. In 't Veld. Zie Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht 1984 a.w., p. 207 inclusief verwijzingen.
- 13 Vergelijk CRvB 19 februari 1952, AB 1952, p. 428; CRvB 27 september 1967, AB 1967, p. 639; CRvB 19 mei 1969, AB 1969, p. 690; CRvB 4 april 1974, AB 1975, 1, m.nt. Stellinga; CRvB 7 maart 1975, AB 1975, 150, m.nt. In 't Veld; CRvB 11 juni 1976, AB 1976, 304.
- 14 CRvB 27 januari 1978, AB 1978, 144, m.nt. In 't Veld. Vergelijk J.R. Stellinga, ‘De nietigheid van rechtswege op de terugtocht’, *TvO* 1978, p. 332-333; Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht 1984 a.w., p. 207; Goorden onder CRvB 25 september 1990, *TAR* 1990, 219; W. Duk & P. Nicolai, ‘Nulliteiten in het bestuursrecht’, *RMThemis* 1993, p. 3-31, i.h.b. p. 7 inclusief verwijzingen.
- 15 Vergelijk CRvB 16 maart 2010, *Gst.* 7335, 47, m.nt. De Greef; *JWWB* 2010, 98; CRvB 14 januari 2010, *TAR* 2010, 67; CRvB 20 mei 2008, *JWWB* 2008, 179; *RSV* 2008, 185; CRvB 22 april 2008, *JWWB* 2008, 159; CRvB 13 oktober 2005, *RSV* 2006, 63; CRvB 11 november 2004, *TAR* 2005, 66; CRvB 24 mei 2002, *LJN*: AZ1709; CRvB 18 oktober 2001, *TAR* 2002, 35; CRvB 13 april 2000, AB 2000, 277, m.nt. Hennekens.
- 16 Vergelijk CBB 8 april 2008, *LJN*: BF1172; CBB 21 maart 2008, *LJN*: BC8332. Zie CBB 18 november 2010, *JB* 2011, 15, m.nt. Jacobs; AB 2011, 37, m.nt. Wolswinkel.
- 17 CRvB 18 oktober 2001, *TAR* 2002/35. Vergelijk CBB 18 november 2010, *JB* 2011, 15, m.nt. Jacobs; AB 2011, 37, m.nt. Wolswinkel; CRvB 11 november 2004, *TAR* 2005, 66; CBB 23 april 1998, AB 1998, 290, m.nt. Van der Veen. Zie CRvB 26 mei 2005, *LJN*: ATG729.
- 18 ABRvS 2 november 2005, *Gst.* 7264, 174, m.nt. Teunissen. Vergelijk ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200707789/1; ABRvS 26 juni 2002, *JB* 2002, 230. Zie ABRvS 18 november 1999, *JB* 2000, 9; *RAWB* 2000, 75, m.nt. Michiels.

besluit weliswaar onbevoegd genomen is maar dat dit niet leidt tot nietigheid. De Afdeling vervolgt:

"Dit besluit is, anders dan van de zijde van het college gesteld, niet dientengevolge van rechtswege nietig, nu het aan het besluit klevende bevoegdheidsgebrek niet zo evident is dat dit eenieder redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn [cursivering, RO & RW]."

Of een besluit nietig is, is aldus naar het oordeel van de Afdeling afhankelijk van het antwoord op de vraag of een bevoegdheidsgebrek 'zo evident is dat dit eenieder redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn'. Naar ons oordeel is deze uitzondering gereserveerd voor de situatie dat een onbevoegdheid om een besluit te nemen voor elk redelijk denkend mens meteen zonneklaar is. Dienaangaande kan de klassieke figuur van de Kapitein van Köpenick worden genoemd, door C.W. van der Pot omschreven als een 'in het gewaad van een verkeersagent gestoken student, die motorrijtuigen laat stoppen en bestuurders berispt over hun roekeloos rijden'.<sup>19</sup>

In de jurisprudentie van de ABRvS komt naar voren dat de situatie dat een besluit voorligt bij de bestuursrechter die het kan vernietigen, onderscheiden moet worden van de situatie dat een *in rechte onaantastbaar* besluit voorligt bij de bestuursrechter die het niet kan vernietigen. Wat betreft de laatste situatie wordt gewezen op de uitspraak van de ABRvS van 20 juli 2005.<sup>20</sup> De onderliggende casus betreft een handhavingsgeschied waarin door appellanten is betoogd dat een bouwvergunning, die inmiddels in rechte onaantastbaar is geworden, nietig is en derhalve het verzoek om handhaving toegewezen dient te worden. De Afdeling overweegt als volgt:

"Niet is aannemelijk gemaakt dat bij de verlening van de bouwvergunning sprake is geweest van bedrog, zodat van nietigheid van rechtswege in het onderhavige geval geen sprake kan zijn".

Hieruit volgt dat vanwege het feit dat de bestuursrechter een *in rechte onaantastbaar* besluit niet kan vernietigen, het naar het oordeel van de Afdeling opportuun kan zijn om als bestuursrechter dat besluit nietig te achten als het gaat om (bestuurlijk) bedrog.

### 3. Onbevoegd leidt in de regel niet tot nietigheid: verklaring

Het antwoord op de vraag of een reëel besluit na een fictief besluit nietig of vernietigbaar is, dient geplaatst te worden in de beantwoording van de meer algemene vraag of een onbevoegd genomen besluit nietig of vernietigbaar is. Immers, een reëel besluit na een fictief besluit is in beginsel een onbevoegd genomen besluit. In de vorige paragraaf is uiteengezet dat blijkens de (huidige) jurisprudentie

<sup>19</sup> Vergelijk W.F. Prins, *De kapitein van Köpenick in de rechtsstaat*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers 1969. Zie C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201-230, i.h.b. p. 207. Zie van der Burg onder ARRvS 20 maart 1980, AB 1980, 421; A.M. Donner 1987 a.w., p. 240; W. Duk & P. Nicolai 1993 a.w., p. 6 inclusief verwijzingen.

<sup>20</sup> ABRvS 20 juli 2005, AB 2005, 419, m.nt. Ortlep. Zie ABRvS 13 januari 2010, AB 2010, 162, m.nt. Ortlep.

het antwoord op die meer algemene vraag is dat een onbevoegdheid om een besluit te nemen als regel niet leidt tot nietigheid maar grond is voor vernietiging. Deze jurisprudentie kan verklaard worden door het feit dat blijkens de jurisprudentie gerichtheid op enig rechtsgevolg (gepretendeerde bevoegdheid) voldoende is om van een besluit (rechtshandeling) te kunnen spreken.<sup>21</sup> Voor een illustratie daarvan kan worden verwezen naar de jurisprudentie waaruit blijkt dat 'de vraag of een rechtsgevolg is beoogd, dient te worden onderscheiden van de vraag of het beslissende administratieve orgaan bevoegd is om dat rechtsgevolg in het leven te roepen'.<sup>22</sup> Dienaangaande kan verder de uitspraak van de ABRvS van 12 april 2006 genoemd worden, waarin de Afdeling als volgt heeft overwogen:

"Een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan wordt geacht op publiekrechtelijk rechtsgevolg te zijn gericht indien het bestuursorgaan, hoewel niet bevoegd het rechtsgevolg tot stand te brengen, dit wel heeft beoogd in het kader van de uitoefening van een gepretendeerde publiekrechtelijke bevoegdheid. Nu hiervan in het onderhavige geval sprake is, is de afwijzing van het verzoek wel aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 eerste lid Awb, waartegen bezwaar openstaat."<sup>23</sup>

Met het zojuist gestelde in gedachten wordt hieronder de uitspraak behandeld die waarschijnlijk als eerste in verband wordt gebracht met het leerstuk van nietigheid van besluiten, te weten de – reeds in de inleiding genoemde – uitspraak van de ABRvS van 7 februari 1997, met annotatie van Peter van Buuren.<sup>24</sup> In de onderliggende casus hebben gedeputeerde staten bij besluit van 6 december 1994 beslist over de goedkeuring van het bestemmingsplan en dat besluit op 14 december 1994 schriftelijk aan de gemeenteraad bekendgemaakt. Vervolgens hebben gedeputeerde staten op 4 januari 1995, na afloop van de termijn waarbinnen zij over de goedkeuring van het bestemmingsplan moesten beslissen, een eveneens op 6 december 1994 gedateerde 'verbeterde expeditie' bekend gemaakt. In deze 'verbeterde expeditie' is door gedeputeerde staten een wijziging aangebracht in het dictum van hun op 14 december 1994 bekendgemaakte besluit. De Afdeling is van oordeel dat het hier gaat om een nieuw besluit waartoe gedeputeerde staten niet meer bevoegd waren en overweegt dat dat besluit derhalve geacht moet zijn 'nooit te zijn genomen'. De Afdeling overweegt daarna als volgt:

"Een van rechtswege nietig besluit is niettemin een voor beroep vatbaar besluit, omdat het is gericht op rechtsgevolg, al bewerkstelligt het dat niet."

- 21 Vergelijk R. Ortlep, 'Het besluitbegrip: een verdampende theorie', *RMThemis* 2008, p. 243-252, i.h.b. p. 246 e.v. inclusief verwijzingen.
- 22 ARRvS 8 september 1987, *AB* 1989, 223, m.nt. Simon onder ARRvS 24 november 1987, *AB* 1989, 224. Verder ABRvS 16 december 1997, *AB* 1998, 87, m.nt. Michiels; *RAwb* 1998, 117, m.nt. Peters. Vergelijk CBB 21 september 1990, *AB* 1991, 97, m.nt. Van Male; CRvB 23 december 2002, *JB* 2003, 70; *RSV* 2003, 92; CRvB 22 november 2007, *JB* 2008, 47; *TAR* 2008, 62, m.nt. Timmermans.
- 23 ABRvS 12 april 2006, *JB* 2006, 151, m.nt. Peters; *AB* 2006, 158, m.nt. Sewandono; *JV* 2006, 315, m.nt. Larsson. Verder ABRvS 21 juli 2010, *JB* 2010, 203; ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200707789/1; ABRvS 9 april 2008, *AB* 2008, 166, m.nt. Ortlep; *JB* 2008, 114. Zie CBB 2 februari 2006, *AB* 2006, 196, m.nt. De Waard.
- 24 ABRvS 7 februari 1997, *AB* 1997, 154, m.nt. Van Buuren; *JB* 1997, 84, m.nt. Van der Linden. Vergelijk ABRvS 13 oktober 1998, *JB* 1998, 275, m.nt. Van der Linden; ABRvS 27 februari 1998, *JB* 1998, 111.

In de uitspraak van de ABRvS van 7 februari 1997 is, gelet op de zojuist gegeven casusbeschrijving, het besluit van 6 december 1994, zoals bekendgemaakt op 4 januari 1995, onbevoegd genomen. Als gevolg daarvan verklaart de Afdeling het beroep gegrond en volstaat met de vaststelling dat dat besluit nietig is. Gelet op wat hierboven door ons is betoogd, wordt dat oordeel van de Afdeling bestreden; het onbevoegd genomen besluit van 6 december 1994, zoals bekendgemaakt op 4 januari 1995, had vernietigd moeten worden. Hiertegen kan wellicht worden ingebracht dat het om een bevoegdheidsgebrek gaat dat, zoals verwoord in de – in paragraaf 2 besproken – uitspraak van de ABRvS van 2 november 2005, 'zo evident is dat dit eenieder redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn'. Naar ons oordeel is deze – na de uitspraak van 7 februari 1997 geformuleerde – uitzondering echter gereserveerd, vergelijk de vorige paragraaf, voor de hier niet aan de orde zijnde situatie dat een onbevoegdheid om een besluit te nemen voor elk redelijk denkend mens meteen zonneklaar is. Dat de ABRvS in een casus als die ten grondslag ligt aan de uitspraak van 7 februari 1997 waarschijnlijk thans eveneens zou uitgaan van vernietigbaarheid, volgt uit hetgeen in de volgende paragraaf wordt behandeld.<sup>25</sup>

#### 4. Reëel besluit na een fictief besluit

De in de vorige paragraaf besproken uitspraak van 7 februari 1997 ligt in het verlengde<sup>26</sup> van de uitspraken van de ABRvS waarin is geoordeeld dat een reëel goedkeuringsbesluit na een fictief goedkeuringsbesluit nietig is.<sup>27</sup> Deze jurisprudentie ligt aan de basis van het – in paragraaf 1 weergegeven – standpunt in de parlementaire geschiedenis van de Lex silencio positivo in de Awb dat een reëel besluit na een fictief besluit nietig is. Hieronder zullen wij bespreken dat deze jurisprudentie door de ABRvS is verlaten en ook reeds verlaten was bij de formulering van dat standpunt.<sup>28</sup>

Dat thans naar het oordeel van de ABRvS een reëel goedkeuringsbesluit na een fictief goedkeuringsbesluit niet nietig maar vernietigbaar is<sup>29</sup>, volgt bijvoorbeeld uit haar

25 Dit kan tevens worden afgeleid uit ABRvS 15 augustus 2003, nr. 200300912/3 (ongepubliceerd). De strekking van deze uitspraak is dat een tweede, buiten de beslistermijn, toegezonden besluit vernietigbaar is.

26 Vergelijk Van Buuren onder ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154.

27 Vergelijk ABRvS 4 maart 1996, AB 1996, 320, m.nt. Van Buuren. Dit is tevens tot uitdrukking gekomen in de volgende ongepubliceerde uitspraken ABRvS 3 mei 1995, nr. G01930014; ABRvS 25 september 1995, nr. G01930142. In KB 24 februari 1995, AB 1995, 380 werd daarentegen uitgegaan van vernietigbaarheid. Zie K. van Duyvendijk, 'Wie zwijgt stemt toe', NTB 1988, p. 37-44, i.h.b. p. 38 e.v. inclusief verwijzingen.

28 Dit is in de literatuur niet altijd onderkend, vergelijk Lam onder ABRvS 18 november 2009, AB 2010, 51; M.J. Jacobs 2010 a.w., p. 641 e.v. Anders en juist: K.J. de Graaf & H.A. Komduur 2011 a.w., p. 15-16 en p. 19-20 inclusief verwijzingen.

29 Hetzelfde is eerder uitgemaakt wat betreft de fictieve bouwvergunning (Vz. ARRvS 3 juni 1993, AB 1993, 538, m.nt. Van Buuren; BR 1993, p. 604, m.nt. Weerkamp; Vz. ARRvS 25 november 1993, AB 1994, 575, m.nt. Van Buuren; BR 1994, p. 497); de fictieve akkoordverklaring met de melding van een bouwplan (ABRvS 4 juli 1995, AB 1995, 530, m.nt. Van Buuren; BR 1995, p. 765, m.nt. Weerkamp; JB 1995, 226) en het fictieve besluit tot niet-plaatsing op de monumentenlijst (ABRvS 17 februari 1998, nr. H01.96.0986 (ongepubliceerd)).

uitspraak van 22 april 2009.<sup>30</sup> In de onderliggende casus heeft het college van burgemeester en wethouders, om voor bouwplannen bouwvergunningen te kunnen verlenen, bij besluit van 27 september 2005 een wijzigingsplan ex artikel 11 WRO vastgesteld en dat besluit op 3 oktober 2005 ter goedkeuring verzonden aan gedeputeerde staten. Bij besluit van 6 december 2005 hebben gedeputeerde staten goedkeuring aan dit wijzigingsplan onthouden. Het college van burgemeester en wethouders heeft deze onthouding van goedkeuring ten grondslag gelegd aan zijn besluit tot handhaving van de weigering bouwvergunningen voor de bouwplannen te verlenen. Bij de ABRvS betoogt appellant dat de rechtbank heeft miskend dat op 29 november 2005 reeds van rechtswege goedkeuring van het wijzigingsplan heeft plaatsgevonden en voorts dat het besluit van 6 december 2005 niet op juiste wijze is bekendgemaakt, zodat dat niet in werking is getreden. De rechtbank heeft volgens appellant tevens miskend dat, nu het wijzigingsplan van rechtswege is goedgekeurd en de bouwvoorvragen daarmee in overeenstemming zijn, ook van rechtswege bouwvergunningen voor de bouwplannen zijn verleend. De rechtbank heeft daarbij volgens appellant niet onderkend dat het college van burgemeester en wethouders ten onrechte de bouwvergunningen heeft geweigerd en ten onrechte de bouwstop en de last onder dwangsom heeft opgelegd. De Afdeling oordeelt dat dit betoog niet slaagt, en overweegt daartoe als volgt:

"De rechtbank heeft terecht, onder verwijzing naar de uitspraken van de Afdeling van 29 december 2004 in zaaknr. 200408546/2 en van 20 november 2006 in zakenrs. 200604782/1 en 200604782/2, geconcludeerd dat, indien na het ontstaan van een fictief goedkeuringsbesluit, alsnog een reëel besluit tot onthouding van goedkeuring aan een besluit op grond van artikel 11 van de WRO wordt genomen, dit reële besluit wegens strijd met artikel 10:29, tweede lid, van de Awb weliswaar in aanmerking komt voor vernietiging, maar niet van rechtswege nietig is. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat, nu [appellant] zijn beroep tegen het besluit van 6 december 2005 heeft ingetrokken, dat besluit in rechte onaantastbaar is geworden. Aan de omstandigheid dat dit besluit, naar gesteld, niet op correcte wijze is gepubliceerd – wat hiervan zij –, kan dan ook niet de betekenis toekomen die [appellant] daaraan gehecht wil zien. De rechtbank heeft eveneens terecht overwogen dat, voor zover voorafgaand aan het besluit van 6 december 2005 een goedkeuringsbesluit van rechtswege is ontstaan, dit besluit moet geacht worden te zijn herroepen als gevolg van het besluit van 6 december 2005. Nu voorts de aanvragen om bouwvergunning op 3 maart 2006 door het college zijn ontvangen en deze in strijd zijn met het bestemmingsplan, heeft de rechtbank in het in beroep aangevoerde terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat van rechtswege bouwvergunningen zijn ontstaan."

Met deze rechtsoverweging komt tot uitdrukking dat naar het oordeel van de Afdeling een reëel goedkeuringsbesluit na een fictief goedkeuringsbesluit niet nietig maar, wegens strijd met artikel 10:29 lid 2 van de Awb (verbod tijdelijke goedkeuring), vernietigbaar is. De Afdeling heeft daarbij geoordeeld dat een reëel goedkeuringsbesluit in de plaats treedt van een fictief goedkeuringsbesluit en dat ook het eerstgenoemde besluit formele rechtskracht kan verkrijgen. Tot eenzelfde oordeel is de Afdeling gekomen met betrekking tot de situatie van een reële bouwvergunning na

30 ABRvS 22 april 2009, nr. 200806371/1/H1. Vergelijk ABRvS 23 maart 2011, nr. 200906485/1/R3; ABRvS 11 juli 2007, nr. 200605833/1.

een fictieve bouwvergunning.<sup>31</sup> In de literatuur is op het laatste kritiek geuit, in de zin dat het oordeel dat een reële bouwvergunning in de plaats treedt van een fictieve bouwvergunning strijdig met het rechtszekerheidsbeginsel is, omdat een houder van een fictieve bouwvergunning, te meer waar deze formele rechtskracht heeft verkregen, er op moet kunnen vertrouwen dat die vergunning niet zo maar haar rechtswaarde verliest.<sup>32</sup> Hiertegen kan worden ingebracht dat juist het aannemen dat een reële bouwvergunning nietig is en daarom niet bij de bestuursrechter hoeft te worden aangevochten strijdig met het rechtszekerheidsbeginsel is. Immers, hoe onbevoegd genomen een reëel besluit ook is, deze onbevoegdheid zou eerst door de bestuursrechter vastgesteld moeten worden als het bestuursorgaan de tegenovergestelde overtuiging heeft.

## 5. Slotopmerking

In paragraaf 1 is weergegeven dat in de parlementaire geschiedenis van de *Lex silencio positivo* in de Awb het standpunt is ingenomen dat een reëel besluit na een fictief besluit nietig is. Het standpunt dat een reëel besluit na een fictief besluit nietig is, is gebaseerd op een jurisprudentielijn van de ABRvS die door haar is verlaten en ook reeds verlaten was bij de formulering van dat standpunt. De door de Afdeling gekozen benadering dat een reëel besluit na een fictief besluit nietig maar vernietigbaar is, past beter in het systeem van de Awb.<sup>33</sup> Dat ook Peter van Buuren deze benadering zou onderschrijven, kan worden opgemaakt uit het feit dat hij in zijn annotatie onder de – in paragraaf 3 besproken – uitspraak van de ABRvS van 7 februari 1997 heeft opgemerkt dat het op gespannen voet met het bepaalde in artikel 8:72 lid 1 van de Awb staat dat een bestuursrechter na een gegrondverklaring kan volstaan met de vaststelling dat een besluit nietig is. Hieruit volgt namelijk dwingend dat de bestuursrechter met het gegrond verklaren van het beroep het bestreden besluit dient te vernietigen.<sup>34</sup> De mogelijkheid om te vernietigen is er niet in de situatie dat een *in rechte onaantastbaar* besluit bij de bestuursrechter voorligt. Derhalve zou ook Peter van Buuren waarschijnlijk van oordeel zijn dat het in die situatie opportuun kan zijn om als bestuursrechter een besluit nietig te achten als het gaat om (bestuurlijk) bedrog.

31 Vergelijk ABRvS 30 juni 2004, nr. 200308016/1; ABRvS 18 november 2009, AB 2010, 51, m.nt. Lam; TBR 2010, 25, m.nt. Nijmeijer. Zie P. J. J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 201, voetnoot 106.

32 Vergelijk Lam onder ABRvS 18 november 2009, AB 2010, 51. Zie verder Nijmeijer onder ABRvS 18 november 2009, TBR 2010, 25.

33 Zo ook K.J. de Graaf & H.A. Komduur 2011 a.w., p. 15 en p. 19.

34 Vergelijk Van Buuren onder ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154.