



Bezoekadres Lange Voorhout 58
 Postadres 2514 EG Den Haag
 Postbus 16228
 2500 BE Den Haag

Aan mevrouw M.L. Vos,
 Lid van de Tweede Kamer
 Postbus 20018
 2500 EA 's-Gravenhage

Telefoon (070) 310 86 66
 Telefax (070) 310 86 79
 E-mail info@actal.nl

Datum	Uw kenmerk	Ons kenmerk	Bijlage(n)
16-2-2009	-	SvE/PS/2009/021	-
Onderwerp			
Advies over nut en toepassingsbereik Lex Silencio positivo			

Geachte mevrouw Vos,

Op 31 januari 2008 hebben wij het kabinet per brief (kenmerk RL/CM/2008/014) gecompimenteerd met het initiatief om de toepassing van de Lex Silencio positivo te verbreden. Tevens hebben wij toen aangeboden onze expertise op het gebied van de Lex Silencio met de regering te delen, maar daar is tot op heden nog geen adviesverzoek uit voortgekomen.

Op 11 februari 2009 heeft u schriftelijk verzocht om een advies over de volgende twee punten:

- I. de voor- en nadelen van toepassing van de Lex Silencio om de regeldruk in het algemeen te verlagen;
- II. wet- en regelgeving waar de Lex Silencio volgens Actal toegepast zou kunnen worden en het effect daarvan op de regeldruk.

Wij stellen uw adviesaanvraag op prijs. Daarom heeft dit advies een hoge prioriteit gekregen. Gezien de korte doorlooptijd is het niet mogelijk gebleken om alle vergunningstelsels tegen het licht te houden.

I. Voor- en nadelen

Voordelen en kansen van Lex Silencio positivo

De belangrijkste redenen om het principe van Lex Silencio positivo te omarmen zijn:

1. Snellere beslissing: De Lex Silencio leidt – zoals blijkt uit studies in het buitenland, w.o. Spanje - ertoe dat beslissingen sneller worden genomen. Dat heeft een positieve invloed op de economische ontwikkelingen. Een ondernemer kan bijv. gemakkelijker en sneller een bedrijf beginnen dan wel een economische activiteit starten of uitbreiden.
2. Meer rechtszekerheid: De rechtszekerheid neemt toe, omdat men niet meer "eindeloos" op een beslissing hoeft te wachten.
3. Grotere geloofwaardigheid: De geloofwaardigheid van de overheid neemt toe, omdat brede invoering van de Lex Silencio direct bijdraagt aan de doelstelling van het kabinet om de regeldruk merkbaar te verminderen.
4. Minder klachten: Door tijdig te beslissen zal de overheid zich minder werk op de hals halen doordat burgers en bedrijven minder klachten indienen die afgehandeld moeten worden.

Nadelen en risico's van Lex Silencio positivo

Wij zien de volgende nadelen en risico's aan het principe van Lex Silencio:

1. Mogelijke benadeling door ten onrechte verleende vergunningen: Andere partijen kunnen schade oplopen, hinder ondervinden of risico's lopen door ten onrechte verleende vergunningen, andere soorten aanvragen of bezwaarschriften.
2. Grotere onzekerheid over toekenning: De Lex Silencio kan leiden tot ongewenst gedrag van de overheid. Deze kan vlak voor het verlopen van de beslistermijn veiligheidshalve een negatieve beslissing nemen. Het is ook denkbaar dat zij in de praktijk nalaat burgers en bedrijven te informeren over wat haar reactie is indien de wettelijke reactietermijn is verstreken, omdat dan toch het principe van de Lex Silencio van kracht is geworden. De onzekerheid zal een deel van de vergunningaanvragers weerhouden de stilzwijgend verleende vergunning meteen te gebruiken.
3. Toename gemiddelde beslistermijn: De gemiddelde reactietermijn van de overheid kan toenemen, omdat de overheidsorganisaties momenteel mogelijk eerst de vele standaardaanvragen afhandelen en de paar moeilijke gevallen laten liggen. De langere gemiddelde reactietermijn zal overigens wel binnen de wettelijke maximum termijn blijven.
4. Geen voorwaardelijke toekenning mogelijk: Een bijkomend nadeel is dat bij toepassing van Lex Silencio er geen voorwaardelijke toekenningen of goedkeuringen mogelijk zijn.
5. Oprekken van beslistermijnen: Een laatste nadeel is dat de overheid via wetswijzigingen de wettelijke beslistermijnen onnodig kunnen oprekken.

Afweging voor- en nadelen

Wij menen dat de voordelen van de Lex Silencio de nadelen overtreffen. Belangrijkste reden hiervoor is dat de overheid zelf in staat is bovengenoemde nadelen te beperken of zelfs geheel weg te nemen.

Het belangrijkste nadeel betreft de gevallen waarin het toepassen van de Lex Silencio leidt tot het niet afwijzen van aanvragen die wél hadden moeten worden afgewezen. Dit kan worden voorkomen door bijvoorbeeld het gebruik van zgn. 'workflow management systemen'.

Dergelijke systemen verminderen het aantal gevallen waarin beslistermijnen worden overschreden en waarin de Lex Silencio moet worden toegepast. Daarmee perken ze de eventuele nadelige gevolgen van de Lex Silencio in. Ze bieden bovendien de mogelijkheid om belanghebbenden automatisch te informeren over het verstrijken van de beslistermijn en de consequenties daarvan voor de vergunningaanvraag. En ze geven het management de mogelijkheid om dreigende overschrijdingen van de beslistermijnen te signaleren en daar bijpassende maatregelen voor te nemen. Het gevaar van veel ten onrechte negatieve besluiten vlak voor het verlopen van de beslistermijn kan bestreden worden door de wettelijke motivatiebepaling uit te breiden als blijkt dat overheidsorganisaties inderdaad dit gedrag vertonen. Het vierde nadeel dat geen (specifieke) voorwaarden bij fictieve besluiten kunnen worden gesteld, is moeilijker te ondervangen. Wel kan vaker de optie overwogen worden om veelvoorkomende beperkingen standaard toe te passen bij de van rechtswege genomen besluiten. Dit zal echter per vergunningstelsel moeten worden bezien.

Het laatste risico, het oprekken van wettelijke beslistermijnen, kan worden verminderd indien de regering periodiek nagaat of de wettelijke beslistermijnen niet verkort kunnen worden.

Het wegnemen van de mogelijke nadelen en risico's zal van overheidszijde tijd en investeringen vergen. Overheidsorganisaties zijn momenteel vaak al bezig om zich voor te bereiden op de inwerkingtreding van de dienstenwetgeving. Voor zover dat al niet het geval is, kunnen die voorbereidingen ook het invoeren en testen van workflow management systemen omvatten. Dit past bovendien bij het streven van het kabinet om de dienstverlening van alle overheden te verbeteren, o.a. door ze te laten beschikken over een kwaliteitshandvest en normenkader.

Wij adviseren om bovenbeschreven efficiëntere en effectievere werkwijze na te streven en waar nodig uitvoeringsorganisaties te ondersteunen bij de invoering daarvan.

II. Toepassingsbereik

Gevolgdde werkwijze van regering

In de brief van 3 december 2008 geeft het kabinet aan de Lex Silencio toe te gaan passen bij 24 vergunningstelsels. Deze stelsels komen boven op de 21 stelsels waar Lex Silencio al bestaat, of waarvoor eerder is besloten tot invoering van de Lex Silencio. De regering is tot dit aantal gekomen na uitvoering van een onderzoek waarbij alle vergunningstelsels gebaseerd op Rijksregelgeving zijn doorgelicht en er 629 stelsels overbleven na een eerste selectie op relevantie. De beslissing tot het invoeren van de Lex Silencio bij slechts 24 vergunningen is vervolgens gebaseerd op het inzicht dat invoering bij 564 vergunningstelsels om juridisch-technische redenen niet mogelijk zou zijn. Het gaat volgens de brief om de volgende redenen:

1. Geen eenvoudiger vergunning met vaste voorwaarden of waarvoor vaste voorwaarden zijn vast te stellen.
2. Belemmeringen op grond van EU-richtlijnen of andere nationale verdragen.
3. Het bestaan van schaarste (met meer aanvragers dan beschikbare vergunningen).
4. De noodzaak om feiten vast te stellen alvorens de vergunning kan worden verleend.
5. De noodzaak om rechten en plichten (ook van derden) te waarborgen.
6. De noodzaak een complexe belangenafweging te maken.
7. De noodzaak na de beslissing over de vergunningaanvraag over een fysiek document te beschikken.

Vergunningstelsels die door deze selectie heen kwamen, zijn op een basislijst geplaatst. Vervolgens is voor elk overgebleven vergunningstelsel nagegaan wat de ernst van het risico is, de kans daarop, de (on)omkeerbaarheid en de tijdsduur van de schade, en zijn deze nadelen afgewogen tegen de voordelen van Lex Silencio in dat geval.

Beoordeling van deze werkwijze

Voor de beoordeling van de vraag of de Lex Silencio in principe ingevoerd kan worden, is er volgens ons slechts één hoofdargument om dit niet te doen: een niet te verwaarlozen kans op grote en onomkeerbare schade of nadeel van een belanghebbende. Wij hebben de volgende opmerkingen bij de zeven criteria die de regering hanteert bij het bepalen of de Lex Silencio van toepassing kan zijn:

- Criterion 1. Als er geen vaste voorwaarden zijn om op te leggen, dan is Lex Silencio niet toepasbaar. Wel wijzen wij op de optie om bij stilzwijgende toekenningen een gebruikelijke voorwaarde standaard op te leggen. Deze voorwaarde kan eventueel later ingetrokken worden.
- Criterion 2. EU-regelgeving of internationale verdragen kunnen als eis stellen dat eerst bepaalde stappen worden gezet (bijv. onderzoeken, belangenafwegingen) voordat de vergunning wordt afgegeven. Waarschijnlijk wordt een dergelijke eis alleen gesteld als de stappen van groot belang worden geacht voor de bescherming van de maatschappij of individuele belanghebbenden (d.w.z. in geval van een gerede kans op grote en onomkeerbare schade). Het verdient aanbeveling om na te gaan of de belangen inderdaad zo zwaarwegend zijn, óf dat de EU-eisen zo geformuleerd kunnen worden, dat toepassing van de Lex Silencio wel mogelijk wordt. Op dit moment staat de Europese Commissie open voor voorstellen, die de regeldruk van EU-regelgeving doen verlagen.
- Criterion 3. Het bestaan van schaarste kan een legitieme reden zijn om de Lex Silencio niet van toepassing te verklaren. Het mag bijv. niet gebeuren dat vanwege toepassing van de Lex Silencio twee omroepen gaan uitzenden op dezelfde frequentie. Maar soms is er ook schaarste (zoals bij subsidiebudgetten), waar de Lex Silencio in principe wel toepasbaar is.
- Criterion 4, 5 en 6. De noodzaak van het vaststellen van feiten, het uitvoeren van complexe belangenafwegingen, en het waarborgen van rechten en plichten, zijn eerder factoren die bepalend zijn voor de noodzaak van een vergunningstelsel zelf of voor de maximale lengte van de beslistermijn dan dat ze een reden vormen voor het al dan niet toepassen van de Lex Silencio. Met het criterium van geen grote en onomkeerbare schade of nadeel worden in principe al stelsels afgevangen waar toepassing van de Lex Silencio tot onaanvaardbare

consequenties zou kunnen leiden. De overheid kan bovendien ook ná stilzwijgende verlening van bijvoorbeeld een horecaverunning in het kader van de Drank- en Horecawet controleren of aan de voorwaarden voor die vergunningverlening is voldaan en eventueel de vergunning intrekken. Toepassing van de Lex Silencio betekent ook niet dat de mogelijkheid van bezwaar en beroep na de stilzwijgende toekenning vervalt.

- criterium 7. Indien aanvragers over een fysiek document moeten beschikken, is Lex Silencio goed toepasbaar op voorwaarde dat bij de van rechtswege toegekende vergunningen meteen een brief met de vergunning verstuurd wordt.

Wij adviseren om de Lex Silencio positivo in meer vergunningstelsels in te voeren. Dit is mogelijk door de toepassing van Lex Silencio opnieuw te overwegen voor de 564 vergunningstelsels, die volgens de kabinetsbrief wegens juridisch-technische redenen niet in aanmerking kwamen.

Het past bij de cultuuromslag die de regering wil doorvoeren met betrekking tot het denken over regeldruk dat de Lex Silencio slechts dáár *niet* wordt toegepast, waar dat echt *niet* mogelijk is. Dit uitgangspunt betekent dat ook overwogen moet worden om de Lex Silencio in te voeren bij aanvragen voor subsidies en fiscale faciliteiten, wederom met daarbij de eerste afweging op basis van bovengenoemd criterium van grote en/of onomkeerbare schade of nadeel.

Wij adviseren om te bezien of – en zo ja onder welke voorwaarden – de Lex Silencio positivo kan worden ingevoerd bij subsidiestelsels en fiscale faciliteiten. Verder adviseren wij te bezien of bezwaarschriften tegen bepaalde overheidsbesluiten ook van rechtswege gehonoreerd kunnen worden als de reactietermijn daarvoor is verstreken en de schade of het nadeel voor andere partijen daarvoor niet te groot of onomkeerbaar is.

Effect op regeldruk van door ons bepleit toepassingsbereik

Het is niet goed mogelijk zonder nader onderzoek te bepalen wat het effect is van een brede toepassing van de Lex Silencio op de regeldruk in Nederland. Het effect is naar verwachting betekenisvol. Deze verwachting is gebaseerd op het feit dat veel vergunningstelsels niet op de basislijst van de regering zijn geplaatst omdat zij niet voldeden aan de zeven criteria die de regering heeft gehanteerd. Zoals aangegeven achten wij deze criteria relevanter voor de noodzaak van vergunningstelsels zelf en de lengte van de wettelijke beslistermijnen dan voor de vraag of Lex Silencio toepasbaar is. Gelet op het aantal vergunningstelsels dat op grond van deze criteria is afgefallen, zou het aantal in aanmerking komende stelsels een veelvoud kunnen zijn van de 24 stelsels die de regering heeft geselecteerd. Een kwantitatieve duiding van de gevolgen voor de regeldruk zal afhangen van de vraag voor welke concrete vergunningstelsels de Lex Silencio van toepassing zal zijn. Een dergelijke duiding moet naar onze mening onderdeel zijn van voorstellen voor een bredere toepassing van de Lex Silencio.

Hoogachtend,

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Dr. S.R.A. van Eijck', written over a horizontal line.

Dr. S.R.A. van Eijck
Collegevoorzitter