

De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk

25

Allard Knook¹

1 Inleiding

De invoering van de – op het Spaanse recht gebaseerde – *Lex Silencio Positivo* is in Nederland op zijn zachtst gezegd met gemengde gevoelens ontvangen. Het instrument kreeg alleen al in dit tijdschrift kwalificaties variërende van ‘weloverwogen’,² een ‘hype’,³ tot ‘het sop de kool niet meer waard’.⁴ In Spanje is, sinds de invoering van de *Lex Silencio Positivo* (hierna: LSP), een zeer sterke toename van de jurisprudentie over dit onderwerp te zien, simpelweg omdat de van rechtswege verleende vergunning regelmatig wordt aangevochten. In de Spaanse praktijk blijkt het stilzwijgende karakter tot veel onduidelijkheid en dus rechtsonzekerheid te leiden. Aangezien dit jaar onder andere door de Dienstenwet en de Wabo de reikwijdte van de LSP aanzienlijk is en wordt verbreed, beoogt dit artikel een inschatting te maken van de belangrijkste praktijkproblemen die de LSP tot gevolg zou kunnen hebben. Na een korte voorgeschiedenis (par. 2), worden deze problemen vanuit twee invalshoeken belicht, namelijk vanuit het perspectief van de aanvrager (par. 3) en de derde-belanghebbende (par. 4).

2 Voorgeschiedenis

Zoals bekend komt de *Lex Silencio Positivo* er op neer dat een vergunning van rechtswege wordt verleend indien niet tijdig op een aanvraag is beslist. Anders dan de rechtsfiguur van fictieve weigering, die wij al sinds 1929 kennen⁵, is de LSP een relatief nieuw instrument, maar tegelijkertijd ook geen onbekende. Sinds 1992

bestaat in Nederland de van rechtswege verleende vergunning van art. 46 lid 1 Wonw; de Monumentenwet, Mededingingswet en het Mijnbouwbesluit kennen het instrument;⁶ en voorheen ook de Natuurbeschermingswet 1967.⁷ De Awb zelf kent verder de positieve goedkeuring van art. 10:31 Awb en ook andere regelgeving bevat(te) een dergelijk instrument, zoals de Wet Bodembescherming,⁸ de Provinciewet,⁹ de Wet Luchtvaart,¹⁰ de Wet RO¹¹ en voorheen de Wet OPTA.¹² Daarnaast is de Dienstenrichtlijn niet de eerste Europese richtlijn die een dergelijke instrument in Nederland introduceert.¹³

Niettemin is 2010 het jaar dat de geschiedenis in zal gaan als het jaar van de LSP.¹⁴ Sinds begin dit jaar kent de Awb de regeling van par. 4.1.3.3 – geïntroduceerd door de Dienstenwet¹⁵ – en de Wabo zal de LSP van toepassing verklaren indien de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is. Daarnaast schrijft de Crisis- en Herstelwet de LSP voor voor de aanlegvergunning¹⁶ en kan deze wet worden gebruikt om de reikwijdte van de *lex silencio* eenvoudig uit te breiden zonder dat (1) hiervoor een formele wetwijziging nodig is;¹⁷ en (2) hiertegen beroep openstaat.¹⁸ Het is sowieso al sinds 2005 het streven van het kabinet om de LSP op diverse andere vergunningenstelsels van toepassing te verklaren.¹⁹ Het kabinet wil in 2011 25% minder lasten ten opzichte van 2007. Het regeerakkoord noemde naast bundeling van bestaande vergunningenstelsels de *Lex Silencio Positivo* het belangrijkste speerpunt om deze target te realiseren. Onder andere in

1. Mr. dr. A.D.L. Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Reacties welkom via allard.knook@cms-dsb.com.

2. W. Konijnenbelt, ‘De WZST-vergunning, van fictieve vergunningverlening naar *lex silencio positivo*’, *NTB* 2007, 56.

3. N. Verheij, ‘The Need for Speed’, *NTB* 2009, 16.

4. R. van Gestel, ‘Eenvoudig Vergunnen’, *NTB* 2007, 15 (vanwege de vele ‘kunstgrepen’ die nodig zijn om de nadelen ervan tegen te gaan).

5. Art. 60 AW 1929.

6. Art. 16 Monw 1988, art. 39 en 55 Mijnbouwbesluit en art. 34 en 41 Mw. De van rechtswege verleende vergunning ex art. 97 Mijnbouwbesluit wordt vervangen door algemene regels.

7. Art. 13 NB-wet 1967 (vervallen per 1-10-2005).

8. Art. 39 lid 3 Wbb (van rechtswege verleende instemming).

9. Art. 212 lid 2 Provow.

10. Art. 5.43 lid 3 WLv 1997.

11. Art. 32 lid 4 Wet RO (ingevoerd middels de Wet Raad voor de Rechtspraak).

12. Art. 37 lid 2 Wet OPTA (vervallen per 1-1-1998). En zie bijvoorbeeld ook art. 6 LVO overeenkomst tussen Nederland en Suriname van 16 oktober 1990 (zie hierover ook *Gst.* 2008/85 (m.nt. Huisman en Jak)); art. 46 lid 9 Wet Financiële Voorzieningen Privatisering ABP; en art. 104 lid 3 OSV 1997.

13. Zie art. 8 lid 3 Richtlijn 2006/117/EURATOM, in Nederland geïmplementeerd middels art. 18 besluit van 27 maart 2009, houdende implementatie van Richtlijn 2006/117/EURATOM (*Stb.* 2009, 168), zie verder de nota van toelichting bij dit besluit (*Stb.* 2009, 168, p. 35-37).

14. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224; *Kamerstukken II*, 29 515, nr. 293 (de laatste als reactie op de motie van Van Dijk: *Kamerstukken II*, 31 579, nr. 18).

15. Middelst art. 61 Dw.

16. Hoofdstuk I, afd. 4 jo. bijlage III Chw jo. art. 3.16 Wro. Een amendement van de PvdD met als strekking deze afdeling te laten vervallen werd niet aangenomen (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, 65).

17. Namelijk middels AMvB (art. 1.2. CHW). Blijkens de memorie van toelichting is dit althans de ratio geweest van het opnemen van het instrument in de CHW (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 43).

18. Art. 5.2 CHW.

19. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224; *Kamerstukken II*, 29 515, nr. 293 (de laatste als reactie op de motie van Van Dijk: *Kamerstukken II*, 31 579, nr. 18).

14. Ervan uitgaande dat de Wabo op 1 oktober in werking zal treden. De Dienstenwet is overigens natuurlijk al op 28 december 2009 in werking getreden.

15. Middelst art. 61 Dw.

16. Hoofdstuk I, afd. 4 jo. bijlage III Chw jo. art. 3.16 Wro. Een amendement van de PvdD met als strekking deze afdeling te laten vervallen werd niet aangenomen (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, 65).

17. Namelijk middels AMvB (art. 1.2. CHW). Blijkens de memorie van toelichting is dit althans de ratio geweest van het opnemen van het instrument in de CHW (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 43).

18. Art. 5.2 CHW.

19. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224; *Kamerstukken II*, 29 515, nr. 293 (de laatste als reactie op de motie van Van Dijk: *Kamerstukken II*, 31 579, nr. 18).

het kader van de projecten 'Vereenvoudiging Vergunningen',²⁰ 'Minder Regels Meer Service'²¹ en het 'Programma Regeldruk Bedrijven'²² zijn of worden van in totaal 983 vergunningenstelsels in 2006 er 315 afgeschaft of omgezet naar een melding of in algemene regels. Daarnaast is bij 112 vergunningenstelsels gekozen voor invoering van de Lex Silencio. In totaal zijn van de 983 vergunningenstelsels in 2006 er 43% afgeschaft of vereenvoudigd.²³ Na een laatste heroverweging is van 45 vergunningenstelsels gesteld dat deze toch in aanmerking komen voor de LSP en kunnen 45 andere vergunningenstelsels zelfs volledig worden geschrapt.²⁴

De herhaalde kritiek van de Raad van State bleek echter een Don Quichot-actie; de ambtelijke molens bleven doordraaien om de LSP met een zekere snelheid in te voeren

In de oorspronkelijke opzet diende de regeling van de LSP in de Awb telkenmale per vergunningenstelsel bij wettelijk voorschrift van toepassing te worden verklaard. Door het amendement-Vos/Van Dijk²⁵ heeft er echter een verschuiving plaatsgevonden van een dergelijk opt-in-stelsel naar een opt-out-stelsel. Alleen door middel van een wettelijk voorschrift kan worden vastgelegd dat de Lex Silencio Positivo niet van toepassing is. Art. 28 Dienstenwet bepaalt dat de regeling van par. 4.1.3.3 van toepassing is op de vergunningenstelsels die onder de reikwijdte van de dienstrichtlijn vallen. Voor autonome decentrale vergunningenstelsels gaat het opt-out-stelsel pas vanaf 1 januari 2012 lopen.²⁶ Omdat de overgangsregeling van twee jaar niet voor het Rijk geldt, creëert art. 66 Dienstenwet de mogelijkheid dat bij algemene maatregel van bestuur bepaalde vergunningen kunnen worden uitgezonderd van de werkingsweert van art. 28 Dienstenwet. Het is op basis van art. 66 dat het tijdelijk besluit Lex Silencio Positivo Dienstrichtlijn is genomen, dat in 2012 zal komen te vervallen.²⁷ Vanaf 1 januari 2012 zal voor alle vergunningenstelsels die onder de reikwijdte van de dien-

strichtlijn vallen automatisch de Lex Silencio Positivo gelden, tenzij deze expliciet wordt uitgesloten. Hierop kan slechts een uitzondering worden gemaakt als gemotiveerd wordt aangegeven dat er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, waarover hieronder meer. Op deze vergunningenstelsels is par. 4.1.3.3 Awb derhalve niet van toepassing.

Met name sinds de inwerkingtreding van de algemene wet op de administratieve procedures in 1992 is in Spanje gaandeweg de Lex Silencio Positivo het dominante mechanisme geworden. In Spanje geldt het mechanisme van de fictieve positieve beslissing op dit moment voor alle administratieve procedures, al zijn er (vele) wettelijk vastgestelde uitzonderingen.²⁸ Als er geen specifieke maximale termijn is bepaald voor een procedure is de beslissingstermijn drie maanden. Onderzoeken naar de invoering van de Spaanse Lex Silencio Positivo laten echter een paar belangrijke negatieve gevolgen zien.²⁹ Kritiek op de Nederlandse Lex Silencio Positivo komt voor een belangrijk deel overeen met deze Spaanse ervaringen. De kritiek ziet over het algemeen op de onduidelijkheid en derhalve rechtsonzekerheid - ook voor derden - wat betreft het moment van inwerkingtreding, en bekendmaking, en aanvang van de beroepstermijn en vernietigingsgronden.³⁰ Voor een deel is deze kritiek ook terug te vinden in de op diverse plekken terugkerende kritiek van de Raad van State op de LSP.³¹ Zo stelde het advies van de Raad van State over de Dienstenwet voorop dat een keuze voor een vergunningenstelsel nu eenmaal impliceert dat een belangenafweging noodzakelijk is voor de te verlenen vergunning, iets wat bij een van rechtswege verleende vergunning vanzelfsprekend ontbreekt. In dezelfde lijn betoogde Verheij: 'het meest voor de hand liggende bezwaar tegen (de lex silencio) is dat de belangen die het vergunningenstelsel beoogt te beschermen zich er tegen kunnen verzetten'.³² In de door de heer Koeman in dit nummer reeds genoemde bundel ter gelegenheid van het 15-jarig bestaan van de Awb betoogt Jacobs dat een van rechtswege verleende vergunning per definitie juridische gebreken vertoont, omdat er simpelweg geen belangenafweging heeft plaatsgevonden.³³

De herhaalde kritiek van de Raad van State bleek echter een Don Quichotactie; de ambtelijke molens bleven doordraaien om de LSP met een zekere snelheid in te voeren. Tegelijkertijd is een deel van deze problemen al in een vroegtijdig stadium door het kabinet

20. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 515, 140.

21. Zie o.a. 'Handreiking Lex Silencio Positivo, mogelijkheden voor toepassing bij gemeentelijke vergunningen en ontheffingen', April 2009, online geraadpleegd: 3.ly/feow.

22. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, 202.

23. Brief Staatssecretaris van EZ, 29 515, nr. 301, in reactie op de motie-Elias (29 515, nr. 298).

24. Brief Minister van Justitie van 9 juli 2009, 29 515, nr. 293, in reactie op de motie-Van Dijk (31 579, nr. 18).

25. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 14.

26. Art. 65 Dienstenwet jo. art. 4:20a lid 1 Awb.

27. *Stb.* 2009, 571.

28. R.P. Scholtbach en M.P. Stufkens, 'De Lex Silencio', *Adviescollege Toetsing Administratieve Lasten*, maart 2005.

29. Zie o.a. *Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen*, januari 2005, publ.nr. 050104; A ten Veen, 'De Wet Dwangsom en Direct Beroep: het antwoord op niet tijdig beslissen en het einde van de Lex Silencio?', *O&A* 2006, 32.

30. J.A.M. van Angeren, 'De Fictieve weigering en de fictieve toestemming, Sanctie of Recht?', in: *Recht op scherp, beschouwingen over handhaving van publiekrecht, aangeboden aan Prof. mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 395-403.

31. Advies W10/07/117/11, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224. En zie ook het advies over het wetsvoorstel dwangsom bij niet tijdig beslissen (*Kamerstukken II* 2004/05,

29 934, nr. 4, blz. 3 e.v.), het verslag van een voorlichting die de Raad op 18 juli 2005 uitbracht aan de Minister van Economische Zaken over de ontwerp Dienstrichtlijn (bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 21 501-30 nr. 111); en het jaarverslag van de Raad over 2003, p. 57 e.v. (online geraadpleegd: 3.ly/UhH6).

32. N. Verheij, 'Dat schiet niet op. Over wetgeving tegen traag bestuur', in: H. Addink et al, (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Kluwer 2008, p. 227, 238.

33. 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, W. den Ouden en J.E.M. Polak (eds), *Bestuursrecht Harmoniseren*, BJU, Den Haag 2010, p. 627 en 629.

onderkend. Zo adviseerde al in 2005 de Taskforce voor vergunningen om fictieve beslissingen publiek te maken via de in de Awb voorgeschreven kanalen en om het bevoegde gezag de bevoegdheid te geven om de van rechtswege verleende vergunning in te trekken.³⁴ Verder werden in het kabinetstandpunt inzake de Lex Silencio Positivo door het kabinet een aantal voorwaarden gesteld ten aanzien van met name de reikwijdte van de Lex Silencio Positivo.³⁵ In het hiernavolgende zal blijken dat hieraan tot op zekere hoogte gehoor is gegeven. Niettemin is het een understatement te stellen dat de Nederlandse Lex Silencio in de praktijk toch naar verwachting voor aardig wat problemen zal zorgen.

3 Bezien vanuit de aanvrager

3.1 Beslistermijn

Welke praktijkproblemen zijn, mede gelet op deze voorgeschiedenis, te verwachten voor wat betreft de aanvrager en de derde-belanghebbende? Een eerste aspect waar de aanvrager concreet mee zal worden geconfronteerd betreft de vraag wanneer de beslistermijn begint te lopen en hoelang deze termijn vervolgens zou kunnen duren. Op grond van art. 31 Dw dient, indien bij wettelijk voorschrift niet anders is bepaald, een beschikking op een aanvraag zo spoedig mogelijk te worden gegeven, doch uiterlijk binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag. Mede op basis van de memorie van toelichting kan worden geconcludeerd dat verlenging slechts mogelijk is onder de volgende vijf voorwaarden: (1) het moet gerechtvaardigd zijn in verband met de 'ingewikkeldheid' (of 'complexiteit') van het onderwerp; (2) verlenging is slechts eenmaal mogelijk; (3) verlenging moet zo kort mogelijk zijn en voor maximaal zes weken; (4) de verlenging moet worden gemotiveerd; en (5) zowel verlenging als duur dienen gemotiveerd en voorafgaand aan het verstrijken van de oorspronkelijke termijn aan de aanvrager kenbaar te worden gemaakt.³⁶

Indien de aanvraag onvolledig is, wordt de aanvrager in de gelegenheid gesteld deze aan te vullen, maar dit heeft – in afwijking van art. 4:15 lid 1 onderdeel a Awb³⁷ – geen opschortende werking (art. 32 lid 2 Dw). Volgens de memorie van toelichting wordt de ratio van de Dienstenrichtlijn hiermee gediend,³⁸ maar de Dienstenrichtlijn zelf stelt expliciet: '(De) termijn gaat pas in op het tijdstip waarop alle documenten zijn ingediend'.³⁹ Wanneer een aanvraag onvolledig is, moet de aanvrager zo snel mogelijk worden meegedeeld dat hij aanvullende documenten moet verstrekken en, in voorkomend geval, welke gevolgen dit heeft voor be-

slistermijn.⁴⁰ De Dienstenwet wijkt op dit punt dus af van de Dienstenrichtlijn, althans hanteert hierbij een strengere toets.

Gelet op het Interne Markt Informatiesysteem (IMI) ligt het volgens de wetgever eveneens in de bedoeling van de Dienstenrichtlijn om opschorting op grond van art. 4:15 lid 1 onderdeel b Awb uit te sluiten (art. 32 lid 2 Dw), op grond waarvan de beslistermijn wordt opgeschort door de mededeling dat noodzakelijke informatie aan een buitenlandse instantie is gevraagd. Blijkens de memorie van toelichting gelden de opschortingsgronden van art. 4:15 lid 2 Awb kennelijk wel.⁴¹

Ook onder de Wabo geldt een beslistermijn van acht weken, te verlengen tot veertien weken (art. 3.9 lid 1 en 2 Wabo). De Wabo sluit verder – in ieder geval wat betreft de beslistermijn – meer aan bij de algemene regeling van par. 4.1.3.3 Awb (art. 3.9 lid 3 Wabo). Anders dan onder de Dienstenrichtlijn schort een verzoek tot aanvulling de beslistermijn wel op, ook hier is verlenging slechts eenmaal mogelijk (art. 4:5 jo. art. 4:15 Awb jo. art. 3.9 lid 3 Wabo).⁴² Gebruikmaking van de overige opschortingsgronden van art. 4:15 Awb lijkt de memorie van toelichting niet uit te sluiten. De aanvrager van de van rechtswege verleende vergunning is mijns inziens niet gebaat bij de deze – met name in de Dienstenwet te vinden – specificaties en afwijkingen van de algemene regeling in de Awb, nu deze toch veel onduidelijkheid tot gevolg kunnen hebben. De Crisis- en Herstelwet zoekt daarentegen wel weer vrijwel volledig aansluiting bij par. 4.1.3.3 Awb.⁴³ Dat de Dienstenwet wat betreft het aanvullen van de aanvraag een strenger regime kent dan de Awb (en zelfs ten opzichte van de Dienstenrichtlijn zelf!) draagt enerzijds bij aan deze onduidelijkheid omtrent de beslistermijn, maar heeft anderzijds natuurlijk wel als positief gevolg dat de uitnodiging om de aanvraag aan te vullen de beslistermijn niet verlengt.

3.2 Van rechtswege verbonden voorwaarden

Een tweede probleem voor de aanvrager betreft de onzekerheid over de eventueel aan de van rechtswege verleende vergunning verbonden voorwaarden. Dat aan een van rechtswege verleende vergunning per definitie geen voorwaarden kunnen zijn gesteld is een vaak gehoord misverstand. Art. 4:20e Awb bepaalt namelijk: 'indien in een wettelijk voorschrift of een beleidsregel is bepaald dat in een beschikking steeds bepaalde voorschriften worden opgenomen, dan maken deze ook deel uit van de beschikking van rechtswege'. Blijkens de memorie van toelichting van de Invoeringswet Wabo betreft het hier de situatie dat standaardvoorschriften

34. Advies van de Taskforce vereenvoudiging vergunningen Den Haag, 15 juni 2005, TVV 5015837.

35. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, 224.

36. Art. 4:20b jo. art. 4:14 lid 3 Awb jo. art. 4:13 Awb jo. art. 31 lid 2 en 3 Dw.

37. Zie ook art. 4:2 lid 2, art. 4:5 lid 1 onderdeel c, en art. 4:13 lid 1 Awb.

38. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 108-109.

39. Art. 13 lid 1 Drl.

40. Art. 13 lid 6 Drl.

41. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 110.

42. Art. 3.9 lid 2 Wabo en de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2006/07, nr. 3, p. 31-32.

43. Zie Art. 1.12 lid CHW.

die aan een vergunning worden verbonden op grond van art. 4:20e Awb ook zullen gaan gelden voor vergunningen die van rechtswege zijn verleend, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden 'aan het voorschrift dat niet in het broedseizoen mag worden gekapt'.⁴⁴ In zekere zin is art. 4:20e Awb een waarborg voor het bestuur indien een vergunning van rechtswege wordt verleend. Tegelijkertijd vergroot dit wel de onduidelijkheid voor de verkrijger van de van rechtswege verleende vergunning. Het was aanvankelijk het streven van het kabinet om de LSP louter te laten gelden voor 'eenvoudige vergunningen met vaste voorwaarden'.⁴⁵ Het moge duidelijk zijn dat de praktijk anders zal zijn. Weliswaar worden algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels gepubliceerd, maar het zal voor de aanvrager lang niet eenvoudig zijn het volledige juridische en beleidskader in kaart te brengen, laat staan de voorwaarden die binnen de reikwijdte van art. 4:20e Awb vallen daaruit te distilleren. Zelfs indien de aanvrager op de hoogte is van het feit dat hij een vergunning van rechtswege heeft verkregen, blijft hij tot op zekere hoogte in het ongewisse welke rechten en plichten hierop van toepassing zijn. Dit kan in de praktijk de rechtszekerheid en daarmee het handelen van een vergunningaanvrager in belangrijke mate beperken.⁴⁶

3.3 Wijziging, aanvulling of intrekking

Op grond van Art. 4:20f Awb is het het bestuursorgaan voorts toegestaan om aan de van rechtswege verleende vergunning alsnog voorwaarden te verbinden, 'voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het *algemeen belang* te voorkomen'. Ook kan om deze reden de beschikking worden ingetrokken. Zowel aanvulling of intrekking is alleen mogelijk binnen zes weken na de bekendmaking van het besluit. Blijkens de wetsgeschiedenis passen deze waarborgen 'in de zorgvuldige invoering en toepassing van de *lex silencio positivo*'⁴⁷ en zijn ze 'een correctiemiddel om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen'.⁴⁸ Het is niet geheel duidelijk wat in dit verband onder 'algemeen belang' moet worden verstaan, oftewel wanneer tot aanvulling of intrekking kan worden overgegaan. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer bleek dat aan het begrip 'algemeen belang' een 'eigenstandige, nationaalrechtelijke betekenis' moet worden toegekend en het niet gelijk is aan het hierboven besproken begrip 'dwingende redenen van algemeen belang'.⁴⁹ Aansluiting dient kennelijk te worden gezocht bij het - nationaalrechtelijk - begrip algemeen belang. Dit is in zekere zin

logisch, gelet op het feit dat par. 4.1.3.3 vanzelfsprekend niet louter voor vergunningenstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenwet vallen geldt. Toch spreekt de Dienstenrichtlijn in dit verband wel van 'dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij' en lijkt zij dus wel degelijk aansluiting te zoeken bij het Europeesrechtelijk kader. Opmerkelijk genoeg is door de minister bij de kamerbehandeling benadrukt dat het begrip algemeen belang in de context van de Dienstenwet wel inhoudelijke overeenkomsten vertoont met de belangen die onder het begrip dwingende redenen van algemeen belang vallen. De minister noemt in dit verband onder andere openbare orde en veiligheid, volksgezondheid en milieu. De keuze om voor de begripsomschrijving van algemeen belang als bedoeld in art. 4:20f Awb geen aansluiting te zoeken bij het begrip 'dwingende redenen van algemeen belang' is weliswaar een logische, maar leidt tot onduidelijkheid wat betreft de rechtspositie van de ontvanger van een van rechtswege verleende vergunning. Het ligt al in de aard van het begrip 'algemeen belang' dat het zich lastig laat vertalen naar concrete situaties, maar in ieder geval had het gelijkstellen van beide begrippen als gevolg gehad dat het op basis van de hierboven genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie mogelijk geweest was een zekere risicoanalyse te maken in hoeverre nog aanvulling of intrekking te verwachten valt.

Onder de Wabo zullen zich vergelijkbare problemen gaan voordoen. Art. 2.33 lid 1 onder e Wabo bepaalt dat het bevoegd gezag de van rechtswege verleende omgevingsvergunning intrekt – geen kan-bepaling! – 'indien deze betrekking heeft op een activiteit die ontoelaatbaar ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving heeft of dreigt te hebben'. Verder moet eerst worden gekeken of het wijzigen of aanvullen van de voorschriften geen soelaas biedt. Op grond van art. 2.31 Wabo wijzigt⁵⁰ – opnieuw geen kan-bepaling – het bevoegd gezag de voorschriften 'voor zover dit nodig is om ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving te voorkomen, of, voor zover zodanige gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken'.⁵¹ Ook hier dringt zich derhalve de vraag op wat onder 'ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving' dient te worden verstaan. De wetsgeschiedenis laat hier weinig licht over schijnen, eigenlijk alleen dat het hier zal gaan om 'uitzonderlijke situaties'.⁵² Het moet gaan om 'zodanig zware gevolgen voor de fysieke leefomgeving dat het belang van de vergunninghouder hiervoor moet wijken'.⁵³ Dit biedt weinig duidelijkheid. Uiteindelijk staat de betekenis van dit begrip, zoals Nijmeijer in 2007 al aangaf, 'primair ter beoordeling van het bestuursorgaan'.⁵⁴

44. 31 953, nr. 3, p. 12.

45. Kabinetstandpunt Invoering *lex silencio*, op. cit. *supra* noot 19, p. 12. Reden waarom de VNG al enige jaren geleden de LSP in de Model Algemene Plaatselijke Verordening heeft opgenomen voor de kapvergunning.

46. Het probleem kan vanzelfsprekend worden ondervangen door deze voorwaarden te vermelden bij de bekendmaking van de van rechtswege verleende vergunning – waarover hieronder

meer – maar voor zover ik heb kunnen nagaan is een dergelijke verplichting niet opgenomen.

47. KST 134048, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, nr. F, p. 2.

48. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, nr. C (MvA).

49. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, nr. C, p. 17 (MvA).

50. Blijkens de memorie van toelichting moet hieronder worden verstaan het verbinden van

aanvullende voorschriften aan de omgevingsvergunning.

51. De memorie van toelichting bevestigt dat het hier om verplichtingen gaat.

52. Nota naar aanleiding van het verslag, 7 september 2007, 30 844, p. 11.

53. Idem.

54. 'Een weinig zeggende *Lex Silencio*', VAR-Michiels Column nr. 1, aug. 2007, online geraadpleegd: 3.ly/uvPm.

De aanvrager die te maken krijgt met aanvulling of intrekking heeft overigens wel recht op schadevergoeding.⁵⁵ Dit recht op schadevergoeding hangt – in ieder geval wat betreft de Wabo – wel af van de ‘concrete omstandigheden van het geval, (zoals) in hoeverre leidt een wijziging tot een feitelijke beperking voor de vergunninghouder om een activiteit te verrichten, heeft de vergunninghouder al activiteiten verricht met gebruikmaking van de vergunning, etc.’.⁵⁶

3.4 Verkrijging en inwerkingtreding

Ten slotte blijkt uit Spaanse ervaringen met de Lex Silencio Positivo dat de verkrijgers van een van rechtswege verleende vergunning lang niet altijd weten dat ze in het bezit zijn van een vergunning. Dit probleem kan worden ondervangen door voor te schrijven dat de van rechtswege verleende vergunning bekend wordt gemaakt. Zo genereert in Spanje het bevoegde gezag automatisch na afloop van de beslistermijn een brief aan de aanvrager dat de vergunning van rechtswege is verleend. Ook in Nederland is een bestuursorgaan verplicht om de van rechtswege verleende vergunning binnen twee weken bekend te maken (art. 4:20c lid 2 Awb).⁵⁷ Laat het dit na, dan is par. 4.1.3.2 van overeenkomstige toepassing, hetgeen betekent dat – nadat het hiervoor in gebreke is gesteld – het bestuursorgaan per dag dat de bekendmaking uitblijft een dwangsom verbeurt.⁵⁸

In de kritiek van de Raad van State lijken de belangen van derde-belanghebbenden een cruciale rol te hebben gespeeld om de invoering van de LSP ‘ten stelligste’ af te raden

Niettemin zal in het laatste geval de aanvrager wel moeten weten dat de vergunning is verkregen. Voor een deel is dit probleem in de Dienstenwet ondervangen door het vereiste dat zodra de aanvraag is ontvangen zo snel mogelijk een ontvangstbevestiging moet worden verstuurd met daarin de behandelingstermijn, de beschikbare rechtsmiddelen alsmede dat, indien par. 4.1.3.3 van toepassing is, bij het uitblijven van een antwoord binnen de gespecificeerde termijn de vergunning wordt geacht te zijn verleend (art. 29 Dw, art. 13 lid 5 Drl). Een vergelijkbare verplichting is opgenomen in de Wabo (art. 3.1 lid 3 Wabo) en de Crisis- en herstelwet (art. 1.12 lid 5 CHW).⁵⁹

Anders dan onder de Dienstenwet treedt de omgevingsvergunning niet in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn (art. 3.9 lid 3 Wabo jo. art. 4:20b lid 3 Awb), maar wordt de werking – in afwijking van art. 6:16 Awb – opgeschort totdat de bezwaartermijn is verstreken of, indien bezwaar is gemaakt, totdat op dit bezwaar is beslist (art. 6.1 lid 4 Wabo). De vergunninghouder kan de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken de opschorting op te heffen, waarbij titel 8.3 van de Awb dan van overeenkomstige toepassing is (art. 6.1 lid 4 Wabo, tweede en derde volzin). In de oorspronkelijke tekst van de Wabo was bepaald dat de bekendmaking van een van rechtswege verleende vergunning onverwijld moest plaatsvinden. De Invoeringswet wijzigt dit, omdat de wetgever het wenselijk acht dat gebruik kan worden gemaakt van de dwangsomregeling van de Awb – waardoor nu wordt aangesloten bij het hierboven besproken art. 4:20c Awb. Daarnaast biedt het nieuwe art. 8:55f Awb de mogelijkheid om tegen het niet-tijdig bekendmaken van een beschikking van rechtswege beroep in te stellen, waarbij de bepalingen omtrent het beroep tegen het niet-tijdig nemen van een besluit (8:55a-8:55e Awb) van overeenkomstige toepassing zijn. Het beroep is niet aan een termijn gebonden (6:12 Awb).

Verder treedt de aanlegvergunning van rechtswege onder de Crisis- en Herstelwet niet – zoals art. 4:20b voorschrijft – in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn, maar treedt deze in werking met ingang van de zevende week na de dag waarop zij is bekendgemaakt (art. 1.12 CHW jo. art. 3.16 lid 4 Wro).

4 Bezien vanuit de derde-belanghebbende

4.1 Reikwijdte

De praktijk laat zien dat de reeds in Nederland bestaande van rechtswege verleende vergunningen en goedkeuringen met name voor derde-belanghebbenden voor problemen zorgen.⁶⁰ Niet voor niks stelt de Woningwet dat een derde-belanghebbende door B&W binnen twee weken na de dag waarop een bouwvergunning van rechtswege is verleend, schriftelijk van deze verlening in kennis wordt gesteld⁶¹ en schrijft bijvoorbeeld de Monumentenwet voor dat een van rechtswege verleende vergunning moet worden ingeschreven in het Monumentenregister.⁶² Van Angeren

55. Onder de Dienstenwet volgt dit recht op schadevergoeding uit art. 4:20f lid 3 onder de Wabo uit art. 4.2 lid 1 onderdeel f jo. Wabo.

56. Nota naar aanleiding van het verslag, 7 september 2007, 30 844, p. 11.

57. Bij de bekendmaking en mededeling van de

beschikking wordt vermeld dat de beschikking van rechtswege is gegeven.

58. Overigens geldt de Wet Dwangsom verder niet als de LSP van toepassing is (art. 4:20a lid 2).

59. Op grond van art. 4:3a Awb geldt deze verplichting ook voor elektronische aanvragen.

60. Zie o.a. A.P. Klap en B.K. Olivier, ‘Bestuurshandelingen’, *NTB* 2004, 5, p. 25-27.

61. Art. 46 jo. 58 Wonw.

62. Art. 16 jo. 20 Monw 1988.

pleitte er in 1984 al voor dat de fictieve vergunning slechts aanvaardbaar is wanneer *alleen* de belangen van de aanvrager bij de vergunningverlening betrokken zijn.⁶³ Echter, zoals de Raad van State stelde: 'Activiteiten met betrekking tot de fysieke leefomgeving zullen vrijwel altijd gevolgen hebben voor belangen van derden'.⁶⁴ In de kritiek van de Raad van State lijken de belangen van derde-belanghebbenden een cruciale rol te hebben gespeeld om de invoering van de LSP 'ten stelligste' af te raden.⁶⁵

Voor de derde-belanghebbende zal het in de praktijk met name van belang zijn dat het duidelijk is in welke situaties hij met een van rechtswege verleende vergunning kan worden geconfronteerd. Helaas is de reikwijdte van de LSP zeker niet helder. Dit geldt overigens in mindere mate ten aanzien van de Wabo. Tijdige besluitvorming was natuurlijk een van de belangrijkste doelstellingen van de Wabo.⁶⁶ Echter, een omgevingsvergunning kan slechts van rechtswege worden verkregen indien de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is (art. 3.9 lid 3 Wabo). Deze procedure geldt – zoals bekend – als hoofdregel.⁶⁷ De LSP geldt derhalve niet als wordt aangegeven dat de uitgebreide voorbereidingsprocedure moet worden gevolgd (art. 3.10 Wabo). Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in de Crisis- en herstelwet (art. 1.12 lid 2 CHW). Problemen wat betreft de reikwijdte van de LSP onder de Wabo lijken er derhalve niet te zijn.

De reikwijdte van de Dienstenwet is echter allesbehalve duidelijk.⁶⁸ Het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen de LSP als algemene regeling in de Awb op te nemen in plaats van in de Dienstenwet – een keuze die overigens zowel voor- als tegenstanders kent⁶⁹ – laat onverlet dat door onduidelijkheid over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn⁷⁰ ook onduidelijkheid over de toepasbaarheid van de LSP ontstaat. In de eerste plaats is de reikwijdte van de Lex Silencio Positivo onder de Dienstenrichtlijn een dynamische, aangezien het begrip 'dienst' mede wordt bepaald – en daarmee kan worden verruimd – door Europese ontwikkelingen in het algemeen en de jurisprudentie van het HvJ EU in het bijzonder.⁷¹ Maar ook achter het begrip 'dwingende reden van algemeen belang' – zoals samengevat in overweging 40 van de Dienstenrichtlijn – gaat een hele wereld aan Europese jurisprudentie schuil, waaruit bijvoorbeeld

blijkt dat hierbij kan worden gedacht aan bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid⁷²; handhaving van de maatschappelijke orde⁷³; bescherming van het (stedelijk) milieu en rurale ruimtelijke ordening⁷⁴; en het waarborgen van de bescherming van grondrechten.⁷⁵ Aangezien om deze en de diverse overige in overweging 40 van de Dienstenrichtlijn genoemde redenen de werking van de LSP kan worden uitgesloten, kan er, in tegenstelling tot de LSP onder de Wabo, nauwelijks meer worden gesproken van een hoofdregel met enkele uitzonderingen. In zekere zin dreigt eenzelfde situatie te ontstaan als in Spanje, waar door diverse uitzonderingen op de hoofdregel dat de LSP van toepassing is het voor het bevoegd bestuur het lastig is te bepalen of de LSP daadwerkelijk geldt.⁷⁶ Voor de derde-belanghebbende betekent dit kort gezegd dat hij niet alleen vaker met een van rechtswege verleende vergunning kan worden geconfronteerd, maar ook vaker in onduidelijkheid zal verkeren wanneer hij nu reëel dit risico loopt.

Wat het voorgaande betreft is de op 1 maart jl. in werking getreden 'Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet' overigens wel een belangrijke stap in de goede richting.⁷⁷ Blijkens de toelichting kleurt deze regeling de 'dynamische verwijzing' in art. 2 Dw naar de Dienstenrichtlijn in, door aan te geven dat de Dienstenwet van toepassing is op de (vele!) in de bijlage bij deze regeling opgenomen eisen en vergunningenstelsels.⁷⁸ De toelichting vermeldt verder dat deze regeling regelmatig zal worden geactualiseerd indien nodig als gevolg van de notificatieprocedure en 'de uitspraken van het HvJ EU',⁷⁹ iets wat inderdaad reeds eenmaal is gebeurd.⁸⁰ Daarnaast expliciteert de Regeling dat wanneer een bestemmingsplan of een ander in art. 2 lid 1 van de Regeling genoemd plan enigerlei vorm van economische activiteiten door individuele dienstverrichters reguleert, de Dienstenrichtlijn daarop van toepassing is. Aangezien, blijkens de toelichting op dit besluit, dergelijke regels niet afzonderlijk geïdentificeerd kunnen worden, bepaalt art. 2, eerste lid, in het algemeen dat de Dienstenwet van toepassing is op eisen in dergelijke plannen. Dit geldt ook voor de vergunningen die zijn genoemd in lid 2 van dit artikel, zoals

63. J.M. van Angeren, 'De Fictieve weigering en de fictieve toestemming, sanctie of recht?', in: P. Nicolai e.a., *Recht op scherp. Beschouwingen over handhaving van publiekrecht aangeboden aan Prof. Mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 401 e.v.

64. Advies Raad van State bij de Wabo 30 844, nr. 4.

65. Idem.

66. Zie bijvoorbeeld de *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 85 (MvT).

67. En geldt derhalve onder andere voor de aanlegvergunning, bouwvergunning sloopvergunning, monumentenvergunning, uitwegvergunning, opslagvergunning, kapvergunning en reclame-vergunning, die vanzelfsprekend straks allen als omgevingsvergunning door het leven gaan.

68. B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (deel 2)', *Gst.* 2007, nr. 7271, p. 197-203.

69. Positief hierover prof. Scheltema tijdens het

elders in dit nummer besproken congres ter gelegenheid van het vijftien jarig bestaan van de Algemene wet bestuursrecht. Kritisch hierover o.a. A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *Regelmaat* 2007, nr. 5, p. 190-204.

70. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006, betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* L 376/36.

71. Ch.W. Backes, 'Much Ado About Nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009, 40, p. 309-311.

72. Op grond van art. 45 en 46 EG-verdrag (nu art. 51 en 52 VWEU). Zie ook HvJ, nr. C-484/93 *Svensson en Gustafsson* (1995), OJ I-3955, ov. 12 en 15.

73. HvJ, nr. 15/78 *Société Générale Alsacienne de Banque* (1978) OJ 1971, ov. 5; HvJ nr. C-27592

Schindler (1994) OJ I-1039 ov. 57-58; HvJ, nr. C-24301 *Gambelli*, ov. 67.

74. HvJ, nr. C-154/89 *Commissie t Frankrijk* (1991) OJ I-659, ov. 17; HvJ, nr. C-198/889 *Commissie t Griekenland* (1991) OJ I-727, ov. 21.

75. HvJ, nr. C-112/00 *Schmidberger* (2003) OJ I-5659 ov. 71-74; HvJ, nr. C-288/89 *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (1991) OJ I-4007, ov. 22-23; HvJ, nr. C-353/89 *Commissie t Nederland* (1991) OJ I-4069, ov. 30.

76. O. Jansen, *Comparative Inventory of Silencio Positivo*, September 2008 (online geraadpleegd: 3.ly/mhET).

77. *Stcrt.* 2010, 2290, 18 februari 2010 (op grond van art. 2 lid 2 Dw).

78. Idem, p. 164.

79. Idem.

80. *Stcrt.* 2010, 4654, 26 maart 2010.

het projectbesluit⁸¹ en de aanvraag tot ontheffing van een bestemmingsplan.⁸²

4.2 Waarborgen

Daarentegen is de situatie op het moment dat de derde-belanghebbende daadwerkelijk met een van rechtswege verleende vergunning wordt geconfronteerd niet onverdeeld negatief. In het hierboven genoemde kabinetsstandpunt over de LSP werd reeds als voorwaarde gesteld dat de rechten van derden middels procedures dienden te worden gewaarborgd. De bekendmaking van de vergunning van rechtswege en de mogelijkheid tot bezwaar en beroep werden hiervoor als geschikte instrumenten bevonden. Ook de memorie van toelichting van de Wabo omschrijft – naast de mogelijkheid van bezwaar en beroep – de bekendmaking van zowel de beslissing tot verlenging van de beslistermijn als van de van rechtswege verleende vergunning als ‘extra procedurele waarborgen ... die de positie van derden in geval van vergunningverlening van rechtswege beogen te beschermen’.⁸³ Op grond van art. 4:20b lid 2 geldt de verlening van rechtswege als een (niet schriftelijke) beschikking, waartegen derhalve (derde-)belanghebbende bezwaar en beroep kunnen instellen. Zoals gezegd wordt onder de Wabo de van rechtswege verleende vergunning opgeschort totdat de bezwaartermijn is verstreken of, indien bezwaar is ingesteld, op het bezwaar is beslist (art. 6.1 lid 4), al kan de aanvrager wel om opheffing van de opschorting verzoeken. Deze wijzigingen van de Awb, alsmede de procedure onder de Wabo zoals hierboven omschreven, zijn al met al relatief gunstig voor de derdebelanghebbende. Ook de mogelijkheid om alsnog voorwaarden te verbinden of deze zelfs in te trekken kan positief uitwerken voor derden. Zo is dit naast op de hierboven besproken grond van algemeen belang ook mogelijk op grond van een ‘rechtmatig belang van een derde partij’, een criterium dat kennelijk het resultaat is van ‘een succesvolle Nederlandse inzet bij de onderhandelingen over de dienstenrichtlijn’.⁸⁴

5 Conclusie

De Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen bepleitte in haar rapport in 2005 al voor een ruime toepassing van de LSP, waarbij door de taskforce echter wel uitdrukkelijk werd aangetekend dat fictieve vergunningverlening in de praktijk geen ernstige maatschappelijke gevolgen mocht hebben, de ondernemer redelijkerwijs moest weten wat zijn rechten en plichten zouden zijn, en de belangen van derden niet ernstig in het gedrang zouden mogen komen. Vijf jaar later is het maar zeer de vraag of aan deze voorwaarden is voldaan. Bezien vanuit de aanvrager zal met name de onduidelijkheid

wat betreft de beslistermijn, de onbekendheid over eventueel aan de vergunning verbonden ‘vaste voorwaarden’, en de onzekerheid wat betreft de mogelijkheid dat aan de vergunning na verkrijging van rechtswege alsnog voorwaarden worden verbonden of deze zelfs wordt ingetrokken, voor de nodige hoofdbrekens zorgen. De verkrijger van de rechtswege verleende vergunning wordt met andere woorden concreet met de vraag geconfronteerd of al dat is aangevraagd nu ook daadwerkelijk is verkregen, of dat er (alsnog) voorwaarden aan de vergunning verbonden zijn dan wel worden, of de vergunning wellicht zelfs alsnog wordt ingetrokken. Hij kan enerzijds aan de van rechtswege verleende vergunning belangrijke rechten ontnemen, maar neemt anderzijds een zeker risico indien hij op basis hiervan actie onderneemt. Wordt hij alsnog geconfronteerd met aanvulling of intrekking van de vergunning dan heeft hij weliswaar recht op schadevergoeding, maar het zal sterk van zijn specifieke situatie afhangen of hij hiervoor in aanmerking komt. Wat wijsheid is voor de ontvanger van een van rechtswege verleende vergunning zal al met al sterk afhangen van de concrete omstandigheden van zijn situatie.

Wat betreft de derde-belanghebbende brengt zoals gezegd de invoering van de LSP met zich mee dat hij niet alleen vaker geconfronteerd wordt met een van rechtswege verleende vergunning, maar ook vaker in onduidelijkheid zal verkeren wanneer hij nu precies dit risico loopt. Tegelijkertijd lijken met de verplichtingen tot bekendmaking alsmede de mogelijkheden van bezwaar en beroep enerzijds en aanvulling en intrekking door het bestuur anderzijds, aan de belangen van de derdebelanghebbende in belangrijke mate tegemoet te zijn gekomen. Vanzelfsprekend zijn laatstgenoemde mogelijkheden voor de aanvrager in de praktijk weer minder gunstig.

Wellicht zal het grootste probleem van de LSP in de praktijk blijken te zijn de diverse – soms minimale – verschillen tussen de stelsels die de LSP van toepassing verklaren. Zo kennen de Dienstenwet, de Wabo en de Crisis- en Herstelwet elk een volstrekt ander systeem van inwerkingtreding van de van rechtswege verleende vergunning, alsmede kleine doch belangrijke verschillen voor wat betreft bijvoorbeeld de beslistermijn en de mogelijkheid aan een van rechtswege verleende vergunning alsnog voorwaarden te verbinden. Het is te hopen dat bij verdere uitbreiding van de reikwijdte van de LSP de wetgever het aantal variaties op dit thema toch echt tot een absoluut minimum weet te beperken.

81. Art. 1.1 lid 1 onderdeel f Wro.
82. Als bedoeld in art. 3.6 lid 1 onderdeel c Wro.

83. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 35.

84. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, nr. C, p. 17 (MvA).