

Uitspraak 201303069/2/A3 en 201304895/2/A3

Datum van uitspraak: woensdag 12 november 2014
Tegen: het college van burgemeester en wethouders van Leeuwarden en het college van burgemeester en wethouders van Stein
Proceduresoort: Conclusie
Rechtsgebied: Verordeningen
ECLI: **ECLI:NL:RVS:2014:4116**

Bij deze conclusie is een [persbericht](#) uitgebracht.

CONCLUSIE

201303069/2/A3 en 201304895/2/A3

Datum: 12 november 2014

Staatsraad Advocaat-Generaal Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Zitting 23 september 2014

Conclusie inzake het hoger beroep van:

[appellant A] en [appellante B], (appellanten),

tegen de uitspraak van de rechtbank Noord Nederland van 12 maart 2013 in zaak nr. 12/2380 in het geding tussen:

[appellanten],

En

het college van burgemeester en wethouders van Leeuwarden

(zaak nr. 201303069/1/A3)

alsmede het hoger beroep van:

[appellant C]

tegen de uitspraak van de rechtbank Limburg van 19 april 2013 in zaak nr. 12/874 in het geding tussen:

[appellant C]

en

het college van burgemeester en wethouders van Stein
(zaak nr. 201304895/1/A3)

Deze conclusie betreft het hoger beroep van [appellanten], respectievelijk [appellant C], tegen de uitspraken van de rechtbank Noord Nederland van 12 maart 2013, respectievelijk de rechtbank Limburg van 19 april 2013. In beide zaken is een gemeentelijk meldingenstelsel voor de aanleg of verandering van een uitweg aan de orde, in de zaak van [appellanten] het meldingenstelsel uit de APV Leeuwarden, in de zaak van [appellant C] dat uit de APV Stein. In beide zaken heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, mr. J.E.M. Polak, mij bij brief van 15 mei 2014 verzocht een conclusie, als bedoeld in artikel 8:12a Awb, te nemen over, kort gezegd, het rechtskarakter van de mogelijke reacties van een bestuursorgaan op de bedoelde meldingen en de mogelijkheid om daartegen de rechtsmiddelen van de Awb aan te wenden. De zaak wordt behandeld door een grote kamer, als bedoeld in artikel 8:10a, vierde lid, Awb.

In deze conclusie wordt betoogd dat de bestuursrechter rechtsbescherming moet verlenen tegen alle reacties die zich in de meldingenstelsels van de genoemde APV's voordoen. Dat geldt voor de uitdrukkelijke beslissingen die het college van burgemeester en wethouders naar aanleiding van een melding van de aanleg van een uitweg kan nemen, het verbod en de uitdrukkelijke acceptatie (al dan niet onder voorschriften), omdat zij kwalificeren als besluit in de zin van de Awb. Dat dient ook te gelden voor de 'fictieve instemming' door tijdsverloop op grond van beide APV's, die voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk zou moeten worden gesteld. Aldus ontstaat er voor zowel de melder als voor derde belanghebbenden een coherent systeem van rechtsbescherming. In de conclusie wordt verder ingegaan op diverse vragen die in verband staan met de rechtsbescherming, zoals de inwerkingtreding van de diverse reacties op een melding en het vraagstuk van formele rechtskracht.

Bovendien beziet de conclusie het rechtskarakter van de bestuurlijke reacties in de onderhavige meldingenstelsels in onderlinge verhouding met het rechtskarakter van de reacties hiertegen in andere meldingenstelsels die in de Nederlandse wet- en regelgeving figureren, zoals de meldingenstelsels in het omgevingsrecht en diverse meldingenstelsels in de model APV. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de melding in verband met algemene regels, de melding als uitzondering op de vergunningplicht en de melding als gebod.

1. Feiten en procesverloop

Zaak nr. 201303069/2/A3 (Leeuwarden)

1.1 Deze zaak gaat over de uitweg van het perceel [locatie 1] te Lekkum. Het perceel beschikt volgens [belanghebbende A], eigenaar van het perceel, sinds 1989 over een uitweg. In 2012 heeft de gemeente de Buorren heringericht waarbij het profiel van de weg erop gewezen dat er geen aanleiding bestaat om voor het perceel [locatie 1] te voorzien in een uitweg, omdat de oude uitweg illegaal is ontstaan. De projectleider team Civiele techniek van de gemeente Leeuwarden heeft hen daarop gemeld dat het herinrichtingsplan zou worden aangepast in de zin dat de uitweg voor [locatie 1] zou vervallen. Bij de feitelijke uitvoering van de herinrichting is de hiervoor omschreven uitweg voor [locatie 1] niettemin gecreëerd. [appellanten] hebben hierover bij de gemeente geklaagd.

[appellanten], eigenaren van het perceel [locatie 2], ondervinden hinder van het gebruik van de uitweg van [locatie 1]. Zij hebben in het kader van de herinrichting van de weg erop gewezen dat er geen aanleiding bestaat om voor het perceel [locatie 1] te voorzien in een uitweg, omdat de oude uitweg illegaal is ontstaan. De projectleider team Civiele techniek van de gemeente Leeuwarden heeft hen daarop gemeld dat het herinrichtingsplan zou worden aangepast in de zin dat de uitweg voor [locatie 1] zou vervallen. Bij de feitelijke uitvoering van de herinrichting is de hiervoor omschreven uitweg voor [locatie 1] niettemin gecreëerd. [appellanten] hebben hierover bij de gemeente geklaagd.

Op aanwijzing van het college heeft [belanghebbende A] vervolgens op 1 juni 2012 een vergunning

aangevraagd voor de aanleg van de uitweg. Daarna ontving het college op 5 juni 2012 van [belanghebbende A] een melding van de aanleg van de uitweg. Het college heeft de melding bij brief van 27 juni 2012 geaccepteerd. Aan deze acceptatie is een aantal voorschriften verbonden. In de brief is vermeld dat tegen de acceptatie van de melding bezwaar kan worden gemaakt door [belanghebbende A] en door derden belanghebbenden.

[appellanten] hebben bezwaar gemaakt tegen de acceptatie van de melding. Zij stellen dat de uitweg illegaal is aangelegd en dat hen was toegezegd dat daarvoor geen toestemming zou worden verleend. De aanleg van de uitweg is volgens hen niet nodig en gaat ten koste van een openbare parkeerplaats. De aanleg van de uitweg maakt het mogelijk dat in de voortuin wordt geparkeerd. Het woongenot en uitzicht worden hierdoor ernstig aangetast.

Het bezwaar is bij besluit van 24 september 2012 ongegrond verklaard. Op 7 oktober 2012 hebben [appellanten] hiertegen beroep ingesteld. Nadat de rechtbank Noord Nederland bij uitspraak van 12 maart 2013 het beroep ongegrond heeft verklaard, is door [appellanten] op 2 april 2013 hoger beroep ingesteld bij de Afdeling. Het college en [belanghebbende A] hebben een verweerschrift ingediend.

Het hoger beroep is door een meervoudige kamer van de Afdeling verwezen naar een grote kamer.

Zaak nr. 201304895/1/A3 (Stein)

1.2 [appellant C], woonachtig aan de [locatie 3] te Elsoo wil een tweede uitweg naar deze straat aanleggen om zijn perceel te ontsluiten. De melding van het voornemen van de aanleg van de uitweg is door het college van burgemeester en wethouders van Stein ontvangen op 3 augustus 2011. Bij brief van 30 augustus 2011 heeft het college aan [appellant C] bericht dat het niet mogelijk is de melding binnen vier weken te beoordelen en dat de beslistermijn daarom met vier weken wordt verlengd. Het college heeft vervolgens beslist dat de aanleg van de uitweg wordt verboden omdat de aanleg ten koste zal gaan van een parkeerplaats op de openbare weg en het parkeren in de voortuin het uiterlijk aanzien van de omgeving schaadt. Een tweede uitweg wordt bovendien slechts toegestaan bij vrijstaande woningen en hoekwoningen waarbij één van de twee uitwegen in een andere straat uitkomt. Die situatie doet zich hier niet voor, aldus het college. Deze beslissing is [appellant C] bij brief van 23 september 2011 meegedeeld, in de brief is geen rechtsmiddelenclausule opgenomen.

[appellant C] heeft bezwaar gemaakt tegen de beslissing van het college. Hangende de behandeling van het bezwaarschrift heeft het college de beslissing van 23 september 2011 ingetrokken en vervangen door zijn beslissing van 1 februari 2012, die opnieuw, maar met verbetering van de motivering, een verbod tot het aanleggen van de uitweg inhoudt. Voorts heeft het college bij besluit van 3 april 2012 de 'Beleidsregel voor het maken en veranderen van inritten 2012' vastgesteld. Het bezwaarschrift is bij besluit van 4 april 2012 onder verwijzing naar de beleidsregel ongegrond verklaard. De gemelde uitweg is volgens het besluit op bezwaar niet in overeenstemming met de beleidsregel omdat bij vrijstaande woningen alleen een tweede uitweg wordt toegestaan als de minimale frontbreedte van het perceel 20 meter is, de tweede uitweg ten koste gaat van een parkeerplaats op de openbare weg, de tweede uitweg de veiligheid van de weg aantast en een negatief effect heeft op de beeldkwaliteit en beleving van de openbare ruimte.

[appellant C] heeft vervolgens beroep ingesteld. Het besluit op bezwaar is volgens hem niet bevoegd genomen. Verder stelt hij dat de beleidsregel niet ten grondslag kan worden gelegd aan het besluit op bezwaar omdat deze nog niet was bekendgemaakt. De beleidsregel is volgens hem ongunstiger dan het beleid dat van toepassing was ten tijde van de melding, zodat uit ook uit oogpunt van rechtszekerheid aanleiding bestaat de beleidsregel niet toe te passen. De gewenste uitweg leidt naar zijn mening niet tot een aantasting van de bruikbaarheid of veiligheid van de weg. In de straat is geen parkeerprobleem. Ten slotte wijst hij erop dat de APV bepaalt dat het college geacht wordt te hebben ingestemd met de melding als het niet binnen vier weken de aanleg heeft verboden. Hij stelt dat het college de aanleg niet binnen vier weken heeft verboden, zodat ervan moet worden uitgegaan dat van rechtswege al was ingestemd met de aanleg.

De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard onder instandlating van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit. De rechtbank oordeelde onder meer dat het college de beslistermijn tijdig heeft verlengd en dat het binnen de verlengde beslistermijn een besluit op de melding heeft genomen.

Tegen de uitspraak van de rechtbank heeft [appellant C] hoger beroep ingesteld. Het hoger beroep is door de enkelvoudige kamer van de Afdeling behandeld op 11 februari 2014. [appellant C] en het college van burgemeester en wethouders van Stein, vertegenwoordigd door S.J.M. Govers, zijn daar gehoord. Het onderzoek in deze zaak is door de Afdeling heropend en de zaak is verwezen naar een grote kamer.

1.3 Beide zaken zijn gelijktijdig ter zitting van de Afdeling behandeld op 23 september 2014 door een grote kamer als bedoeld in artikel 8:10a, vierde lid, van de Awb. In de kamer hebben zitting J.E.M. Polak (voorzitter), P.J.J. van Buuren (rapporteur), C.J. Borman, R.F.B. van Zutphen en H.C.P. Venema.

Voor de zaak Leeuwarden waren ter zitting aanwezig [appellanten], J. Wijmenga en T. Tuenter (gemachtigden van het college van burgemeester en wethouder van Leeuwarden) en [belanghebbende B], [belanghebbende A] en [belanghebbende C] (derde belanghebbenden). Voor de zaak Stein was aanwezig [appellant C]. Het college van burgemeester en wethouders van Stein is niet ter zitting verschenen.

Tijdens de zitting was ik in mijn hoedanigheid als Staatsraad Advocaat-Generaal aanwezig en heb ik aan partijen vragen kunnen stellen.

2. Het verzoek om een conclusie

2.1 Bij brief van 15 mei 2014 heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak mij verzocht om in beide zaken een conclusie, als bedoeld in artikel 8:12a van de Awb, te nemen, en heeft hij mij de gehele dossiers, waarover de Afdeling beschikt, doen toekomen. Bij een brief van dezelfde datum zijn partijen in beide zaken op de hoogte gesteld van de verwijzing naar de grote kamer als bedoeld in artikel 8:10a, vierde lid, Awb en van het feit dat de zaken aanleiding hebben gegeven mij om een conclusie te verzoeken. De aan mij gerichte brief is in kopie bij deze aan partijen gerichte brief gevoegd. Naderhand zijn door partijen in beide zaken nadere stukken gewisseld. Ook die zijn in afschrift naar mij gezonden.

2.2 De aan mij gerichte brief bevat, behalve het verzoek om de conclusie te nemen, een korte beschrijving van de in de Algemene plaatselijke verordening van de gemeenten Leeuwarden en Stein opgenomen regeling voor het melden van het voornemen voor het aanleggen of veranderen van een uitweg, en een korte beschrijving van de geschillen. Daarbij is vermeld dat in beide zaken ambtshalve aan de orde is of de reactie van het college op de melding een besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, alsmede een aantal daarmee samenhangende vragen. Daarna volgt het verzoek, dat hierna volledig is opgenomen. Daarbij heb ik de diverse subvragen, thema's en/of aandachtspunten die in de vraag kunnen worden onderscheiden, genummerd.

"Het meldingstelsel bij de aanleg van een uitweg zoals dit op basis van de Model-APV van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten door gemeenten in wisselende bewoordingen is overgenomen levert een aantal rechtsvragen op, die met het oog op de rechtseenheid beantwoording behoeven.

Het stelsel brengt met zich dat, indien niet binnen vier weken na binnenkomst van een melding is bepaald dat dit is verboden, de (wijziging van de) uitweg is toegestaan en de aanleg hiervan geen overtreding van de APV met zich brengt.

(1) Ik verzoek u in uw conclusie in te gaan op de vraag wat het rechtskarakter is van de onderscheiden reacties die een bestuursorgaan op een melding kan geven. Hierbij valt te onderscheiden (1a) een reactie binnen vier weken inhoudende dat met de uitweg wordt

ingestemd dan wel inhoudende dat deze wordt verboden, (1b) een reactie op de melding buiten de termijn van vier weken alsmede (1c) de eventuele gevolgen van het door het bestuursorgaan verbinden van voorwaarden aan de instemming. Daarbij ware aandacht te besteden aan (1d) de gevolgen van de onderscheiden reacties voor de rechtsbescherming van zowel de melder als van eventuele derde-belanghebbenden, dit mede in het licht van de mogelijkheid dat een reactie op een melding achterwege wordt gelaten.

(2) Ik verzoek u hierbij tevens samenhangende aspecten te betrekken. Daarbij kan worden gedacht aan (2a) het moment van inwerkingtreding van het rechtsgevolg, (2b) een mogelijke plicht tot publicatie met het oog op derde-belanghebbenden, (2c) instemming van rechtswege na afloop van vier weken, (2d) het vraagstuk van de formele rechtskracht, en (2e) gevolgen en mogelijkheden van derde-belanghebbenden een aanvraag te doen tot het verbieden van de uitweg dan wel een aanvraag te doen tot het verbinden van voorwaarden aan de acceptatie, (2f) mogelijkheden tot verlenging van de termijn van vier weken en (2g) mogelijkheden tot het verbinden van voorwaarden aan de acceptatie en de gevolgen indien ten onrechte voorwaarden aan de acceptatie zijn verbonden alsmede (2h) de mogelijke gevolgen van het niet voldoen aan in de APV opgenomen vormvereisten voor het doen van een melding.

(3) In de Model APV (*zie noot 1*) komen, naast de vorm van een melding in een voorwaardelijke verbodsbepaling zoals bij de uitweg het geval is, ook andere vormen van meldingenstelsels voor. Het gaat dan om een melding als voorwaarde voor een uitzondering op de vergunningplicht (het houden van een klein evenement als uitzondering op de vergunningplicht voor evenementen, artikel 2:25 Model-APV), en een melding in de vorm van een gebod (regulering paracommerciële rechtspersonen, artikel 2:34b Model-APV-varianten; het plaatsen van voorwerpen op, in of boven openbaar water, artikel 5:24 Model-APV). Ik verzoek u in uw conclusie ook deze andere vormen van meldingenstelsels te betrekken.

(4) Ik verzoek u in uw conclusie tevens aandacht te besteden aan de mogelijke gevolgen van het kiezen van een bepaalde lijn voor meldingenstelsels voorkomend in andere regelingen (zoals bijvoorbeeld de milieuregelgeving en het Bouwbesluit 2012).

(5) Daarnaast verzoek ik u in uw conclusie in te gaan op mogelijke gevolgen van het kiezen van een bepaalde lijn ten aanzien van meldingenstelsels voor de beroepbaarheid van rechtsoordelen van bestuursorganen over de toepasselijkheid van wettelijke bepalingen door bevoegde bestuursorganen. Het gaat hierbij om de buitenwettelijke reacties van bestuursorganen op de vraag of een bepaalde activiteit al dan niet vergunningplichtig is of is toegestaan, bekend als de rechtsoordelenjurisprudentie".

De door mij genomen conclusie geeft voorlichting aan het college, maar bindt het college niet (art. 8:12a, achtste lid, Awb).

2.3 De opbouw van deze conclusie is als volgt. Eerst wordt onder punt 3 de problematiek van het rechtskarakter van de reacties van bestuursorganen naar aanleiding van een melding in algemene zin geschetst. Daarbij besteed ik ook aandacht aan de bestuurlijke rechtsoordelen. Daarna bespreek ik onder punt 4 diverse categorieën meldingenstelsels (onder meer - conform het verzoek van de voorzitter - die in de model APV, (*zie noot 2*) milieuregelgeving en het Bouwbesluit), waarbij wordt aangegeven wat, mede gelet op de rechtspraak van de diverse bestuursrechtshoven en soms de wetgeving, het rechtskarakter is van de verschillende reacties die het bestuursorgaan in die stelsels kan geven. Daarbij wordt aandacht besteed aan de gevolgen hiervan voor de rechtsbescherming van zowel de melder als derde belanghebbenden. Onder dit punt neem ik ook een standpunt in over het rechtskarakter van de daadwerkelijke (reële) reacties van het bestuursorgaan die zich voordoen in het meldingenstelsel voor de aanleg van een uitweg in de model APV en de APV's van Leeuwarden en Stein, de uitdrukkelijke acceptatie of instemming (al dan niet onder voorschriften) en de oplegging van een verbod, alle binnen de in de APV's voorgeschreven beslistermijn van vier weken. Bovendien beantwoord ik voor deze daadwerkelijke reacties de vragen betreffende de

inwerkingtreding van de reactie, de mogelijke plicht tot publicatie, het vraagstuk van de formele rechtskracht en de gevolgen en mogelijkheden van derde belanghebbenden om een aanvraag te doen tot het verbieden van een uitweg of tot het verbinden van voorschriften aan de instemming.

Onder punt 5 komen de overige, (veelal) aan de specifieke situaties in de zaken Leeuwarden en Stein gerelateerde, vragen aan de orde. Daarbij gaat het om het rechtskarakter van het achterwege blijven van een reactie, het rechtskarakter van een daadwerkelijke (reële) reactie na de beslistermijn van vier weken, de mogelijkheid om de beslistermijn te verlengen, de mogelijkheid om voorschriften aan de acceptatie te verbinden en de gevolgen van het niet voldoen aan de in de APV's opgenomen vormvereisten voor een melding. Punt 6 bevat een korte beschouwing naar aanleiding van de belangrijkste bevindingen van de conclusie.

Ten slotte merk ik op dat ik in deze conclusie niet inga op de vraag of reacties op de melding in beide zaken, voor zover die kwalificeren als een besluit, inhoudelijk rechtmatig zijn.

3. Het rechtskarakter van de reactie van een bestuursorgaan op een melding: achtergrond en spanning

3.1 De hoofdvraag van de conclusie betreft het rechtskarakter van de reactie van een bestuursorgaan op een melding. In het stelsel van de Awb gaat het dan om de vraag of deze reactie gelet op de precieze wettelijke vormgeving van een specifiek meldingstelsel kwalificeert als een besluit/beschikking in de zin van de Awb en de melding mogelijk als aanvraag in de zin van diezelfde wet. Voor hen die niet met de Awb onder het hoofdkussen slapen, merk ik op dat het begrip melding geen vaste juridische betekenis heeft. Het is bijvoorbeeld niet zo dat de wet- of regelgever door uitsluitend het gebruik van de term melding kan bereiken dat de Awb niet van toepassing is. (*zie noot 3*) De juridische betekenis van een melding en de reactie daarop wordt, als gezegd, bepaald door de toepassing van de begrippen besluit, beschikking en aanvraag op het specifieke meldingstelsel in kwestie.

Voor niet-ingewijden geldt verder het volgende caveat. Het begrip besluit is een juridisch-technisch begrip dat, ondanks zijn lange geschiedenis, aan de randen nog steeds veel discussie veroorzaakt. Het is ook een complex begrip waarvan de inhoud wordt bepaald door abstracte noties, die voor niet-ingewijden nauwelijks zijn te begrijpen. Als gevolg hiervan is ook deze conclusie voor hen vermoedelijk een moeizaam stuk, ook al heb ik geprobeerd zo duidelijk mogelijk te zijn. Vanwege het complexe karakter wordt in de literatuur al vele jaren gediscussieerd over de vraag of het besluitbegrip wel geschikt is om, zoals hierna zal blijken, bepalend te zijn voor de toegang tot de bestuursrechter. (*zie noot 4*) In deze conclusie ga ik op deze discussie niet in nu de door de voorzitter gestelde vragen moeten worden beantwoord in het licht van het thans geldende recht.

3.2 Zoals aangegeven is voor het rechtskarakter van een reactie op een melding bepalend of zij kwalificeert als besluit/beschikking in de zin van de Awb. Besluit en beschikking zijn centrale begrippen van de Awb, zowel voor wat betreft de rechtsbescherming als voor de publiekrechtelijke normering. Op grond van artikel 8:1 Awb kunnen belanghebbenden alleen tegen besluiten/beschikkingen beroep instellen bij de bestuursrechter (en daaraan voorafgaand bezwaar maken, vgl. art. 7:1 Awb). Voor het nemen van besluiten gelden de publiekrechtelijke normen van hoofdstuk 3 en - als het besluit ook kwalificeert als een beschikking - hoofdstuk 4 Awb. Artikel 1:3 Awb bevat de volgende voor deze conclusie relevante definities:

1. Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.
2. Onder beschikking wordt verstaan: een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan.
3. Onder aanvraag wordt verstaan: een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen.

De definitie van besluit bevat diverse elementen. (zie noot 5) In de eerste plaats kwalificeert een beslissing alleen als besluit, als zij afkomstig is van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, Awb. Aan dit element besteed ik verder geen aandacht, omdat onomstreden is dat de entiteiten die in beide zaken gereageerd hebben op de melding - de colleges van burgemeester en wethouders van Leeuwarden en Stein - kwalificeren als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Dat geldt ook voor de entiteiten die in de andere meldingenstelsels die in deze conclusie worden besproken, een reactie op een melding (moeten) geven.

In de tweede plaats moet sprake zijn van een schriftelijke beslissing. Volgens de MvT houdt dit element niet meer in dan dat het besluit uit een schriftelijk stuk kenbaar moet zijn. (zie noot 6) Op dit vereiste wordt in punt 5.7 teruggekomen in verband met het rechtskarakter van het achterwege laten van een reactie op de melding voor de aanleg van uitwegen binnen vier weken in de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein. Ten slotte is pas sprake van een besluit, als de beslissing een publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt. Op het element publiekrechtelijk wordt in deze conclusie niet ingegaan omdat, voor zover de reactie op een melding als 'rechtshandeling' kwalificeert, onomstreden is dat die rechtshandeling publiekrechtelijk (en niet privaatrechtelijk) is. Het element rechtshandeling is wel essentieel voor het rechtskarakter van de bestuurlijke reactie op een melding. Daaraan wordt in punt 3.3 apart aandacht besteed.

Voor deze conclusie is verder het begrip beschikking van belang. Om als zodanig te kwalificeren moet er sprake zijn van een besluit dat niet van algemene strekking is. Voor de bestuurlijke reacties op alle meldingen die in deze conclusie worden besproken geldt dat zij niet van algemene strekking zijn. Voor zover deze reacties kwalificeren als besluit, kwalificeren zij dus ook als beschikking. Dat kan, gelet op de definitie van beschikking in artikel 1:3, tweede lid, Awb, betekenen dat ook de afwijzing van de melding dan een beschikking is.

Ten slotte is het begrip aanvraag relevant. Volgens artikel 1:3, derde lid, Awb is een aanvraag het verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen. Aan het begrip belanghebbende wordt in deze conclusie geen aandacht besteed, omdat onomstreden is dat burgerpartijen in de zaken Leeuwarden en Stein als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Wel merk ik op deze plaats op dat, indien de bestuurlijke reactie op een melding kwalificeert als besluit/beschikking, de melding zou kunnen kwalificeren als een aanvraag in de zin van de Awb. In dat geval zijn artikel 4:1 Awb en volgende daarop van toepassing.

3.3 Een beslissing is, als gezegd, pas een besluit als het een 'rechtshandeling' inhoudt. Om als rechtshandeling te kwalificeren moet er in de eerste plaats sprake zijn van een wilsverklaring. (zie noot 7) Dat betekent dat het bestuursorgaan zich over een bepaald verzoek een oordeel (wil) heeft gevormd en deze wil zich op enigerlei wijze heeft geopenbaard (verklaring). Dat openbaren kan niet op een lijn gesteld worden met de bekendmaking van artikel 3:40 Awb - ook al kan het openbaren door die bekendmaking plaatsvinden - en moet worden onderscheiden van het hiervoor genoemde schriftelijkheidsvereiste. Waar het om gaat is dat de wil van het bestuursorgaan zich niet alleen 'in de gedachten' van dat orgaan bevindt, maar op enigerlei wijze naar buiten is gecommuniceerd. (zie noot 8)

In de tweede plaats is het volgens de MvT bij artikel 1:3 Awb voor het kwalificeren als rechtshandeling noodzakelijk dat de wilsverklaring 'is gericht op enig rechtsgevolg'. (zie noot 9) Dat rechtsgevolg moet extern zijn, zodat beslissingen met een zuiver intern karakter niet kwalificeren als besluit. (zie noot 10) Een beslissing is gericht op rechtsgevolg, indien zij beoogt dat er een verandering optreedt in de wereld van het recht. Anders gezegd, er ontstaat door de beslissing een wijziging in de rechten en verplichtingen van de betrokken rechtssubjecten; hun rechtspositie wordt in die zin beïnvloed dat ten aanzien van hen - in de woorden van de Afdeling - "rechten, plichten, een bevoegdheid of een status worden gecreëerd of teniet gedaan". (zie noot 11) Of, zoals Van Wijk c.s. het stellen: (zie noot 12)

Van een rechtsgevolg is sprake "(a) als er een verandering optreedt in de bestaande rechten, verplichtingen of bevoegdheid van een of meer rechtssubjecten; of (b) wanneer er verandering

optreedt in de juridische status van een persoon of object of wanneer een rechtssubject in het leven wordt geroepen; dan wel (c) als het bestaan van zekere rechten, verplichtingen, bevoegdheden of status bindend wordt vastgesteld."

Van de hier bedoelde verandering of vaststelling is in beginsel niet sprake als de rechtsgevolgen rechtstreeks voortvloeien uit de wet en de beslissing van het bestuursorgaan er niet op is gericht daarin verandering aan te brengen. (*zie noot 13*)

In verband met deze conclusie verdienen twee aspecten van het element 'rechtshandeling' als onderdeel van het besluitbegrip nog nadere aandacht. In de eerste plaats is het volgens vaste rechtspraak van de bestuursrechtshouders voor het kwalificeren als besluit voldoende dat de wilsverklaring van het bestuursorgaan gericht is op rechtsgevolg en is het dus niet noodzakelijk of constitutief dat deze verklaring dat rechtsgevolg daadwerkelijk bewerkstelligt, (*zie noot 14*) ook al zou dat laatste dogmatisch zuiverder zijn. (*zie noot 15*) Voor deze uitleg is door de rechters gekozen om te voorkomen dat een belanghebbende niet in beroep zou kunnen gaan tegen een wilsverklaring van een bestuursorgaan, omdat die verklaring vanwege bijvoorbeeld een bevoegdheidsgebrek niet het ermee beoogde effect teweeg kan brengen. Door de daadwerkelijke bewerkstelling van het beoogde rechtsgevolg niet als eis voor het kwalificeren als besluit te stellen, kunnen de Awb-rechtsmiddelen ook worden aangewend tegen de uitoefening door het bestuur van een gepretendeerde bevoegdheid en wordt een leemte in de rechtsbescherming voorkomen. (*zie noot 16*)

In de tweede plaats past een opmerking over het zogenoemde rechtsvaststellende (declaratoire) besluit. Hoewel veruit de meeste besluiten als zodanig kwalificeren omdat zij rechtsscheppend zijn, wordt in de literatuur doorgaans erkend dat er ook rechtsvaststellende beslissingen of handelingen zijn, die als besluit kwalificeren. (*zie noot 17*) In de Wet Bab - die op dit punt volgens de MvT bij de Awb nog steeds relevant is voor de uitleg van de Awb (*zie noot 18*) - werd zelfs expliciet bepaald dat een beschikking ook gericht kon zijn op "de vaststelling van een bestaande rechtsverhouding". Welke beslissingen of handelingen kwalificeren als rechtsvaststellend besluit is minder duidelijk, omdat een algemeen aanvaarde definitie niet bestaat en vooral de grens ten opzichte van de zogenoemde bestuurlijke rechtsoordelen omstreden is. (*zie noot 19*) Kort en goed is het daarbij de vraag of de rechtsgevolgen van het oordeel voortvloeien uit de wet zelf (geen besluit) of uit de vaststelling ervan door dat oordeel (wel besluit). Van Ommeren heeft, ten einde op dit punt helderheid te scheppen, voorgesteld om pas van een rechtsvaststellend besluit te spreken, indien (a) de rechtsgevolgen ervan worden bepaald door de wet, (b) die rechtsgevolgen pas intreden ten gevolge van de in concreto bindende vaststelling door het bestuur, en (c) het bestuur door deze beslissing zichzelf bindt. (*zie noot 20*) Het tweede kenmerk maakt volgens hem dat het rechtsvaststellende besluit op rechtsgevolg is gericht. Zijn definitie is gebaseerd op een grondige analyse van de rechtspraak en is - zoals in deze conclusie zal blijken - bruikbaar bij het bepalen van het rechtskarakter van de reactie op sommige meldingen (en ter verklaring van de rechtspraak daarover) en voor de afbakening van rechtsvaststellende besluiten ten opzichte van buitenwettelijke bestuurlijke rechtsoordelen (*zie punt 3.6*). Als ik hierna spreek over rechtsvaststellende besluiten gaat het om besluiten die (volgens mij) op grond van de definitie van Van Ommeren als zodanig kwalificeren.

3.4 De meldingenstelsels die in beide zaken aan de orde zijn en ook veel andere meldingenstelsels die in deze conclusie worden besproken, worden toegepast in een situatie waarin ook een vergunningstelsel had kunnen worden gehanteerd. Vaak - en dat geldt ook voor de in beide zaken aan de orde zijnde meldingenstelsels voor het maken en veranderen van een uitweg - is het meldingenstelsel uitdrukkelijk geïntroduceerd als alternatief voor een vergunningstelsel. De reden voor deze introductie is de behoefte die bij de regering vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw ontstond aan deregulering en de vermindering van administratieve lasten van zowel de overheid als het bedrijfsleven. (*zie noot 21*) Belangrijke beleidsmatige mijlpalen in dit verband zijn het programma 'Marktwerking, deregulering en wetgevingsbeleid' (vanaf 1995) en het project 'Vereenvoudiging Vergunningen' (2006). (*zie noot 22*) De zaken die in deze conclusie aan de orde zijn en de vele andere meldingenstelsels die de model APV bevat, laten zien dat deze dereguleringsstendens inmiddels ook de decentrale overheden heeft bereikt. (*zie noot 23*)

In het geval van een vergunningenstelsel is een bepaald handelen verboden, tenzij het bestuursorgaan dat verbod heeft 'opgeheven' door verlening van een vergunning. Omdat als gevolg van de vergunningverlening een wijziging optreedt in de wereld van het recht - wat eerst verboden was, wordt immers toegestaan - kwalificeert een vergunning als besluit/beschikking. Dat betekent dat het proces van vergunningverlening publiekrechtelijk wordt genormeerd door afdeling 3 en 4 van de Awb en dat tegen de beslissing van het bestuursorgaan op de aanvraag van de vergunning voor belanghebbenden beroep openstaat op de bestuursrechter.

Bij de juridische kwalificatie van een bestuurlijke reactie op een melding doet zich - los van de juridisch-dogmatische technicalities van het Awb-besluit en van de specifieke eigenschappen van de diverse meldingenstelsels - de volgende spanning voor. Indien deze reactie niet wordt opgevat als een Awb-besluit, is de publiekrechtelijke normering van afdeling 3 en 4 Awb niet (rechtstreeks) van toepassing op het proces dat tot die reactie leidt en kunnen belanghebbenden tegen die reactie geen beroep instellen op de bestuursrechter. In dat geval wordt het doel van de introductie van het meldingenstelsel - het terugdringen van administratieve lasten - optimaal bereikt, maar gaat dat ten koste van de rechtsbescherming van belanghebbenden. Merkt men de reactie op een melding wel aan als Awb-besluit, dan is de rechtsbescherming gegarandeerd, maar wordt het doel van het meldingenstelsel maar deels bereikt. In feite verschilt het meldingenstelsel qua administratieve lasten dan immers weinig van een licht vergunningenstelsel.

In deze conclusie kom ik op deze spanning tussen rechtsbescherming en de wens tot deregulering en de vermindering van de bestuurslasten in punt 4.33 en 6.2 terug.

3.5 Overigens betekent het niet als Awb-besluit aanmerken van een reactie op een melding niet dat tegen die reactie geen enkele rechtsbescherming openstaat. In het Nederlands systeem van rechtsbescherming kunnen betrokkenen in het geval de bestuursrechter niet bevoegd is, tegen zo'n reactie immers altijd een vordering instellen bij de civiele rechter. (zie *noot 24*) Zoals ik al heb aangegeven in punt 3.4 van mijn conclusie van 23 juni 2014 in de zaken Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio (nr. 201304908/3/A2) en Stichting Platform31 (nr. 201307828/2/A2), is de rechtsbescherming die de bestuursrechter biedt voor de burger echter aantrekkelijker dan die van de civiele rechter vanwege de 'cultuur van de goede toegang' bij de bestuursrechter en de door die rechter geboden ongelijkheidscompensatie. Los daarvan is, voor zover er al een rechter over deze reacties moet oordelen, de in bestuursrechtelijke zaken gespecialiseerde bestuursrechter de meest gereede rechter.

Vanwege de hier genoemde voordelen van de bestuursrechtspraak zijn de bestuursrechters soms geneigd om handelingen van bestuursorganen, die op grond van de in punt 3.2 genoemde elementen juridisch-dogmatisch niet zouden kwalificeren als een Awb-besluit, toch als zodanig aan te merken, dan wel - eventueel alleen voor de rechtsbescherming - daarmee gelijk te stellen. In al die gevallen is de bestuursrechter dan bevoegd om over die handelingen te oordelen. Een dergelijk strategisch besluitbegrip ziet men op het grensvlak van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen in de zogenoemde publieketaakjurisprudentie, waarin aan het privaatrecht ontleende bevoegdheden van bestuursorganen ter uitvoering van een 'publieke taak' door de bestuursrechter worden geconverteerd in (appellabele) Awb-besluiten. (zie *noot 25*) Een voorbeeld van strategisch gebruik van het besluitbegrip op het grensvlak van feitelijke en rechtshandelingen is aan de orde in de rechtspraak over bestuurlijke rechtsoordelen, waarop ik in het volgende punt nader inga.

Ten slotte merk ik op dat duidelijkheid over het besluitkarakter van een bepaalde handeling soms ook wordt geschapen door de wetgever. In dat geval wordt in de wet bepaald dat een bepaalde handeling waarvan het besluitkarakter op grond van de in punt 3.2 genoemde elementen niet zonder meer vaststaat, om redenen van rechtszekerheid en rechtsbescherming toch als Awb-besluit moet worden aangemerkt of daarmee (al dan niet alleen voor de rechtsbescherming) moet worden gelijkgesteld. (zie *noot 26*) Zoals hierna zal blijken is dat ook geschied met betrekking tot de reacties op sommige meldingen.

3.6 Zoals hiervoor opgemerkt hanteert de rechtspraak bij bestuurlijke rechtsoordelen een strategisch besluitbegrip. Een bestuurlijk rechtsoordeel is een zelfstandig en als definitief bedoeld oordeel van een bestuursorgaan over de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift aangaande de toepassing waarvan dat orgaan bevoegdheden heeft. (zie noot 27) Rechtsoordelen hebben bijvoorbeeld betrekking op de vergunningplichtigheid van een handeling of de verenigbaarheid van een handeling met de wettelijke voorschriften. Wat betreft het rechtskarakter, casu quo appellabiliteit van deze oordelen, geldt het volgende.

Soms, namelijk als is voldaan aan de in punt 3.3 vermelde definitie van Van Ommeren, kwalificeren rechtsoordelen als rechtsvaststellend besluit. Bij de reacties op de meldingen die hierna worden besproken, is dat het geval bij de inmiddels vervallen meldingen van artikel 8.19 Wet milieubeheer (vanaf 2000, zie punt 4.9) en artikel 42 Woningwet (zie punt 4.12), en de melding in verband met het concentratietoezicht van artikel 34 Mededingingswet (punt 4.13). (zie noot 28)

Behalve deze in de wet voorziene rechtsoordelen zijn er de buitenwettelijke rechtsoordelen. Volgens vaste rechtspraak van de hoogste bestuursrechters worden deze in beginsel niet aangemerkt als Awb-besluit, omdat het rechtsgevolg ervan rechtstreeks voortvloeit uit de wet en niet uit het oordeel van het bestuur (zie punt 3.3). (zie noot 29) Diezelfde rechtspraak maakt om redenen van rechtsbescherming echter een uitzondering als de alternatieve weg om over het oordeel een rechterlijke uitspraak te krijgen - voor de aanvrager het indienen van een vergunningaanvraag, waarna de beslissing daarover in rechte kan worden aangevochten, voor derden het verzoeken om handhaving et cetera - in het concrete geval 'onevenredig bezwarend (of belastend)' wordt geacht. (zie noot 30) In dat geval wordt in die rechtspraak het bestuurlijk rechtsoordeel aangemerkt als Awb-besluit of, eventueel alleen voor de rechtsbescherming, daarmee gelijkgesteld en is er sprake van strategisch gebruik van het besluitbegrip.

Deze rechtspraak, die niet onomstreden is, (zie noot 31) staat in deze conclusie als zodanig niet ter discussie. De vraag van de voorzitter betreft immers niet de rechtsoordelenrechtspraak, maar het rechtskarakter van de reactie op de diverse meldingen. Bovendien bestaat er geen verschil van inzicht tussen de hoogste bestuursrechters over de benadering van het bestuurlijk rechtsoordeel. Wel is deze rechtspraak van belang voor het bepalen van het rechtskarakter van de reactie op sommige meldingen.

Verder weerspiegelt de rechtsoordelenrechtspraak wellicht een algemenere visie over de wijze waarop de hoogste bestuursrechters denken over de spanning tussen dogmatiek en rechtsbescherming, die analoog zou kunnen worden toegepast bij de kwalificatie van sommige reacties op meldingen, waarvan twijfelachtig is of zij dogmatisch-juridisch als besluit kwalificeren. Deze visie bestaat uit twee regels. In de eerste plaats de regel dat bij de invulling van het besluitbegrip de dogmatiek prevaleert, tenzij de toepassing ervan 'onevenredig bezwarend' is voor de rechtsbescherming. In de tweede plaats - dat blijkt impliciet uit die rechtspraak - dat in dat geval de rechtsbescherming moet worden verleend door de bestuursrechter en de weg naar civiele rechter niet als redelijk alternatief wordt beschouwd. Beide regels lijken mij - ook los van de vraag of ik ze op grond van rechtsoordelenrechtspraak mag 'toerekenen' aan de hoogste bestuursrechters - niet onredelijk.

3.7 Ten slotte nog een punt van terminologische aard. In punt 3.6 heb ik aangegeven dat in het geval de bestuursrechters rechtsbescherming willen bieden tegen een buitenwettelijke bestuurlijk rechtsoordeel (dat dus niet kwalificeert als een rechtsvaststellend besluit), zij dit oordeel 'aanmerken als besluit of het, eventueel alleen voor de rechtsbescherming, daarmee gelijk stellen'. Deze wat wollige formulering heeft te maken met het gegeven dat al deze varianten in de rechtspraak worden aangetroffen. (zie noot 32) Daarnaast wordt in plaats van 'gelijk stellen' ook de frase 'op een lijn stellen' gebruikt. (zie noot 33) Enige stroomlijning op dit punt lijkt mij gewenst en mogelijk.

Uitgangspunt daarbij moet mijns inziens zijn dat in het geval dat een handeling op grond van artikel 1:3, eerste lid, Awb en de dogmatiek daaromtrent niet kwalificeert als een besluit, deze handeling door de rechter niet als besluit moet worden 'aangemerkt'. (zie noot 34) In dat geval maakt hij namelijk een

inbreuk op de dogmatiek, die gemakkelijk kan worden voorkomen door de handeling gelijk (of op een lijn) te stellen met een besluit. Wat betreft de keuze tussen 'gelijk stellen met' en 'op een lijn stellen met' heb ik een lichte voorkeur voor de eerste formule, omdat deze ook wordt gehanteerd door de wetgever in artikel 6:2 Awb.

Verder blijkt uit het voorgaande dat de handeling kan worden gelijkgesteld met een besluit, maar dat deze gelijkstelling soms alleen voor de rechtsbescherming geschiedt. Bij de keuze tussen deze twee varianten moet bepalend zijn of de rechter al dan niet beoogt dat voor de totstandkoming van de handeling de normen van afdeling 3 en 4 Awb gelden. Is dat het geval, dan moet hij de handeling gelijk stellen met een besluit. Beoogt hij dat niet, maar wil hij alleen maar garanderen dat tegen de handeling de Awb-rechtsbescherming openstaat, dan moet hij kiezen voor de gelijkstelling met een besluit voor wat betreft de rechtsbescherming.

4. Meldingen in soorten en maten

Inleiding

4.1 Zoals aangegeven in punt 2.3 gaat deze conclusie niet alleen over de meldingenstelsels voor de aanleg en verandering van uitwegen die aan de orde zijn in de zaken Leeuwarden en Stein (melding als uitzondering op een voorwaardelijke verbodsbepaling), maar is het de bedoeling van de vraag dat ik dit stelsel in een ruimer perspectief plaats. Daartoe moet in elk geval aandacht worden besteed aan andere meldingenstelsels die in de model APV worden gehanteerd - concreet worden genoemd de melding als voorwaarde voor de uitzondering op een vergunningplicht (voor het houden van kleine evenementen, vgl. art. 2:25 model APV) en de melding in de vorm van een gebod (in verband met de regulering van paracommerciële rechtspersonen, vgl. art. 2:34b model APV, en het plaatsen van voorwerpen op, in of boven openbaar water, vgl. art. 5:24 model APV) - en aan meldingenstelsels in andere regelingen, zoals de milieuregelgeving en het Bouwbesluit 2012.

Hierna wordt ten einde te voorzien in het gewenste ruimere perspectief voor vier categorieën meldingen aangegeven of zij, mede in het licht van de rechtspraak (en soms de opvatting van de wetgever), kwalificeren als besluit, dan wel of hiertegen om strategische redenen rechtsbescherming openstaat. De hiervoor genoemde meldingenstelsels uit de model APV en de milieu- en bouwregelgeving krijgen binnen die categorieën een plaats. Daarnaast wordt een aantal meldingenstelsels uit andere wet- en regelgeving besproken. De vier categorieën zijn: (*zie noot 35*) a. de melding in verband met algemene regels; b. de melding als uitzondering op de vergunningplicht; c. de melding als gebod; en d. de melding als uitzondering op een voorwaardelijke verbodsbepaling.

De meldingenstelsels voor de aanleg van een uitweg in de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein behoren tot de laatste categorie. Zoals aangegeven in punt 2.3 ga bij deze categorie in punt 4 alleen in op het rechtskarakter van de daadwerkelijke (reële) reacties van het college binnen vier weken, die zich voordoen in die meldingenstelsels. De in die stelsels ook voorziene 'instemming' door tijdsverloop komt in punt 5 aan de orde. De reden voor deze splitsing is dat in punt 4 de 'melding als uitzondering op een voorwaardelijke verbodsbepaling' als categorie centraal staat en de instemming door tijdsverloop niet noodzakelijkerwijs verbonden hoeft te zijn met deze categorie. (*zie noot 36*) Anders gezegd, er zouden meldingenstelsels in deze categorie kunnen zijn, waarin niet is voorzien in een dergelijke instemming.

Overigens bespreek ik hierna lang niet alle meldingenstelsels die in de wet- en regelgeving (zullen) figureren. (*zie noot 37*) Zo besteed ik geen aandacht aan de talloze meldingen in de Wet financieel toezicht, (*zie noot 38*) en ga ik evenmin in op de diverse meldingen in de Wet Maatschappelijke Ondersteuning 2015. (*zie noot 39*) Deze beperking hangt samen met het gegeven dat de vele meldingenstelsels die de Nederlandse wet- en regelgeving inmiddels kent, heel verschillend zijn geregeld en fungeren in heel verschillende wettelijke contexten. Om het rechtskarakter van de reacties op al die meldingen te bepalen is een precieze analyse van die verschillende wettelijke regelingen noodzakelijk. Een dergelijke analyse kan nog min of meer verantwoord worden verricht ten aanzien

van de meldingstelsels die hierna worden besproken. Een uitbreiding naar nog meer terreinen is in het kader van een conclusie niet goed mogelijk en is meer een taak voor de wetenschap.

De melding in verband met algemene regels

4.2 In sommige reguleringsstelsels bestaat een meldingsplicht in verband met de algemene regels die voor een bepaalde activiteit gelden. Deze stelsels ziet men in het omgevingsrecht - in verband met de algemene regels op grond van artikel 8.40 Wet milieubeheer (Wm) en in het Bouwbesluit - maar ook in de model APV bij de regulering van incidentele activiteiten (art. 4:3) en paracommerciële rechtspersonen (art. 2:34b). Deze stelsels komen in die zin met elkaar overeen dat voor het verrichten van de desbetreffende activiteiten bepaalde bij of krachtens een wettelijk voorschrift gestelde algemene regels gelden en bovendien is bepaald dat degene die de activiteit wil verrichten deze activiteit vooraf moet melden.

Deze melding is geen voorwaarde voor de gelding van de algemene regels; degene die de activiteit verricht moet zich daaraan zonder meer houden. Het doel van de melding is vooral om het bestuursorgaan in kennis te stellen van het feit dat een meldingsplichtige activiteit wordt verricht. Dat vergemakkelijkt het toezicht op en de handhaving van de algemene regels. Bovendien kan de melding in sommige stelsels voor het bestuur aanleiding zijn om gebruik te maken van de in die stelsels voorziene bevoegdheid om nadere eisen of (maatwerk)voorschriften op te leggen over de wijze waarop de activiteit mag worden verricht. Het opleggen van voorschriften of nadere eisen kan doorgaans ook op een later moment of naar aanleiding van een verzoek daartoe van een derde belanghebbende of van degene die de activiteit verricht.

Hierna wordt voor een aantal reguleringsstelsels, waarin de combinatie van algemene regels en meldingen aan de orde is, ingegaan op het rechtskarakter van de bestuurlijke reactie op een melding.

4.3 In de milieurechtelijke poot van het omgevingsrecht worden bepaalde activiteiten gereguleerd door algemene regels in plaats van door individuele vergunningen. Het bekendste voorbeeld is het Activiteitenbesluit, een amvb als bedoeld in artikel 8.40 Wm, (*zie noot 40*) waarin voor veel milieubelastende activiteiten dergelijke algemene regels zijn gesteld. Op grond van artikel 8.41 Wm kan bij de desbetreffende amvb met betrekking tot de daarbij aangewezen categorieën van inrichtingen de verplichting worden opgelegd tot het (vooraf) melden van het oprichten of veranderen van de inrichting, waarop de amvb betrekking heeft. Een dergelijke verplichting is bijvoorbeeld opgenomen in het Activiteitenbesluit. De toepasselijkheid van de algemene regels is overigens niet afhankelijk van de melding. Evenmin verplicht de wet tot het geven van een reactie op de melding.

De vraag of de reactie van het bestuursorgaan naar aanleiding van een melding op grond van artikel 8.41 Wm een voor beroep vatbaar besluit is, is in de rechtspraak van de Afdeling op verschillende wijzen beantwoord. In een uitspraak van 19 juli 1995 overwoog de Afdeling dat de schriftelijke mededeling over de aanvaardbaarheid van een melding als bedoeld in artikel 8.41 Wm weliswaar geen besluit is - het rechtsgevolg van de melding vloeit namelijk rechtstreeks voort uit het systeem van de Wm in samenhang met een amvb als bedoeld in artikel 8.41 Wm, en niet uit de acceptatie van de melding - maar dat deze beslissing met het oog op een doelmatige rechtsbescherming voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep wel gelijk moet worden gesteld met een krachtens de Wm genomen besluit. (*zie noot 41*) In haar uitspraak van 16 oktober 1997 kwam de Afdeling op dit standpunt echter terug. (*zie noot 42*) Zij overwoog:

"De Afdeling komt thans echter op deze gelijkstelling terug. Zij overweegt daartoe dat deze niet op de wet gebaseerde gelijkstelling op overwegende bezwaren stuit bij de toepassing van de Wm. Daarbij wordt allereerst gedacht aan de onduidelijkheid over de betekenis van een uitdrukkelijk geaccepteerde en niet in rechte bestreden melding. Verder brengt het niet aanmerken van een beslissing tot acceptatie van een melding als een op enig rechtsgevolg gericht besluit mee dat de bepalingen in de Awb omtrent de bekendmaking en mededeling en derhalve ook die omtrent het van kracht worden niet van toepassing zijn. Het bezwaar hiertegen klemt, in het bijzonder met het

oog op de positie van derden, temeer, nu de Wet milieubeheer niet voorziet in een regeling van de besluitvorming ter zake van een melding en van de rechtsbescherming.

Het oordeel of een inrichting onder de werking van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 8.40 Wm, valt, is voorts steeds geïmpliceerd in het besluit van het bevoegd gezag op de aanvraag om een vergunning. Bij de beoordeling of een dergelijke aanvraag in behandeling wordt genomen dient het bevoegd gezag ambtshalve te overwegen of een vergunning is vereist.

Dit betekent dat tegen een beslissing tot acceptatie van een melding geen rechtsmiddelen op grond van de Awb openstaan".

Op grond van deze uitspraak staan de Awb-rechtsmiddelen niet langer open tegen de acceptatie van deze melding in verband met algemene regels. Zij is ook thans nog relevant. (zie noot 43)

In een amvb als bedoeld in artikel 8.40 Wm kan de bevoegdheid zijn opgenomen om maatwerkvoorschriften (voorheen nader eisen genoemd) op te leggen. De maatwerkvoorschriften kunnen op initiatief van het bestuursorgaan, op verzoek van de drijver van de inrichting of op verzoek van een andere belanghebbende worden opgelegd. Het opleggen van maatwerkvoorschriften, maar ook de weigering om dat te doen is volgens vaste rechtspraak van de Afdeling een besluit in de zin van de Awb, waartegen de Awb-rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. (zie noot 44) Dat is vanzelfsprekend aangezien het opleggen van het voorschrift gericht is op rechtsgevolg (en niet rechtstreeks voortvloeit uit de algemene regels). Aangezien het gaat om een beschikking, kwalificeert ingevolge artikel 1:3, tweede lid, Awb ook de afwijzing van de aanvraag van een derde belanghebbende om een voorschrift op te leggen als een beschikking.

4.4 In het Bouwbesluit komen twee meldingen voor die tot de onderhavige categorie meldingen kunnen worden gerekend.

De eerste betreft de gebruiksmelding van artikel 1.18 Bouwbesluit. Het Bouwbesluit bevat in de hoofdstukken 2, 6 en 7 algemene regels over brandveilig gebruik. Deze regels waarborgen in principe een voldoende mate van brandveiligheid. In een beperkt aantal gevallen, waarbij sprake is van "een relatief hoge voorgenomen bezetting van een bouwwerk, is het gebruik van dat bouwwerk meldingsplichtig". (zie noot 45) Daartoe is het ingevolge artikel 1.18, eerste lid, Bouwbesluit verboden om zonder of in afwijking van een gebruiksmelding een bouwwerk in gebruik te nemen of te gebruiken onder meer indien daarin meer dan 50 personen tegelijk aanwezig zullen zijn, of een woonfunctie in gebruik te nemen of te gebruiken voor kamergewijze verhuur. De melder krijgt door of namens het bevoegd gezag een bewijs van ontvangst toegezonden of uitgereikt, waarin de datum van ontvangst is vermeld. Voor zover ik heb kunnen nagaan bestaat er geen rechtspraak over de vraag of de toezending/uitreiking van dit bewijs kwalificeert als een Awb-besluit. (zie noot 46) Naar ik aanneem is dat niet het geval, omdat uit de toezending/uitreiking geen rechtsgevolgen voortvloeien. De algemene regels in verband met brandveilig gebruik van bouwwerken gelden op grond van het Bouwbesluit. Het doel van de melding is dat het bestuur wordt geïnformeerd over 'gevoelige' vormen van gebruik. Zoals aangegeven in punt 4.2 vergemakkelijkt dat het toezicht op en de handhaving van de algemene voorschriften betreffende dat gebruik.

Ingevolge artikel 1.21 Bouwbesluit, kan het bevoegd gezag na een melding van gebruik als bedoeld in artikel 1.18, eerste lid, onderdeel a, onder 1 (dat betreft het gebruik van een bouwwerk waarin meer dan 50 personen tegelijk aanwezig zijn), nadere voorwaarden opleggen aan het gebruik indien deze noodzakelijk zijn voor het voorkomen, beperken en bestrijden van brand, brandgevaar en ongevallen bij brand. Ingevolge artikel 1.22 kan het bevoegd gezag deze nadere voorwaarden wijzigen. Ook over het rechtskarakter van deze oplegging heb ik geen rechtspraak aangetroffen. Overeenkomstig de - onder punt 4.3 besproken - oplegging van maatwerkvoorschriften ingevolge artikel 8.40 Wm, neem ik aan dat zij kwalificeert als een Awb-besluit, meer in het bijzonder als een beschikking. Dat betekent dat ook de weigering om dergelijke voorwaarden op te leggen op verzoek ('aanvraag') van derde belanghebbenden als beschikking kwalificeert.

De tweede melding uit het Bouwbesluit die tot de categorie meldingen in verband met algemene regels kan worden gerekend, is de sloopmelding van artikel 1.26 Bouwbesluit. Dit meldingenstelsel wijkt overigens in zoverre van de hiervoor besproken meldingen af dat er, met uitzondering van de verplichte melding zelf, geen algemene regels voor het slopen (meer) gelden. Wel is het ingevolge artikel 1.26 verboden om zonder of in afwijking van een sloopmelding te slopen indien daarbij asbest wordt verwijderd of de hoeveelheid sloopaafval naar redelijke inschatting meer dan 10 m³ zal bedragen. De melder krijgt door of namens het bevoegd gezag een bewijs van ontvangst toegezonden of uitgereikt, waarin de datum van ontvangst is vermeld. Ingevolge artikel 1.29, kan het bevoegd gezag naar aanleiding van een sloopmelding nadere voorwaarden opleggen aan het slopen indien deze noodzakelijk zijn voor het voorkomen of beperken van hinder of van een onveilige situatie tijdens het uitvoeren van de sloopwerkzaamheden. Ingevolge artikel 1.30 kan het bevoegd gezag deze nadere voorwaarden wijzigen.

Dit meldingenstelsel was aan de orde in een uitspraak van 19 november 2012 van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch. (*zie noot 47*) Hierin oordeelt deze als volgt over het rechtskarakter van de ontvangstbevestiging van een sloopmelding en een opgelegde voorwaarde:

"Per 1 april 2012 is artikel 2.2, eerste lid, sub a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) vervallen en is de vergunningplicht voor het slopen van gebouwen uit de gemeentelijke bouwverordening geschrapt. Hiervoor is de procedure inzake melding in artikel 1.26 van het Bouwbesluit opgenomen.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat met het schrappen van de vergunningplicht uit de gemeentelijke bouwverordening, het slopen van het pand - los van de verplichte melding dat het sloopaafval meer dan 10 m³ zal bedragen of dat asbest zal worden verwijderd - niet publiekrechtelijk is genormeerd. Aan de enkele mededeling dat de melding volledig is en voldoet aan de indieningsvereisten zijn geen rechtsgevolgen verbonden. In de brief van verweerder wordt echter niet alleen een mededeling gedaan, er wordt tevens een aanvullende voorwaarde verbonden, namelijk dat de sloop moet worden uitgevoerd door een gecertificeerd deskundig bedrijf en dat het asbestverwijderingscertificaat van het bedrijf wordt verzonden aan verweerder ter goedkeuring, vóór aanvang van de sloopwerkzaamheden.

Volgens de voorzieningenrechter is deze voorwaarde echter een apart besluit. Deze situatie kan namelijk worden vergeleken met de acceptatie van een melding ingevolge artikel 8.41 van de Wet milieubeheer en de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften te stellen in een concreet geval. Tegen de acceptatie van een melding staat geen rechtsmiddel open (*zie de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 oktober 1997, LJN: ZF2964*), tegen het besluit omtrent het maatwerkvoorschrift wel.

Daarom is verweerders brief voor zover hierin de mededeling wordt gedaan dat de melding volledig is, niet aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Aldus staat hiertegen geen beroep, en mitsdien geen bezwaar, open."

Deze uitspraak lijkt mij, gelet op de onder punt 4.3 geciteerde Afdelingsuitspraak betreffende het rechtskarakter van de reactie op een melding ingevolge artikel 8.41 Wm, waarnaar de voorzieningenrechter verwijst, correct. De acceptatie van een sloopmelding is geen besluit, omdat daaruit geen rechtsgevolgen voortvloeien. Voor slopen gelden geen publiekrechtelijke voorschriften (meer) en de acceptatie van de melding maakt dat niet anders. Het verbinden van nadere voorwaarden aan die acceptatie is echter wel een besluit en wel een beschikking. Gelet op artikel 1:3, tweede lid, Awb, kwalificeert, los van de uitspraak van de voorzieningenrechter, daarom ook de weigering om voorwaarden te verbinden aan die acceptatie op verzoek (aanvraag) van een derde belanghebbende als beschikking.

4.5 Ten slotte bevat de model APV twee meldingen in verband met algemene regels. De eerste betreft de melding voor incidentele festiviteiten. (*zie noot 48*) Een incidentele activiteit is bijvoorbeeld het

incidenteel optreden met levende muziek bij een café of op een personeels- of straatfeest. Ingevolge artikel 4:3, eerste lid, model APV is het een inrichting toegestaan maximaal [...] incidentele festiviteiten per kalenderjaar te houden waarbij de geluidsnormen als bedoeld in de artikelen 2.17, 2.19 en 2.20 Activiteitenbesluit en artikel 4:5 model APV niet van toepassing zijn, mits de houder van de inrichting ten minste twee weken voor de aanvang van de festiviteit het college daarvan in kennis heeft gesteld. Ingevolge het tweede lid van artikel 4:3 model APV is het een inrichting toegestaan om tijdens maximaal [...] incidentele festiviteiten per kalenderjaar de verlichting langer aan te houden ten behoeve van sportactiviteiten waarbij artikel 4.113, eerste lid, Activiteitenbesluit niet van toepassing is, mits de houder van de inrichting ten minste tien werkdagen voor de aanvang van de festiviteit het college daarvan in kennis heeft gesteld. Ingevolge het 4:3, vierde en vijfde lid, model APV wordt de kennisgeving geacht te zijn gedaan wanneer het formulier, volledig en naar waarheid ingevuld, tijdig is ingeleverd, dan wel wanneer het college op verzoek van de houder van een inrichting een incidentele festiviteit, die redelijkerwijs niet te voorzien was, terstond toestaat. Artikel 4:3, zesde tot en met tiende lid, model APV bevat de algemene regels waaraan een inrichting zich moet houden als daar een incidentele festiviteit plaatsvindt.

Het onderhavige meldingenstelsel was aan de orde in een uitspraak van de Rechtbank Assen van 24 juli 2008. (*zie noot 49*) In deze zaak bepaalde artikel 4.1.3 APV van de gemeente Westerveld dat het een inrichting is toegestaan maximaal 12 incidentele festiviteiten per kalenderjaar te houden, waarin de betreffende voorschriften uit de bijlage bij het Besluit niet van toepassing zijn, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder de voorwaarde dat de houder van de inrichting ten minste twee weken voor de aanvang van de festiviteit het college daarvan in kennis heeft gesteld. Volgens artikel 4.1.4 APV is het verboden een incidentele festiviteit te organiseren, toe te laten, feitelijk te leiden of daaraan deel te nemen indien de burgemeester het organiseren van een incidentele festiviteit verboden heeft wanneer naar zijn oordeel de woon- en leefsituatie in de omgeving van de inrichting of openbare orde op ontoelaatbare wijze wordt beïnvloed. De zaak betrof het rechtskarakter van de reactie van de burgemeester van Westerveld op een kennisgeving van een incidentele activiteit, waarbij deze niet was verboden. De rechtbank oordeelt als volgt:

"Vervolgens is de rechtbank van oordeel dat de reactie van verweerder op de kennisgeving niet kan worden aangemerkt als een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb. Daartoe wordt overwogen dat het recht om 12 keer per jaar af te wijken van de betreffende voorschriften blijkens de bewoordingen van artikel 1.1.9 van de bijlage bij het Besluit en artikel 4.1.3 van de APV rechtstreeks voortvloeit uit deze wettelijke bepalingen. Toestemming van verweerder is derhalve niet vereist om het recht om af te wijken van de betreffende geluidsvoorschriften te doen ontstaan.

Aan het bovenstaande kan niet afdoen dat artikel 4.1.4 van de APV aan verweerder de bevoegdheid verleent om een festiviteit te verbieden. Een eventuele beslissing van verweerder om een festiviteit te verbieden is uiteraard wel een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb omdat door zo'n verbod een aan het Besluit en artikel 4.1.3 APV ontleend recht om af te wijken van de geluidsvoorschriften komt te vervallen.

In casu heeft verweerder de betreffende festiviteiten echter niet verboden. Voor zover de reactie van verweerder op de kennisgeving van een festiviteit zou moeten worden opgevat als een beslissing om geen gebruik te maken van de bevoegdheid de festiviteit te verbieden, kan die beslissing evenmin als een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb worden aangemerkt. Aan de beslissing ligt in casu immers geen aanvraag (om gebruik te maken van de verbodsbevoegdheid) ten grondslag. Er is dus geen sprake van de afwijzing van een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, laatste zinsdeel van de Awb." (*zie noot 50*)

Deze uitspraak bevestigt in belangrijke mate de rechtspraak over de andere hiervoor besproken meldingenstelsels in combinatie met algemene regels. Ook in het meldingenstelsel voor incidentele activiteiten kwalificeert de acceptatie van de melding niet als Awb-besluit, omdat het recht om af te wijken van de voorschriften in kwestie alsook de wel geldende regels rechtstreeks voortvloeien uit de

wettelijke voorschriften en niet uit die acceptatie. Wel kan de burgemeester de aangemelde activiteit om redenen van openbare orde c.a. verbieden. (zie noot 51) De oplegging van een dergelijke verbod kwalificeert als een Awb-besluit. Verder zou een derde belanghebbende de burgemeester kunnen verzoeken om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de activiteit te verbieden. Een weigering van deze aanvraag is ingevolge artikel 1:3, tweede lid, Awb een appellabele Awb-beschikking.

4.6. Een tweede melding in verband met algemene regels uit de model APV betreft de regulering van paracommerciële rechtspersonen van artikel 2:34b Model APV. Dit artikel is gebaseerd op artikel 4 Drank- en horecawet (Dhw), waarin is bepaald dat bij gemeentelijke verordening met het oog op het voorkomen van oneerlijke mededinging nadere regels worden gesteld, waaraan paracommerciële rechtspersonen zich dienen te houden bij de verstrekking van alcoholhoudende drank. Bij paracommerciële rechtspersonen kan worden gedacht aan sportkantine, buurthuizen, theaters et cetera. De nadere regels dienen ingevolge artikel 4 Dhw in ieder geval betrekking te hebben op (a) de tijden gedurende welke in de betrokken inrichting alcoholhoudende drank mag worden verstrekt, (b) de in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen, en (c) in de inrichting te houden bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de betreffende rechtspersoon betrokken zijn.

De model APV bevat 40 varianten om uitvoering te geven aan het vereiste van het stellen van nadere regels als bedoeld in artikel 4 Dhw. In een aantal van deze varianten komt de melding voor. (zie noot 52) Deze melding is gekoppeld aan de in de APV op te nemen nadere regels over het verstrekken van alcoholhoudende drank tijdens (een nader te bepalen aantal) bijeenkomsten van persoonlijke aard of (een nader te bepalen aantal) bijeenkomsten die gericht zijn op personen welke niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de desbetreffende rechtspersoon betrokken zijn. De paracommerciële rechtspersoon doet uiterlijk voor een nader te bepalen tijdsperiode melding van zo'n activiteit aan de burgemeester.

Deze melding betreft een melding in verband met algemene regels. De regels over het verstrekken van alcoholhoudende drank waaraan de rechtspersoon zich moet houden staan in de Dhw en de op basis daarvan vastgestelde regeling in de APV. Het doel van de melding is om de burgemeester te informeren over de activiteit, ter facilitering van het toezicht op de naleving van de algemene regels. De regeling voorziet niet in een uitdrukkelijke acceptatie van de melding door de burgemeester. Voor zover zo'n acceptatie wel plaatsvindt, kwalificeert zij niet als Awb-besluit, omdat het voor de activiteit geldende rechtsregime rechtstreeks voortvloeit uit de Dhw/APV en niet uit die acceptatie.

4.7 Hoewel er tussen de hiervoor beschreven meldingstelsels kleine verschillen bestaan, komen zij in hoofdlijnen met elkaar overeen. Voor alle geldt dat de acceptatie van de melding niet kwalificeert als Awb-besluit, omdat het voor de betreffende activiteiten geldende rechtsregime, de algemene regels, (zie noot 53) voortvloeit uit de wettelijke voorschriften en niet uit die acceptatie. Zoals in punt 4.2 al aangegeven is het doel van de melding het bestuursorgaan in kennis te stellen van een voorgenomen activiteit. Dat is van belang in verband met het toezicht op en de handhaving van de algemene regels.

De melding kan volgens diverse stelsels wel reden zijn om nadere voorschriften aan de activiteit te stellen, dan wel deze te verbieden (incidentele activiteiten). Het stellen van deze nadere voorschriften heeft wel rechtsgevolg en is daarom een Awb-besluit en wel een beschikking. Dat laatste geldt ook voor de afwijzing van een aanvraag van derde belanghebbenden om nadere voorschriften aan de activiteit te verbinden, dan wel deze te verbieden (incidentele activiteiten). Tegen de beschikking staan de rechtsmiddelen van de Awb open.

Vanuit de optiek van de rechtsbescherming van de melder en van derde belanghebbenden heb ik met deze rechtspraak geen problemen. Weliswaar kunnen laatstgenoemden geen Awb-rechtsmiddelen aanwenden tegen de acceptatie van een melding, maar dat is nu eenmaal de consequentie van het werken met algemene regels. Acht men de inhoud van die algemene regels onrechtmatig, dan zal in het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming een vordering bij de burgerlijke rechter moeten worden ingesteld. Tegen het opleggen van nadere voorschriften (of in geval van incidentele activiteiten, een verbod) of tegen de weigering dat te doen op aanvraag van een derde

belanghebbende staat voor de melder, respectievelijk de derde Awb-beroep open.

De melding als uitzondering op de vergunningplicht

4.8 De tweede categorie meldingen betreffen de meldingen als uitzondering op een vergunningplicht. Deze categorie treft men aan in zowel de milieurechtelijke als bouwrechtelijke poot van het omgevingsrecht, in het mededingingsrecht, in de model APV (bij het organiseren van kleine evenementen, vgl. art. 2:25, tweede lid), in de APV van een enkele gemeente bij de regulering van uitwegen en in sommige andere gemeentelijke verordeningen. Daarnaast hoort de melding in verband met het plaatsen van voorwerpen op, in of boven openbaar water (art. 5:24 model APV) conceptueel in deze categorie thuis.

De bestuurlijke reacties betreffende deze meldingen kunnen inhoudelijk worden aangemerkt als bestuurlijk rechtsoordeel. Voor zover de wettelijke regelingen voorzien in een uitdrukkelijke reactie van het bestuursorgaan kwalificeert deze reactie als een (rechtsvaststellend) Awb-besluit. In diverse wetten is dat met zoveel woorden bepaald. Voorziet de wettelijke regeling niet in een uitdrukkelijke reactie, dan betreft de reactie een buitenwettelijk bestuurlijk rechtsoordeel en geldt de in punt 3.6 weergegeven jurisprudentielijn met betrekking tot deze oordelen.

4.9 Een eerste voorbeeld van de onderhavige meldingen is de per 1 oktober 2010 vervallen melding op grond van artikel 8.19 Wm voor milieuneutrale veranderingen van een vergunningplichtige inrichting. Deze melding vormde een uitzondering op het in artikel 8.1 Wm opgenomen verbod om zonder milieuvergunning een inrichting te veranderen. De vraag of de reactie van het bestuursorgaan naar aanleiding van deze melding een voor beroep vatbaar besluit of beschikking is, is door de Afdeling vanaf de jaren tachtig op verschillende wijzen beantwoord.

De schriftelijke acceptatie van een kennisgeving op grond van artikel 2 Hinderwet - de voorganger van artikel 8.19 Wm - werd in de jaren tachtig door de (toen nog) Afdeling Rechtspraak van de Raad van State aangemerkt als een beschikking als bedoeld in de Wet Arob. (*zie noot 54*) De weigering van een dergelijke kennisgeving was volgens de Afdeling geen beschikking als bedoeld in de Wet Arob. (*zie noot 55*) Na de inwerkingtreding van de Awb oordeelde de voorzitter van de (inmiddels) Afdeling bestuursrechtspraak in lijn met deze jurisprudentie dat de acceptatie van een melding een besluit is als bedoeld in de Awb. Hij oordeelde bovendien dat ook de weigering van een melding als Awb-besluit kwalificeert. (*zie noot 56*)

In 1995 nuanceert de Afdeling dit standpunt. In een uitspraak van 17 maart 1995 oordeelt zij dat de schriftelijke mededeling omtrent de aanvaardbaarheid van een melding als bedoeld in artikel 8.19 Wm niet langer kwalificeert als Awb-besluit. (*zie noot 57*) Daartoe overweegt zij:

"De Afdeling stelt voorop dat het rechtsgevolg van een melding, gelet op de redactie en de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 8.19 tweede lid, Wm rechtstreeks uit de wet voortvloeit. De enkele bekendmaking van de melding is, mede gezien het feit dat de bekendmaking gezien de in artikel 6.1 Inrichtingen- en vergunningbesluit neergelegde algemene verplichting niet geduid kan worden als een inhoudelijke beoordeling van de melding, geen op rechtsgevolg gerichte beslissing."

Wel is zij in die uitspraak van mening dat de schriftelijke mededeling omtrent de aanvaardbaarheid van die melding "met het oog op een doelmatige rechtsbescherming voor zover het betreft de mogelijkheid van bezwaar en beroep, gelijk moet worden gesteld" met een besluit ingevolge de Wm.

In een uitspraak van 16 oktober 1997 komt de Afdeling op deze gelijkstelling terug. (*zie noot 58*) Daartoe overweegt zij als volgt:

"Zij komt thans echter op deze gelijkstelling terug. Zij overweegt daartoe dat deze niet op de wet gebaseerde gelijkstelling op overwegende bezwaren stuit bij de toepassing van de Wm. Daarbij

wordt allereerst gedacht aan de onduidelijkheid over de betekenis van een uitdrukkelijk geaccepteerde en niet in rechte bestreden melding. Verder brengt het niet aanmerken van een beslissing tot acceptatie van een melding als een op enig rechtsgevolg gericht besluit mee dat de bepalingen in de Awb omtrent de bekendmaking en mededeling en derhalve ook die omtrent het van kracht worden niet van toepassing zijn. Het bezwaar daartegen klemmt, in het bijzonder met het oog op de positie van derden, temeer, nu de Wm niet voorziet in een regeling van de besluitvorming ter zake van een melding en van de rechtsbescherming.

Dit standpunt betekent dat tegen een schriftelijke mededeling omtrent de aanvaardbaarheid van een melding geen rechtsmiddelen op grond van de Awb openstaan".

Als gevolg van deze uitspraak stonden de Awb-rechtsmiddelen niet langer open tegen de bestuurlijke beslissing over de melding. In 2000 is artikel 8.19 Wm gewijzigd en werd bepaald dat het bestuursorgaan schriftelijk moet verklaren of de melding al dan niet voldoet aan de in artikel 8.19 Wm gestelde voorwaarden. Deze schriftelijke verklaring werd door de wetgever aangemerkt als (appellabel) Awb-besluit. Zij is een rechtsvaststellend besluit. (*zie noot 59*) De reden voor het ingrijpen door de wetgever was het bieden van rechtszekerheid aan de melder en het bieden van rechtsbescherming aan zowel de melder als derde belanghebbenden. (*zie noot 60*) In 2010 is artikel 8.19 Wm, zoals gezegd, vervallen.

4.10 De melding als uitzondering op de vergunningplicht komt ook al tientallen jaren voor in het bouwrecht. In de jaren zeventig van de vorige eeuw kon men in gemeentelijke bouwverordeningen een bepaling met de volgende inhoud aantreffen: geen bouwvergunning is vereist voor veranderingen of vernieuwingen aan een bouwwerk, indien door of namens burgemeester en wethouders is medegedeeld, dat de veranderingen of vernieuwingen uit bouwkundig en esthetisch oogpunt van zodanige ondergeschikte betekenis zijn, dat voor de uitvoering ervan geen bouwvergunning wordt vereist. Over het rechtskarakter van de mededeling van burgemeester en wethouders overwoog de Afdeling rechtspraak in een uitspraak van 12 mei 1978 (*zie noot 61*):

"Uit de samenhang tussen artikel 47 van de Woningwet en artikel 14, tweede lid, onder c, van de bouwverordening vloeit voort, dat het bouwen zonder bouwvergunning van burgemeester en wethouders steeds verboden is, tenzij door of namens dit college is medegedeeld, dat geen bouwvergunning is vereist. Deze mededeling is derhalve gericht op het rechtsgevolg, dat het bouwen zonder bouwvergunning alsdan niet verboden is. De schriftelijke mededeling van verweerders van 25 januari 1977 aan Gegro B.V. dient mitsdien als een beschikking te worden aangemerkt".

Tien jaar later oordeelde de voorzitter van de Afdeling rechtspraak dat ook de weigering de mededeling te doen een Awb-beschikking is, waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld. (*zie noot 62*)

4.11 In 1992 werd in de Woningwet (hierna: Ww) voorzien in twee uitzonderingen op het verbod om zonder vergunning een bouwwerk op te richten. De eerste uitzondering was opgenomen in artikel 42 Ww en betrof de categorie bouwwerken die weliswaar is uitgezonderd van de vergunningplicht, maar waarvan het voornemen tot oprichting moet worden gemeld en waarop een mededeling van het college moet volgen. Op deze melding wordt in punt 4.12 ingegaan.

De tweede uitzondering stond in artikel 43 Ww en betrof categorieën van bouwwerken die geheel waren uitgezonderd van de vergunningplicht. Artikel 43 Ww voorzag niet in een formele procedure waarbinnen de vraag of een bepaald bouwwerk volgens de wettelijke criteria als een vergunningvrij (of melding- of vergunningplichtig) bouwwerk, aan de orde moest worden gesteld. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat dergelijke vragen niet aan het bestuur konden worden (en werden) voorgelegd.

In een uitspraak van 15 september 1997, oordeelde de Afdeling over het rechtskarakter van de mededeling van het bestuursorgaan dat een bepaald bouwwerk niet valt onder de categorie

vergunningvrije bouwwerken als bedoeld in artikel 43 Ww als volgt. (zie noot 63)

"De Woningwet voorziet in een stelsel waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen vergunningplichtige, meldingplichtige en vergunningvrije bouwwerken. Laatstgenoemde twee categorieën vormen een uitzondering op de algemeen geldende vergunningplicht. Het aanvragen van een bouwvergunning is voor die categorieën door de wetgever te bezwarend geacht. Indien er tussen het bestuur en de burger verschil van mening bestaat over het antwoord op de vraag of een voorgenomen bouwplan valt onder de categorie vergunningvrije bouwwerken of dat er bouwvergunning nodig is, acht de Afdeling het bij wege van uitzondering niet noodzakelijk van de burger te verlangen dat hij — op de daarvoor voorgeschreven wijze — een aanvraag om bouwvergunning indient ten einde hierover duidelijkheid te krijgen onder voorwaarde dat deze procedure als een onevenredig bezwarende weg naar de rechter moet worden aangemerkt. Hoewel het uit de aard der zaak in deze gevallen veelal zal gaan om een relatief klein bouwplan, waarvan zonder dat het noodzakelijk is om te beschikken over alle gegevens die bij een vergunningaanvraag zijn vereist, kan worden vastgesteld of het voldoet aan de — soms betrekkelijk vage — criteria van art. 43 Woningwet, kan deze procedure toch in bepaalde gevallen als onevenredig bezwarend worden aangemerkt. Het moet dan ook in die gevallen mogelijk zijn om een (rechts-)vraag met betrekking tot dit artikel zelfstandig aan de rechter voor te leggen. (...)

De Afdeling acht het volgen van de gekozen weg in dit geval gerechtvaardigd aangezien aan het aanvragen van een bouwvergunning in het onderhavige geval, waarbij het aantal bouwwerken van grote betekenis is, relatief aanmerkelijke kosten verbonden zijn aan het opstellen van de aanvraag en het indienen daarvan, en het op voorhand vast staat dat de vergunning zal worden geweigerd. Daarbij komt dat partijen uit een oogpunt van proceseconomie uitdrukkelijk deze procedure hebben gekozen. Deze indiening moet onder deze omstandigheden als een onevenredig bezwarende weg naar de rechter worden aangemerkt. (...)

Uit het vorenoverwogene volgt dat het oordeel van verweerders over de vraag of het bouwplan van appellant valt onder de categorie vergunningvrije bouwwerken (in dit geval art. 43 eerste lid onder d Woningwet) aangemerkt kan worden als een beschikking in de zin van art. 2 Wet Arob, zodat verweerders appellant terecht in zijn bezwaar hebben ontvangen".

Deze uitspraak is in lijn met de in punt 3.6 weergegeven rechtspraak betreffende bestuurlijke rechtsoordelen.

In de uitspraak gaat de Afdeling ook in op gevolgen van haar opvatting dat het oordeel van het bestuur kwalificeert als (appellabele) beschikking voor de bestuurslasten en de rechtsbescherming. Opmerkelijk is dat zij in dat verband stelt dat deze beschikking, indien door derde belanghebbenden niet aangevochten, niet onaantastbaar wordt, casu quo geen formele rechtskracht krijgt, zelfs niet als de bestuursrechter wel over de beschikking heeft geoordeeld in verband met het beroep van de melder. De Afdeling stelt het als volgt:

"Uit een oogpunt van bestuurslast of rechtsbescherming zijn geen overwegende bezwaren verbonden aan het voeren van een zelfstandige procedure over de bouwvergunningplicht in gevallen als het onderhavige. Indien de uitkomst is dat bouwvergunning nodig is kunnen belanghebbende derden in de met waarborgen omgeven vergunningprocedure hun mening kenbaar maken. Indien de uitkomst is dat geen bouwvergunning nodig is en het oordeel van het bestuur niet aan de rechter is voorgelegd kunnen derden die eerst in een later stadium van de bouwactiviteiten op de hoogte geraken, om bestuursdwang verzoeken, waarbij de vergunningplicht aan de orde zal kunnen komen. De rechter is in die situatie bij de uitleg van de (Woning)wet niet gebonden aan het oordeel van het bestuur daarover. Ook in het geval dat de vraag met betrekking tot de vergunningplicht wel aan de rechter is voorgelegd, hoeft diens oordeel daarover in een door derden gestarte bestuursdwangprocedure in beginsel niet bindend te zijn. Deze derden waren immers geen partij in het geschil waarover de rechter zijn oordeel heeft gegeven.

Indien de betrokken burger volstreekte zekerheid wil over de uitvoerbaarheid van zijn bouwplan dient de vergunningprocedure te worden gevolgd."

In zijn annotatie onder de uitspraak in de AB stelt P.J.J. van Buuren dat hij het door de Afdeling geïntroduceerde systeem onhandig vindt, (*zie noot 64*) omdat de aspirant-bouwer en het bestuursorgaan aldus nog geen zekerheid hebben over de juistheid van het bestuurlijke rechtsoordeel. Naar zijn opvatting zou in het geval derden tegen het rechtsoordeel willen opkomen, maar de bezwaartermijn inmiddels verstreken is, de "mogelijkheid van een verschoonbare termijnoverschrijding (art. 6:11 Awb) uitkomst bieden". Op dit punt kom ik in punt 4.32 terug. Wel kan nog worden opgemerkt dat de Afdeling in een uitspraak van 14 juli 2004 mogelijk van haar opvatting is teruggekomen. (*zie noot 65*) In die zaak gaat zij ervan uit dat een bestuurlijk rechtsoordeel dat als Awb-besluit kwalificeert wel in rechte onaantastbaar wordt, als daartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend. Artikel 43 Ww is in 2010 vervallen. (*zie noot 66*)

4.12 Artikel 42 Ww bepaalt dat in afwijking van artikel 40, eerste lid, Ww, geen bouwvergunning is vereist voor het bouwen van bij algemene maatregel van bestuur aangegeven bouwwerken, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. (*zie noot 67*) Deze voorwaarden betreffen in de eerste plaats de melding: het voornemen tot bouwen moet schriftelijk worden gemeld bij burgemeester en wethouders overeenkomstig de voorschriften van de gemeentelijke bouwverordening. Daarnaast moeten burgemeester en wethouders binnen vijf weken na de dag waarop zij de melding hebben ontvangen, hebben meegedeeld dat zij tot het oordeel zijn gekomen dat het bouwwerk valt onder de werking van het Besluit meldingsplichtige bouwwerken en dat het bouwwerk niet in strijd is met redelijke eisen van welstand. Een toetsing aan het bestemmingsplan maakt ook onderdeel uit van de beoordeling van de melding. Artikel 42 Ww bepaalde voorts dat een akkoordverklaring van rechtswege ontstaat als het bevoegd gezag binnen vijf weken geen mededeling heeft gedaan. Zo'n besluit van rechtswege werd op grond van artikel 42 Ww aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

Het bestuursorgaan was derhalve in beginsel verplicht een besluit te nemen naar aanleiding van de melding van het voornemen een meldingsplichtig bouwwerk op te richten en als het dat niet deed, ontstond er een fictief positief besluit. De akkoordverklaring, de weigering van een akkoordverklaring en de fictieve akkoordverklaring zijn alle Awb-besluiten, waartegen voor de melder en voor derde belanghebbenden bezwaar en beroep openstaat. (*zie noot 68*) Het betreft een rechtsvaststellend besluit. (*zie noot 69*) In 2003 is artikel 42 Ww vervallen.

4.13 Een melding als uitzondering op de vergunningplicht is ook aan de orde bij het concentratietoezicht door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op grond van artikel 34 t/m 40 Mededingingswet (Mw). Ingevolge artikel 34, eerste lid, Mw is het verboden een concentratie tot stand te brengen voordat het voornemen daartoe aan de ACM is gemeld en vervolgens vier weken zijn verstreken. Ingevolge artikel 37, eerste lid, deelt de ACM binnen vier weken na het ontvangen van een melding mede of voor het tot stand brengen van de concentratie, waarop die melding betrekking heeft, een vergunning is vereist. De mededeling dat voor het totstandbrengen van de concentratie geen vergunning is vereist, kan onder voorwaarden worden gedaan. Indien niet binnen vier weken toepassing is gegeven aan het eerste lid is voor de concentratie geen vergunning vereist. Door een onvoorwaardelijke mededeling als bedoeld in het eerste lid, dat voor een concentratie geen vergunning is vereist, houdt het in artikel 34, eerste lid, vervatte verbod met betrekking tot die concentratie op te gelden. Ingeval van een mededeling als bedoeld in het vierde lid, blijft het in artikel 34 vervatte verbod gelden totdat aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Voldoen partijen niet of niet tijdig aan de voorwaarden, dan is alsnog een vergunning vereist (37 lid 6).

De wetgever heeft ervoor gekozen dat de ACM-reactie op de melding dat al dan niet een vergunning nodig is, kwalificeert als Awb-besluit. Het betreft een rechtsvaststellend besluit. Dat bleek tot 1 januari 2013 uit artikel 93, tweede lid, Mw, waarin was bepaald dat artikel 7:1 ten aanzien van onder meer een besluit als bedoeld in artikel 37, eerste lid, Mw, buiten toepassing blijft. Vanaf 1 januari 2013 is hetzelfde geregeld in Bijlage 1 bij de Awb. De opvatting van de wetgever wordt heel duidelijk verwoord in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 april 2002. (*zie noot 70*)

"Voorop staat dat een mededeling als bedoeld in art. 37 lid 1 Mw dat voor het tot stand brengen van een voorgenomen concentratie al dan niet een vergunning is vereist, reeds naar het uit art. 93 lid 2 Mw blijken oordeel van de wetgever moet worden aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Dat een melding als bedoeld in art. 34 Mw in het stelsel van de Mw niet als een aanvraag wordt beschouwd, doet daaraan niet af. Terzijde merkt de rechtbank op dat als gevolg van deze door de wetgever gemaakte keuze ook is verzekerd dat niet alleen (door de meldende partij of partijen) beroep bij de rechtbank kan worden ingesteld tegen een beslissing dat een vergunning is vereist, maar ook (door derden-belanghebbenden) tegen een beslissing dat geen vergunning is vereist. Naar het oordeel van de rechtbank is vervolgens de reikwijdte van art. 37 lid 1 Mw niet noodzakelijkerwijs beperkt tot de mededeling (het besluit) dat voor de voorgenomen concentratie al dan niet een vergunning is vereist. Andere naar aanleiding van een melding als bedoeld in art. 34 Mw door verweerder genomen rechtens relevante (schriftelijke) beslissingen - waaronder in elk geval de beslissing dat het voornemen tot (een of meer onderdelen van) de concentratie onvoldoende geconcretiseerd is, als gevolg waarvan moet worden vastgesteld dat het voornemen (nog) niet onder de werkingssfeer van het concentratietoezicht valt en derhalve ook (nog) niet kan worden beoordeeld of al dan niet een vergunning is vereist - moeten daarmee op één lijn worden gesteld. Daarmee is gegeven dat ook dergelijke beslissingen van verweerder besluiten zijn in de zin van (art. 1:3 lid 1 Awb en) art. 37 lid 1 Mw, en vervolgens — in lijn met het door de wetgever gewenste stelsel van rechtsbescherming in concentratiezaken — dat ook daartegen (rechtstreeks) beroep bij de rechtbank mogelijk is".

Voor zover mij bekend is het CBB nooit uitvoerig op het rechtskarakter van de reactie op de concentratiemelding ingegaan. Het college merkt de reactie dat voor de concentratie een vergunning nodig is overigens wel aan als een Awb-besluit, zonder dit oordeel te problematiseren. (zie noot 71) Gelet op de wettelijke bepalingen is dat laatste ook niet nodig.

4.14 Soms treft men een melding als uitzondering op de vergunningplicht aan in een gemeentelijke verordening. Een voorbeeld biedt de Regeling passagiersvervoer te water Amsterdam, die aan de orde is in een uitspraak van de Afdeling van 5 maart 2014. (zie noot 72) Ingevolge artikel 5.2, eerste lid, van deze verordening is geen vergunning vereist voor het varen met een passagiersvaartuig als aan de volgende eisen wordt voldaan:

- a. het vaartuig is in eigendom van een vereniging of stichting, die als doelstelling heeft het beoefenen van watersport dan wel het beheren, in stand houden en conserveren van één of meer waardevolle vaartuigen, waarbij in het laatstgenoemde geval de eigenaar van het vaartuig lid is van een bij de Stichting Federatie Oud Nederlandse Vaartuigen aangesloten behoudorganisatie van historische Nederlandse vaartuigen;
- b. de vereniging of stichting is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en levert jaarlijks aan het college de jaarcijfers;
- c. het vaartuig is gemeld bij het college en deze melding is door het college schriftelijk aanvaard;
- d. het college kan in bijzondere gevallen afwijken van de onder a, b en c gelieerde eisen.

Ingevolge het tweede lid van artikel 5.2 wordt een melding als bedoeld in het eerste lid, aanhef en onder c, niet aanvaard indien het college van oordeel is dat er sprake is van een overwegend commerciële doelstelling voor de exploitatie van het vaartuig. In een uitspraak van de Afdeling van 5 maart 2014 is de Sint Nicolaas Boot Stichting opgekomen tegen het besluit van burgemeester en wethouders, waarbij de melding van de stichting niet is aanvaard. De Afdeling beoordeelt dit beroep zonder expliciete overwegingen te wijden aan het rechtskarakter van de weigering en vat deze dus op als Awb-besluit. Dat lijkt mij overigens correct nu de schriftelijke aanvaarding van de melding expliciet is voorzien in artikel 5.2, onder c van de verordening en deze aanvaarding dus kwalificeert als rechtsvaststellend Awb-besluit.

4.15 De melding als uitzondering op de vergunningplicht ziet men verder in een enkele APV bij de regulering van uitwegen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de APV van Sint-Oedenrode 2010, waarvan melding wordt gemaakt in een uitspraak van de Afdeling van 18 juli 2012. (zie noot 73) Ingevolge artikel 2.1.5.3, eerste lid, van de APV is het verboden een uitweg te maken naar de weg, van de weg gebruik te maken voor het hebben van een uitweg of verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg, zonder vergunning van het college van b en w. Ingevolge het tweede lid is een vergunning als bedoeld in het eerste lid niet nodig indien de aanvrager:

- a. dit tijdig, doch uiterlijk tien werkdagen van te voren schriftelijk meldt aan het college, en
- b. voldoet aan door het college vast te stellen regels.

Volgens Van Alphen zijn de door het college vast te stellen regels 'nadere regels' die worden vastgesteld op grond van artikel 156, derde lid, Gemeentewet. (zie noot 74) De APV voorziet, voor zover dat valt na te gaan, niet in een uitdrukkelijke reactie van het college op de melding. Mocht het college naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek zich wel uitspreken over de vraag of degene die in uitweg wil maken al dan niet met een melding kan volstaan, dan is deze reactie mijns inziens een buitenwettelijk bestuurlijk rechtsoordeel. Volgens de in punt 3.6 vermelde vaste rechtspraak kwalificeert de reactie niet als een Awb-besluit, tenzij de alternatieve weg om over de vraag of in de concrete zaak met een melding kan worden volstaan in rechte een oordeel te krijgen 'onevenredig bezwarend' is.

4.16 Ook de model APV bevat één melding die ten dele valt binnen de categorie melding als uitzondering op de vergunningplicht, namelijk de melding van kleine evenementen van artikel 2:25, tweede lid. Ingevolge artikel 2:25, eerste lid, model APV is het verboden zonder of in afwijking van een vergunning van de burgemeester een evenement te organiseren. Ingevolge het tweede lid is geen vergunning vereist voor een klein evenement indien het evenement aan bepaalde kenmerken voldoet en - onder meer - de organisator ten minste [...] werkdagen voorafgaand aan het evenement daarvan melding heeft gedaan aan de burgemeester. Ingevolge het derde lid kan de burgemeester binnen [...] dagen na ontvangst van de melding besluiten een klein evenement te verbieden, indien er aanleiding is te vermoeden dat daardoor de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of het milieu in gevaar komt.

Over het rechtskarakter van de reactie van de burgemeester op de melding van een klein evenement bestaat, voor zover mij bekend, geen jurisprudentie. Naar mijn opvatting moet daarbij onderscheid worden gemaakt tussen twee mogelijke reacties. In de eerste plaats is er de (mogelijke) reactie van de burgemeester dat het gemelde evenement gelet op zijn kenmerken al dan niet kan worden aangemerkt als een klein evenement (of dat het een vergunningplichtig 'groot' evenement is). Deze beslissing is een buitenwettelijk bestuurlijk rechtsoordeel. Volgens de in punt 3.6 vermelde rechtspraak kwalificeert zij niet als Awb-besluit, tenzij de alternatieve weg om over de rechtmatigheid ervan een rechterlijk oordeel te krijgen 'onevenredig bezwarend' is.

In de tweede plaats kan de melding voor de burgemeester aanleiding zijn om een evenement, dat kwalificeert als 'klein', te verbieden om de redenen genoemd in artikel 2:25, derde lid, model APV. Een dergelijk verbodsbeslissing kwalificeert als een Awb-besluit en wel als een beschikking. Zij is immers gericht op het rechtsgevolg dat het evenement niet kan doorgaan. Bovendien zouden derde belanghebbenden de burgemeester kunnen verzoeken om gebruik te maken van zijn verbodsbevoegdheid. De afwijzing van deze aanvraag kwalificeert op grond van artikel 1:3, tweede lid, Awb als (appellabele) beschikking.

4.17 De model APV bevat een tweede melding die conceptueel past binnen de onderhavige categorie, maar, anders dan de andere hiervoor besproken meldingen, geen uitzondering vormt op de vergunningplicht, maar op een verbodsbepaling. Dat is de melding in verband met het plaatsen van voorwerpen op, in of boven openbaar water, voorzien in artikel 5:24 model APV. Artikel 5:24, eerste lid, model APV bepaalt dat het in verband met de veiligheid op het openbaar water verboden is een

voorwerp, niet zijnde een vaartuig, op, in of boven openbaar water te plaatsen, aan te brengen of te hebben, indien dit door zijn omvang of vormgeving, constructie of plaats van bevestiging gevaar oplevert voor de bruikbaarheid van het openbaar water of voor het doelmatig en veilig gebruik daarvan dan wel een belemmering vormt voor het doelmatig beheer en onderhoud van het openbaar water. Ingevolge het tweede lid dient degene die voornemens is een steiger, een meerpaal of een ander voorwerp met een permanent karakter op, in of boven openbaar water te plaatsen, daarvan uiterlijk twee weken tevoren een melding aan het college te doen.

De bedoeling van het stelsel is - volgens de toelichting - dat de burger "in eerste instantie zelf de afweging moet maken of een steiger of een meerpaal gevaar of hinder oplevert voor het vaarverkeer, of een probleem voor het beheer en onderhoud." Omdat het gaat om permanent bedoelde zaken, is in het artikel een meldingsplicht opgenomen. Op die manier "kan de gemeente vooraf toetsen en met de melder overleggen of bijvoorbeeld het onderhoud van de oevers niet in het geding is. Zo kan worden voorkomen dat een al geplaatst object weer moet worden verwijderd, met alle financiële gevolgen van dien." Mede gelet op deze toelichting is het oordeel van het college dat een steiger of meerpaal al dan niet onder het verbod van artikel 5:24, eerste lid, model APV valt een buitenwettelijk bestuurlijk rechtsoordeel. Het kwalificeert niet als Awb-besluit, tenzij de alternatieve weg om over de rechtmatigheid ervan een rechterlijk oordeel uit te lokken 'onevenredig bezwarend' is (vgl. punt 3.6).

4.18 Zoals in punt 4.8 al aangegeven, betreft de reactie van het bestuur op een melding als uitzondering op de vergunningplicht een bestuurlijk rechtsoordeel. Voor zover dat oordeel buitenwettelijk is - zoals dat het geval is bij de melding op grond van (voorheen) artikel 43 Ww (punt 4.11), de melding voor uitwegen in de APV Sint-Oedenrode 2010 (punt 4.15), de melding van kleine evenementen van artikel 2:25, tweede lid, model APV (punt 4.16) en de melding in verband met het plaatsen van voorwerpen op, in of boven openbaar water van artikel 5:24 model APV (punt 4.17) - geldt voor het rechtskarakter ervan de in punt 3.6 weergegeven rechtsoordelenrechtspraak. Op grond van deze rechtspraak kwalificeert het oordeel niet als Awb-besluit, tenzij de alternatieve weg om een oordeel van de bestuursrechter te krijgen over de rechtmatigheid ervan 'onevenredig bezwarend' is.

Omdat de uitkomst van deze rechtspraak niet heel voorspelbaar is, heeft de formele wetgever ten aanzien van de reactie in het milieurecht (punt 4.9), in artikel 42 Ww (punt 4.12) en het mededingingsrecht (punt 4.13) bepaald dat de reactie als - mijns inziens rechtsvaststellend - Awb-besluit kwalificeert. In dat geval bestaat over de rechtsbescherming geen twijfel. Een dergelijk rechtsvaststellend besluit is ook aan de orde in de Regeling passagiersvervoer te water Amsterdam (punt 4.14).

De melding als gebod

4.19 De derde categorie betreft de melding als gebod. (zie noot 75) Deze komt veel voor in zowel centrale als decentrale wettelijke regelingen. In deze regelingen moet een particulier een bepaalde activiteit melden bij een bestuursorgaan, voordat deze kan worden uitgevoerd. De melding is een kennisgevingsinstrument, waarvoor geldt dat als zij niet wordt verricht het bestuursorgaan tegen de activiteit handhavend kan optreden. Is de melding wel gedaan, dan wordt deze door het orgaan beoordeeld en kan het naar aanleiding ervan bepaalde wettelijke maatregelen nemen. De bevoegdheid tot het treffen van die maatregelen is vaak voorzien in dezelfde wettelijke regeling en soms in een andere. Bovendien bestaat soms ook de mogelijkheid om de melding al dan niet uitdrukkelijk te accepteren zonder dat een maatregel wordt getroffen.

4.20 Een eerste voorbeeld van een melding als gebod was te vinden in de Verordening stikstof en Natura 2000 Noord-Brabant (hierna: stikstofverordening). Ingevolge artikel 6 van de verordening meldt de initiatiefnemer, onderscheidenlijk de drijver van de betrokken inrichting, het voornemen tot het realiseren van een of meer nieuwe stallen bij gedeputeerde staten. Naar aanleiding van deze melding kunnen gedeputeerde staten ingevolge artikel 9 van de verordening de volgende maatregelen nemen: zij kunnen de melding voor kennisgeving aannemen; zij kunnen daarbij een beslissing over de mogelijkheid van saldering nemen; of zij kunnen naar aanleiding van de melding de melder

aanschrijven tot het beperken van de bedrijfsomvang of het treffen van technische voorzieningen.

In een uitspraak van 19 juni 2013 oordeelt de Afdeling als volgt over het rechtskarakter van de diverse beslissingen die gedeputeerde staten naar aanleiding van de melding kunnen nemen. (zie noot 76)

"De Afdeling is van oordeel dat de aanschrijvingen die het college in reactie op een melding krachtens artikel 9, onder c, d en e, van de stikstofverordening (tot het beperken van de bedrijfsomvang of het treffen van technische voorziening - RW) kan geven besluiten zijn als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb. Deze aanschrijvingen leggen verplichtingen op aan de initiatiefnemer of drijver van een inrichting en zijn daarmee op rechtsgevolg gericht.

Voor de beoordeling of de mededelingen als bedoeld in artikel 9, onder a en b, van de stikstofverordening (om de melding voor kennisneming aan te nemen of een beslissing over saldering te nemen - RW) besluiten zijn als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb is het volgende van belang. De initiatiefnemer of drijver van een inrichting dient ingevolge artikel 18 van de stikstofverordening ervoor zorg te dragen dat de N-depositie van het bedrijf niet toeneemt boven de waarde die correspondeert met een emissie overeenkomend met het gecorrigeerd emissieplafond in de uitgangssituatie, dat door het college op grond van artikel 22 wordt vastgesteld. Leidt de ingebruikname van een nieuwe stal tot een overschrijding van het gecorrigeerd emissieplafond en neemt daardoor de stikstofdepositie in een Natura 2000-gebied toe, dan dient verzocht te worden om saldering. Als saldo beschikbaar is, wordt dit gereserveerd. Nadat de saldering definitief is geworden wordt ingevolge artikel 32 het gecorrigeerd emissieplafond voor het bedrijf aangepast. Dit aangepaste gecorrigeerde emissieplafond geldt voor een bedrijf bij een volgende uitbreiding als uitgangssituatie.

De Afdeling overweegt dat de beslissing van het college op grond van artikel 9, onder a en b allereerst de vaststelling van de hoogte van het gecorrigeerd emissieplafond inhoudt. Die beslissing vergt een berekening en beoordeling van de uitgangssituatie. Als de ammoniakemissie in de aangevraagde situatie niet hoger is dan het vastgestelde gecorrigeerde emissieplafond, dan is geen saldering nodig en geldt het vastgestelde gecorrigeerde emissieplafond ook voor een volgende uitbreiding als uitgangssituatie. Op grond van artikel 9, onder a, wordt de melding dan voor kennisgeving aangenomen. Als de ammoniakemissie in de aangevraagde situatie hoger is dan het vastgestelde gecorrigeerde emissieplafond en de stikstofdepositie neemt toe, dan wordt, indien mogelijk, saldo gereserveerd uit de depositiebank. Na het definitief worden van de saldering, wordt het vastgestelde gecorrigeerde emissieplafond aangepast. Het aangepaste gecorrigeerde emissieplafond geldt vervolgens als uitgangssituatie voor de beoordeling van een volgende uitbreiding. Op grond van artikel 9, onder b, wordt de melding geaccepteerd en saldo gereserveerd.

De mededelingen op grond van artikel 9, onder a en b, bevatten derhalve beide een beslissing over de hoogte van het gecorrigeerd emissieplafond en de uitgangssituatie voor een volgende uitbreiding van een agrarisch bedrijf. Deze beslissingen zijn naar het oordeel van de Afdeling op rechtsgevolg gericht en zijn aan te merken als besluiten als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb".

Deze uitspraak is goed gemotiveerd en duidelijk. De in de verordening naar aanleiding van de melding voorziene aanschrijvingen tot het beperken van de bedrijfsomvang of het treffen van technische voorzieningen kwalificeren (uiteraard) als Awb-besluit, omdat deze beslissingen aan de melder verplichtingen opleggen. Ook de mededeling betreffende de mogelijkheid van saldering en die om de melding voor kennisgeving aan te nemen, zijn besluiten omdat beide een beslissing over de hoogte van het gecorrigeerd emissieplafond en over de uitgangssituatie voor een volgende uitbreiding van een agrarisch bedrijf bevatten.

4.21 Een melding als gebod ziet men ook in de Wet bodembescherming. Ingevolge artikel 28, eerste lid, Wet bodembescherming doet degene die voornemens is de bodem te saneren dan wel handelingen te verrichten ten gevolge waarvan de verontreiniging van de bodem wordt verminderd of

verplaatst, van dit voornemen melding bij gedeputeerde staten van de betrokken provincie. Uit de Wet bodembescherming (onder meer artikel 29, 37 en 39) volgt dat gedeputeerde staten naar aanleiding van een melding een beschikking kunnen nemen over de ernst van de verontreiniging en de urgentie van de saneringen. De melding gaat ingevolge artikel 39, eerste lid, in het geval van een vermoeden van ernstige verontreiniging vergezeld van een saneringsplan. Ingevolge artikel 39, tweede lid, behoeft het saneringsplan instemming van gedeputeerde staten, die slechts met het plan instemmen indien door de daarin beschreven sanering naar hun oordeel wordt voldaan aan het bij of krachtens artikel 38 bepaalde. Gedeputeerde staten kunnen hun instemming aan het plan onthouden, indien niet is voldaan aan het bepaalde bij of krachtens het eerste lid. Zij beslissen hierover binnen vijftien weken na de indiening van het saneringsplan. Zij kunnen deze termijn binnen zes weken na de datum van ontvangst van de melding verlengen met ten hoogste vijftien weken. Met de uitvoering van het saneringsplan kan worden begonnen nadat gedeputeerde staten met dat plan hebben ingestemd of die instemming van rechtswege is verleend. Aan de instemming kunnen voorschriften worden verbonden. De instemming is van rechtswege verleend, indien gedeputeerde staten niet binnen de instemmingstermijn van vijftien weken of voor de afloop van de termijn waarmee is verlengd een beslissing hebben genomen. Een instemming van rechtswege wordt ingevolge artikel 39, tweede lid, aangemerkt als Awb-besluit.

De beschikking over de ernst van de verontreiniging is een Awb-besluit en wel een beschikking. Dat wordt in de hiervoor genoemde artikelen uitdrukkelijk bepaald en ligt ook los daarvan voor de hand, omdat deze beschikking de ernst van de verontreiniging en urgentie van de sanering bindend vaststelt en derhalve rechtsgevolgen heeft voor die sanering. In het geval van een vermoeden van ernstige verontreiniging gaat de melding vergezeld van een saneringsplan. De beslissingen van gedeputeerde staten om met dit plan in te stemmen of om instemming eraan te onthouden worden in de rechtspraak van de Afdeling aangemerkt als Awb-besluiten zonder dat dit oordeel wordt geproblematiseerd. (*zie noot 77*) Dat ligt ook voor de hand, nu de instemming zonder twijfel kwalificeert als een beschikking - zij heeft als rechtsgevolg dat de verontreiniging conform het plan kan worden gesaneerd - en daarmee ook de weigering van die instemming (cf. art. 1:3, tweede lid, Awb). Ten slotte valt op dat de wetgever de instemming van rechtswege heeft aangemerkt als een Awb-besluit.

4.22 De melding als gebod komt ook voor in de Telecommunicatiewet (Tw) en de daarop gebaseerde telecommunicatieverordening. Artikel 5.4 Tw bepaalt dat de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk die het voornemen heeft werkzaamheden uit te voeren in of op openbare gronden in verband met de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels, slechts overgaat tot het verrichten van deze werkzaamheden indien deze:

- a. het voornemen daartoe schriftelijk heeft gemeld bij burgemeester en wethouders van de gemeente binnen wier grondgebied de uit te voeren werkzaamheden plaats zullen vinden, en
- b. van burgemeester en wethouders instemming heeft verkregen omtrent de plaats, het tijdstip, en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.

In artikel 5.4, tweede en derde lid, Tw is bepaald dat aan het instemmingsbesluit voorschriften kunnen worden verbonden.

Ingevolge artikel 5.4, vijfde lid, Tw stelt de gemeenteraad met betrekking tot het verrichten van de werkzaamheden bij verordening regels vast die in ieder geval betrekking hebben op een aantal met name in de Tw genoemde onderwerpen. Deze verplichting is in de model telecommunicatieverordening nader uitgewerkt. Daarin is bepaald dat een aanbieder die werkzaamheden in of op openbare gronden wil verrichten, dit voornemen tenminste acht weken voor de aanvang, met behulp van een door het college vastgesteld formulier, aan het college van burgemeester en wethouders meldt. De verordening bepaalt voorts dat een beslissing tot instemming met een melding wordt genomen uiterlijk acht weken na ontvangst van de melding.

Ik heb geen rechtspraak aangetroffen waarin als zodanig is geoordeeld over het rechtskarakter van de

beslissing van burgemeester en wethouders tot instemming omtrent de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Wel kan uit een uitspraak van het CBB van 2 mei 2006 worden afgeleid dat het college deze beslissing aanmerkt als een Awb-besluit. (zie noot 78)

De uitspraak betreft het beroep van KPN tegen een aan haar verleende instemming voor de werkzaamheden ten behoeve van de verplaatsing van kabels op grond van artikel 5.2 Tw, een vrijwel gelijklopend bepaling als thans artikel 5.4 Tw. KPN wil met het beroep aan de rechter het oordeel ontlokken dat voor die werkzaamheden geen instemmingsbesluit als bedoeld in artikel 5.2 Tw hoeft te worden gevraagd. In de uitspraak onderschrijft het CBB de zienswijze van verweerder dat "KPN belang heeft bij het in het primaire besluit besloten rechtsoordeel dat een instemmingsbesluit nodig is, en dat een andere weg om dat oordeel door een rechter getoetst te krijgen - zoals het uitlokken van een sanctiebesluit - voor KPN onevenredig bezwarend zou zijn".

Materieel vangt KPN echter bot, omdat het College met de rechtbank voor oordeel is "dat voor de werkzaamheden een instemmingsbesluit is vereist". Daartoe overweegt het dat doel en strekking van de in art. 5.2 Tw neergelegde coördinatieregeling met zich brengt dat "geen graafwerkzaamheden in de openbare grond ten behoeve van kabels plaatsvinden zonder dat burgemeester en wethouders in de gelegenheid worden gesteld om die werkzaamheden te coördineren met andere werkzaamheden en andere belangen dan waarin door de Tw wordt voorzien. Het college onderschrijft derhalve het oordeel van de rechtbank dat, om die taak naar behoren te vervullen, een melding van de voorgenomen werkzaamheden nodig is, alsmede de expliciete instemming daarmee, al dan niet voorzien van voorschriften."

Uit deze uitspraak leid ik, als gezegd, af dat het college de instemming aanmerkt als een Awb-besluit. Dat blijkt al uit het feit dat het college de instemming met zoveel woorden aanduidt als instemmingsbesluit. (zie noot 79) Bovendien heeft de instemming als rechtsgevolg dat de werkzaamheden rechtsgeldig kunnen worden uitgevoerd en wel volgens de voorschriften die daaraan mogelijk verbonden zijn betreffende de plaats, het tijdstip en wijze van uitvoering van de werkzaamheden.

4.23 Een melding als gebod was ook te vinden in het financieel toezicht op basis van de - in 2007 door de Wet financieel toezicht vervangen - Wet toezicht effectenverkeer 1995. Ingevolge het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Bte 1995) moet een ieder die een effecteninstelling krachtens wet, statuten of reglementen vertegenwoordigt dan wel het dagelijks beleid van een effecteninstelling bepaalt, naar het oordeel van de toezichthoudende autoriteit voldoende deskundig zijn in verband met de bedrijfsvoering van de instelling en moet bovendien de betrouwbaarheid van deze personen en de personen die bevoegd zijn hen te benoemen of te ontslaan, naar het oordeel van de toezichthoudende autoriteit buiten twijfel staan. Om deze eisen te kunnen controleren bepaalt artikel 22, eerste lid, onder a, Bte 1995 dat een effecteninstelling iedere voorgenomen wijziging in aantal en de identiteit van de hiervoor genoemde personen aan de toezichthoudende autoriteit meldt. Ingevolge artikel 22, vierde lid, Bte 1995, wordt een dergelijke wijziging niet doorgevoerd indien de toezichthoudende autoriteit het voornemen daartoe afwijst binnen zes weken na ontvangst van de melding, of, indien de toezichthoudende autoriteit overeenkomstig het tweede lid om nadere gegevens en bescheiden heeft verzocht, na de ontvangst van die informatie.

In een uitspraak van 19 december 2000 oordeelt het CBB als volgt over het rechtskarakter van de beslissing van de toezichthoudende autoriteit tot afwijzing van de benoeming van een bepaalde persoon als bestuurder van een effecteninstelling. (zie noot 80)

"Het College volgt verweerder niet in haar eerst na het nemen van het bestreden besluit ingenomen standpunt, dat de omstandigheid dat de afwijzing van het voornemen appellant als bestuurder te benoemen niet tot gevolg heeft dat FESDT dat voornemen niet feitelijk kan doorvoeren, impliceert dat deze afwijzing geen rechtsgevolg heeft. Daartoe wordt het volgende overwogen.

Gelet op artikel 11, eerste lid, van de Wte 1995 alsmede gelet op het imperatieve karakter van artikel 22, vierde lid, van het Bte 1995, impliceert bedoelde afwijzing voor FESDT het verbod appellant als bestuurder te benoemen. Weliswaar treedt daardoor geen wijziging op in de aan FESDT verleende vergunning ex artikel 7, eerste lid, van de Wte, doch het College vermog niet in te zien dat slechts het wijzigen van die vergunning rechtsgevolgen heeft; ook het ontstaan van vorenbedoeld - wettelijk - verbod, waarvan overtreding strafbaar is, moet als een rechtsgevolg van meergenoemde afwijzing worden beschouwd.

De stelling van verweerster, dat pas een rechtsgevolg intreedt op het moment dat verweerster zou besluiten een maatregel jegens FESDT te treffen, bijvoorbeeld door de aan FESDT verleende vergunning ex artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 in te trekken, wordt dan ook verworpen. (...)

Gelet op het voren overwogene kan het College tot geen ander oordeel komen dan dat in het bestreden besluit er terecht van is uitgegaan dat de afwijzing van het voornemen appellant als bestuurder te benoemen op rechtsgevolg is gericht en dat de brief van 26 augustus 1999 derhalve een besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb".

Deze uitspraak spreekt voor zich. De afwijzing door de toezichthouder van het voornemen van een effecteninstelling om een bepaalde persoon als bestuurder te benoemen heeft als rechtsgevolg dat het de effecteninstelling verboden is om de persoon te benoemen en kwalificeert dus als Awb-besluit.

4.24 Ten slotte bevat de model APV nog een melding uit de categorie melding als gebod, namelijk de voorafgaande kennisgeving van betogingen en vergaderingen op openbare plaatsen. Dit meldingenstelsel is een uitwerking van artikel 4 Wet openbare manifestaties (Wom), waarin het volgende is bepaald: de gemeenteraad stelt bij verordening regels vast met betrekking tot de gevallen waarin voor vergaderingen en betogingen op openbare plaatsen een voorafgaande kennisgeving vereist is. Ingevolge artikel 2.3, eerste lid, model APV geeft degene die het voornemen heeft op een openbare plaats een betoging te houden, waaronder begrepen een samenkomst als bedoeld in artikel 3, eerste lid, Wom (tot het belijden van een godsdienst), daarvan vóór de openbare aankondiging en ten minste [...] uur voordat de betoging wordt gehouden, schriftelijk kennis aan de burgemeester. Deze kennisgeving bevat ingevolge artikel 2.3, tweede lid, model APV onder meer naam en adres van degene die een betoging houdt, de datum van de betoging en het tijdstip van aanvang en beëindiging en de plaats en, voor zover van toepassing de route en plaats van beëindiging. Ingevolge het derde lid ontvangt degene die de kennisgeving doet daarvan een bewijs waarin het tijdstip van de kennisgeving is vermeld.

Deze melding heeft een principiële karakter dan de hiervoor besproken meldingen. Omdat betogingen worden beschermd door artikel 6 en 9 Grondwet en artikel 9 en 10 EVRM, wordt de mogelijkheid tot beperking ervan begrensd door onder meer het evenredigheidsbeginsel. Daarom is in de Wom niet gekozen voor regulering van betogingen door middel van een toestemmingsvereiste, maar voor het lichtere meldingenstelsel. Wordt het meldinggebod niet nageleefd dan kan dat voor de burgemeester reden zijn om een betoging te beëindigen en is het geen gevolg geven aan een bevel van de burgemeester tot beëindiging van de betoging strafrechtelijk vervolgbaar. (*zie noot 81*) Overigens heeft het EHRM uitgemaakt dat in bijzondere omstandigheden, waarin een betoging een onmiddellijke reactie is op politieke gebeurtenissen, het enkel ontbreken van een melding onvoldoende is om de betoging te beëindigen. (*zie noot 82*)

De burgemeester kan naar aanleiding van een melding gebruik maken van zijn bevoegdheden van artikel 5, eerste lid, Wom, en voorschriften en beperkingen aan de betoging stellen of een verbod geven. Deze beslissingen zijn uiteraard Awb-besluiten, waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. (*zie noot 83*) Is er geen reden om de betoging te beperken of te verbieden, dan ontvangt de kennisgever op grond van artikel 2.3, derde lid, model APV het hiervoor genoemde bewijs. Dit bewijs heeft geen rechtsgevolg en wordt door de Afdeling dan ook niet aangemerkt als Awb-besluit. Dat kan worden afgeleid uit een uitspraak van 9 oktober 2013. (*zie noot 84*)

"[appellant] heeft op 18 oktober 2010 bezwaar gemaakt tegen het uitblijven van een reactie op de kennisgeving van 7 oktober 2009 van een op 10 oktober 2009 op en nabij het Beursplein te Rotterdam te houden demonstratie. [...] Een manifestatie behoeft geen goedkeuring door middel van een besluit. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de burgemeester zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat op de kennisgeving geen besluit hoefde te volgen, nu geen verbod werd opgelegd, dan wel voorschriften of beperkingen werden gesteld."

De uitspraak lijkt mij principieel correct. Betogingen zijn niet verboden, behoudens toestemming, maar zijn juist toegestaan, tenzij uitdrukkelijk verboden of beperkt. Is voor een verbod of beperking geen reden, dan ontvangt de kennisgever het bewijs van kennisgeving. Hiermee kan hij bijvoorbeeld tegenover toezichthoudende of opsporingsautoriteiten aantonen dat de kennisgeving is gedaan. Daarmee wordt het recht op betoging dat hij op grond van de wet heeft, bevestigd. Een zelfstandig rechtsgevolg vloeit uit dit bewijs niet voort.

Hoewel de lijn hiermee duidelijk lijkt, ziet men in de praktijk soms toch een afwijking ervan. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 20 november 2006. (zie *noot 85*) In deze zaak verzocht een winkeliersvereniging om een voorlopige voorziening tegen de beslissing van de burgemeester om een demonstratie van Respect voor Dieren niet te verbieden. De rechter overwoog:

"In dit verband moet worden beoordeeld of de beslissing van de burgemeester om de demonstratie niet te verbieden dan wel te beperken, een besluit is als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Hierbij dient eerst te worden beoordeeld of er sprake is van een door verweerder genomen beslissing. De Wom kent immers een kennisgevingstelsel, wat inhoudt dat voor het houden van een demonstratie in beginsel geen voorafgaande toestemming van de burgemeester is vereist maar uitsluitend - voor zover de gemeenteraad dit heeft bepaald - een melding door de organisatie. Gelet op artikel 2, in samenhang gezien met artikel 5, van de Wom kan de burgemeester echter wel beperkingen stellen aan een demonstratie of deze zelfs verbieden. De noodzaak hiervan zal de burgemeester na binnenkomst van de melding dienen te beoordelen. Dat dit in het onderhavige geval ook is gebeurd, is gebleken uit de toelichting die verweerder ter zitting heeft gegeven. (...) Naar het oordeel van de rechter heeft verweerder derhalve na beraadslaging een beslissing genomen over de vraag of de demonstratie (zonder beperkingen) doorgang kon vinden. Nu verweerder hierbij een beslissing heeft genomen met betrekking tot de (niet-)uitoefening van een aan hem toegekende (publiekrechtelijke) bevoegdheid, is deze beslissing naar voorlopig oordeel gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg.

Artikel 1:3 van de Awb brengt mee dat een besluit schriftelijk bekend moet worden gemaakt. Verweerder heeft aan een beperkte kring van belanghebbenden, waaronder verzoekster, bij brief van 24 oktober 2006 meegedeeld dat de organisatie Respect voor Dieren een demonstratie zou gaan houden waarbij onder meer de Kalverstraat in de route was opgenomen. Naar het oordeel van de rechter houdt deze brief de schriftelijke bekendmaking in van de beslissing om de demonstratie niet te verbieden of te beperken en dient deze brief om die reden te worden aangemerkt als besluit in de zin van de Awb.

Aan de vorenstaande duiding als besluit doet niet af dat een vergunning, ontheffing of uitdrukkelijke toestemming niet vereist is in het kennisgevingstelsel van de Wom. De rechter overweegt bovendien dat de beslissing over het al dan niet opleggen van een verbod of beperkingen bij een aangemelde demonstratie onmiskenbaar besluitvorming in het publiekrechtelijk domein behelst, die belanghebbenden - in dit geval verzoekster - raakt. Het past in het stelsel van het bestuursrecht en de daarbij behorende rechtsbescherming om belanghebbenden in de gelegenheid te stellen tegen een dergelijke beslissing op te komen".

Hoewel ik het uitvoerig onderbouwde standpunt van de voorzieningenrechter wel begrijp, denk ik dat het principieel onjuist is. Het resultaat ervan is immers dat de betoging in kwestie materieel wordt onderworpen aan een toestemmingsvereiste, terwijl dat om constitutionele redenen nu juist niet de

bedoeling is. (zie noot 86) Overigens loopt de zaak voor het betogingsrecht wel goed af, omdat de rechter van oordeel is dat er geen dwingende redenen zijn om de betoging te beperken. Daarbij stelt hij expliciet dat vanwege het grondrechtelijke karakter van het recht bestuur en rechter "grote terughoudendheid moeten betrachten" bij het beperken ervan.

4.25 De juridische karakterisering van de reactie op een melding in de categorie melding als gebod levert doorgaans geen grote problemen op. De melding van bepaalde activiteiten wordt voorgeschreven ten einde het bestuursorgaan in staat te stellen om te bepalen of het bepaalde maatregelen in verband met de activiteit moet treffen, dan wel om met deze activiteit al dan niet in te stemmen. Neemt het orgaan een maatregel of stemt het al dan niet in met de activiteit dan kwalificeren deze beslissingen steeds als een Awb-besluit.

In sommige stelsels kan het bestuursorgaan onder omstandigheden volstaan met het voor kennisneming aannemen van de melding (stikstofverordening Noord-Brabant, punt 4.20) of met het verstrekken van een bewijs ervan (Wom, punt 4.24). De eerste beslissing kwalificeert als Awb-besluit omdat zij wel degelijke rechtsgevolgen heeft, de tweede (mede) om constitutionele redenen niet.

De melding als uitzondering op een voorwaardelijk verbod

4.26 Het enige meldingenstelsel in de categorie 'melding als uitzondering op een voorwaardelijk verbod', dat ik in de wet- en regelgeving heb aangetroffen, is het stelsel voor de aanleg of verandering van een uitweg voorzien in de model APV en in de APV's van diverse gemeenten, zoals Leeuwarden en Stein. Volgens de toelichting op de model APV zouden gemeenten als regel kunnen kiezen voor een meldingenstelsel in plaats van een vergunningstelsel, omdat in veel gevallen de aanleg of verandering van een uitweg kan gebeuren zonder dat dit problemen oplevert.

De door de gemeenten toegepaste meldingenstelsels bij de aanleg of verandering van uitwegen zijn ontleend aan de model APV, maar wijken daar op onderdelen vanaf. Dat geldt zeker voor het meldingenstelsel in de APV Stein en in mindere mate ook voor dat in de APV Leeuwarden. Hierna worden de drie voor deze conclusie relevante stelsels vermeld.

Model Algemene plaatselijke verordening (VNG-model)

Artikel 2:12 Maken, veranderen van een uitweg

1. Het is verboden een uitweg te maken naar de weg of verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg indien:

a. degene die voornemens is een uitweg te maken naar de weg of verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg daarvan niet van tevoren melding heeft gedaan aan het college, onder indiening van een situatieschets van de gewenste uitweg en een foto van de bestaande situatie; of

b. het college het maken of veranderen van de uitweg heeft verboden.

2. Het college verbiedt het maken of veranderen van de uitweg indien:

a. daardoor het verkeer op de weg in gevaar wordt gebracht;

b. dat zonder noodzaak ten koste gaat van een openbare parkeerplaats;

c. het openbaar groen daardoor op onaanvaardbare wijze wordt aangetast; of

d. er sprake is van een uitweg van een perceel dat al door een andere uitweg wordt ontsloten, en de aanleg van deze tweede uitweg ten koste gaat van een openbare parkeerplaats of het

openbaar groen.

3. De uitweg kan worden aangelegd indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de gewenste uitweg wordt verboden.

Algemene plaatselijke verordening Leeuwarden

Artikel 2:12 Maken, veranderen van een uitweg

1. Het is verboden een uitweg te maken naar de weg of verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg:

a. indien degene die voornemens is een uitweg te maken naar de weg of verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg daarvan niet van tevoren melding heeft gedaan aan het bevoegd gezag, onder indiening van een situatieschets van de gewenste uitweg en een foto van de bestaande situatie; of

b. indien het bevoegd gezag het maken of veranderen van de uitweg heeft verboden.

2. Het bevoegd gezag verbiedt het maken of veranderen van de uitweg:

a. indien daardoor het verkeer op de weg in gevaar wordt gebracht;

b. indien dat zonder noodzaak ten koste gaat van een openbare parkeerplaats;

c. indien het openbaar groen daardoor op onaanvaardbare wijze wordt aangetast; of

d. indien het uiterlijk aanzien van de omgeving wordt geschaad;

e. indien op eigen erf niet minimaal over een ruimte voor het parkeren van een auto van 2,30 x 5 meter kan worden beschikt;

f. indien er sprake is van een uitweg van een perceel dat al door een andere uitweg wordt ontsloten, en de aanleg van deze tweede uitweg ten koste gaat van een openbare parkeerplaats of het openbaar groen.

3. De uitweg kan worden aangelegd indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de gewenste uitweg wordt verboden.

Algemene plaatselijke verordening Stein

Artikel 2:12 Maken, veranderen van een uitweg

1. Het is verboden een uitweg te maken naar de weg of verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg of van de weg als uitweg gebruik te maken voor het bereiken van een perceel:

a. zonder daarvan van te voren melding te hebben gedaan aan het college middels indiening van een vastgesteld standaard meldingsformulier en een bijbehorende situatieschets;

b. indien het college dat heeft besloten.

(...)

3. Het college kan het maken of veranderen van de uitweg verbieden:

- a. indien de bruikbaarheid (doelmatigheid) en de veiligheid van de weg wordt aangetast;
- b. indien het uiterlijk aanzien van de omgeving wordt aangetast;
- c. indien het openbaar groen op onaanvaardbare wijze wordt aangetast.
- d. bij tussenwoningen.

4. Het college kan instemmen met het maken of veranderen van de uitweg, indien het betreft:

a. de aanleg van een tweede (extra)uitweg:

- bij percelen van vrijstaande woningen;
- bij hoekpercelen waarbij een van de twee uitwegen in een andere straat uitkomt;

b. een verbreding van een uitweg

- bij woningen: maximaal drie meter breed, exclusief de overgangsbanden
- bij bedrijven: in overleg met de wegbeheerder.

5. Indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de gewenste uitweg wordt verboden, wordt het college geacht te hebben ingestemd met de melding voor het maken of veranderen van de uitweg.

4.27 In de rechtspraak van de Afdeling is het rechtskarakter van de instemmende en afwijzende reactie op de melding voor het aanleggen of veranderen van een uitweg een enkele keer aan de orde geweest. In die rechtspraak worden beide aangemerkt als Awb-besluit.

Een eerste relevante uitspraak dateert van 20 oktober 2010 en betrof een verbod om een tweede uitweg aan te leggen. De inhoud van de toegepaste APV-bepaling was gelijk aan die van artikel 2:12, tweede lid, aanhef en onder d, model APV en artikel 2:12, tweede lid, aanhef en onder f, APV Leeuwarden. Volgens de Afdeling is "een verbod op grond van die bepaling om een tweede uitweg te mogen aanleggen [...] een besluit waartegen in rechte kan worden opgekomen". (*zie noot 87*) Dit oordeel, dat verder niet wordt gemotiveerd, lijkt mij niet omstreden. Het geldt, omdat die bepalingen gelijkkluidend zijn, ook voor het verbieden van een uitweg op grond van de model APV of de APV Leeuwarden, en - naar mijn opvatting - voor het verbieden van een uitweg op grond van de APV Stein, ook al zijn de relevante bepalingen in die APV anders geredigeerd. Op grond van alle APV's heeft het verbod immers als rechtsgevolg dat de uitweg niet kan worden aangelegd.

In een uitspraak van 18 juli 2012 moet de Afdeling oordelen over de door het college van burgemeester en wethouders van Sint-Oedenrode bij brief van 22 maart 2010 verleende 'toestemming' voor de aanleg van een uitweg. (*zie noot 88*) Voor zover dat valt na te gaan, voorzag de toegepaste APV overigens niet in een dergelijke uitdrukkelijke toestemming. Blijkens de uitspraak is het ingevolge artikel 2.1.5.3, eerste lid, van de APV Sint-Oedenrode 2009 verboden zonder voorafgaande melding aan het college een uitweg te maken naar de weg of verandering aan te brengen in een bestaande weg. Ingevolge het vierde lid laat het college binnen vier weken na ontvangst van de melding weten of aan het de gewenste uitweg voorschriften stelt of dat de gewenste uitweg in het geheel niet kan worden gerealiseerd. Ingevolge het zevende lid stelt het college de indiener van de melding binnen zes weken na ontvangst van de melding op de hoogte van de voorschriften als bedoeld in het vierde lid of weigering van de aanleg als bedoeld in het zesde lid. Over het rechtskarakter van de verleende 'toestemming' oordeelt de Afdeling als volgt:

"De rechtbank heeft overwogen dat in artikel 2.1.5.3 van de APV 2009 aan het college de

bevoegdheid wordt toegekend om al dan niet de aanleg van een gemelde uitweg te weigeren, alsmede aan de aanleg al dan niet voorschriften te verbinden. Deze bevoegdheid om te beslissen vindt haar grondslag in een publiekrechtelijk voorschrift. Dat het college in dit geval heeft besloten de aanleg van de uitweg niet te weigeren of daaraan voorschriften te verbinden, maakt niet dat de brief van 22 maart 2010 rechtsgevolg ontbeert. Het gevolg van de in die brief neergelegde beslissing is dat de uitwegen mogen worden aangelegd. Het college heeft zich derhalve ten onrechte op het standpunt gesteld dat die brief niet kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, aldus de rechtbank. Zij heeft het besluit van 17 augustus daarom vernietigd.

De Afdeling stelt voorop dat de rechtbank de brief van 22 maart 2010 terecht en op goede gronden heeft aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen bezwaar kon worden gemaakt."

In de uitspraak merkt de Afdeling, in navolging van de rechtbank, de 'toestemmingsbrief' van het college aan als een Awb-besluit. Daarvoor is doorslaggevend dat de brief als (rechts)gevolg heeft dat de uitweg mag worden aangelegd.

4.28 Na deze weergave van de rechtspraak, kom ik op de kwalificatie van de uitdrukkelijke (of reële) schriftelijke beslissingen van het college van burgemeester en wethouders binnen vier weken naar aanleiding van een melding tot het maken of veranderen van een uitweg op grond van de model APV en de APV's van Leeuwarden en Stein. Niet omstreden is dat een verbod naar aanleiding van de melding binnen vier weken kwalificeert als een Awb-besluit. (zie *noot 89*) Deze beslissing heeft immers als rechtsgevolg dat de uitweg niet mag worden aangelegd.

Naar mijn opvatting kwalificeert ook de acceptatie van een melding onder voorschriften als een Awb-besluit. Zij is immers gericht op het rechtsgevolg dat de melder aan die voorschriften is gebonden. Deze kwalificatie geldt zowel in het geval de APV voorziet in de wettelijke bevoegdheid om voorschriften aan de acceptatie te verbinden, (zie *noot 90*) als in het geval het college daartoe mogelijk niet bevoegd is, omdat de APV daarvoor geen wettelijke grondslag bevat. Dat laatste is aan de orde in de zaak Leeuwarden. Zoals in punt 3.3 aangegeven is het voor het kwalificeren als besluit immers voldoende dat een wilsverklaring van het college is gericht op rechtsgevolg en is het niet noodzakelijk dat die verklaring dat rechtsgevolg daadwerkelijk bewerkstelligt. In punt 5.15 kom ik op deze kwestie terug. In zijn primaire beslissing onder voorschriften is het college van burgemeester en wethouders van Leeuwarden er ook vanuit gegaan dat deze kwalificeert als besluit. Onder het kopje "Besluit" stelt het college in reactie op de melding van de uitweg door [belanghebbende A] het volgende:

"Na toetsing aan de criteria van de Algemene plaatselijke verordening Leeuwarden (APV) hebben wij besloten de uitweg te accepteren overeenkomstig uw aanvraag. Aan de acceptatie zijn voorschriften verbonden, zie hiervoor de bijlagen (Grondslag: 2:12 APV)."

Het college stelt bovendien expliciet dat [belanghebbende A] en derde belanghebbenden tegen het besluit bezwaar kunnen maken. Nu de acceptatie onder voorschriften kwalificeert als Awb-besluit, is dit correct.

4.29 Dat ook de uitdrukkelijke acceptatie van een melding zonder voorschriften (binnen vier weken) kwalificeert als besluit, ligt in de meldingenstelsels van de model APV en de APV Leeuwarden wellicht minder voor de hand. Ingevolge artikel 2:12, eerste lid, van beide APV's is het, kort gezegd, verboden om een uitweg te maken (a) indien degene die voornemens is dat te doen daarvan niet te voren melding heeft gedaan aan het college van burgemeester en wethouders, of (b) indien het college het maken van die uitweg heeft verboden. Gelet hierop is de aanleg van de uitweg, indien de melding is gedaan, alleen verboden als die aanleg door het college wordt verboden. Zolang het college geen verbod heeft opgelegd, is de aanleg op zich dus toegestaan. De uitweg kan ingevolge artikel 2:12, derde lid, van beide APV's (echter pas) worden aangelegd, indien het college niet binnen vier weken

na ontvangst van de melding heeft beslist dat de melding wordt verboden. Aldus is in het stelsel van beide APV's de aanleg van een uitweg nadat de melding is gedaan en zolang geen verbod is opgelegd op zich niet verboden, maar mag de uitweg pas worden aangelegd als een verbod niet binnen vier weken is opgelegd. Anders gezegd, het 'recht' om de niet verboden uitweg aan te leggen wordt gedurende die termijn opgeschort. Deze termijn wordt het college gegund om te bepalen of het van de verbodsbevoegdheid gebruik zal maken.

In de model APV en de APV Leeuwarden is een uitdrukkelijke acceptatie van de melding door het college binnen vier weken niet voorzien. Gaat het college daartoe toch over, dan is het de vraag of deze acceptatie rechtsgevolgen heeft (en daarom kwalificeert als besluit). Naar mijn opvatting kan deze vraag op twee verschillende manieren worden beantwoord. In de eerste plaats kan men stellen dat deze beslissing slechts bevestigt wat reeds al zo is, namelijk dat de aanleg van de uitweg vanaf het moment dat de melding is gedaan niet verboden is. Daarom is deze beslissing niet gericht op het te weeg brengen van een verandering in de wereld van het recht en is van een Awb-besluit geen sprake. In de tweede plaats is het mijns inziens ook verdedigbaar om te stellen dat een uitdrukkelijke acceptatie binnen vier weken wel kwalificeert als Awb-besluit, omdat zij is gericht op het rechtsgevolg dat de uit artikel 2:12, derde lid, voortvloeiende opschorting van het 'recht' om de (niet-verboden) uitweg aan te leggen, eerder wordt opgeheven dan uit die bepaling voortvloeit, (*zie noot 91*) namelijk al vanaf de inwerkingtreding van de uitdrukkelijke acceptatie.

Het eerstgenoemde standpunt lijkt mij dogmatisch het meest zuiver, omdat men zou kunnen betwijfelen of er - zoals in het tweede standpunt noodzakelijk is - gedurende de vier-wekentermijn een (opgeschort) recht bestaat om de uitweg aan te leggen. Toch zou ik de grote kamer willen adviseren om voor het tweede, mijns inziens wel verdedigbare, standpunt te kiezen en de uitdrukkelijke acceptatie binnen vier weken aan te merken als besluit. Wil zij niet zo ver gaan, dan zou zij deze reactie in elk geval met een besluit gelijk moeten stellen. De reden om dit te doen is dat het eerste standpunt onwenselijke consequenties heeft vanuit de optiek van een coherente rechtsbescherming en wel om twee redenen.

In de eerste plaats ontstaat er, indien de uitdrukkelijke acceptatie van een melding niet wordt aangemerkt als of gelijkgesteld met een besluit, bij de rechtsbescherming een verschil met de uitdrukkelijke acceptatie onder voorschriften die wel kwalificeert als Awb-besluit (punt 4.28). In dat geval zouden derde belanghebbenden tegen een uitdrukkelijke acceptatie onder voorschriften wel Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden en tegen de uitdrukkelijke acceptatie zonder voorschriften niet. Dat lijkt mij een willekeurige uitkomst, die als het even kan moet worden vermeden. In de tweede plaats is het volgende van belang. Voor derde belanghebbenden kan er een alternatieve weg zijn om zich tegen een uitweg te verzetten als zij (bij toeval) binnen de vier-wekentermijn van artikel 2:12, derde lid, op een of andere wijze kennisnemen van de melding van de voorgenomen aanleg van een uitweg. In dat geval kunnen zij binnen die termijn het college verzoeken gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de aanleg van de uitweg te verbieden (of aan de acceptatie voorschriften te verbinden). (*zie noot 92*) Dit verzoek om een verbodsbesluit te nemen is ingevolge artikel 1:3, derde lid, Awb, een aanvraag. Omdat het verbod ook een beschikking is (want niet van algemene strekking), kwalificeert de afwijzing van deze aanvraag door het college ingevolge artikel 1:3, tweede lid, Awb ook als beschikking en kunnen derde belanghebbenden daartegen de Awb-rechtsmiddelen aanwenden.

Gelet op het voorgaande leidt het niet aanmerken van de uitdrukkelijke acceptatie van de melding als besluit (of gelijkstelling daarmee) ertoe dat derde belanghebbenden wel Awb-rechtsbescherming hebben als aan die acceptatie (toevallig) voorschriften zijn verbonden of als zij door toeval in staat zijn tijdig een verzoek te kunnen doen aan het college om de aanleg van de uitweg te verbieden (of aan voorschriften te verbinden), maar niet in andere gevallen. Daarvoor zijn zij dan aangewezen op de civiele rechter. Een dergelijke (gebrek aan) systematiek lijkt mij vanuit de optiek van coherente rechtsbescherming onwenselijk. Om dit te vermijden zou de uitdrukkelijke acceptatie binnen vier weken moeten worden aangemerkt als of gelijkgesteld met een besluit. Omdat, zoals hiervoor aangegeven, het mijns inziens verdedigbaar is te stellen dat die acceptatie als besluit kwalificeert, heb ik een voorkeur voor 'aanmerken als'. Met 'gelijkstellen' kan ik echter ook leven, waarbij ik uitdrukkelijk niet

kies voor de gelijkstelling met een besluit alleen voor de rechtsbescherming. Er is immers geen reden om de uitdrukkelijke acceptatie binnen vier weken zonder voorschriften juridisch anders te behandelen dan de uitdrukkelijke acceptatie onder voorschriften of een verbod van de aanleg van de uitweg (vgl. punt 3.7).

Voor de uitdrukkelijke acceptatie van de melding van de aanleg van een uitweg binnen vier weken volgens de APV Stein ligt het voorgaande minder ingewikkeld, omdat artikel 2:12, vierde lid, van die APV uitdrukkelijk voorziet in de bevoegdheid van het college om met de melding in te stemmen. Als het college van Stein daarvan gebruik maakt, kwalificeert die instemming als Awb-besluit.

Ten slotte merk ik op dat volgens alle APV's de uitweg ook kan worden aangelegd als het college niet binnen vier weken heeft besloten om de uitweg te verbieden. Of ook deze 'stilzwijgende instemming' als besluit kwalificeert of daarmee, eventueel alleen voor de rechtsbescherming, moet worden gelijkgesteld, komt vanaf punt 5.2 aan de orde.

4.30 In het voorgaande is betoogd dat elke uitdrukkelijke beslissing binnen vier weken naar aanleiding van een melding van de aanleg van een uitweg - zowel de beslissing om de aanleg te verbieden als de beslissing om deze al dan niet onder voorschriften te accepteren - kwalificeert als Awb-besluit (of in het geval van een uitdrukkelijke acceptatie zonder voorschriften in elk geval daarmee gelijk moet worden gesteld). Daartegen kunnen de melder, in geval van een verbod of voorschriften, en derde belanghebbenden, in geval van uitdrukkelijke acceptatie (al dan niet onder voorschriften), de Awb-rechtsmiddelen aanwenden. Doen zij dat niet, dan wordt de beslissing onaantastbaar. In deze opvatting is er geen behoefte meer aan aparte rechtsbescherming in verband met een eventueel verzoek van derde belanghebbenden aan het college om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de aanleg van de uitweg te verbieden. Wordt een dergelijk verzoek gedaan binnen de vier-wekentermijn, dan kan het door het college worden meegenomen bij de beoordeling van de melding. Tegen elke uitdrukkelijke beslissing van het college binnen vier weken staan vervolgens (ook) voor derde belanghebbenden de Awb-rechtsmiddelen open, ook tegen de in een uitdrukkelijke acceptatie van de melding geïmpliceerde afwijzing van hun verzoek om de aanleg te verbieden. Wordt het verzoek van derde belanghebbenden om de aanleg te verbieden pas gedaan nadat het college de melding uitdrukkelijk heeft geaccepteerd, dan moet het mijn inziens worden opgevat als een bezwaar tegen dat besluit.

Verder merk ik op dat derde belanghebbenden de materiële heroverweging van een uitdrukkelijke acceptatie van de melding niet kunnen bewerkstelligen door middel van een verzoek om handhaving. Dat kan worden afgeleid uit een uitspraak van de Afdeling van 27 december 2012. (zie noot 93)

In de zaak moet de Afdeling in hoger beroep oordelen over de - door de rechtbank in stand gelaten - afwijzing van het verzoek van een belanghebbende om handhavend op te treden tegen de aanleg van een uitweg die vooraf was gemeld en niet door het bestuur was verboden. De Afdeling oordeelt als volgt. "[de melder] heeft voorafgaand aan de aanleg van de uitweg een melding gedaan als bedoeld in artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, van de APV. Niet in geschil is dat het college de aanleg van de uitweg niet heeft verboden. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het college zich daarom terecht op het standpunt heeft gesteld dat artikel 2:12 van de APV niet is overtreden. Dat, zoals [belanghebbende] betoogt, het college had moeten overgaan tot het verbieden van de uitweg, omdat niet wordt voldaan aan het gestelde in artikel 2:12, tweede lid van de APV kan in deze procedure niet aan de orde komen. De rechtbank heeft terecht overwogen dat uitsluitend dient te worden nagegaan of zich een overtreding van artikel 2:12 van de APV voordoet. Zoals reeds is overwogen, doet deze zich niet voor, omdat het college het aanleggen van de uitweg niet heeft verboden. [Belanghebbende] kan zijn bezwaren tegen de uitweg in dit geval slechts aan de civiele rechter voorleggen."

Deze uitspraak betrof de situatie dat de uitweg kon worden aangelegd als gevolg van de stilzwijgende 'instemming' van de melding door het college, waarvan pas in punt 5.8 wordt aangegeven of belanghebbende daartegen de Awb-rechtsmiddelen kan aanwenden. A fortiori heeft de hier verwoorde

opvatting van de Afdeling dan te gelden voor de uitdrukkelijke acceptatie van de melding, die - althans volgens mijn opvatting - kwalificeert als (of moet worden gelijkgesteld met) een appellabel Awb-besluit: ook dan stuit een verzoek om handhaving af op het gegeven dat de aanleg van de uitweg niet (uitdrukkelijk) verboden is.

De vraag die naar aanleiding van het voorgaande wel kan worden opgeworpen is of een derde belanghebbende wel altijd op de hoogte is van een uitdrukkelijk besluit tot acceptatie van de melding. Deze vraag komt in punt 4.32 aan de orde. Eerst moet in verband met het rechtskarakter van de reactie op een melding voor uitwegen nog een andere kwestie worden besproken.

4.31 Alle hiervoor vermelde uitspraken van de Afdeling hebben betrekking op meldingen die zijn gedaan en waarop is beslist, voordat op 1 oktober 2010 de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in werking trad. De Wabo ziet onder meer op een integratie van bepaalde in gemeentelijke verordeningen opgenomen toestemmingsvereisten, waaronder die voor het aanleggen van een uitweg, in de omgevingsvergunning. Ingevolge artikel 2.2, eerste lid, aanhef en onder e, Wabo geldt, voor zover ingevolge een bepaling in een provinciale of gemeentelijke verordening een vergunning of ontheffing is vereist om een uitweg te maken, te hebben of te veranderen of het gebruik daarvan te veranderen, een zodanige bepaling als een verbod om een project voor zover dat geheel of gedeeltelijk uit die activiteiten bestaat, uit te voeren zonder omgevingsvergunning. De omgevingsvergunning voor het maken van een uitweg komt tot stand op grond van de reguliere voorbereidingsprocedure. (zie noot 94) Het college dient binnen acht weken op de aanvraag te beslissen; deze termijn kan eenmaal met zes weken worden verlengd. Op het niet tijdig op de vergunningsaanvraag beslissen is paragraaf 4.1.3.3. Awb (lex silencio positivo) van toepassing. De reële beslissing over de aanvraag om een omgevingsvergunning kwalificeert als Awb-besluit (en wel als beschikking), waartegen voor de aanvrager en derde belanghebbenden de Awb-rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Dat geldt ook voor de van rechtswege verleende vergunning in geval van niet tijdig beslissen, die ingevolge artikel 4:20b, tweede lid, Awb, als beschikking geldt.

Een uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2013 in de zaak Weert roept de vraag op of de verplichte integratie in de omgevingsvergunning ook geldt als het toestemmingsvereiste voor de aanleg van een uitweg in de APV is 'geïmpliceerd' in een meldingenstelsel. (zie noot 95) De zaak betrof een omgevingsvergunning voor het vestigen van een 24-uurs kamer en kantoor en de aanleg van een in- en uitrit. Voor dat laatste gold op grond van de APV Weert een meldingenstelsel dat, voor zover hier van belang niet anders was vormgegeven dan het stelsel van de model APV en dat van de APV Leeuwarden. Evenals deze stelsels ging het er bijvoorbeeld ook vanuit dat "de uitweg kan worden aangelegd indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de uitweg wordt verboden" (zie noot 96) In de uitspraak wordt aan het meldingenstelsel geen enkele aandacht besteed, ook bijvoorbeeld niet aan de vraag of de uitweg niet reeds kon worden aangelegd wegens het niet-verbieden ervan binnen vier weken na de melding. (zie noot 97) Kennelijk is het voor de Afdeling vanzelfsprekend dat het in de Weertse APV voorziene meldingenstelsel voor uitwegen (en dus ook dat van de model APV en de APV Leeuwarden) is geïntegreerd in de omgevingsvergunning en dat de reactie op de melding kan worden gelijkgesteld met een vergunning of ontheffing als bedoeld artikel 2.2, eerste lid, aanhef en onder e Wabo. (zie noot 98) Een vergelijkbaar standpunt huldigt de Afdeling overigens in de - in punt 4.27 al besproken - uitspraak van 18 juli 2012 in de zaak Sint-Oedenrode waarin zij stelt dat de verleende toestemming naar aanleiding van de in die zaak aan de orde zijnde melding "hetzelfde karakter als een vergunning of ontheffing" heeft. (zie noot 99) Als de aanleg van de uitweg waarop de melding betrekking heeft een omgevingsvergunningplichtige activiteit is, dan is er geen discussie meer over het besluitkarakter van een reactie op de melding: de verlening en weigering van de omgevingsvergunning zijn een Awb-besluit. In dat geval bestaat er ook geen twijfel meer over het rechtskarakter van het niet binnen een bepaalde termijn reageren op die melding door het bestuursorgaan. Het gevraagde besluit is dan van rechtswege verleend (art. 4:20b, eerste lid, Awb) en geldt als een beschikking (art. 4:20b, tweede lid, Awb), waartegen de melder en derde belanghebbenden de Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden. Een andersluidende APV-regeling in geval van niet tijdig beslissen wordt door deze Awb-regeling opzij gezet.

Mocht de uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2013 in de zaak Weert deze betekenis hebben, dan is de daarin toegepaste transformatie van een meldingenstelsel voor uitwegen in een omgevingsvergunningprocedure om redenen van rechtszekerheid en rechtsbescherming aantrekkelijk. Op zichzelf ben ik hiervan daarom geen tegenstander. Wel valt in dat geval de aanleiding voor de vraag van de voorzitter weg. Mede daarom betwijfel ik of in de uitspraak van 22 mei 2013 als vaste rechtspraak van de Afdeling moet worden aangemerkt. (zie noot 100) Tegen de in die uitspraak gevolgde lijn pleit dat zij enigszins op gespannen voet staat met de letter van artikel 2.2, eerste lid, Wabo, op grond waarvan de verplichte integratie in de omgevingsvergunning alleen betrekking heeft de aanleg van een uitweg waarvoor ingevolge een gemeentelijke of provinciale verordening een vergunning of ontheffing is vereist. Als de gemeentelijke wetgever voor die aanleg welbewust niet heeft gekozen voor deze stelsels, maar voor een meldingenstelsel, dan gaat het wat ver om dat meldingenstelsel met een vergunning of ontheffing gelijk te stellen en daarmee de in de APV opgenomen procedure effectief uit te schakelen. (zie noot 101)

Een aanwijzing dat de wetgever er niet van is uitgegaan dat de reactie op een melding kan worden gelijkgesteld aan een van de toestemmingsvereisten van artikel 2.2. Wabo, wordt ook geboden door de regeling van artikel 8.41a Wm. (zie noot 102) Deze regeling betreft de situatie dat een bepaalde activiteit, waarvoor ingevolge artikel 8.41 Wm een melding moet worden gedaan (in verband met algemene regels, zie punt 4.3), ook omgevingsvergunningplichtig is op grond van artikel 2.1 of 2.2, eerste lid, Wabo. Voor die situatie bepaalt artikel 8.41a Wm, dat, 'indien de melding nog niet gedaan is of de bij de melding te verstrekken gegevens niet volledig zijn, tegelijkertijd met de indiening van de aanvraag om een omgevingsvergunning een melding van die activiteiten overeenkomstig het bepaalde krachtens artikel 8.41 wordt gedaan'. Uit deze coördinatieregeling blijkt dat de wetgever niet ervan is uitgegaan dat de reactie op die melding al op grond van de Wabo verplicht is geïntegreerd in de omgevingsvergunning.

Gelet op het voorgaande ga ik er hierna vanuit dat ook de reacties op de meldingen in verband met de aanleg van de uitweg in de zaken Leeuwarden en Stein niet kunnen worden opgevat als of gelijkgesteld met een ontheffing of vergunning als bedoeld in de Wabo.

4.32 In punt 4.28 en 4.29 is het standpunt ingenomen dat elke uitdrukkelijke beslissing naar aanleiding van een melding van de aanleg van een uitweg die binnen vier weken is genomen (verbod, acceptatie al dan niet onder voorschriften), kwalificeert als een Awb-besluit (of in het geval van de uitdrukkelijke acceptatie zonder voorschriften daarmee in elk geval moet worden gelijkgesteld). Ingevolge artikel 3:40 Awb treedt een besluit niet in werking, voordat het is bekendgemaakt. (zie noot 103) De bekendmaking van de onderhavige besluiten, die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht geschiedt ingevolge artikel 3:41 Awb door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager, i.e. de melder. Omdat de besluiten zijn gericht tot de aanvrager (melder), kunnen burgemeester en wethouders volstaan met de toezending/uitreiking ervan aan hem. Publicatie van de besluiten in een voor een ieder in beginsel toegankelijk medium is op grond van de Awb niet vereist. Een dergelijke verplichting kan wel zijn opgenomen in de APV. Los daarvan is het bij veel gemeenten een goed gebruik om besluiten, bijvoorbeeld op het terrein van het omgevingsrecht en de APV, onverplicht te publiceren in een algemeen toegankelijk medium, zoals een huis-aan-huisblad of de gemeentelijke website. Een verplichting daartoe bestaat op grond van de Awb, zoals gezegd, echter niet.

De termijn voor het indienen van bezwaar van zes weken vangt ingevolge artikel 6:8, eerste lid, Awb aan met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, i.e. de dag na de toezending of uitreiking ervan aan de melder. De rechtspositie van de melder is aldus goed gewaarborgd. Hij ontvangt het besluit en kan beslissen of hij daartegen al dan niet bezwaar maakt. Voor derde belanghebbenden ligt dat lastiger als de gemeente het besluit niet in een algemeen toegankelijk medium heeft gepubliceerd. In dat geval kan het gebeuren dat hij pas op de hoogte raakt van het (uitdrukkelijke) besluit, waarbij de melding van de aanleg van de uitweg, al dan niet onder voorschriften, is geaccepteerd, als de melder de uitweg gaat aanleggen. In dat geval kan de bezwaartermijn al zijn verlopen en is het besluit in beginsel rechtens onaantastbaar.

Dit probleem kan zich ook bij de reacties op andere meldingen voordoen, onder meer bij de in punt 4.11 besproken (inmiddels vervallen) melding van artikel 43 Ww. In verband met die melding heeft de Afdeling in haar uitspraak van 15 september 1997 dat probleem 'opgelost' door te bepalen dat het besluit niet onaantastbaar wordt, casu quo geen formele rechtskracht krijgt in een eventuele handhavingprocedure die door derde belanghebbenden zou kunnen worden uitgelokt. (zie noot 104) In lijn met kritiek van Van Buuren in zijn annotatie onder die uitspraak acht ik dat ook voor de reactie op een melding van de aanleg van een uitweg "onhandig", omdat de melder aldus nog geen zekerheid heeft over de rechtmatigheid van die reactie. Bovendien kan - conform de suggestie die Van Buuren doet - ook bij deze reactie het probleem op minder ingrijpende wijze worden 'opgelost' en wel door de verschoonbare termijnoverschrijding van artikel 6:11 Awb.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling is de termijnoverschrijding van een belanghebbende, niet zijnde de aanvrager, in zaken waarbij deze van het nemen van een besluit niet op de hoogte is gesteld, terwijl geen publicatie in een huis-aan-huisblad of op een andere in de gemeente gebruikelijke wijze heeft plaatsgevonden, op grond van artikel 6:11 Awb verschoonbaar, mits hij wel binnen in beginsel twee weken nadat hij van het bestaan van het besluit op de hoogte is geraakt, zijn bezwaren kenbaar heeft gemaakt. (zie noot 105) De wettelijke bezwaartermijn gaat vanaf dat moment dus niet opnieuw lopen. Mijns inziens biedt deze regeling een oplossing voor het rechtsbeschermingsprobleem van derde belanghebbenden, zonder dat de rechtszekerheid van de melder te zeer in het gedrang komt. De derde heeft nadat hij van het bestaan van het besluit op de hoogte is geraakt nog een redelijke termijn om bezwaar te maken. De rechtszekerheidsbelangen van de melder worden in die zin behartigd dat derden wel met inachtneming van die korte termijn bezwaar moeten maken. Doen zij dat niet, dan bestaat er over de rechtmatigheid van de uitweg geen twijfel meer.

Overigens worden deze problemen voorkomen als het bestuursorgaan van zijn reactie op een melding, zoals die bij uitwegen, wel kennis geeft in een voor een ieder toegankelijk medium, zoals een huis-aan-huisblad of zijn website, ook al stelt de Awb dat niet verplicht. In dat geval kunnen derden hiervan op de hoogte zijn en kunnen (en moeten) zij de Awb-rechtsmiddelen tijdig aanwenden. Dat is ook gunstig voor de melder, omdat hij niet het gevaar loopt dat hij op een later moment - als de derde van de reactie op melding op de hoogte raakt doordat de melder met de aanleg van de uitweg begint - alsnog wordt geconfronteerd met procedures.

Bevindingen in punt 4

4.33 Aan het slot van dit deel worden de belangrijkste bevindingen van het voorgaande, mede in het licht van de in punt 3.4 gesignaleerde spanning die bij meldingenstelsels kan bestaan tussen het doel ervan - de vermindering van administratieve lasten - en de rechtsbescherming, kort samengevat. Ik doe dat eerst voor drie categorieën meldingenstelsels, die in de zaken Leeuwarden en Stein niet aan de orde zijn, de melding in verband met algemene regels, de melding als uitzondering op de vergunningplicht en de melding als gebod. Daarmee geef ik antwoord op de vragen 3, 4 en 5 van de voorzitter.

Wat betreft de meldingen in verband met algemene regels (categorie a) is vastgesteld dat de acceptatie ervan door een bestuursorgaan niet kwalificeert als Awb-besluit, omdat het voor de gemelde activiteiten geldende rechtsregime, de algemene regels, voortvloeit uit de wettelijke voorschriften en niet uit die acceptatie. In zoverre wordt bij deze melding het doel ervan, de vermindering van de administratieve lasten, volledig bereikt. Dat derde belanghebbenden hierdoor tegen die acceptatie geen Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden kan vanuit de optiek van de rechtsbescherming wellicht minder worden gewaardeerd, maar dat is de consequentie van het werken met algemene regels. Volgens diverse stelsels kan de melding reden zijn om nadere voorschriften aan de activiteit te stellen, dan wel deze te verbieden. Het stellen van dergelijke voorschriften of het opleggen van een verbod is gericht op rechtsgevolg en kwalificeert daarom wel als een Awb-besluit en wel als een beschikking. Dat laatste geldt ook voor de afwijzing van een verzoek (aanvraag) van een derde belanghebbende om nadere voorschriften te stellen of de activiteit te verbieden. In zoverre is de rechtsbescherming wel gegarandeerd.

Voor categorie b, de melding als uitzondering op de vergunningplicht, geldt dat de reactie van het bestuur een bestuurlijk rechtsoordeel is. Voor zover dat oordeel buitenwettelijk is, geldt voor het rechtskarakter ervan de in punt 3.6 weergegeven rechtsoordelenjurisprudentie. In dat geval wordt die reactie alleen met een besluit gelijkgesteld als de alternatieve weg om in rechte een oordeel te krijgen over de vraag of met een melding kan worden volstaan 'onevenredig bezwarend' is. In termen van de hiervoor genoemde spanning kan deze rechtspraak worden gekarakteriseerd als compromis tussen het doel van de melding, de administratieve lastenverlichting, en de rechtsbescherming. Als regel prevaleert dat doel, tenzij de rechtsbescherming te zeer te kort wordt gedaan. Om redenen van rechtszekerheid en rechtsbescherming heeft de formele wetgever op sommige terreinen bepaald dat de reactie als (rechtsvaststellend) Awb-besluit kwalificeert. In dat geval bestaat over de rechtsbescherming geen twijfel, maar draagt de wetgever wel eraan bij dat het doel van de melding maar ten dele wordt bereikt. Dat lijkt mij overigens verstandig omdat de uitkomst van de rechtsoordelenjurisprudentie in het concrete geval niet altijd even voorspelbaar is.

Voor categorie c, de melding als gebod, geldt dat deze melding geschiedt ten einde het bestuursorgaan in staat te stellen om te bepalen of het ten aanzien van de gemelde activiteiten bepaalde maatregelen zal nemen, dan wel om met deze activiteiten al dan niet in te stemmen. Neemt het een maatregel of stemt het al dan niet met de activiteit in, dan kwalificeren deze beslissingen als Awb-besluit. Aldus is de rechtsbescherming gegarandeerd. Dat lijkt me bij de desbetreffende meldingen een juiste keuze, omdat de diverse beslissingen op rechtsgevolg zijn gericht. Voor zover deze stelsels al beogen om de administratieve lasten te verminderen, moet dat doel wijken. In sommige stelsels heeft het bestuursorgaan ook de mogelijkheid om de melding voor kennisgeving aan te nemen, dan wel een bewijs ervan te verstrekken. Deze beslissing kan onder omstandigheden kwalificeren als Awb-besluit en ook dat lijkt mij om de hiervoor genoemde redenen correct.

4.34 Ten slotte zijn er de meldingen als uitzondering op een voorwaardelijk verbod (categorie d). Alleen de meldingstelsels voor de aanleg van uitwegen in de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein behoren tot deze categorie. Hierna vat ik de belangrijkste bevindingen over deze categorie samen, waarbij ik een groot aantal vragen van de voorzitter ten dele, namelijk voor de uitdrukkelijke (reële) beslissingen die het college van burgemeester en wethouders naar aanleiding van de melding binnen vier weken kan nemen, beantwoordt. Daarbij houd ik de nummering aan die ik in de vraag van de voorzitter heb aangebracht (punt 2.2).

Naar mijn opvatting kwalificeert elke uitdrukkelijke reactie op deze melding binnen vier weken als een Awb-besluit (vraag 1a en 1c). Dat is onomstreden voor de beslissing om de aanleg of verandering van een uitweg te verbieden en de beslissing om deze onder voorschriften toe te staan, maar is mijns inziens ook verdedigbaar voor de uitdrukkelijke beslissing om de melding te accepteren. Men kan immers stellen dat deze beslissing als rechtsgevolg heeft dat de in de wettelijke voorschriften voorziene opschorting van het 'recht' om een (niet-verboden) uitweg aan te leggen, eerder wordt beëindigd dan in die voorschriften is voorzien, namelijk vanaf de inwerkingtreding van de uitdrukkelijke acceptatie. Volgt de grote kamer deze lijn niet, dan zou zij deze beslissing om redenen van coherente rechtsbescherming in elk geval gelijk moeten stellen met een besluit. In mijn opvatting is voor al deze uitdrukkelijke beslissingen de rechtsbescherming van de melder en van derde belanghebbenden gegarandeerd (vraag 1d) en moet het doel van de administratieve lastenverlichting wijken. In mijn opvatting kunnen derde belanghebbenden die het met de uitdrukkelijke acceptatie (onder voorschriften) oneens zijn, gebruik maken van de Awb-rechtsmiddelen. Doen zij dat niet (tijdig) dan wordt de beslissing in beginsel onaantastbaar. Aan de alternatieve weg om door middel van een verzoek van hen aan het college om alsnog gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de aanleg te verbieden of aan voorschriften te verbinden, toegang tot de bestuursrechter te krijgen, bestaat in mijn opvatting geen behoefte (vraag 2e).

Een probleem voor derden bij het aanwenden van de Awb-rechtsmiddelen is dat het voor de inwerkingtreding van de genoemde besluiten op grond van de Awb voldoende is dat zij worden uitgereikt of toegezonden aan de melder en dat publicatie ervan in een voor een ieder toegankelijk medium niet wettelijk is vereist (vraag 2a). Om redenen van rechtsbescherming en rechtszekerheid

voor derde belanghebbenden en de melder, acht ik het overigens wel wenselijk dat bestuursorganen de betreffende besluiten (onverplicht) publiceren in een voor een ieder toegankelijk medium (vraag 2b). Doet het dat niet en maken derde belanghebbenden daardoor te laat bezwaar, dan moet dit probleem niet worden opgelost door de onaantastbaarheid, casu quo formele rechtskracht van het besluit ter discussie te stellen, maar door de mogelijkheden die de regeling van de verschoonbare termijnoverschrijding van artikel 6:11 Awb in dit verband biedt (vraag 2d).

5. De specifieke vragen betreffende de zaken Leeuwarden en Stein

Inleiding

5.1 De vraag van de voorzitter bevat diverse subvragen en aandachtspunten, die specifiek zijn voor de meldingenstelsels voor de aanleg van uitwegen in de APV's Leeuwarden en Stein en de model APV. Deze betreffen primair het rechtskarakter (en de mogelijke appellabiliteit) van het achterwege blijven van een reactie binnen vier weken. De drie APV's creëren in dit verband een systeem van silencio positivo, waarbij de vormgeving overigens enigszins verschilt. De vraag hoe deze 'fictieve instemmingen' juridisch moeten worden geduid, is in het voorafgaande bewust naar voren geschoven, omdat het niet vanzelfsprekend is dat de meldingenstelsels met een dergelijk systeem worden gecombineerd.

Vanaf punt 5.2 wordt op deze problematiek wel ingegaan, waarbij ook een aantal samenhangende kwesties die in de vraag van de voorzitter worden genoemd - namelijk de gevolgen van mijn standpunt over het rechtskarakter van de 'fictieve instemming' voor de rechtsbescherming van de melder en derde belanghebbenden, voor het moment van inwerkingtreding van het rechtsgevolg (als dat er al is) en voor de mogelijke plicht tot publicatie van de 'fictieve instemming' - worden besproken. Bovendien komen ook in dit kader het vraagstuk van de formele rechtskracht en de mogelijkheid van derde belanghebbenden een aanvraag te doen tot het verbieden van de uitweg dan wel een aanvraag te doen tot het verbinden van voorschriften aan de acceptatie aan de orde. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid om de beslistermijn van vier weken te verlengen en de betekenis van een reactie op de melding buiten de termijn van vier weken.

Aan het slot worden twee vragen besproken die losstaan van de 'fictieve instemming', namelijk de mogelijkheid tot het verbinden van voorschriften aan de acceptatie in het geval de APV niet in die mogelijkheid voorziet (vooral relevant voor de zaak Leeuwarden) en de gevolgen van het niet voldoen aan in de APV opgenomen vormvereisten voor het doen van een melding.

Het rechtskarakter van het niet binnen vier weken verbieden van de uitweg

5.2 Zoals hiervoor al aangegeven bevatten de APV's een regeling voor het niet tijdig (binnen vier weken) verbieden van de aanleg of verandering van een uitweg naar aanleiding van een melding. Volgens de APV's is het - kort gezegd - verboden een uitweg te maken, indien degene die voornemens is deze te maken geen melding heeft gedaan, of indien het bevoegd gezag het maken van de uitweg heeft verboden. In artikel 2:12, derde lid, model APV en APV Leeuwarden is vervolgens bepaald dat de uitweg kan worden aangelegd indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de gewenste uitweg wordt verboden. In artikel 2:12, vijfde lid, APV Stein is bepaald dat, indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de gewenste uitweg wordt verboden, het wordt geacht te hebben ingestemd met de melding voor het maken of veranderen van de uitweg.

Deze 'fictieve instemmingen', als je daarvan in de model APV en de APV Leeuwarden al kunt spreken, (zie noot 106) kwalificeren niet als (appellabele) Awb-besluiten. Beide voldoen niet aan de eis van schriftelijkheid van artikel 1:3, eerste lid, Awb. Bij de model APV en de APV Leeuwarden kan bovendien worden betwijfeld of er sprake is van een 'rechtshandeling', een wilsverklaring gericht op rechtsgevolg (punt 3.3). Toch hoop ik de grote kamer ervan te overtuigen dat tegen deze 'fictieve instemmingen' de Awb-rechtsmiddelen moeten kunnen worden aangewend.

5.3 De 'positieve fictieve beschikking' is in het Nederlands bestuursrecht geen onbekend fenomeen. (zie noot 107) Over het algemeen heeft de introductie van een systeem van *lex silencio positivo* (lsp) als doel om het bestuur te 'dwingen' om de regels over beslistermijnen na te leven door de overtreding ervan te sanctioneren met een positieve beschikking. De uitschakeling van de Awb-rechtsbescherming is bij veruit de meeste lsp-regelingen geen (neven)doel. Dat blijkt duidelijk uit de regeling van de positieve fictieve beschikking in paragraaf 4.1.3.3 Awb. (zie noot 108) Hierin is onder meer bepaald dat de verlening van rechtswege als gevolg van de overschrijding van de beslistermijn als beschikking geldt (art. 4:20b, tweede lid), wanneer deze (fictieve) beschikking in werking treedt (art. 4:20, derde lid), wanneer deze beschikking moet worden bekendgemaakt (art. 4:20c, eerste lid) en welke voorschriften daaraan verbonden zijn en na het ontstaan van de fictieve beschikking alsnog daaraan kunnen worden verbonden (art. 4:20e en 4:20f). Uit deze regeling blijkt dat de formele wetgever niet van oordeel is dat de fictieve positieve beschikking moet worden onttrokken aan de rechtsmacht van de bestuursrechter. Integendeel, door te bepalen dat de verlening van rechtswege als beschikking geldt, bewerkstelligt hij juist dat hiertegen de Awb-rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

De regeling van de positieve fictieve beschikking geldt alleen indien dat bij wettelijk voorschrift is bepaald (art. 4:20a, eerste lid). In de model APV en in de APV's van Leeuwarden en Stein is dit niet bepaald, zodat de regeling op de in die APV's voorziene 'fictieve instemmingen' niet van toepassing is. Bezieet men vooral de in de model APV en de APV Leeuwarden gehanteerde formulering van de 'fictieve instemming' dan lijkt het zelfs de bedoeling van de regeling om de rechtsbescherming door de bestuursrechter uit te schakelen. Deze 'uitschakeling' betreft overigens alleen de derde belanghebbenden, omdat de melder tegen de uitdrukkelijke besluiten die zijn belang betreffen - het verbod en de acceptatie onder voorschriften - wel de Awb-rechtsmiddelen kan aanwenden (punt 4.29).

5.4 Als de grote kamer zou beslissen dat deze 'fictieve instemmingen' niet kwalificeren als Awb-besluit en evenmin daarmee (voor de rechtsbescherming) kunnen worden gelijk gesteld, dan heeft dat oordeel tot gevolg dat de mogelijk beoogde uitschakeling van de bestuursrechter effectief wordt gerealiseerd. Daarbij is van belang dat er volgens mij voor derde belanghebbenden geen enkele alternatieve (indirecte) manier bestaat om de rechtmatigheid van deze instemming bij de bestuursrechter te laten beoordelen. Daarbij is het volgende van belang.

Een dergelijke in theorie denkbare alternatieve weg is dat derden, nadat het college met de aanleg van de uitweg fictief heeft 'ingestemd' doordat het deze aanleg niet binnen vier weken heeft verboden, het college verzoeken om alsnog gebruik te maken van zijn verbodsbevoegdheid. Veel nut heeft dat niet, omdat het college volgens de wettelijke regeling na afloop van de vier-wekentermijn niet meer bevoegd is om de aanleg van de uitweg alsnog te verbieden. Na afloop van die vier weken heeft het immers fictief met de melding 'ingestemd' en is de verbodsbevoegdheid uitgewerkt. Intrekking van 'fictieve instemming' is evenmin mogelijk, omdat de bevoegdheid daartoe niet in de regeling is voorzien. Kort en goed, het hiervoor genoemde verzoek zal door het bestuursorgaan moeten worden afgewezen. Een daartegen gericht bezwaar of beroep heeft geen kans van slagen, omdat in die procedures zal worden geconstateerd dat het bestuursorgaan de aanleg niet meer kon verbieden.

In theorie zouden derde belanghebbenden de materiële heroverweging van de 'fictieve instemming' kunnen proberen te bewerkstelligen door middel van een verzoek aan het bestuursorgaan om handhavend op te treden tegen de aanleg van de uitweg (waarmee het orgaan fictief heeft 'ingestemd'). Een dergelijk verzoek was aan de orde in de - in punt 4.30 al besproken - uitspraak van de Afdeling van 27 december 2012. (zie noot 109) Uit die uitspraak blijkt dat ook deze weg doodloopt, om de eenvoudige reden dat het bestuursorgaan de aanleg van de uitweg niet heeft verboden en er dus niet sprake is van een overtreding. Voor zijn bezwaren tegen de uitweg verwijst de Afdeling belanghebbende naar de civiele rechter.

De conclusie uit het voorgaande is dat alle alternatieve (indirecte) wegen voor derde belanghebbenden om de rechtmatigheid van de 'fictieve instemming' bij de bestuursrechter aan de orde te stellen, doodlopen. Wordt deze 'instemming' niet aangemerkt als of (voor de rechtsbescherming) gelijkgesteld met een Awb-besluit, dan is de Awb-rechtsbescherming

uitgeschakeld. Voor hun bezwaren tegen de uitweg zijn zij dan, zoals de Afdeling in de hiervoor genoemde uitspraak terecht constateert, aangewezen op de civiele rechter. De vraag is of dat wenselijk is.

5.5 In punt 3.6 heb ik gesteld dat de (bestuurlijke) rechtsoordelenrechtspraak van de bestuursrechters wellicht een meer algemene visie weerspiegelt over de wijze waarop bestuursrechters omgaan met de spanning tussen de dogmatiek van het besluitbegrip en de behoefte aan rechtsbescherming. Deze visie komt erop neer dat de in regel prevalerende dogmatiek moet wijken indien de toepassing ervan 'onevenredig bezwend' is voor de rechtsbescherming en dat in dat geval die rechtsbescherming (dus) moet worden verleend door de bestuursrechter. Beide regels lijken mij niet onredelijk.

In de onderhavige zaak is een strikte toepassing van het besluitbegrip niet slechts 'onevenredig bezwend' voor de Awb-rechtsbescherming van derde belanghebbenden, maar dreigt deze geheel te worden uitgeschakeld. Derden zouden dan om de redenen genoemd in punt 5.2 tegen de 'fictieve instemming' zelf geen Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden en alle alternatieve (indirecte) wegen om de rechtmatigheid ervan in rechte aan de orde te stellen, lopen ook dood (punt 5.4). Er is dus alle reden om na te gaan of die 'instemming' toch niet (eventueel alleen voor de rechtsbescherming) kan worden gelijkgesteld met een Awb-besluit.

Zoals in punt 5.2 aangegeven werpen daarbij twee elementen van het besluitbegrip mogelijk barrières op, de eis van 'rechtshandeling' en het vereiste van schriftelijkheid.

5.6 Voor de eis van 'rechtshandeling' is van belang of er sprake is van een wilsverklaring die gericht is op rechtsgevolg. Voor het eerste is bepalend dat het bestuursorgaan zich een wil heeft gevormd over een verzoek en deze wil zich op enigerlei wijze heeft geopenbaard (punt 3.3). (zie noot 110) Dat laatste betekent dat de wil van het bestuursorgaan zich niet meer alleen 'in de gedachten' van dat orgaan bevindt, maar op enigerlei wijze naar buiten is gecommuniceerd. Naar mijn opvatting voldoen zowel de 'fictieve instemming' met de aanleg van een uitweg in de APV Stein, als het niet-verbieden van de aanleg in de model APV en de APV Leeuwarden aan deze eis. Deze beslissingen komen tot stand nadat de colleges de melding hebben beoordeeld en hebben vastgesteld dat er geen reden is om de aanleg van de uitweg te verbieden. Aldus is er sprake van wilsvorming. Deze wilsvorming wordt 'geopenbaard' doordat die aanleg niet binnen vier weken wordt verboden. Dat is wellicht een vreemde manier van openbaring, maar vanaf dat moment bevindt de gevormde wil zich niet meer alleen 'binnen de gedachten' van de colleges.

Voor de vraag of deze wilsuiting ook gericht is op rechtsgevolg moet onderscheid worden gemaakt tussen de constructie die is gekozen in de APV Stein en die in de model APV en de APV Leeuwarden. Artikel 2:12, vijfde lid, APV Stein bepaalt - kort gezegd - dat, indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van een melding van de aanleg van een uitweg heeft beslist dat de uitweg wordt verboden, het college wordt geacht te hebben ingestemd met die melding. Aldus wordt het niet-verbieden van de aanleg van de uitweg door de regeling geconverteerd in een (fictieve) instemming van rechtswege. Deze constructie vertoont gelijkenis met de constructies die in het verleden zijn gehanteerd om een (fictieve) instemming of vergunningverlening van rechtswege te creëren. Zo bepaalden artikel 16, vijfde lid, Monumentenwet 1988 en artikel 13 Natuurbeschermingswet dat de in die wetten voorschreven vergunningen geacht werden te zijn verleend als het bevoegd gezag niet binnen een bepaalde termijn op de aanvraag had beslist. Beide wetten bevatten geen bepaling, waarin de van rechtswege verleende vergunning werd gekwalificeerd als Awb-besluit. Toch behandelde de Afdeling van rechtswege verleende natuurbeschermings- en monumentenvergunningen als appellabele Awb-besluiten, zonder dit oordeel overigens expliciet te motiveren. (zie noot 111) Het rechtsgevolg van deze van rechtswege verleende vergunning ligt dan ook nogal voor de hand, namelijk de opheffing van in beginsel bestaande verbod. Voor de van rechtswege verleende instemming in de APV Stein geldt volgens mij hetzelfde. Dat het in die APV niet gaat om de opheffing van een verbod, maar om de niet-oplegging van een verbod maakt dat niet anders. Deze niet-oplegging wordt door de regeling zelf immers geconverteerd in een instemming (van rechtswege).

In artikel 2:12, derde lid, van de model APV en de APV Leeuwarden is bepaald dat 'de uitweg kan worden aangelegd indien het college niet binnen vier weken na ontvangst van de melding heeft beslist dat de gewenste uitweg wordt verboden'. Nu het niet-verbieden van de aanleg van de uitweg in deze APV's - anders dan in de APV Stein - niet wordt geconverteerd in een (fictieve) instemming van rechtswege, kan men serieus betwijfelen of er sprake is van een rechtshandeling. Dogmatisch het meest correct lijkt mij om te stellen dat het niet-verbieden niet als zodanig kwalificeert. Zoals in deze conclusie onder meer in punt 4.29 aangegeven is de aanleg van een uitweg in het stelsel van de genoemde APV's, nadat de melding is gedaan, niet verboden maar kan de uitweg pas worden aangelegd als die aanleg niet binnen vier weken is verboden. Deze situatie bestaat reeds al vanaf het moment dat de melding is gedaan en het niet-verbieden van de aanleg als bedoeld in artikel 2:12, derde lid, verandert daaraan niets. Aldus is er niet sprake van een verandering in de wereld van het recht. Analoog aan hetgeen in punt 4.29 is gesteld met betrekking tot de uitdrukkelijke acceptatie van de melding binnen vier weken, zou men kunnen verdedigen dat het niet-verbieden als bedoeld in artikel 2:12, derde lid, toch als rechtshandeling kwalificeert, omdat het tot gevolg heeft dat de opschorting van het 'recht' om de uitweg aan te leggen, wordt opgeheven. Een zwak punt in deze redenering is dat dit gevolg rechtstreeks voortvloeit uit de wettelijke regeling en de handeling (het niet-verbieden) daaraan niets toevoegt. (*zie noot 112*) Aldus lijkt die handeling niet gericht op dat gevolg.

Hoewel daarom kan worden betwijfeld of het niet-verbieden in beide APV's kwalificeert als rechtshandeling, zou ik om redenen van (coherente) rechtsbescherming willen bepleiten om de handeling wel met een rechtshandeling gelijk te stellen. Doet men dat niet, dan leidt dit tot de wonderlijke situatie dat derde belanghebbenden tegen deze handeling geen Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden, terwijl dat wel mogelijk is tegen de uitdrukkelijke acceptatie (al dan niet onder voorschriften) van een melding binnen vier weken (punt 4.28 en 4.29). Dit, terwijl het voor die derden vanwege het feit dat ook uitdrukkelijke acceptaties niet hoeven te worden gepubliceerd in een algemeen toegankelijk medium (punt 4.32) veelal niet duidelijk zal zijn of de melding (al dan niet onder voorschriften) uitdrukkelijk is geaccepteerd, dan wel dat de uitweg kan worden aangelegd omdat die aanleg niet binnen vier weken is verboden. In het eerste geval kunnen zij wel gebruik maken van de Awb-rechtsmiddelen. In het tweede geval niet en zijn zij aangewezen op de civiele rechter, een rechtsgang die de hoogste bestuursrechters in de rechtsoordelenrechtspraak niet beschouwen als een redelijk alternatief voor de bestuursrechter (punt 3.6 en 5.4).

Om dit alles te voorkomen zou de grote kamer mijns inziens het niet-verbieden van de aanleg van de uitweg binnen vier weken in de model APV en de APV Leeuwarden moeten gelijkstellen met een rechtshandeling.

5.7 Een tweede barrière om de 'fictieve instemmingen' met de aanleg van de uitweg in de model APV en de APV's van Leeuwarden en Stein aan te merken als Awb-besluit, is het schriftelijkheidsvereiste. Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, Awb kwalificeren immers alleen schriftelijke beslissingen als besluit (punt 3.2). Een (fictieve) instemming of vergunningverlening van rechtswege als gevolg van overschrijding van de beslistermijn voldoet per definitie niet aan dit vereiste. (*zie noot 113*) Om toch rechtsbescherming te kunnen bieden, is in Lsp-regelingen doorgaans bepaald dat deze handelingen worden aangemerkt of gelden als een besluit of beschikking. Dit is bijvoorbeeld gedaan in artikel 4:20b, tweede lid, Awb. (*zie noot 114*) Aangezien de Lsp-regeling van de Awb in de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein niet van toepassing is verklaard, geldt deze bepaling niet voor het niet binnen vier weken verbieden van de gemelde aanleg van een uitweg.

Schriftelijkheid is dogmatisch overigens geen vereiste om een handeling aan te merken als 'rechtshandeling'. Zoals in punt 5.6 aangegeven is het daarvoor immers voldoende dat de wilsvorming door het bestuur op een of andere wijze is geopenbaard, i.e. zich niet meer alleen 'binnen de gedachten' van het bestuursorgaan bevindt. Van een dergelijke openbaarmaking is ook sprake bij het niet binnen vier weken verbieden van de aanleg van een uitweg. Op grond artikel 1:3, eerste lid, Awb is schriftelijkheid wel vereist om een beslissing te kunnen kwalificeren als Awb-besluit. Wettelijk kan men dit vereiste daarom aanmerken als constitutief.

Het vereiste van schriftelijkheid dient primair ter waarborging van de rechtszekerheid van de burger. Met het oog hierop dienen beslissingen die er op gericht zijn de rechtspositie van de burger te beïnvloeden in beginsel schriftelijk te worden vastgelegd. (zie noot 115) Daarnaast heeft het vereiste een bewijstechnische functie: door schriftelijke vastlegging van een besluit bestaan er geen misverstanden over de precieze inhoud en betekenis ervan. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 1:3, eerste lid, Awb kan niet worden afgeleid dat het vereiste van schriftelijkheid wordt gesteld om als barrière voor de rechtsbescherming te fungeren. In de MvT wordt het vereiste juist in die zin gerelativeerd dat daaraan al voldaan is als "het besluit uit een schriftelijk stuk kenbaar" is. (zie noot 116) In lijn hiermee stellen de bestuursrechters over het algemeen geen hoge eisen aan het vereiste. Beroemd is de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 13 maart 1996, waarin de stempelaafdruk 'Afgekeurd' als besluit werd aangemerkt. (zie noot 117) In de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters zijn uitspraken te vinden waarin het schriftelijkheidsvereiste tamelijk strikt wordt toegepast. (zie noot 118) In andere uitspraken achten zij echter - vermoedelijk om redenen van rechtsbescherming - een besluit of beschikking aanwezig, terwijl ten minste kon worden betwijfeld of aan het vereiste was voldaan (of waarin vaststond dat daaraan niet was voldaan). (zie noot 119) Mede daarom wordt in de literatuur de stelling verdedigd dat het vereiste alleen van belang is om bewijstechnische redenen en het dus niet constitutief is voor de kwalificatie als besluit. (zie noot 120)

Een terrein waarop de Afdeling in het verleden coulant is geweest bij de toepassing van het vereiste van schriftelijkheid is dat van de 'fictieve positieve beschikking' bij niet tijdig beslissen, meer in het bijzonder bij de vergunningen van rechtswege op grond van artikel 16, vijfde lid, Monumentenwet 1988 en artikel 13 Natuurbeschermingswet. Zoals in punt 5.6 aangegeven, werden deze vergunningen - die in beide wetten niet ex lege waren aangemerkt als een Awb-besluit (of daarmee voor de rechtsbescherming waren gelijkgesteld) - door de Afdeling, overigens zonder nadere motivering, behandeld als appellabele Awb-besluiten. Dit terwijl deze beslissingen per definitie niet schriftelijk werden 'genomen' en evenmin kenbaar waren uit een schriftelijk stuk. De achtergrond van deze uitspraken is ongetwijfeld het belang van de rechtsbescherming.

Na deze aanloop kom ik toe aan het niet binnen vier weken verbieden van een gemelde uitweg volgens de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein. Hoewel deze handeling niet voldoet aan het vereiste van schriftelijkheid, ben ik van mening dat de grote kamer hiertegen wel Awb-rechtsbescherming mogelijk moet achten. Deze opvatting is in lijn met de hiervoor vermelde Afdelingsrechtspraak over de vergunning van rechtswege van artikel 16, vijfde lid, Monumentenwet 1988 en artikel 13 Natuurbeschermingswet. Zij is bovendien niet in strijd met de bedoeling van het vereiste van schriftelijkheid. Zoals hiervoor aangegeven wordt die eis immers gesteld vanwege de rechtszekerheid van de burger en om bewijstechnische redenen, en niet om die burger af te houden van de Awb-rechtsbescherming. Ten slotte voorkomt deze relativering van het vereiste dat derde belanghebbenden tegen deze 'fictieve instemmingen' niet de Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden en aangewezen zijn op de civiele rechter, een rechtsweg die - zoals ook in het vorig punt is gememoreerd - de hoogste bestuursrechters in hun rechtsoordelenrechtspraak niet beschouwen als een redelijk alternatief voor de bestuursrechter (punt 3.6 en 5.5).

5.8 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat naar mijn opvatting Awb-rechtsbescherming moet openstaan tegen het niet binnen vier weken verbieden van de gemelde aanleg van een uitweg, zoals voorzien in de drie APV's. Dat deze handeling niet voldoet aan het schriftelijkheidsvereiste en voor de model APV en de APV Leeuwarden kan worden betwijfeld of zij kwalificeert als 'rechtshandeling' zou mijns inziens geen reden moeten zijn om toegang tot die rechtsbescherming te weigeren. De bestuursrechter is de gereede rechter om over de publiekrechtelijke geschillen over de aanleg van uitwegen te oordelen.

Ten slotte resteert de vraag of deze toegang moet worden gecreëerd door het niet binnen vier weken verbieden aan te merken als besluit, dan wel door die handeling alleen voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk te stellen. Naar mijn opvatting zou voor het laatste moeten worden gekozen, omdat de totstandkoming van de handeling als regel niet zal voldoen aan de eisen die de afdelingen 3 en 4 Awb aan de totstandkoming van een besluit/beschikking stellen (punt 3.7). Dat ligt ook voor de

hand bij 'fictieve instemmingen' door tijdsverloop.

5.9 Nu volgens mij het niet binnen vier weken verbieden van een gemelde aanleg van een uitweg - of, in de APV Stein, de instemming van rechtswege - voor de rechtsbescherming gelijk moet worden gesteld met een besluit, kan ik een aantal vragen van de voorzitter beantwoorden. Mijn standpunt heeft tot gevolg dat niet alleen tegen de uitdrukkelijke besluiten die naar aanleiding van een melding van de aanleg van een uitweg worden genomen (punt 4.28 en 4.29), maar ook tegen de 'fictieve instemming' met de melding door alle belanghebbenden de Awb-rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Daardoor wordt de rechtsbescherming voor zowel de melder, als voor derde belanghebbenden gegarandeerd. Hiermee zijn de vragen 1b, 1d en 2c van de voorzitter beantwoord.

Vraag 2e van de voorzitter is in punt 5.4 al besproken. Zoals op die plaats is gesteld, hebben derde belanghebbenden na afloop van de vier-wekentermijn, waarbinnen de aanleg van de uitweg had kunnen worden verboden, geen effectieve mogelijkheid om door een verzoek aan het bestuursorgaan om (alsnog) gebruik te maken van zijn verbodsbevoegdheid (of alsnog aan de instemming voorschriften te verbinden) een oordeel in rechte over het standpunt van het college uit te lokken. Omdat zij - naar mijn opvatting - tegen het niet binnen vier weken verbieden van een gemelde aanleg van een uitweg de Awb-rechtsmiddelen kunnen aanwenden, is dat ook niet nodig. Mocht de grote kamer mij op dit punt niet volgen, dan staat deze indirecte weg echter ook niet open.

5.10 In vraag 2a en 2b stelt de voorzitter ook voor de 'fictieve instemming' met de aanleg van de uitweg de kwestie van het moment van de inwerkingtreding van het rechtsgevolg en de bekendmaking van de instemming aan de orde.

Zoals hiervoor aangegeven kwalificeert deze instemming niet als een Awb-besluit, maar moet zij mijns inziens daarmee voor de rechtsbescherming gelijk worden gesteld. Dit betekent dat de afdeling 3.6 Awb over de bekendmaking van besluiten en daaraan gekoppeld de inwerkingtreding ervan niet van toepassing zijn. In twee uitspraken van 30 juni 2004 en 22 juni 2005 heeft de Afdeling in verband met de instemming van rechtswege met een saneringsplan die was voorzien in artikel 39, tweede lid, Wet Bodembescherming - en in die bepaling overigens werd aangemerkt als Awb-besluit - zich over deze kwestie als volgt uitgelaten. (*zie noot 121*)

"De Afdeling overweegt dat een instemming-van-rechtswege in formele zin geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, nu aan de eis van schriftelijkheid niet wordt voldaan. Een gevolg daarvan is dat op een dergelijke 'besluit' de bekendmakingsregeling van afdeling 3.6 Awb niet van toepassing is. Bekendmaking van een dergelijk 'besluit' is dan ook niet nodig voor de inwerkingtreding daarvan. Een dergelijk 'besluit' treedt derhalve in werking nadat het wordt geacht te zijn ontstaan. Nu een instemming-van-rechtswege ingevolge artikel 39, tweede lid, van de Wet bodembescherming wordt aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, is ze vatbaar voor bezwaar en beroep. Artikel 6:8, eerste lid, Awb brengt met zich dat de termijn van zes weken voor het indienen van een bezwaarschrift aanvangt met ingang van de dag na die waarop de beslistermijn is geëindigd."

De overwegingen in de uitspraak van 22 juni 2005 zijn vergelijkbaar. Alleen stelt de Afdeling daarin dat de bezwaartermijn aanvangt "met ingang van de dag na die waarop het besluit wordt geacht te zijn ontstaan."

De hier verwoorde lijn kan ook worden toegepast op de 'fictieve instemmingen' met de gemelde aanleg van een uitweg. Dat betekent dat deze 'instemming' op grond van de Awb niet hoeft te worden bekendgemaakt. Conform de uitspraak van de Afdeling treedt de 'instemming' in werking nadat zij wordt geacht te zijn ontstaan. Dat is de dag na afloop van de beslistermijn, of - meer precies - de dag na afloop van de vier-wekentermijn waarbinnen het college de aanleg van de uitweg had kunnen verbieden.

Daarmee zijn vraag 2a en 2b beantwoord.

5.11 Derde belanghebbenden kunnen tegen een 'fictieve instemming' de Awb-rechtsmiddelen aanwenden. In lijn met de hiervoor vermelde uitspraken van de Afdeling vangt de bezwaartermijn voor hen aan met ingang van de dag na die waarop het besluit 'wordt geacht te zijn ontstaan'. Maken zij niet tijdig bezwaar, dan wordt de 'fictieve instemming' onaantastbaar, casu quo krijgt deze formele rechtskracht.

Vanwege het feit dat de 'fictieve instemming' niet wordt bekend gemaakt, kan zich evenals bij reële besluiten over de gemelde aanleg van een uitweg ook bij een 'fictieve instemming' het probleem voordoen dat derde belanghebbenden de bezwaartermijn overschrijden, omdat zij pas op een later moment van de 'fictieve instemming' op de hoogte raken. Zoals ik in punt 4.32 heb aangegeven, kan dit probleem worden opgelost met behulp van de regeling van de versoonebare termijnoverschrijding van artikel 6:11 Awb. Dat betekent, kort gezegd, dat de termijnoverschrijding versoonebaar is, mits de derde belanghebbende binnen twee weken nadat hij van het bestaan van de 'fictieve instemming' op de hoogte is geraakt, zijn bezwaren kenbaar heeft gemaakt.

Daarmee is vraag 2d beantwoord.

De reactie buiten de beslistermijn van vier weken en de mogelijkheid tot verlenging van die termijn

5.12 Voordat wordt ingegaan op het rechtskarakter van de bestuurlijke reactie op een melding buiten de in de diverse APV's voorgeschreven beslistermijn van vier weken (vraag 1b), wordt eerst aandacht besteed aan de vraag die zich in de zaak Stein voordoet, namelijk of deze beslistermijn kan worden verlengd (vraag 2f). Het antwoord op die vraag is eenvoudig: dat kan niet. De reden hiervoor is dat APV Stein niet in die mogelijkheid voorziet. Dat die mogelijkheid niet is geregeld ligt ook voor de hand, omdat de bedoeling van het meldingenstelsel nu juist is dat de melder van de aanleg van een uitweg binnen vier weken duidelijkheid heeft over de toelaatbaarheid ervan. Voor de APV Leeuwarden geldt hetzelfde.

In het stelsel van de APV Stein is de melding van de aanleg van een uitweg mede erop gericht om de uitdrukkelijke instemming van het college als bedoeld in artikel 2:12, vierde lid, te krijgen. (zie noot 122) Omdat die reactie kwalificeert als een besluit (punt 4.29) kan de melding in deze APV in zoverre worden aangemerkt als een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, Awb. Deze reactie is bovendien een beschikking als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, Awb, want zij is niet van algemene strekking. Voor beschikkingen op aanvraag biedt artikel 4:14, eerste lid, Awb op zich de bevoegdheid om de beslistermijn te verlengen. Het college van Stein kan van deze bevoegdheid echter geen gebruik maken, omdat de zij ingevolge artikel 4:14, tweede lid, Awb niet van toepassing is 'indien het bestuursorgaan na het verstrijken van de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn niet langer bevoegd is'. Deze uitsluiting is bedoeld voor regelingen waarin een beslistermijn met een fataal karakter is opgenomen, zoals in uitwegregeling in de APV Stein. Ook op basis hiervan kan het college de beslistermijn dus niet verlengen.

Aldus is vraag 2f beantwoord.

5.13 In verband met de beantwoording van vraag 1b kan voorop worden gesteld dat bij fatale beslistermijnen als aan de orde in de APV's, het bestuursorgaan volgens vaste rechtspraak van de hoogste bestuursrechters niet bevoegd is om na afloop van die termijn, wanneer de 'fictieve instemming' is ontstaan, alsnog een reële beslissing te nemen. Dat ligt ook voor de hand, omdat anders de bedoeling van die fatale termijn wordt ondergraven. Waarover wel discussie bestaat is of in het geval het bestuursorgaan toch een reëel besluit neemt, dit besluit wegens die onbevoegdheid nietig of vernietigbaar is. (zie noot 123)

Volgens behoorlijk vaste rechtspraak van de hoogste bestuursrechter is een dergelijke onbevoegd genomen besluit vernietigbaar en niet nietig. Dit standpunt vloeit voort uit de in punt 3.3 besproken opvatting van de bestuursrechters dat het voor het kwalificeren als besluit voldoende is dat een wilsverklaring gericht is op rechtsgevolg en het niet noodzakelijk is dat zij dit rechtsgevolg

daadwerkelijk kan bewerkstelligen. Als gevolg ervan kwalificeert ook de uitoefening door een bestuursorgaan van een gepretendeerde bevoegdheid - en dus een onbevoegd genomen besluit - als Awb-besluit, waartegen het vernietigingsberoep van de Awb kan worden aangewend. Deze lijn wordt gevolgd door CBB en de CRvB. (zie noot 124) De Afdeling heeft medio jaren negentig tijdelijk een afwijkende koers gevolgd, waarbij een reële beslissing die werd genomen nadat het fictieve besluit van rechtswege al tot stand was gekomen, nietig werd geacht. (zie noot 125) Volgens andere ook meer recente rechtspraak is de Afdeling thans van mening dat een dergelijk reël besluit niet nietig maar vernietigbaar is. (zie noot 126)

Naar mijn opvatting is er geen reden om deze lijn in de onderhavige zaken (wederom) te veranderen, omdat zij voordelen heeft voor de rechtsbescherming en de rechtszekerheid. (zie noot 127) Tegen het reële besluit kan beroep worden ingesteld, waarna het door vernietiging uit de rechtsorde wordt verwijderd. Dat schept duidelijkheid. Een bezwaar tegen de keuze voor nietigheid is dat over deze status jarenlang onzekerheid kan bestaan. Omdat de nietigheid van rechtswege bestaat en niet hoeft te worden vastgesteld, kan zij nog vele jaren later worden ingeroepen. Verder heeft de nietigheidsoptie vreemde consequenties voor de rechtsbescherming. Als een belanghebbende tegen het nietige besluit beroep instelt, zou dat eigenlijk niet ontvankelijk moeten worden verklaard, omdat een nietig besluit niet kwalificeert als Awb-besluit. Het heeft immers geen rechtsgevolgen. Voor zover de rechter deze hobbel al zou nemen, ontbeert hij vervolgens de uitspraakbevoegdheid om de nietigheid van het reële besluit bindend vast te stellen. Al met al zijn aan de keuze voor nietigheid dus de nodige bezwaren verbonden.

Ik ben me ervan bewust dat in de MvT bij het wetsvoorstel Lsp is gesteld dat een reël besluit na een fictief besluit nietig is. (zie noot 128) Deze opvatting is gebaseerd op de hiervoor vermelde rechtspraak van de Afdeling uit medio jaren negentig, die inmiddels weer is verlaten. De Afdeling kiest thans, als gezegd, weer voor vernietiging. Jacobs heeft bepleit dat de laatste lijn "niet klakkeloos wordt overgenomen bij besluiten waarop de Lsp-regeling van de Awb van toepassing is". (zie noot 129) De reden voor haar standpunt is dat er in die regeling maatregelen zijn getroffen waardoor "uiteindelijk geen onduidelijkheid kan bestaan tussen partijen of er sprake is van een van rechtswege ontstaan besluit". Of deze maatregelen voldoende zijn om de vernietigingslijn weer te verlaten, laat ik in deze conclusie in het midden. (zie noot 130) De Lsp-regeling van paragraaf 4.1.3.3 is op de fictieve instemmingen in de zaken Leeuwarden en Stein immers niet van toepassing (punt 5.3) en dat geldt ook voor de maatregelen die de wetgever daarin heeft getroffen om de onduidelijkheden die het nietig achten van het reële besluit met zich brengt, op te lossen.

De keuze voor vernietigbaarheid van een reël besluit na een fictieve instemming, heeft wel tot gevolg dat de belanghebbende (als regel de melder) de Awb-rechtsmiddelen tegen dat reële besluit ook moet aanwenden. Doet hij dat (tijdig), dan wordt het reële besluit ongetwijfeld vernietigd. Doet hij dat echter niet, dan wordt het reële besluit onaantastbaar, casu quo krijgt het formele rechtskracht, ook al is het onbevoegd genomen. Het reële besluit treedt dan in plaats van het besluit van rechtswege; dat laatste moet worden geacht te zijn herroepen. Deze consequentie blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Afdeling van 22 april 2009. (zie noot 131)

"De rechtbank heeft terecht [...] geconcludeerd dat, indien na het ontstaan van een fictief goedkeuringsbesluit, alsnog een reël besluit tot onthouding van goedkeuring aan een besluit op grond van artikel 11 WRO wordt genomen, dit reële besluit wegens strijd met artikel 10:29, tweede lid, 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 onaantastbaar is geworden. [...]. 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."

Deze uitspraak van de Afdeling is consequent, maar heeft wel het wonderlijke gevolg dat een melder een (fictief verleende) mogelijk onaantastbare instemming weer kan kwijtraken als hij geen

rechtsmiddelen aanwendt tegen een onbevoegd genomen (reëel) besluit. In de literatuur is zij dan ook bekritiseerd vanuit het oogpunt van rechtszekerheid. (zie noot 132) Hoewel ik die kritiek begrijp, is zij voor mij geen reden om in elk geval voor de 'fictieve instemmingen' in de APV's - waarop de Isp-regeling van de Awb niet van toepassing is - toch te kiezen voor nietigheid. De bezwaren tegen nietigheid wegen wat mij betreft zwaarder dan het hiervoor genoemde 'wonderlijke gevolg'. Daarbij speelt mee dat het voor een melder toch niet heel belastend is om tegen het reële besluit wel tijdig rechtsmiddelen aan te wenden.

Daarmee is vraag 1b beantwoord.

De laatste loodjes

5.14 Thans moet ik nog twee vragen van de voorzitter beantwoorden. De eerste betreft de mogelijkheid tot het verbinden van voorschriften aan de acceptatie van een melding van de aanleg van een uitweg (vraag 2g). Deze vraag is van belang omdat de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein niet voorzien in een expliciete bevoegdheid om voorschriften aan de acceptatie te verbinden, terwijl het college van Leeuwarden die wel aan de uitdrukkelijke acceptatie heeft verbonden.

In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat een bestuursorgaan ook zonder wettelijke grondslag in beginsel voorschriften aan een vergunning, ontheffing of andere toestemming kan verbinden, tenzij de bevoegdheid om over de toestemming te beslissen volledig gebonden is. Daarbij geldt wel dat de voorschriften dienen te strekken tot bescherming van het belang of de belangen in verband waarmee de toestemming is vereist. Het bestaan van deze bevoegdheid wordt - in navolging van Van der Pot (zie noot 133) - veelal gebaseerd op het adagium: wie het meerdere mag (een vergunning weigeren), mag ook het mindere (de vergunning verlenen onder voorschriften). Het voorgaande ziet men bijvoorbeeld (deels) terug bij Ten Berge en Michiels, Van Ommeren en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male.

Ten Berge & Michiels stellen het als volgt. (zie noot 134) "De vraag of een bestuursorgaan aan een begunstigende beschikking voorschriften, beperkingen en voorwaarden mag verbinden, wordt wel bevestigend beantwoord met een beroep op het adagium: wie het meerdere mag (een vergunning weigeren), mag ook het mindere (de vergunning verlenen onder de genoemde voorschriften, beperkingen en voorwaarden). Dit adagium is in het algemeen redelijk houdbaar en ook alleszins redelijk. Maar het is ook (te) ongenueanceerd. Als een beschikking de uitoefening van een bevoegdheid betreft, in welk kader het bestuursorgaan een bepaalde beleidsvrijheid heeft, dan is het toegestaan via het stellen van voorschriften die beleidsvrijheid te concretiseren. Maar de hantering van die beleidsvrijheid zal de toetsing aan de ongeschreven rechtsregels en aan de algemene rechtsbeginselen moeten kunnen doorstaan".

Van Ommeren acht het genoemde adagium als grondslag voor het verbinden van voorschriften aan een beschikking (alleen) "een zinvol uitgangspunt voor beschikkingen waarbij het bestuursorgaan letterlijk iets 'vergunt' (toestaat) wat anders verboden is". (zie noot 135)

Het adagium is volgens hem "in beginsel niet geschikt om toe te passen op voorwaarden die aan subsidieverlening worden verbonden". (zie noot 136)

Van Wijk c.s. stellen het als volgt. (zie noot 137) "Eerste vraag is nu, of aan een bepaalde beschikking voorschriften mogen worden verbonden. Deze vraag, waarop de Awb alleen met betrekking tot subsidiebeschikkingen een begin van een antwoord geeft, moet voor de gebonden beschikking (de beschikking voor zover ze gebonden is) ontkennend worden beantwoord, voor meer of minder vrije beschikking zal het antwoord in de meeste gevallen bevestigend kunnen luiden.

Voor zover een beschikking een gebonden karakter heeft, is het toevoegen van voorschriften per definitie onmogelijk. De inhoud van de voorschriften zou door het bestuursorgaan - eventueel

binnen bepaalde grenzen - moeten worden vastgesteld; in zoverre zou er dus beslissingsruimte voor het bestuursorgaan zijn, in zoverre zou de beschikking dus niet geheel gebonden zijn.

Bij de vrije beschikking (nauwkeuriger: de beschikking, voor zover het beschikkende bestuursorgaan beoordelings- of beleidsvrijheid heeft) is het een kwestie van wetsuitleg: heeft de wetgever beslissingsruimte gegeven (mede) opdat het bestuur aan de beschikking voorschriften zou kunnen verbinden? Ook wanneer de wetgever heeft nagelaten het uitdrukkelijk te bepalen is dat doorgaans het geval".

Schlössels en Zijlstra zijn kritischer over de mogelijkheid om zonder wettelijke grondslag voorschriften aan een beschikking te verbinden. Zij geven weliswaar toe dat de heersende leer daarmee, mits het gebeurt binnen de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan, geen problemen heeft, maar menen zelf dat dit in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Zij stellen het als volgt.

"Voor zover een uitdrukkelijk wettelijke grondslag ontbreekt, wordt toch vrij algemeen aangenomen dat de genoemde rechtsfiguren [waaronder voorschriften - RW] aan een beschikking kunnen worden verbonden, mits dit gebeurt binnen de beperkingen van de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan. De door de wetgever toegestane beleidsvrijheid omvat mede de bevoegdheid om aan de beschikking voorschriften en voorwaarden te verbinden". (zie *noot 138*) (...)

"Dat ook zonder wettelijke grondslag voorschriften en voorwaarden aan een vergunning kunnen worden verbonden, staat op gespannen voet met de idee van democratisch rechtsstaat in het algemeen en met het legaliteitsbeginsel in het bijzonder. (...)

Het is gebruikelijk in dit verband het adagium 'wie het meerdere (weigeren van de beschikking) mag, mag ook het mindere (voorschriften aan de beschikking verbinden) te hulp te roepen, maar dit adagium vormt toch een onvoldoende rechtsgrond. Het geeft slechts aan dat bij een strikt gebonden beschikking geen voorschriften of voorwaarden passen (de beleidsruimte om te weigeren ontbreekt immers). Voor het overige biedt het adagium weinig houvast. Het verbinden van voorschriften en voorwaarden aan een beschikking is vaak iets anders dan gedeeltelijk weigeren. Zonder van radicaal legalisme beschuldigd te willen worden, vergt het legaliteitsvereiste onzes inziens toch dat het verbinden van voorschriften en voorwaarden aan een beschikking in beginsel een wettelijke basis behoeft, zeker voor zover zij voor de burger verplichtingen inhouden. Wij zien niet in dat een bestuursorgaan in algemene zin bevoegd zou zijn om burgers eenzijdig verplichtingen op te leggen én die af te dwingen, enkel op grond van een door de wetgever toegestane beleidsvrijheid." (zie *noot 139*)

Met Schlössels & Zijlstra acht ik het vanuit legaliteit wenselijk dat voor het verbinden van voorschriften aan een beschikking een wettelijk grondslag bestaat. Doorgaans is daarin tegenwoordig voorzien. Als dat niet het geval is, meen ik dat de bevoegdheid daartoe althans bij vergunnende beschikkingen - in lijn met Ten Berge & Michiels, Van Ommeren en qua resultaat Van Wijk c.s. - kan worden gevonden in het adagium 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere'.

5.15 Op grond van dat adagium acht ik het in beginsel ook mogelijk dat de colleges in de model APV en de APV's van Leeuwarden en Stein de melding onder voorschriften accepteren. Vertaald naar deze situatie luidt dat adagium dan 'wie een verbod van de aanleg van een uitweg mag opleggen, mag die uitweg ook accepteren onder voorschriften'. Aanvaardt men deze bevoegdheid niet, dan kan dat nadelig zijn voor de melder. Het is dan immers mogelijk dat het college wordt gedwongen om de aanleg van een uitweg te verbieden op grond van een van de in de APV's genoemde gronden, terwijl het door het stellen van voorschriften de problemen die in verband met die grond bestaan had kunnen 'oplossen'. In dat geval schiet de melder met de harde toepassing van het legaliteitsbeginsel niets op. Het accepteren van een ongeschreven bevoegdheid om de acceptatie van een melding aan voorschriften te verbinden, betekent natuurlijk niet, dat een college een vrijbrief heeft bij het opleggen van voorschriften. Zoals hiervoor aangegeven, moeten de voorschriften strekken tot bescherming van

het belang of de belangen in verband waarmee de melding wordt vereist. Bovendien moeten zij voldoen aan de al dan niet geschreven rechtsbeginselen en aan fundamentele rechten. Zoals ik in punt 4.28 heb aangegeven kan de melder tegen een (uitdrukkelijke) acceptatie onder voorschriften de Awb-rechtsmiddelen aanwenden. Aldus kan de bestuursrechter de rechtmatigheid van de voorschriften toetsen.

Hiervoor heb ik aangegeven dat ik het in beginsel mogelijk acht dat een college een melding van de aanleg van een uitweg onder voorschriften accepteert, ook al ontbreekt daarvoor een wettelijke bevoegdheid. Een punt dat namelijk nog wel moet worden beoordeeld is of de opvatting van zowel Van Wijk c.s. als Schlössels & Zijlstra dat aan strikt gebonden bevoegdheden geen buitenwettelijke voorschriften kunnen worden verbonden niet in de weg staat aan de erkenning van de bevoegdheid om de melding van de aanleg van een uitweg onder voorschriften te accepteren. Volgens Schlössels & Zijlstra ligt deze beperking voor de hand, omdat de beleidsruimte om te weigeren bij strikt gebonden bevoegdheden immers ontbreekt. Hierna komt aan de orde wat deze beperking betekent voor de meldingenstelsels in de drie APV's.

Ingevolge artikel 2:12, derde lid, APV Stein kan het college het maken of veranderen van de uitweg verbieden in een viertal situaties. Gelet op de kan-bepaling heeft het college bij de toepassing van de verbodsbevoegdheid beoordelingsvrijheid en is van een strikt gebonden bevoegdheid geen sprake. Het college van Stein kan daarom de acceptatie van een melding aan voorschriften verbinden, mits deze natuurlijk strekken tot de bescherming van het belang of de belangen in verband waarmee de melding is vereist.

Artikel 2:12, tweede lid, model APV en APV Leeuwarden bepalen dat het college het maken of veranderen van de uitweg 'verbiedt', indien een aantal situaties aan de orde is. Deze bevoegdheid is aldus gebonden geformuleerd. Tegelijkertijd laten sommige situaties ruimte voor interpretatie. (zie noot 140)

Zo verbiedt het college op grond van beide APV's het maken of veranderen van de uitweg onder meer indien:

- a. daardoor het verkeer op de weg in gevaar wordt gebracht;
- b. dat zonder noodzaak ten koste gaat van een openbare parkeerplaats;
- c. het openbaar groen daardoor op onaanvaardbare wijze wordt aangetast;

Deze verbodsgronden laten het college - in de termen van Van Wijk c.s. (zie noot 141) - (enige) beoordelingsruimte bij het bepalen of het verkeer door de uitweg echt in gevaar wordt gebracht, of de aanleg ervan al dan niet zonder noodzaak ten koste gaat van een openbare parkeerplaats en of de aantasting van het openbaar groen onaanvaardbaar is. Deze beoordelingsruimte is gelet op de imperatieve formulering van de bevoegdheid wel in die zin gebonden dat de rechter de bestuurlijke invulling van de in de bevoegdheid gebezigde vage normen niet terughoudend hoeft te toetsen. Strikt gebonden lijkt de verbodsbevoegdheid mij in zoverre echter niet.

Gelet daarop acht ik het verdedigbaar dat het college aan de acceptatie voorschriften kan verbinden, voor zover die althans kunnen worden gerelateerd aan de genoemde vage normen. Vooral bij grond a en c kan ik mij ook goed voorstellen dat het college aan een verbod van de aanleg van de uitweg kan ontkomen, doordat het aan de acceptatie voorschriften verbindt waardoor (a) wordt voorkomen dat het verkeer in gevaar wordt gebracht of waardoor (c) de aantasting van het openbare groen wordt beperkt tot aanvaardbaar.

Hebben de voorschriften niets te maken met de genoemde vage normen, dan kunnen zij niet aan de acceptatie worden gebonden. De vraag of dat zo is, kan - nu de uitdrukkelijke acceptatie onder voorschriften mijns inziens kwalificeert als Awb-besluit (punt 4.28) - door de melder of een derde

belanghebbende worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Doet men dat niet dan wordt de acceptatie, inclusief de eventueel onbevoegd daaraan verbonden voorschriften, onaantastbaar, casu quo krijgt zij formele rechtskracht. In dat geval is de melder in beginsel ook gebonden aan die voorschriften. In dit verband wijs ik er wederom op dat - zoals aangegeven in punt 3.3 en 5.13 - ook een onbevoegd genomen besluit (of een besluit waaraan onbevoegd voorschriften zijn verbonden) niet nietig is, maar vernietigbaar. Vecht men het niet aan, dan wordt het onaantastbaar.

Beziet men ten slotte de voorschriften die het college van burgemeester en wethouders van Leeuwarden aan de uitdrukkelijke acceptatie van de melding van de uitweg door [belanghebbende A] hebben verbonden, dan kan zonder veel twijfel worden vastgesteld dat deze niet aan de publiekrechtelijke acceptatie kunnen worden verbonden. Deze voorschriften betreffen onder meer dat de gewenste uitweg door of namens de gemeente wordt aangelegd en onderhouden; dat de kosten van de aanleg van de uitweg in rekening worden gebracht bij degene, die meldt een uitweg te wensen; dat de uitvoering van de werkzaamheden van de uitweg niet eerder ter hand worden genomen, dan nadat de aanlegkosten zijn voldaan door degene die de melding heeft gedaan; et cetera. Deze voorschriften hebben niets te maken met de belangen, waarvoor het publiekrechtelijke uitwegstelsel van de APV Leeuwarden in het leven is geroepen en kunnen al helemaal niet worden gerelateerd aan de hiervoor genoemde vage normen. Zij kunnen door het college dus niet aan de uitdrukkelijke acceptatie van de melding worden verbonden.

Aldus is vraag 2g van de voorzitter beantwoord.

5.16 Ten slotte moet vraag 2h, over de mogelijke gevolgen van het niet voldoen aan in de APV opgenomen vormvereisten voor het doen van een melding, worden beantwoord. Ingevolge de model APV en de APV Leeuwarden moet de melding geschieden 'onder indiening van een situatieschets van de gewenste uitweg en een foto van de bestaande situatie'. De APV Stein bepaalt in dit verband dat de melding moet worden gedaan 'middels indiening van een vastgesteld standaard meldingsformulier en een bijbehorende situatieschets'.

De Awb bevat voor de beschikking op aanvraag een uitvoerige regeling van de vormvereisten. Daarin is bepaald dat de aanvraag ten minste de naam en adres van de aanvrager, de dagtekening en een aanduiding van de gevraagde beschikking moet bevatten en dat de aanvragers voorts de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen moet verschaffen (art. 4:2 Awb). Verder kan het bestuursorgaan voor het indienen van aanvragen en het verstrekken van gegevens een formulier vaststellen (art. 4:4 Awb). Voldoet de aanvrager niet aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de aanvraag of zijn de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende voor de beoordeling van de aanvraag, dan kan het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen (art. 4:5, eerste lid). Ingevolge artikel 4:15, eerste lid, wordt in dat geval de beslistermijn opgeschort tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld of de daarvoor gestelde termijn is verstreken. Ingevolge artikel 4:5, vierde lid, wordt een besluit om de aanvraag niet te behandelen aan de aanvrager bekendgemaakt binnen vier weken nadat de aanvraag is aangevuld of nadat de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken. Tegen dit besluit staan de Awb-rechtsmiddelen open.

Voor de toepasselijkheid van deze Awb-regeling is bepalend of de melding van de aanleg van de uitweg kwalificeert als aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, Awb. Of dat zo is, is afhankelijk van de precieze vormgeving van het meldingstelsel. Zoals in punt 5.12 aangegeven is de opvatting verdedigbaar dat de melding in het stelsel van de APV Stein kwalificeert als aanvraag. Zij kan immers (mede) worden beschouwd als een verzoek van een belanghebbende om een uitdrukkelijk besluit tot instemming als bedoeld in artikel 2:12, vierde lid, van die APV, te nemen. (zie noot 142) Volgt de Afdeling deze lijn, dan kan het college in het geval de melding niet voldoet aan de vormvereisten besluiten om de melding niet te behandelen, mits de melder de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het college gestelde termijn aan te vullen. Gedurende die termijn wordt de beslistermijn van vier weken geschorst.

In het stelsel van de model APV en de APV Leeuwarden kwalificeert de melding niet als een aanvraag, aangezien de melder het college niet verzoekt om een besluit te nemen. De melding is als het ware gericht op het niet verbieden van de aanleg van de uitweg binnen vier weken. Zoals in punt 5.6 t/m 5.8 aangegeven kwalificeert deze 'reactie' niet als besluit (ook al heb ik wel betoogd om haar alleen voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk te stellen). Daarom is de hiervoor weergegeven Awb-regeling niet van toepassing op deze melding. Voldoet de melder niet aan de vormvereisten, dan kan het college dus niet besluiten om de aanvraag niet te behandelen, mits de melder de gelegenheid heeft gehad de aanvraag aan te vullen. Uiteraard kan het bestuur wel informeel de melder verzoeken om de aanvraag aan te vullen. De beslistermijn wordt dan echter niet geschorst. Gelet hierop zou de grote kamer kunnen bepalen dat de Awb-regeling voor aanvragen analoog van toepassing is op deze melding. Dat staat echter op gespannen voet met de wet en is daarom niet heel aantrekkelijk. Bovendien lijkt mij een dergelijke stap niet echt nodig, omdat het probleem van het niet voldoen aan vormvereisten voor de melding in beide APV's ook op een andere wijze kan worden opgelost.

Volgens beide APV's zijn de enige twee vormvereisten die aan de melding worden gesteld dat 'een situatieschets van de gewenste uitweg en een foto van de bestaande situatie' wordt ingediend. Als de melder geen situatieschets van de gewenste uitweg indient, lijkt het mij voor het college in de regel onmogelijk om vast te stellen of zich een van de verbodsgronden voordoet. Het kan immers niet bepalen of het verkeer in gevaar wordt gebracht, of de uitweg zonder noodzaak ten koste gaat van een openbare parkeerplaats, of het openbaar groen op onaanvaardbare wijze wordt aangetast, et cetera. (zie noot 143) Dat lijkt mij op zich al voldoende reden om de gemelde aanleg van de uitweg te verbieden. Het niet-indienen van een foto van de gewenste situatie is dat mogelijk niet. Het college kan echter zelf de noodzakelijke foto's laten maken. Acht de gemeente dat problematisch dan lijkt het mij niet heel veel moeite om in de APV alsnog een regeling voor vormverzuimen op te nemen, bijvoorbeeld door het niet voldoen aan de vormvoorschriften als reden voor een verbod van de aanleg van de uitweg op te nemen.

Daarmee is ook de laatste vraag 2g van de voorzitter beantwoord.

Bevindingen over punt 5

5.17 Aan het slot van deze conclusie vat ik de belangrijkste bevindingen van punt 5 samen. Naar mijn opvatting moet het niet binnen vier weken verbieden door het college van de aanleg van een uitweg (de 'fictieve instemming' van rechtswege) op grond van de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein, voor de rechtsbescherming met een besluit worden gelijkgesteld (vraag 2c). Aldus is de Awb-rechtsbescherming voor derde belanghebbenden gegarandeerd (vraag 1d) en dat is wenselijk omdat voor hen geen alternatieve (effectieve) weg openstaat om de handeling aan de bestuursrechter voor te leggen. Zo zal een verzoek van derde belanghebbenden aan het college om, na het ontstaan van de 'fictieve instemming', de aanleg van de uitweg alsnog te verbieden, door het college moeten worden afgewezen omdat diens verbodsbevoegdheid is uitgewerkt. Een daartegen gericht rechtsmiddel heeft geen kans van slagen omdat in de procedure zal worden geconstateerd dat het college de aanleg niet meer kan verbieden (vraag 2e).

De 'fictieve instemming' hoeft op grond van de Awb niet bekend te worden gemaakt (vraag 2b). Zij treedt in werking nadat zij wordt geacht te zijn ontstaan, i.e. de dag na afloop van de vier-wekentermijn waarbinnen het college de aanleg van de uitweg had kunnen verbieden (vraag 2a). De bezwaartermijn voor derde belanghebbenden vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit wordt geacht te zijn ontstaan. Maken zij niet tijdig bezwaar, dan wordt de 'fictieve instemming' onaantastbaar, casu quo krijgt zij formele rechtskracht. Maakt een derde belanghebbende te laat bezwaar, omdat hij van de fictieve instemming niet op de hoogte kon zijn, dan moet dit probleem niet worden opgelost door de onaantastbaarheid van de 'fictieve instemming' ter discussie te stellen, maar door de mogelijkheden die de regeling van de verschoonbare termijnoverschrijding van artikel 6:11 Awb in dit verband biedt (vraag 2d).

De fatale beslistermijn van vier weken waarbinnen de colleges in de drie APV's de aanleg van een

uitweg kunnen verbieden, kan niet worden verlengd (vraag 2f). Na afloop van die fatale termijn, zijn de colleges niet meer bevoegd om alsnog een reëel besluit over de aanleg van de uitweg te nemen (vraag 1b). Doen zij dat toch dan is dat besluit niet nietig, maar vernietigbaar. Daartegen kan de melder de Awb-rechtsmiddelen aanwenden. Doet hij dat niet, dan wordt het reële besluit onaantastbaar en wordt de 'fictieve instemming' geacht te zijn herroepen.

Hoewel daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat, kunnen op grond van de APV Stein aan de acceptatie van een melding voorschriften worden verbonden, mits deze strekken tot de bescherming van het belang in verband waarmee de melding is vereist. Op grond van de model APV en de APV Leeuwarden is de mogelijkheid om buitenwettelijke voorschriften aan de acceptatie van de melding te verbinden beduidend beperkter en is dat hoogstens mogelijk als de voorschriften zijn gerelateerd aan de vage normen die voorkomen in de verbodsbevoegdheid van het college in beide APV's (vraag 2g). Overigens zijn ook onbevoegd gestelde voorschriften voor de melder bindend als hij hiertegen niet tijdig de Awb-rechtsmiddelen aanwendt. Ten slotte is betoogd dat het college in het stelsel van de APV Stein bevoegd is om een melding die niet voldoet aan de vormvereisten niet te behandelen, mits de melder de gelegenheid heeft gehad om de melding binnen een door het college gestelde termijn aan te vullen. Gedurende die termijn wordt de beslistermijn geschorst. In het stelsel van de model APV en de APV Leeuwarden bestaat deze mogelijkheid niet (vraag 2g).

6. Slot

6.1 Het is niet nuttig om mijn advies over de vele vragen die door de voorzitter zijn gesteld op deze plaats samen te vatten. Mijn bevindingen treft de lezer aan in punt 4.33, 4.34 en 5.17. In dit slot volsta ik met een korte beschouwing naar aanleiding van mijn belangrijkste bevindingen.

In deze conclusie is betoogd dat de bestuursrechter rechtsbescherming moet verlenen tegen alle bestuurlijke reacties die zich in het meldingenstelsel voor de aanleg van uitwegen van de model APV en de APV's Leeuwarden en Stein voordoen. Dat geldt voor de uitdrukkelijke beslissingen die het college van burgemeester en wethouders naar aanleiding van een melding kan nemen, het opleggen van een verbod en de uitdrukkelijke acceptatie (al dan niet onder voorschriften), omdat deze reacties mijns inziens kwalificeren als besluit in de zin van de Awb. Dat dient ook te gelden voor de 'fictieve instemming' door tijdsverloop, die voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk zou moeten worden gesteld. Aldus ontstaat er voor zowel de melder als voor derde belanghebbenden een coherent systeem van rechtsbescherming.

Ik ben mij ervan bewust dat ik hiermee de grenzen van het Awb-besluit heb opgezocht en soms heb overschreden. De reden hiervoor is dat het alternatief niet echt aantrekkelijk is. Kiest men niet voor de door mij voorgestane lijn, dan ontstaat er de situatie dat de melder Awb-rechtsmiddelen kan aanwenden tegen een verbod en tegen de acceptatie van de melding onder voorschriften, en derde belanghebbenden tegen de acceptatie onder voorschriften, waarschijnlijk ook tegen een uitdrukkelijke acceptatie binnen vier weken en mogelijk ook tegen de afwijzing door het college van een binnen die vier weken door hen gedaan verzoek om een verbod op te leggen. Voor het overige, in elk geval voor de rechtsbescherming tegen de 'instemming' door tijdsverloop, moeten zij naar de civiele rechter. Een dergelijke, deels onzekere lappendeken lijkt mij niet wenselijk, ook al zou zij dogmatisch-juridisch correct zijn.

6.2 De consequentie van de in deze conclusie verdedigde opvatting is dat het doel van het meldingenstelsel voor de aanleg van uitwegen - het terugdringen van administratieve lasten - niet wordt gerealiseerd, omdat dat moet wijken voor de rechtsbescherming. Dat lijkt me om de genoemde reden gerechtvaardigd. Tegelijkertijd verwacht ik overigens niet dat over de aanleg van uitwegen vaak zal worden geprocedeerd. Het aantal in de rechtspraak aangetroffen uitwegzaken is in elk geval schaars. Soms, zoals in de zaken waarin deze conclusie is uitgebracht, bestaat er over die aanleg echter wel een juridisch conflict. In dat geval is de bestuursrechter mijns inziens de aangewezen rechter.

Dat het terugdringen van administratieve lasten bij het meldingenstelsel voor uitwegen niet wordt bereikt, betekent niet dat dit voor meldingenstelsels in het algemeen geldt. Vooral het meldingenstelsel in verband met algemene regels en in beginsel ook het meldingenstelsel als uitzondering op de vergunningplicht, zijn op dit punt wel succesvol (punt 4.33). Het succes op dit punt hangt echter af van de precieze vormgeving van het meldingenstelsel.

w.g. mr. R.J.G.M. Widdershoven
Staatsraad Advocaat-Generaal

1) Terzijde kan worden opgemerkt dat de APV's van gemeenten regelmatig afwijken van de Model APV waardoor zowel de genoemde bepalingen in andere bewoordingen zijn overgenomen als voor andere onderwerpen ook is gekozen voor een meldingenstelsel. De Model APV bevat echter van de genoemde varianten een voorbeeld.

2) De model APV en de toelichting zijn te vinden op:
<http://modelverordeningen.sdu.rijksweb.nl/model/regelingen/ModelSPAAlgemeneSPPlaatselijkeSPVerorde>

3) Na bestudering van vele meldingenstelsel krijg ik indruk dat dit misverstand bij beleidsmakers soms bestaat.

4) Vgl. bijvoorbeeld de VAR-preadviezen van F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, Het besluit voorbij, VAR-reeks 150, Den Haag: BJu 2013, met verwijzing naar andere literatuur.

5) Zie over de begrippen besluit en beschikking onder meer J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, Besturen door de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 1, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, vierde druk, p. 139-147, 156-178; F.J. van Ommeren, Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtsvaststellend besluit, JBplus 2000, p. 113-124; F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, Het Awb-besluit, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, Ars Aequi Cahiers nr. 8; R. Ortlep, Het besluitbegrip: een verdampende theorie, RM Themis 2008, p. 243-252; R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht, Deventer: Kluwer, p. 189-197; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer: Kluwer 2010, zesde druk, p. 218-259; M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures, Deventer: Kluwer 2013, vijfde druk, p. 130-173; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2014, zestiende druk, p. 157-202. Zie voor de begripsvorming betreffende de beschikking uit het pré Awb-tijdperk, die onder de Awb nog steeds relevant is, onder meer J.G. Steenbeek, Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht, Arnhem: Vuga 1958, en F.C.M.A. Michiels, De Arob-beschikking, Den Haag: Vuga 1989.

6) PG Awb I, p. 154.

7) Dit vloeit voort uit artikel 3:33 BW, waarbij de Awb-wetgever voor wat betreft het begrip 'rechtshandeling' uitdrukkelijk aansluiting heeft gezocht. PG Awb I, p. 154-155. Zie Ortlep 2008, p. 245-246 en p. 248.

8) Ortlep 2008, p. 248.

9) PG Awb I, p. 154.

10) Onder meer Van Ommeren & Van Veen 1999, p. 27.

11) Zie uitdrukkelijk onder meer ABRS 14 december 2005, ECLI:NL RVS:2005:AU7962. Vgl. Ortlep 2008, noot 7 voor diverse andere vindplaatsen.

12) Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 160.

13) Onder meer Van Ommeren & Van Veen 1999, p. 28.

14) Zie nadrukkelijk ABRS 7 februari 1997, ECLI:NL RVS:1997:ZF2911, waarin de Afdeling een appellabel besluit aanneemt, “omdat het gericht is op rechtsgevolg, al bewerkstelligt het dat niet”. Zie hierover Van Ommeren & Van Veen 1999, p. 27; Michiels 1987, p. 91; Ortlep 2008, p. 246-247 en 2011, p. 193-197; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 243-244; Schreuder-Vlasblom 2013, p. 153-155.

15) Vgl. Ortlep 2008, p. 246, onder verwijzing naar Steenbeek 1958, p. 73, en Michiels 1987, p. 91. Zie ook Ortlep 2011, p. 193-197.

16) Bijv. ABRS 12 april 2006, ECLI:NL RVS:2006:AW1297; CBB 2 februari 2006, ECLI:NL CBB:2006:AV2120.

17) Daarbij worden doorgaans genoemd de vaststelling van het kiesregister en de vaststelling van de belastingaanslag. Vgl. Van Ommeren 2000, p. 121. Volgens Michiels 1987, p. 39-40 heeft het rechtsvaststellende besluit geen bestaansrecht, omdat ook rechtsvaststellende besluiten recht kunnen scheppen (en dus rechtsscheppend zijn).

18) PG Awb I, p. 154.

19) Vergelijk de discussie tussen H.Ph.J.A.M. Hennekens, Het rechtsvaststellend besluit onder de loupe. Het rechtsoordeel als ongewenst rechtsfenomeen, Gst. 1999, 7092/1, p. 89 e.v., C.A.J.M. Kortmann, Het rechtsvaststellend besluit, reactie op Gst. 1999, 7092/1, Gst 1999, 7096/3, met naschrift van Hennekens, en – op een later moment – F.C.M.A. Michiels, in zijn aantekening onder Bosque Teca Verde, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), AB Klassiek, Deventer: Kluwer 2009, nr. 32, p. 465-475, i.h.b. p. 472-474.

20) Van Ommeren 2000, p. 119-123.

21) Zie uitvoerig over deze tendensen, S.E. Zijlstra e.a., Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid, Deventer: Kluwer 2012, p. 149 e.v., i.h.b. p. 154-158 en p. 188-189.

22) Zie voor het MDW-project, Kamerstukken II 1994/1995, 24036, nrs. 1-2, en voor het project Vereenvoudiging Vergunningen, Kamerstukken II, 2005/2006, 29515, nr. 140. Vgl. Zijlstra e.a. 2012, p. 155-157, alsmede Schlössels & Zijlstra 2010, p. 818-819.

23) Vgl. C.W.M. van Alphen, Over betogen, evenementen en uitwegen. Verordenen met een meldingsplicht, Gst. 2009/109. Zie kritisch over deze tendens, S.E. Zijlstra, De APV gedereguleerd? NTB 2008/3.

24) Omdat de burger bij elke overheidshandeling daarom toegang heeft tot een rechter, voldoet het Nederlands stelsel van rechtsbescherming aan artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest van de grondrechten van de EU. Een beoordeling van de rechtsbescherming tegen reacties op een melding in het licht van die bepalingen blijft in deze conclusie daarom achterwege.

25) Zie hierover mijn conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL RVS:2014:2260, in de zaken Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio (nr. 201304908/3/A2) en Stichting Platform31 (nr. 201307828/2/A2), punt 3.5, met verwijzing naar literatuur.

26) Het bekendste voorbeeld biedt art. 6:2 Awb, waarin de schriftelijke weigering een besluit te nemen en het niet tijdig nemen van een besluit voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep met een besluit worden gelijkgesteld.

27) Vgl. Michiels 2009, p. 468. In essentie vergelijkbaar Van Ommeren 2000, p. 114, onder verwijzing naar ABRS 20 november 1998, ECLI:NL RVS:1998:AN5866.

28) Aldus ook Van Ommeren 2000, p. 121, over de meldingen van art. 8.19 Wm en art. 42 Ww.

29) Zie voor deze rechtspraak onder meer Van Ommeren & Van Veen 1999, p. 35-37; Van Ommeren 2000, p. 116-119; Michiels 2009, p. 468-472. Vgl. voor de rechtspraak ABRS 15 september 1997, ECLI:NL RVS:1997:AA3601; ABRS 21 juli 1997, JB 1997/214; ABRS 15 juni 2005, ECLI:NL RVS:2005:AT7961; Vz. ABRS 18 april 2013, ECLI:NL RVS:2013:BZ8384, door de Afdeling 'bevestigd' in ABRS 2 april 2014, ECLI:NL RVS:2014:1157; CBB 21 juli 1998, ECLI:NL CBB:1998:ZF3595; CBB 2 mei 2006, ECLI:NL CBB:2006:AX0123; CRvB 29 augustus 2014, ECLI:NL CRVB:2014:2889.

30) Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p.164-166, voor uitspraken, waarin de bestuursrechtters de alternatieve route onevenredig bezwarend achten.

31) Vergelijk de kritiek van Hennekens 1999; Kortmann 1999; Michiels 2009 en eerder Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming, AA 47(1998) 7/8, p. 695-700; en J.M.H.F. Theunissen, Het bestuurlijke oordeel als besluit, Gst. 1998, 7077/1. Hun kritiek loopt overigens in die zin uiteen dat Michiels en Theunissen een ruimere appellabiliteit van rechtsoordelen bepleiten, Kortmann meent dat de buitenwettelijke rechtsoordelen niet appellabel moeten zijn, en Hennekens een tussenstandpunt inneemt.

32) De Afdeling en het CBB kiezen doorgaans voor 'aanmerken' als besluit. Zie bijv. ABRS 15 september 1997, ECLI:NL RVS:1997:AA3601; ABRS 15 juni 2005, ECLI:NL RVS:2005:AT7961; Vz. ABRS 18 april 2013, ECLI:NL RVS:2013:BZ8384; CBB 21 juli 1998, ECLI:NL CBB:1998:ZF3595. Een gelijkstelling met een besluit voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep, was aan de orde in ABRS 17 maart 1995, ECLI:NL RVS:1995:AN4408.

33) CRvB 29 augustus 2014, ECLI:NL CRVB:2014:2889.

34) Zo ook Van Ommeren 2000, p. 115, en Ortlep 2008, p. 244 en Ortlep 2011, p. 193, die daaraan terecht toevoegt dat door de gelijkstelling bovendien "een fictie (verzonnen feit) wordt vermeden".

35) De categorieën b t/m d worden ook genoemd in de vraag van de voorzitter en door Van Alphen 2009.

36) Daarbij merk ik op deze plaats al op dat deze splitsing niet in alle opzichten volledig kan worden doorgevoerd, omdat de mogelijkheid van een acceptatie door tijdsverloop haar schaduw vooruit werpt.

37) Zie voor een heel recente, de melding die is voorzien in art. 4.4, eerste lid, wetsvoorstel Omgevingswet, Kamerstukken II, 2014/15, 33962, nr. 1-2. Wat het rechtskarakter is van de reactie op deze melding valt moeilijk te bepalen, omdat de precieze vormgeving van het meldingenstelsel pas zal geschieden in de 'regels als bedoeld in paragraaf 4.1.1'. De Afdeling advisering lijkt er in haar advies vanuit te gaan dat deze melding behoort tot categorie a, de melding in verband met algemene regels (Kamerstukken II, 2014/15, 33962, nr. 4, p. 132-133). Voor zover dat het geval zal zijn, is hetgeen hierna vanaf punt 4.2 wordt gesteld daarop van toepassing.

38) Zie voor deze meldingen, doorgaans van een financiële instelling aan een van de financiële toezichthouders (AFM, DNB), G.M. Grundmann-van der Krol, m.m.v. J.B.S. Hijink, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: BJu 2012, vierde druk, onder meer p. 244, 246, 383, 436, 451 e.v., 591. Alle meldingen vallen onder categorie c (melding als gebod). Voor zover ten aanzien ervan is bepaald dat de daarin gemelde activiteit pas kan plaatsvinden nadat de toezichthouder er expliciet meer heeft ingestemd (vgl. p. 334), vertonen deze meldingen en de reactie erop grote gelijkenis met de melding uit de oude Wet toezicht effectenverkeer 1995, die in punt 4.23 wordt besproken.

- 39) Behalve de melding van (het vermoeden van) huiselijk geweld of kindermishandeling (art. 1.1.1, 4.1.1 en 5.16) en de melding in verband met calamiteiten (bij de verstrekking van een voorziening, vgl. art. 3.4, 5.1.5 en 6.1, en bij de verlening van jeugdhulp, vgl. art. 4.2.5), kent de Wmo 2015 de melding van een behoefte aan maatschappelijke ondersteuning (i.h.b. art. 1.1.1, 2.3.2 en 8.6). Zie voor de vraag of de 'reactie' op de laatstgenoemde melding kan kwalificeren als Awb-besluit, M. Vermaat, Maatwerk in het wetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning 2015, NJB 2014/1018, afl. 20, p. 1374-1379, alsmede Kamerstukken II, 2013/14, 33841, nr. 4, Advies Afdeling advisering Raad van State, p. 16.
- 40) Zie over de werking van de op artikel 8.40 Wm gebaseerde algemene regels, A.P.W. Duijkersloot e.a., Algemeen geregeld, goed geregeld? M en R 2011/167.
- 41) ABRS 19 juli 1995, ECLI:NL RVS:1995:ZF4386.
- 42) ABRS 16 oktober 1997, ECLI:NL RVS:1997:ZF2964, AB 1997/439.
- 43) Zie punt 4.8 e.v. over de betekenis van deze rechtspraak in geval van een melding in verband met het al dan niet bestaan van een vergunningsplicht.
- 44) Zie voor het besluitkarakter van de afwijzing van een verzoek om maatwerkvoorschriften op te leggen ABRS 9 oktober 2013, ECLI:NL RVS:2013:1427, en voor het besluitkarakter van opgelegde maatwerkvoorschriften: ABRS 16 juli 2014, ECLI:NL RVS:2014:2684.
- 45) Vergelijk de toelichting bij het Bouwbesluit, Stb. 2011/416, p. 197.
- 46) Wel is er jurisprudentie over handhavingsbesluiten vanwege het in gebruik hebben van een gebouw zonder de vereiste melding. Deze rechtspraak is voor het rechtskarakter van de reactie op de melding irrelevant.
- 47) Rechtbank 's-Hertogenbosch, 19 november 2012, ECLI:NL RBSHE:2012:BY4613.
- 48) De bevoegdheid tot het vaststellen in de (model) APV van het aantal incidentele festiviteiten voor inrichtingen wordt verleend in de artikelen 2.21 en 4.113 van het Activiteitenbesluit.
- 49) Rb. Assen 24 juli 2008, ECLI:NL RBASS:2008:BE9037.
- 50) Ter onderbouwing verwijst de rechtbank naar overweging 2.2.3 van de uitspraak van de ABRS van 20 juli 2005, ECLI:NL RVS:2005:AT9635. Deze verwijzing kan ik niet goed volgen nu de Afdeling in die overweging 'slechts' stelt dat een doorzendbrief, waarbij de afschriften zijn gevoegd van de aan de organisator gerichte ontvangstbevestiging van twee kennisgevingen van incidentele activiteiten, niet op enig rechtsgevolg is gericht (en dus niet kwalificeert als Awb-besluit). Over het rechtskarakter van de ontvangstbevestigingen zelf bevat de uitspraak geen informatie.
- 51) De model APV gaat er overigens vanuit dat de bevoegdheid van de burgemeester om incidentele activiteiten te verbieden niet in de APV hoeft te worden opgenomen, omdat de burgemeester deze (autonome) bevoegdheid heeft op grond van art. 174 Gemeentewet. De gemeente Westerveld heeft het kennelijk toch noodzakelijk geacht om deze bevoegdheid in artikel 4.1.4 APV te herhalen.
- 52) Namelijk in de varianten 2, 3, 7, 10, 11, 15, 18, 21, 24, 27, 30, 33, 36 en 39.
- 53) Of, zoals bij de sloopmelding, geen enkel publiekrechtelijk rechtsregime.
- 54) ARRS 16 juni 1987, ECLI:NL RVS:1987:AN1378.
- 55) Vz. ARRS 10 oktober 1987, ECLI:NL RVS:1987:AS801.

- 56) Vz. ABRS 6 juni 1994, ECLI:NL RVS:1994:AN3875, Vz. ABRS 29 september 1994, ECLI:NL RVS:1994:AN4167, Vz. ABRS 23 januari 1995, ECLI:NL RVS:1995:ZF1813.
- 57) ABRS 17 maart 1995, ECLI:NL RVS:1995:AN4408.
- 58) ABRS 16 oktober 1997, ECLI:NL RVS:1997:AN5473.
- 59) Aldus ook Van Ommeren 2000, p. 121.
- 60) Zie Kamerstukken II, 1998-1999, 26552, nr. 3, p. 14. Vergelijk H.P.H.M. Leijndekker-van Kaam & D. van der Meijden, Meldingenstelsel Wet milieubeheer, Publicaties van de Vereniging voor Milieurecht 2000-5, BJu 2000.
- 61) ARRS 12 mei 1978, Gst. 6566, 3.
- 62) VzARRS 3 augustus 1988, ECLI:NL RVS:1988:AN0186.
- 63) ABRS 15 september 1997, ECLI:NL RVS:1997:AA3601.
- 64) ABRS 15 september 1997, ECLI:NL RVS:1997:AA3601, AB 1998/8, m.nt. Van Buuren.
- 65) ABRS 14 juli 2004, ECLI:NL RVS:2004:AQ1032. Om misverstanden te voorkomen, het bestuurlijke rechtsoordeel in deze uitspraak betrof niet de toepassing van artikel 43 Ww, maar de mededeling dat het voorgenomen gebruik van een pand voor permanente bewoning niet past binnen het overgangsrecht en dat de zogenoemde toverformule niet kan worden toegepast. Dit oordeel kwalificeerde volgens de Afdeling als besluit, omdat er geen andere aanvaardbare weg bestond om hieromtrent een oordeel van de rechter te krijgen. Nu betrokkene tegen dit besluit geen rechtsmiddelen had aangewend, was het in de procedure tegen de weigering van het verzoek om alsnog met dit gebruik in te stemmen, volgens de Afdeling “onaantastbaar” en kon het beroep tegen die weigering via het beperkte toetsingskader van artikel 4:6 Awb worden afgewezen.
- 66) Vanaf 2003 maakte de Ww overigens alleen nog onderscheid tussen vergunningplichtige en vergunningvrije bouwwerken en was de categorie meldingplichtige bouwwerken al geschrapt.
- 67) Zie voor dit stelsel P. Houweling & R. Uylenburg, Het rechtsoordeel over de melding in het milieu- en ruimtelijke ordeningsrecht, NTB 1998/8, p. 253-261.
- 68) Voor een uitvoerige beschrijving van het rechtskarakter van het besluit op de melding wordt verwezen naar A.A.J. de Gier, De meldingsplicht in de Woningwet en het bestuurlijk oordeel als besluit, Gst. 1998, 7068/1. Zie voor een voorbeeld van een acceptatie van een melding VzARRS 14 juni 1993, ECLI:NL RVS:1993:AN3708.
- 69) Aldus ook Van Ommeren 2000, p. 121.
- 70) Rb. Rotterdam 3 april 2002, ECLI:NL RBROT:2002:AE1382. Zie ook A. Gerbrandy, Convergentie in het mededingingsrecht, BJu 2009, p. 180-183.
- 71) Zie bijv. CBB 28 november 2006, ECLI:NL CBB:2006:AZ3274.
- 72) ABRS 5 maart 2014, ECLI:NL RVS:2014:719.
- 73) ABRS 18 juli 2012, ECLI:NL RVS:2012:BX1821. Inhoudelijk gaat de zaak overigens niet over de bepaling, omdat de Afdeling van oordeel is dat vanwege het overgangsrecht niet de APV 2010, maar diens voorganger de APV 2009 van toepassing is. In de APV 2009 was bij de regulering van uitwegen ook voorzien in een melding, maar dan als uitzondering op een voorwaardelijke verbodsbepaling. De

uitspraak wordt daarom besproken onder categorie d, in punt 4.27.

74) Zie punt 4 van diens annotatie onder ABRS 18 juli 2012, ECLI:NL RVS:2012:BX1821, Gst. 2012/108.

75) Deze categorie zou eigenlijk moeten worden genoemd 'melding als gebod overig', aangezien de hiervoor besproken meldingen ook meldingen als gebod betreffen. Anders dan bij die meldingen bestaat bij de meldingen in deze categorie geen verband met algemene regels of een vergunningplicht.

76) ABRS 19 juni 2013, ECLI:NL RVS:2013:CA3654.

77) Zie ABRS 16 oktober 2013, ECLI:NL RVS:2013:1531, voor een uitspraak waarin de instemmende reactie kwalificeert als Awb-besluit, en ABRS 20 juli 2005, ECLI:NL RVS:2005:AT9665, voor een uitspraak waarin de onthouding van instemming als besluit wordt geduid.

78) CBB 2 mei 2006, ECLI:NL CBB:2006:AX0123.

79) Aldus ook Van Alphen 2009.

80) CBB 19 december 2000, ECLI:NL CBB:2000:AA9187.

81) HR 17 oktober 2006, ECLI:NL HR:2006:AU6741; AB 2007/23.

82) EHRM 17 juli 2007 (rectified 25 september 2007), Application 25691/04 (Bukta and others v. Hungary). Vergelijk Van Alphen 2009.

83) Zie voor recente voorbeelden ABRS 23 april 2014, ECLI:NL RVS:2014:1439 (verbod betoging Occupy) en ABRS 27 augustus 2014, ECLI:NL RVS:2014:3174 (opleggen beperkingen betoging Occupy)

84) ABRS 9 oktober 2013, ECLI:NL RVS:2013:1423.

85) Vzr. Rb. Amsterdam 20 november 2006, ECLI:NL RBAMS:2006:AZ2850.

86) Bovendien is het niet-verbieden van de betoging naar aanleiding van een melding mijns inziens niet gericht op rechtsgevolg, nu deze handeling er niet op is gericht om een wijziging in de wereld van het recht tot stand te brengen. Een betoging is nadat de melding is gedaan niet verboden en het niet-verbieden ervan voegt aan die rechtstoestand niets toe.

87) ABRS 20 oktober 2010, ECLI:NL RVS:2010:BO1161.

88) ABRS 18 juli 2012, ECLI:NL RVS:2012:BX1821. Deze uitspraak kwam al aan de orde in punt 4.15. Op die plaats ging het om de in de APV 2010 voorziene melding voor de aanleg van uitwegen als uitzondering op de vergunningplicht, op deze plaats betreft het de in de APV 2009 voorziene melding als uitzondering op een voorwaardelijke verbodsbepaling.

89) De vraag of het college in de zaak Stein het verbod nog kon opleggen nadat de vier-wekentermijn was overschreden, komt in punt 5.12 aan de orde.

90) Zie voor een voorbeeld de APV Sint-Oedenrode 2009, die in punt 4.27 aan de orde is.

91) Of ook de 'opheffing' van de opschorting van het recht om de uitweg aan te leggen die wel voortvloeit uit art. 2:12, derde lid, als besluit kwalificeert, komt in punt 5.6 aan de orde.

92) Dit verzoek zal, wil het enige kans maken, moeten aansluiten bij de in artikel 2:12, tweede lid, van beide APV's genoemde redenen op grond waarvan het college het maken of veranderen van de uitweg verbiedt.

93) ABRS 27 december 2012, ECLI:NL RVS:2012:BY7378.

94) Artikel 3.9 Wabo.

95) ABRS 22 mei 2013, ECLI:NL RVS:2013:CA0692.

96) De enige – hier niet relevante – verschillen tussen de model APV/APV Leeuwarden en de APV Weert betreffen de eisen die aan een melding werden gesteld en de redenen op grond waarvan het maken of veranderen van de uitweg moest worden verboden. Met de APV Stein zijn er wat meer verschillen, maar die zijn voor de onderhavige problematiek niet relevant.

97) Uit de in de uitspraak vermelde gegevens kan niet worden afgeleid of die termijn overschreden is, omdat de datum van de melding niet wordt vermeld. Dat moet overigens allerm minst worden uitgesloten, nu voor het beslissen op een omgevingsvergunning een termijn van 8 weken geldt.

98) Wellicht ten overvloede merk ik op dat het standpunt van de Afdeling in de zaak Weert niet kan worden verklaard door het gegeven dat in die zaak, behalve de melding van de uitweg, ook de omgevingsvergunningplichtige vestiging van een 24-uurs kamer en kantoor aan de orde was. Die combinatie is gelet op art. 2.2, eerste lid, onder e, Wabo immers niet bepalend voor het kwalificeren van een toestemming van de aanleg van een uitweg als omgevingsvergunning.

99) ABRS 18 juli 2012, ECLI:NL RVS:2012:BX1821. Deze overweging is in die zaak van belang voor de toepasselijkheid van het in de APV opgenomen overgangsrecht (niet voor de eventuele toepasselijkheid van de Wabo).

100) Mocht de grote kamer, anders dan ik adviseer, de uitdrukkelijke acceptatie van een melding binnen vier weken in de model APV en de APV Leeuwarden niet aanmerken als een Awb-besluit (punt 4.29), dan is de uitspraak van de Afdeling in de zaak Weert daarmee zonder meer strijdig. Een beslissing die niet eens kwalificeert als Awb-besluit, kan natuurlijk niet worden gelijkgesteld met een vergunning of ontheffing. Voor het meldingenstelsel in de APV Stein ligt het voorgaande anders, nu daarin is voorzien in de mogelijkheid van uitdrukkelijke instemming.

101) Zo ook Van Alphen 2009, par. 7.

102) Overigens niet meer dan een 'aanwijzing', omdat de reactie op de melding van artikel 8.41 Wm niet kwalificeert als Awb-besluit (punt 4.3), en de (uitdrukkelijke) reactie op een melding van de aanleg van een uitweg – volgens mij – wel (punt 4.29). Bij de eerstgenoemde reactie ligt een gelijkstelling van die reactie met een vergunning/ontheffing daarom nog minder voor de hand.

103) Vergelijk bijvoorbeeld ABRS 10 mei 2006, ECLI:NL RVS:2006:AX0755, en ABRS 31 maart 2010, ECLI:NL RVS:2010:BL9585.

104) ABRS 15 september 1997, ECLI:NL RVS:1997:AA3061, AB 1998/8, m.nt. Van Buuren.

105) Zie bijv. ABRS 2 februari 2001, ECLI:NL RVS:2001:AN6624; ABRS 30 augustus 2006, ECLI:NL RVS:2006:AY7168; ABRS 27 augustus 2014, ECLI:NL RVS:2014:3176. Deze lijn wordt ook door de andere hoogste bestuursrechters gevolgd, zij het dat de Hoge Raad een termijn van twee á drie weken hanteert. Zie HR 4 februari 2001, ECLI:NL HR:2001:AA4721. Zie voor relevante rechtspraak van de diverse hoogste rechters Schreuder-Vlasblom 2013, p. 371-372.

106) Om praktische redenen spreek ik hierna wel over 'fictieve instemming', ook al voorzien de model

APV en de APV Leeuwarden niet in een dergelijke instemming. In punt 5.6, waarin ik specifiek inga op het rechtskarakter van het niet binnen vier weken verbieden van de uitweg, maak ik wel onderscheid tussen de constructie in die APV's en die in de APV Stein.

107) Zie reeds K. van Duyvendijk, *Wie zwijgt stemt toe. Problemen rond de fictieve vergunningverlening*, NTB 1988/2, p.37-44.

108) Vgl. over deze regeling M.J. Jacobs, *Lsp in de Awb. De totstandkoming en regeling van de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen in de Awb*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu, p. 627-653; K.J. de Graaf & H.A. Komduur, *Lsp in het omgevingsrecht en de Awb*, TO 2011-1; A.D.L. Knook, *De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk*, NTB 2010/25; M.J. Schiebroek & B.W.N. de Waard, *In alle talen zwijgen: de Lex silencio positivo*, JBplus 201, p. 94-112.

109) ABRS 27 december 2012, ECLI:NL RVS:2012:BY7378.

110) Ortlep 2008, p. 248-249.

111) Zie bijv. ABRS 16 februari 2006, 200506906/2 en ABRS 12 januari 2005, ECLI:NL RVS:2005:AS2203 (beide Natuurbeschermingswet) en ABRS 16 oktober 2002, ECLI:NL RVS:2002:AE9004 en ABRS 16 juni 2010, ECLI:NL RVS:2010:BM7792 (beide Monumentenwet). Ook in andere wetten werd en wordt de constructie van de verlening of instemming van rechtswege in geval van niet tijdig beslissen gehanteerd, bijv. in art. 46, vijfde lid, Woningwet oud en in art. 39, tweede lid, Wet bodembescherming. In die wetten werd of wordt die verlening/instemming echter expliciet aangemerkt als Awb-besluit. Dit is overigens gedaan om te 'ontkomen' aan het vereiste van schriftelijkheid.

112) Op dit punt verschilt deze 'instemming' van de uitdrukkelijke acceptatie van de melding binnen vier weken, waarvan in punt 4.29 is verdedigd dat zij wel kan worden aangemerkt als besluit, omdat deze acceptatie als rechtsgevolg heeft dat de opheffing van de opschorting van het 'recht' om de uitweg aan te leggen eerder plaatsvindt dan uit artikel 2:12, derde lid, van beide APV's voortvloeit, namelijk vanaf de inwerkingtreding van de acceptatie.

113) Vgl. reeds Van Duyvendijk 1988, p. 40.

114) Zie Jacobs, p. 640; Knook 2010, p. 9; Schiebroek & De Waard 2011, p. 103.

115) Volgens de MvT bij artikel 1:3, eerste lid, Awb, kan een schriftelijke vastlegging van een besluit over het algemeen alleen achterwege blijven "als het besluit gericht is op de onmiddellijke uitvoering door degene aan wie het mondeling of door een teken wordt bekendgemaakt". In andere gevallen verlangt de wetgever over het algemeen een schriftelijke vastlegging van besluiten. Vgl. PG Awb I, p. 154.

116) PG Awb I, p. 154, onder verwijzing naar ARRS 20 december 1976, ECLI:NL RVS:1976:AM4274.

117) Rb. Den Haag 13 maart 1996, JB 1996/113.

118) Bijv. ABRS 17 juli 1997, ECLI:NL RVS:1997:ZF2832.

119) Zie bijv. Vz ARRS 2 juni 1988, ECLI:NL RVS:1988:AN0185 (mondeling vooruitakkoord Zoetermeer); ARRS 20 februari 1992, AB 1992/359 (politiebevel); ABRS 5 november 1998, JB 1999/7; CRvB 13 november 1997, ECLI:NL RVS:CRVB:1997:ZB7561. Vgl. ook Van Ommeren & Van Veen, p. 23.

120) Vgl. onder meer Van Ommeren & Van Veen 1999, p. 23; Michiels 1987, p. 67-69. Ortlep 2008.

121) ABRS 30 juni 2004, ECLI:NL RVS:2004:AP4641; ABRS 22 juni 2005, ECLI:NL RVS:2005:AT8006.

122) Voor de model APV en de APV Leeuwarden geldt dit niet, nu de melding in die APV's niet is gericht op een uitdrukkelijke instemming van het college met de melding.

123) Vgl. De Graaf & Komduur 2011, p. 11; R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, Reëel besluit na een fictief besluit: nietig of vernietigbaar, in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), Goed verdedigbaar. Vernieuwingen van bestuursrecht en omgevingsrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 109-116; B.J. Schueler, Evaluatie van een drietal versnellingsinstrumenten uit de Awb, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 104-110.

124) Zie bijv. CBB 25 maart 1975, AB 1975/181; CBB 5 augustus 1977, ECLI:NL CBB:1977:AM3650; CBB 8 april 2008: ECLI:NL CBB:2008:BF1172; CRvB 27 januari 1978, ECLI:NL CRVB:1978:AM3873; CRvB 18 oktober 2001, ECLI:NL CRVB:2001:AD6417; CRvB 16 maart 2010, ECLI:NL CRVB:2010:BB8816. Zie voor andere rechtspraak Ortlep & Widdershoven 2011, noten 13, 15 en 16.

125) Bijv. ABRS 4 maart 1996, ECLI:NL RVS:1996:AN5018; ABRS 3 mei 1995, G01930014; ABRS 25 september 1995, G01930142. Zie Van Duyvendijk 1988, p. 38.

126) Bijv. Vz. ARRS 3 juni 1993, ECLI:NL RVS:1993:AH4188; ABRS 4 juli 1995, ECLI:NL RVS:1995:AH6023; ABRS 22 april 2009, ECLI:NL RVS:2009:BI1863; ABRS 23 maart 2011, ECLI:NL RVS:BP8776. Zie ook Michiels 1988, p. 92 e.v..

127) De Graaf & Komduur 2011, p. 11; Ortlep & Widdershoven 2011, p. 116.

128) Kamerstukken II, 2007/08, 31579, nr. 3, p. 51 en 129

129) Jacobs 2010, p. 643-644.

130) Blijkens ABRS 9 oktober 2013, ECLI:NL RVS:2013:1465, ziet de Afdeling in de totstandkoming van paragraaf 4.1.3.3 geen reden om haar standpunt weer te wijzigen. In die zaak waarin die paragraaf van toepassing was, gaat zij uit van de vernietigbaarheid van een reëel besluit dat is genomen nadat van rechtswege een vergunning is verleend.

131) ABRS 22 april 2009, ECLI:NL RVS:2009:BI1863. Zie bijv. ook ABRS 30 juni 2004, ECLI:NL RVS:2004:AP4667, ABRS 25 april 2007, ECLI:NL RVS:2007:BA3787 en ABRS 18 november 2009, ECLI:NL RVS:2009:BK3630, AB 2010/51, m.nt. Lam.

132) Bijv. Lam onder ABRS 18 november 2009, AB 2010/51.

133) C.W. van der Pot, De vormen van besturen, in: Nederlands bestuursrecht, 1e druk, Alphen a/d Rijn 1930.

134) Ten Berge & Michiels 2001, p. 162.

135) F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 338.

136) Van Ommeren 1996, p. 337.

137) Van Wijk/Konijnenbelt, Van Male 2014, p. 197.

138) Schlössels & Zijlstra 2010, p. 258.

139) Schlössels & Zijlstra 2010, p. 829.

140) De andere verbodsgronden in de model APV en de APV Leeuwarden lijken mij strikt gebonden (punt 4.26).

141) Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 146-154, mooi samengevat op p. 154.

142) Daarnaast is de melding gericht op het verkrijgen van de fictieve instemming van artikel 2:12, vijfde lid, APV Stein. Omdat deze fictieve instemming in punt 5.8 niet is aangemerkt als besluit, maar slechts voor de rechtsbescherming daarmee gelijk is gesteld, is de melding in zoverre geen aanvraag. In zoverre betreft het immers geen verzoek om een besluit te nemen als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, Awb.

143) Zie punt 4.24 voor de andere verbodsgronden in beide APV's.