

Lex Silencio Positivo

Stand van zaken



Een vergunning wordt geacht te zijn verleend indien binnen de beslistermijn geen beslissing op de aanvraag is genomen. Dat is de essentie van de van rechtswege verleende vergunning, oftewel de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen of 'Lex Silencio Positivo' (LSP). Op 28 december 2009 is een algemene regeling voor LSP geïntroduceerd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

1. Inleiding

Directe aanleiding voor deze introductie is de Dienstenrichtlijn die invoering van LSP voor diensten verplicht stelt. De LSP past ook in de ambitie van opeenvolgende kabinetten om de administratieve lasten voor bedrijven en burgers te verlichten, onder meer door waarborgen voor snellere besluitvorming. Gezien de doelstelling van het huidige kabinet de van rechtswege verleende vergunning zo breed mogelijk van toepassing te doen zijn, is de verwachting dat de opmars van de LSP doorgaat.¹ Na een korte schets van de achtergrond van de LSP zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet, de algemene LSP-regeling in de Awb, de gevolgen voor betrokken partijen en de LSP onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en de Crisis- en herstelwet (Chw). Ik besluit deze bijdrage met een conclusie.

2. Achtergrond: Dienstenrichtlijn en kabinetsambities

Het fenomeen van de van rechtswege verleende beschikking is niet nieuw. Waarschijnlijk het meest bekende voorbeeld is de bouwvergunning.² Indien omtrent de

aanvraag om bouwvergunning niet binnen de beslistermijn was beslist en een planologisch besluit niet was vereist of al was genomen, dan gold de bouwvergunning als van rechtswege verleend.³ De LSP moet worden onderscheiden van de fictieve weigering (een besluit te nemen).⁴ Er ligt dan immers geen positief besluit, zoals een vergunning of instemming.

Verlaging van de administratieve lasten voor bedrijven en burgers was al ingezet door het kabinet-Balkenende II,⁵ met het project 'Vereenvoudiging Vergunningen' tot gevolg.⁶ Het kabinet-Balkenende III gaat voort met deze aanpak.⁷ Op 19 juli 2007 verschijnt het plan 'Aanpak Regeldruk Bedrijven', waarin afschaffing van enkele vergunningen en versnelling van vergunningprocedures onder meer door uitbreiding van LSP tot uitgangspunt wordt genomen.⁸ Het kabinet-Rutte tot slot streeft naar zo breed mogelijke toepassing van de LSP.⁹ LSP is niet de enige stimulans voor snellere besluitvorming. Ook de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen,¹⁰ de Wet samenhangende besluiten Awb en de samenvoeging van ruimtelijke vergunningen in de Wabo moeten daaraan bijdragen.¹¹ Critici van de LSP, waaronder de Raad van State, vinden de nadelen – waarover hierna meer – te groot.

Directe aanleiding voor de invoering van de LSP in de Awb is de Dienstenrichtlijn.¹² Deze richtlijn heeft tot doel de belemmeringen, onder meer vanwege administratieve lasten en rechtsonzekerheid bij grensoverschrijdende activiteiten, voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en voor het vrije verkeer van diensten te verwij-

* Mr. B.M. Kocken is advocaat te Schiphol.

1. Regeerakkoord 2010 (<www.kabinetsformatie2010.nl>), p. 12: 'Als te laat op een vergunningsaanvraag wordt beslist, wordt de vergunning zoveel mogelijk automatisch verleend, met uitzondering van het vreemdelingenbeleid.'
2. Artikel 46 lid 5 (oud) Woningwet.
3. Andere voorbeelden: de monumentenvergunning voor beschermde archeologische monumenten (artikel 17 lid 2 Monumentenwet 1988) en de instemming met het saneringsplan (artikel 39 lid 2 Wet bodembescherming). Zie voor een uitgebreid overzicht: A.D.L. Knook, 'De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk', *NTB* 2010, 25, p. 147.
4. Ingevolge artikel 6:2 onder b Awb wordt deze weigering voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep met een besluit gelijkgesteld.
5. Hoofdlijnenakkoord van 16 mei 2003 (<www.kabinetsformatie2010.nl>), p. 4.
6. Doel van het project: terugdringing van het aantal vergunningen en, indien een vergunning niet kan worden afgeschaft, verbetering van de verlening ervan onder andere door invoering van LSP, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 515, nr. 140, p. 4 en 31.
7. Coalitieakkoord van 7 februari 2007 (<www.kabinetsformatie2010.nl>), p. 15.
8. *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 202, p. 4, 18-19 en 29.
9. Regeerakkoord 2010, p. 5: 'Het bestuur zal worden georganiseerd vanuit de principes "Je gaat erover of niet" en "Je levert tijdig".'
10. *Stb.* 2009, 383.
11. MvT Dienstenwet, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 47. Een andere maatregel is het wegnemen van organisatorische belemmeringen.
12. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU*, L 376/36. De richtlijn is in werking getreden per 28 december 2006.

deren.¹³ De richtlijn biedt een algemeen rechtskader voor een grote verscheidenheid van diensten,¹⁴ hetgeen tot uitdrukking komt in allerlei verplichtingen¹⁵ en eisen.¹⁶ In artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn wordt LSP voorgeschreven voor vergunningstelsels voor vergunningen die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen (hierna: ‘dienstenvergunningen’).¹⁷ De Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd in de Dienstenwet¹⁸ en de Awb. Zoals we hierna zullen zien, pakt de LSP voor dienstenvergunningen anders uit dan de LSP voor vergunningen en beschikkingen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen. Daarom wordt eerst nagegaan wat precies de reikwijdte is van de richtlijn.

3. Reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet: diensten van dienstverrichters

Als gezegd stelt de Dienstenrichtlijn eisen aan vergunningstelsels. Een vergunningstelsel impliceert de aanwezigheid van regels over de ‘toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit’, waaronder de verplichting zich als beroepsbeoefenaar in te schrijven of zich te laten registreren.¹⁹ Voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw behoren niet tot deze regels en vallen, voor zover deze voor eenieder gelden, daarom buiten de reikwijdte van de richtlijn.²⁰ Indien in bestemmingsplannen of andere planologische regels enigerlei vorm van regulering van economische activiteiten door dienstverrichters is opgenomen, of voorschriften betreffende dienstenactiviteiten die tot extra administratieve, financiële of economische lasten voor buitenlandse ten opzichte van Nederlandse dienstverrichters kunnen leiden, kan sprake zijn van een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij dienstenverkeer.²¹ In dat geval vallen de planologische regels wél onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.²²

Uit artikel 2 lid 1 van de Dienstenrichtlijn volgt dat de richtlijn van toepassing is op de diensten van dienstver-

richters die in een lidstaat zijn gevestigd. Met name de definitie van het begrip ‘dienst’ is van belang: ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag’.²³ De Dienstenrichtlijn geeft geen overzicht van diensten die onder het bereik van de richtlijn vallen. Dit is verklaarbaar: de reikwijdte van het begrip ‘dienst’ is niet vastomlijnd, maar onderhevig aan jurisprudentie van het Hof van Justitie. De richtlijn noemt dan ook slechts voorbeelden van dienstenvergunningen.²⁴ Wel worden behoorlijk wat onderwerpen en diensten van de werking van de richtlijn uitgezonderd.²⁵ Specifieke communautaire regels inzake de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit gaan voor op de regels van de Dienstenrichtlijn.²⁶ Zowel voor wat betreft het toepassingsbereik als de uitzonderingen haakt de Dienstenwet door middel van een ‘dynamische verwijzing’ een-op-een aan bij de Dienstenrichtlijn.²⁷ Artikel 2 lid 2 van de Dienstenwet verwijst naar een op te stellen ministeriële regeling waarin de reikwijdte van de Dienstenwet (en Dienstenrichtlijn) wordt verduidelijkt in de vorm van een overzicht van eisen en vergunningstelsels waarop de Dienstenwet *in ieder geval* van toepassing is. Begin 2010 is de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet verschenen.²⁸ Hierin zijn de resultaten neergelegd van de verplichte ‘screening’ van alle wet- en regelgeving op verenigbaarheid met de Dienstenrichtlijn.

De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en daarmee van de Dienstenwet ligt dus niet vast. Het zal niet altijd duidelijk zijn of sprake is van een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Ook is denkbaar dat niet helder is of een dienst als uitgezonderde dienst moet worden beschouwd. Dit kan leiden tot discussies over de vraag of LSP van toepassing is. De Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet beoogt wel duidelijkheid te verschaffen, maar bedacht moet worden dat – de naam zegt

13. Overwegingen 3, 5 en 7 Dienstenrichtlijn.

14. Artikel 1 lid 1 en overweging 7 Dienstenrichtlijn.

15. Bijvoorbeeld de verplichting tot administratieve vereenvoudiging en de instelling van een elektronisch ‘één-loket’ (in Nederland: ‘Antwoord voor bedrijven’), artikel 5 en 6 Dienstenrichtlijn.

16. Zoals eisen aan vergunningstelsels: deze moeten niet-discriminatoire, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en proportioneel zijn, artikel 9 Dienstenrichtlijn.

17. Artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn: ‘Bij het uitblijven van een antwoord binnen de overeengekomen termijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.’

18. *Stb.* 2009, 503.

19. Artikel 4 onder 6 en overweging 39 Dienstenrichtlijn.

20. Overweging 9 Dienstenrichtlijn.

21. MvT Dienstenwet, p. 13-15. Gerefereerd wordt aan artikel 14 onder 5 Dienstenrichtlijn en jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake het vrij dienstenverkeer, waaronder HvJ EG 8 september 2005, C-544/03 (*Mobistar*).

22. Vanwege de onmogelijkheid regels in bestemmingsplannen e.d. afzonderlijk te identificeren, is in de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet (*Stcr.* 2010, 2290) bepaald dat de Dienstenwet van toepassing is op de eisen in bestemmingsplannen, projectbesluiten en andere planologische besluiten.

23. Artikel 4 Dienstenrichtlijn. Artikel 50 EG-Verdrag, nu artikel 57 EU-Werkingsverdrag, verstaat onder ‘diensten’: ‘de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn’.

24. In overweging 33 Dienstenrichtlijn worden onder andere genoemd certificering en tests, juridisch advies en diensten in de vastgoedsector zoals makelaarsdiensten en bouwdiensten zoals diensten van architecten.

25. De uitzonderingen zijn te vinden in artikel 1 lid 2-7, artikel 2 lid 2 en 3 en artikel 3 lid 2 Dienstenrichtlijn. Onder andere: het strafrecht, het internationaal privaatrecht en de belastingen, de niet-economische diensten van algemeen belang (zoals openbare drinkwatervoorziening, MvT Dienstenwet, p. 12) en financiële diensten.

26. Artikel 3 lid 1 Dienstenrichtlijn.

27. Artikel 2 lid 1 en lid 3 onder a Dienstenwet.

28. *Stcr.* 2010, 2290, gewijzigd bij *Stcr.* 2010, 4654.

het al – de Regeling indicatief is. De Regeling zal ook altijd iets achterlopen op de jurisprudentie. Het valt te hopen dat de Regeling zo vaak als nodig zal worden geactualiseerd en dat actualisatie op de juiste wijze zal geschieden.

4. De LSP-regelingen in de Dienstenwet en de Awb

De Dienstenwet voorziet in een algemene regeling van de LSP in een nieuwe paragraaf 4.1.3.3 Awb.²⁹ De reden om de LSP te regelen in de Awb en niet in de Dienstenwet is gelegen in de ambitie van de wetgever een algemene regeling te ontwerpen en de LSP zo breed mogelijk van toepassing te doen zijn, niet alleen op (diensten)vergunningen maar op alle beschikkingen.³⁰ Toepasselijkheid van LSP moet per specifiek vergunningstelsel kunnen worden afgewogen. Volgens de Raad van State ligt LSP niet altijd voor de hand, met name niet als een vergunningstelsel uit oogpunt van algemeen belang noodzakelijk wordt geacht. Het algemeen belang en de belangen van derden moeten dan juist bij de vergunningverlening worden betrokken en mogelijk moet de vergunning van voorschriften worden voorzien. Naarmate LSP tot minder gevaar leidt voor de betrokken belangen, bestaat juist minder rechtvaardiging voor een vergunningstelsel en kunnen algemene regels voldoende zijn.³¹ De LSP in de Awb kent een facultatief karakter. Per geval kan bij wettelijk voorschrift worden bepaald dat LSP van toepassing is. Dit wordt ook wel aangeduid als het beginsel ‘nee, tenzij’ of ‘opt-in’. Artikel 4:20a lid 1 van de Awb bepaalt: ‘Deze paragraaf is van toepassing indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.’ In artikel 4:20b lid 1 van de Awb is de ‘LSP-regel’ opgenomen: ‘Indien niet tijdig op de aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, is de gevraagde beschikking van rechtswege gegeven.’

De verplichting tot invoering van LSP voor *dienstenvergunningen* heeft vorm gekregen in artikel 28 van de Dienstenwet. In het aanvankelijke voorstel werd uitgegaan van een facultatieve regeling.³² De Tweede Kamer vond dit niet ver genoeg gaan. Niet de toepasselijkheid van LSP zou bij nader wettelijk voorschrift moeten worden bepaald, maar juist de gevallen waarin LSP niet van toepassing zou moeten zijn. Een ‘ja-tenzij’ of ‘opt-out’ dus. Daarmee zou ook beter worden aangesloten bij artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn.³³ Artikel 28 van de Dienstenwet luidt nu: ‘In afwijking van artikel 4:20a,

eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is paragraaf 4.1.3.3 van die wet van toepassing op een aanvraag om een vergunning, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.’

Er gelden dus twee tegengestelde LSP-regelingen: de LSP in de Dienstenwet (de ‘opt-out’ voor de dienstenvergunning) en de LSP in de Awb (de ‘opt-in’ voor andere vergunningen en beschikkingen). De wetgever ziet zich gesteld voor de taak beschikkingen aan te wijzen dan wel uit te sluiten van toepassing van de LSP. Vraag is aan de hand van welke criteria dat moet gebeuren. Het uitzonderen van een *dienstenvergunning* van de werking van de LSP is alleen toegestaan op grond van artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn, namelijk ‘wanneer dit gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij’. In plaats van LSP zou dan bijvoorbeeld ‘lex silencio negativo’ – de aanvraag wordt geacht te zijn verworpen – mogen worden gehanteerd.³⁴ Wat betekent ‘dwingende redenen van algemeen belang’? In artikel 4 onder 8 van de Dienstenrichtlijn wordt dit gedefinieerd als ‘de redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie’. Daarbij worden een aantal door het Hof erkende redenen genoemd, waaronder volksgezondheid, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, bescherming van het (stedelijk) milieu en behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed.³⁵ Het betreft hier zich nog steeds ontwikkelende jurisprudentie in het kader van de ‘rule of reason’-doctrine inzake artikel 49 en 56 van het EU-Werkingsverdrag. Begrijpelijkerwijs volstaat de Dienstenwet hier met een dynamische verwijzing.³⁶ Aan de hand van een screening moet worden bepaald welke vergunningen vanwege ‘dwingende redenen van algemeen belang’ van de LSP moeten (en mogen) worden uitgezonderd. Omdat werd voorzien dat een complete en definitieve screening niet tijdig zou zijn afgerond, is een overgangsregeling voorgesteld.³⁷ In artikel 66 van de Dienstenwet is bepaald dat bij AMvB tot 1 januari 2012 de vergunningen op rijksniveau worden aangewezen waarvan de aanvraag op grond van artikel 28 van de Dienstenwet is uitgezonderd van LSP.³⁸ Deze AMvB is het Tijdelijk besluit Lex silencio positivo Dienstenrichtlijn.³⁹ De van LSP uitgezonderde dienstenvergunningen zijn opgenomen in de onderdelen A en B van de bijlage van dit besluit. Onderdeel A bevat

29. Ingevoegd bij artikel 61 Dienstenwet. Artikel 61 is in werking getreden met ingang van 28 december 2009 (artikel 3 Besluit van 26 november 2009, *Stb.* 2009, 505).

30. MvT Dienstenwet, p. 42 en 47-49.

31. Advies W10.07.117/II, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 454, nr. 4.

32. MvT Dienstenwet, p. 49. Het voorgestelde artikel 28 lid 2 Dienstenwet luidt: ‘Indien paragraaf 4.1.3.3 van de Algemene wet bestuursrecht op een aanvraag van toepassing is, vermeldt de ontvangstbevestiging tevens dat de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven, indien niet tijdig op de aanvraag is beslist.’

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

34. Mits de verwerping in rechte kan worden aangevochten, overweging 63 Dienstenrichtlijn.

35. Overweging 40 Dienstenrichtlijn noemt meer voorbeelden.

36. Artikel 1 Dienstenwet.

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

38. Artikel 65 Dienstenwet. Voor de vergunningen die worden verleend door decentrale overheden is artikel 28 tot 1 januari 2012 buiten toepassing verklaard. Tot die tijd geldt daarvoor de ‘opt-in’ van artikel 4:20a Awb.

39. *Stb.* 2009, 571.

de uitzonderingen vanwege dwingende redenen van algemeen belang.⁴⁰ Dienstenvergunningen waarop de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb (hierna: uov) van toepassing is, worden uitgezonderd in artikel 1 lid 2 van het besluit. In onderdeel B zijn de vergunningen opgenomen die zijn uitgezonderd op communautaire gronden: vergunningstelsels die (in)direct geregeld zijn in andere communautaire regelgeving en gevallen waarin toepassing van LSP leidt tot strijdigheid met overig gemeenschapsrecht.⁴¹ Na 1 januari 2012 zullen de uitgezonderde vergunningstelsels worden opgenomen in andere wettelijke voorschriften.

De Nederlandse wetgever stelt zelf vast welke vergunningen op grond van 'dwingende redenen van algemeen belang' van LSP worden uitgezonderd en interpreteert daarmee dit criterium. Of dit in alle gevallen op correcte wijze gebeurt, zal moeten blijken. Het begrip 'dwingende reden van algemeen belang' is niet altijd duidelijk en is ook onderhevig aan de jurisprudentie van het Hof. Gezien de ambitie van de wetgever LSP zo breed mogelijk toe te passen, zal een vergunning echter niet snel ten onrechte van LSP zijn uitgesloten. Gezien het feit dat de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn niet altijd helder zal zijn, is het goed voorstelbaar dat discussies ontstaan over de vraag of LSP op een bepaalde vergunning wel van toepassing is. De aanvrager stelt dat van rechtswege een vergunning is ontstaan en gaat daarmee aan de slag, terwijl het bestuur dit anders ziet. Teneinde de daaruit voortvloeiende risico's en handhavingprocedures te vermijden, doet het bestuur er goed aan tijdig te beslissen.⁴²

Vraag is aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of op een andere vergunning of beschikking LSP van toepassing mag zijn. Om te beginnen komt het gevaar voor aantasting van het algemeen belang of van de belangen van derden om de hoek kijken. Hoe moet dit worden gewogen? De Raad van State acht LSP acceptabel indien 'weinig risico' bestaat dat deze belangen door de fictieve beschikking worden geschaad en bovendien de rechtspositie van de vergunninghouder na verlening van de beschikking duidelijk is.⁴³ Indachtig de wens naar zo breed mogelijke toepassing van LSP is de wetgever van mening

dat bij de afweging aangaande de toepasselijkheid van LSP moet worden nagegaan of het realiseren van een tijdige vergunningverlening opweegt tegen de mogelijke maatschappelijke schade als gevolg van een fictieve vergunning. Alleen als het maatschappelijk risico afgezet tegen het maatschappelijk voordeel 'onwenselijk groot' is, moet van LSP worden afgezien.⁴⁴ Aanbevelingen van de Raad van State bepaalde gevallen op voorhand van LSP uit te sluiten zijn niet overgenomen. Niet uitgezonderd zijn categorieën fictieve beschikkingen die achteraf, ter voorkoming van ernstige gevolgen voor het algemeen belang, moeten worden gewijzigd of ingetrokken,⁴⁵ omdat het algemeen belang al is betrokken bij de beslissing om LSP al dan niet van toepassing te verklaren. De aanbeveling in artikel 4:20a van de Awb een verwijzing op te nemen naar de dwingende redenen van algemeen belang als bedoeld in de Dienstenwet (en Dienstenrichtlijn) is niet overgenomen, om nadrukkelijk de deur open te houden voor andere argumenten die aan LSP in de weg zouden kunnen staan. De wetgever noemt de gevallen waarin LSP in ieder geval niet aan de orde kan zijn: gevallen waarin Europese of internationale regels eisen stellen aan vergunningverleningen of toestemmingen (anders zou sprake kunnen zijn van een van rechtswege verleende vergunning of toestemming in strijd met Europese regels), gevallen waarin de uov dient te worden gevolgd (gevallen met meestal meer ingewikkelde en omstreden onderwerpen, bijvoorbeeld vanwege vele belanghebbenden met vaak tegengestelde belangen, waarbij expliciete besluitvorming van groot belang is) en gevallen waarin sprake is van een te groot maatschappelijk risico.⁴⁶ Eind 2008 is besloten tot toevoeging van 24 vergunningstelsels aan de 21 stelsels waarop LSP dan al van toepassing is.⁴⁷ Daarop heeft een aantal Tweede Kamerleden het kabinet opgeroepen te zoeken naar meer stelsels waarop LSP van toepassing kan worden verklaard.⁴⁸ Ten tijde van dit artikel ligt het wetsvoorstel Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning voor. In dit wetsvoorstel worden nog eens 31 bij wet geregelde vergunningen en ontheffingen onder de LSP gebracht.⁴⁹ In het Verzamelbesluit van rechtswege verleende vergunning wordt LSP ingevoerd voor enkele in besluiten geregelde toestemmingen.⁵⁰ Een handreiking voor lagere overheden bevat een analyse aan de hand van

40. Bijvoorbeeld de opgravingsvergunning van artikel 45 Monumentenwet 1998, dit vanwege de kwetsbaarheid en onvervangbaarheid van archeologisch materiaal. Voor een eerste uitbreiding van onderdeel A, zie: *Strct.* 2010, 4289.

41. Artikel 3 lid 1 en artikel 9 lid 3 Dienstenrichtlijn. De toelichting bij het besluit bevat een lijst vergunningstelsels waarop LSP wél van toepassing is.

42. M.J. Jacobs, 'Lex silencio positivo', *TvC* 2010, 2, p. 80-86 wijst ook op de risico's voor de consument en de afnemer van een dienstverrichter die achteraf gezien niet aanmerking kwam voor een bepaalde vergunning.

43. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224, p. 8.

44. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224, p. 10 en *Kamerstukken II* 2008/09, 29 515, nr. 293, p. 2. Als voorbeelden van te grote maatschappelijke risico's worden genoemd aanzienlijke risico's voor de volksgezondheid, de veiligheid, het milieu en voor de bescherming van kwetsbare groepen, evenals bijgevolg ontstane onomkeerbare schade.

45. Met toepassing van het hierna te bespreken artikel 4:20f lid 1 Awb.

46. *MvT* Dienstenwet, p. 49-50 en *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 9-10 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 454, nr. 3, p. 2.

47. *Kamerstukken II* 2008/09, 29 515, nr. 274.

48. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 16 en 18. Overigens zijn ook 45 stelsels geselecteerd die worden voorgedragen voor afschaffing of omzetting in algemene regels.

49. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 454, nr. 2. LSP zal onder meer gaan gelden voor ontheffing ex artikel 10.63 lid 2 van het verbod van artikel 10.2 lid 1 Wet milieubeheer om zich van niet-gevaarlijke afvalstoffen te ontdoen door deze buiten een inrichting te verbranden.

50. *Stb.* 2010, 7302. Nieuwe gevallen van LSP zijn bijvoorbeeld de verzoeken tot ministeriële instemming met verplichte mededelingen in het kader van de producentenverantwoordelijkheid zoals deze voorkomen in het Besluit beheer autowrakken, het Besluit beheer batterijen en accu's 2008 en het Besluit beheer elektrische en elektronische apparatuur. Overigens kan LSP ook van toepassing worden verklaard in specifieke wetgeving.

diverse modelverordeningen op ‘LSP-geschiktheid’ van vergunningen en ontheffingen.⁵¹ Uiteindelijk beslist de lagere overheid zelf over toepasselijkheid van LSP.

Of LSP op niet-dienstenvergunningen van toepassing wordt verklaard, is – zolang althans geen sprake is van strijdigheid met Europese of internationale regels die LSP (in)direct uitsluiten – een nationale kwestie. Verschil van mening over de vraag of LSP in het concrete geval wel van toepassing is, liggen niet voor de hand. Uit de wetgeving zal immers zijn op te maken dat LSP van toepassing is. Probleem kan vervolgens zijn dat een van rechtswege ontstane beschikking leidt tot schade aan het algemeen belang en de belangen van derden.

5. Gevolgen voor aanvrager en derde-belanghebbende

Voor de aanvrager van een beschikking waarop LSP van toepassing is, is het van belang om te weten wanneer deze van rechtswege is ontstaan en vooral wanneer deze in werking is getreden. Hij kan er dan immers mee aan de slag. Dat leidt tot de vraag naar de beslistermijn. Indien de specifieke, op de beschikking van toepassing zijnde, regels daarover geen uitsluitel geven, dan geldt de beslistermijn uit de Dienstenwet (acht weken)⁵² of de Awb (‘redelijke termijn’),⁵³ afhankelijk van de vraag of sprake is van een dienstenvergunning. Zelfs als hij bekend is met de beslistermijn – de aanvrager van een dienstenvergunning zou dit kunnen afleiden uit de ontvangstbevestiging van de aanvraag⁵⁴ – dan kan hij daaruit, in combinatie met de hem uit de ontvangstbevestiging bekende datum van ontvangst door het bestuur van de aanvraag, nog niet met zekerheid afleiden wanneer de fictieve beschikking zal zijn ontstaan. De beslistermijn kan namelijk worden verlengd⁵⁵ – overigens onder vermelding van de termijn waarop de beschikking wel tegemoet kan worden gezien – en geschorst, om de aanvrager de mogelijkheid te geven een onvolledige aanvraag aan te vullen of om noodzake-

lijke informatie aan het buitenland te vragen.⁵⁶ Kortom, het kan voor de aanvrager onduidelijk zijn hoe lang het bestuur over de behandeling van zijn aanvraag mag doen, hetgeen aanleiding kan zijn voor geschillen met het bestuur over de vraag of en wanneer een beschikking van rechtswege tot stand is gekomen. Deze onduidelijkheid geldt tevens voor de inwerkingtreding van de fictieve beschikking. Ingevolge artikel 4:20b lid 1 van de Awb is de beschikking omtrent de aanvraag, zodra de toepasselijke beslistermijn is verstreken, van rechtswege verleend.⁵⁷ Artikel 3:40 van de Awb, dat bepaalt dat een besluit niet in werking treedt voordat het is bekendgemaakt, geldt niet. In plaats daarvan treedt de beschikking in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn.⁵⁸ Bekendmaking is dus geen vereiste voor de inwerkingtreding van de fictieve beschikking. Niettemin moet bekendmaking plaatsvinden, en wel binnen twee weken nadat de beschikking van rechtswege is ontstaan, waarbij melding moet worden gemaakt van het ‘van rechtswege’ karakter van de beschikking.⁵⁹ Doorgaans zal de aanvrager eerst door de verplichte bekendmaking op de hoogte raken van de beschikking. Er zijn dan maximaal twaalf dagen verstreken, in welke periode hij de vergunde activiteiten had kunnen aanvangen. Op het niet-tijdig bekendmaken van de van rechtswege verleende beschikking is een sanctie gesteld in de vorm van het verbeuren van dwangsommen. Aangeknoopt wordt bij de dwangsomregeling van paragraaf 4.1.3.2 Awb.⁶⁰ Mits aan de voorwaarden wordt voldaan⁶¹ kan de aanvrager van de beschikking van rechtswege bekendmaking daarvan langs deze weg afdwingen.⁶² Overigens kunnen de paragrafen 4.1.3.3 (LSP) en 4.1.3.2 Awb (dwangsom) niet tegelijk van toepassing zijn.⁶³ Verder kan de aanvrager – alsook de derde-belanghebbende – tegen het uitblijven van de bekendmaking beroep instellen ex artikel 8:55f lid 1 van de Awb.⁶⁴

51. ‘Lex Silencio Positivo, Mogelijkheden voor toepassing bij gemeentelijke vergunningen en ontheffingen’ (<www.europadecentraal.nl>).

52. Ingevolge artikel 31 lid 1 Dienstenwet wordt de beschikking zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag gegeven. Deze termijn is ontleend aan artikel 4:13 lid 2 Awb, MvT Dienstenwet, p. 108.

53. Artikel 4:13 lid 1 Awb. De redelijke termijn bedraagt acht weken na ontvangst van de aanvraag, tenzij het bestuursorgaan binnen die tijd een kennisgeving heeft gedaan waarbij de aanvrager wordt geïnformeerd over de vertraging, onder vermelding van de termijn waarbinnen de beschikking wel tegemoet kan worden gezien, artikel 4:13 lid 2 en 4:14 lid 3 Awb.

54. Artikel 29 lid 1 Dienstenwet bepaalt dat de aanvrager moet worden geïnformeerd over de beslistermijn, de beschikbare rechtsmiddelen en het van rechtswege karakter van de vergunning. Deze bepaling is de omzetting van artikel 13 lid 5 Dienstenrichtlijn.

55. Artikel 4:14 lid 1 Awb. Voor dienstenvergunningen kan verlenging alleen op grond van de complexiteit van het onderwerp, eenmalig en onder voorwaarden, artikel 31 lid 2 en lid 3 Dienstenwet.

56. Artikel 4:15 lid 1 Awb en artikel 32 lid 1 Dienstenwet en 4:5 Awb. De uitnodiging aan de aanvrager moet zo snel mogelijk worden gedaan, artikel 13 lid 6 Dienstenrichtlijn. De schorsende werking bij informatievragen aan het buitenland geldt niet voor dienstenvergunningen, artikel 32 lid 2 Dienstenwet.

57. De termen ‘verlenen’ en ‘geven’ worden door elkaar gebruikt. Overigens mag een bestuursorgaan na afloop van de beslistermijn geen reëel (primaire) besluit meer nemen, ABRS 7 februari 1997, AB 1997, 154 (m.nt. PvB).

58. Artikel 4:20b lid 3 Awb.

59. Artikel 4:20c en 3:41 lid 1 Awb.

60. Artikel 4:20d lid 1 Awb. De dwangsommen kunnen maximaal € 1260 belopen.

61. Geen dwangsom is verschuldigd indien het bestuursorgaan onredelijk laat in gebreke is gesteld of de aanvrager geen belanghebbende is, artikel 4:20d lid 3 en 4:17 lid 6 Awb.

62. Anders M.J. Jacobs, ‘Lex silencio positivo’, *TvC* 2010, 2, p. 80-86, die stelt dat met ‘aanvrager’ wordt bedoeld degene die om bekendmaking vraagt. Voor deze uitleg is in de MvT Dienstenwet geen aanwijzing te vinden en ook in het licht van de definitie van ‘aanvraag’ in artikel 1:3 lid 3 Awb (‘een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen’) en het bepaalde in artikel 4:20b lid 1 (‘indien niet tijdig op de aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist’) en 4:17 lid 1 Awb (de koppeling tussen ‘aanvrager’ en ‘beschikking op aanvraag’) lijkt deze uitleg niet waarschijnlijk.

63. Artikel 4:20a lid 2 Awb.

64. Dit beroep is niet aan een termijn gebonden, artikel 6:12 lid 1 Awb.

De verlening van rechtswege geldt als een beschikking, waartegen bezwaar en beroep openstaan.⁶⁵ Voor de derde-belanghebbende kan onbekendheid met een fictieve beschikking, als gevolg van het feit dat het bestuursorgaan nalaat de beschikking bekend te maken, betekenen dat hij te laat komt met het instellen van een ontvankelijk rechtsmiddel.⁶⁶ Volgens de wetgever bestaat dit risico ook bij reële beschikkingen, waarbij de termijn voor bezwaar en beroep eveneens op grond van artikel 6:8 lid 1 van de Awb aanvangt op de dag na de bekendmaking, en kan de termijnoverschrijding zo nodig op grond van artikel 6:11 van de Awb verschoonbaar worden geacht.⁶⁷ Voor de aanvrager wordt het zo wel onduidelijk wanneer de fictieve beschikking in rechte onaantastbaar zal zijn.

Omdat de fictieve beschikking zonder inhoudelijke afweging tot stand is gekomen, zou men denken dat hieraan geen voorschriften zijn verbonden. Toch kan dit wel het geval zijn. Indien op grond van wettelijk voorschrift of beleidsregel altijd een bepaald voorschrift wordt verbonden aan een bepaald type beschikking, dan geldt dit 'standaardvoorschrift' ingevolge artikel 4:20e van de Awb ook voor hetzelfde type fictieve beschikking, ook als de aanvraag op dit punt niets of iets anders vermeldt.⁶⁸ Omdat niet altijd duidelijk zal zijn welke standaardvoorschriften van toepassing zijn, kan dit voor de aanvrager of de houder van de vergunning tot (rechts)onzekerheid leiden, hetgeen wordt versterkt doordat geen verplichting bestaat tot vermelding van deze 'standaardvoorschriften' bij de fictieve beschikking. Voor de derde-belanghebbende zal de toepasselijkheid van de 'standaardvoorschriften' vaak positief uitpakken. Niet zelden zijn deze bepaald ter bescherming van (de omgeving van) de derde-belanghebbende.

Het bestuursorgaan kan binnen zes weken na de bekendmaking alsnog voorschriften verbinden aan de fictieve beschikking of de beschikking intrekken voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen.⁶⁹ Dit dient mede het belang van derden. Toepassing van deze 'correctiemiddelen' mag alleen in uitzonderlijke gevallen.⁷⁰ Vraag is wat onder 'ernstige

gevolgen voor het algemeen belang' moet worden verstaan. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft dit begrip 'een eigenstandige, nationaalrechtelijke betekenis', dat niet gelijk is aan 'dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van het rechtmatig belang van een derde partij' van artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn. Vanwege het algemene karakter van de LSP in de Awb is gekozen voor 'een meer generiek begrip "algemeen belang" dat aansluit bij het Nederlandse bestuursrecht'.⁷¹ Het staat niet vast wat precies onder dit dynamische begrip moet worden verstaan, met onzekerheid over de vraag of aanvulling of intrekking in het concrete geval aan de orde kan zijn tot gevolg. Als het bestuursorgaan overgaat tot wijziging of intrekking van de fictieve beschikking heeft de aanvrager twee opties: hij kan bezwaar en beroep instellen tegen de wijzigings- of intrekkingsoverheidsbeschikking en hij kan op grond van artikel 4:20f lid 3 van de Awb schadevergoeding eisen.⁷²

Een fictieve vergunning voldoet niet aan de eisen van de Awb. Zorgvuldige voorbereiding, inclusief belangenafweging en motivering, ontbreekt.⁷³ Zowel voor aanvrager als (omwonende) derden kan het tot gevaarlijke toestanden komen als vanwege trage besluitvorming van rechtswege een beschikking tot stand komt in strijd met een dwingend geformuleerde weigeringsgrond, zoals het niet voldoen aan veiligheidsvoorschriften ingevolge het Bouwbesluit 2003.⁷⁴ Ongewenste situaties kunnen ontstaan als de aanvrager niet aan alle vereisten, zoals beroepskwalificaties, voldoet. Het risico hierop wordt wel aanzienlijk verkleind doordat bij de afweging LSP voor dienstenvergunningen uit te zonderen rekening is gehouden met de 'dwingende redenen van algemeen belang', waaronder de bescherming van consumenten en afnemers van diensten.⁷⁵ Voor niet-dienstenvergunningen is dit, gezien het toetsingskader (Europees en internationaal recht, uov en 'te groot maatschappelijk risico'), minder zeker. Aanvrager, derde-belanghebbende én het bestuur zullen in voorkomend geval van de hiervoor geschetste instrumenten gebruik moeten maken om de onaanvaardbare gevolgen van een fictieve beschikking te ondervangen.

65. Artikel 4:20b lid 2 Awb, van belang omdat een fictieve beschikking niet voldoet aan artikel 1:3 lid 1 Awb.

66. Aldus ook de Raad van State, advies W03.10.0100/II, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 454, nr. 4. Mededeling wordt alleen gedaan aan degenen die zienswijzen hebben ingediend, artikel 3:43 lid 1 Awb.

67. MvT Dienstenwet, p. 51. Termijnoverschrijding wordt verschoonbaar geacht indien de belanghebbende niet door middel van kennisgeving of publicatie op de hoogte is gesteld van een op juiste wijze bekendgemaakt besluit; hij heeft dan twee weken, nadat hij van het bestaan van het besluit op de hoogte is geraakt, om daartegen op te komen, ABRS 4 juli 2007, 200700223/1, *LJN* BA8731. Bovendien zal niet-ontvankelijkverklaring van prematuur bezwaar of beroep ingevolge artikel 6:10 lid 1 onder b Awb achterwege blijven, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 10.

68. Bijvoorbeeld de terrasvergunning waaraan standaard het voorschrift wordt verbonden dat het sluitingstijdstip 23.00 uur is, MvT Dienstenwet, p. 133.

69. Artikel 4:20f lid 1 en 2 Awb. Opgemerkt wordt dat de begrippen wel inhoudelijke overeenkomsten vertonen (genoemd worden openbare orde, veiligheid, volksgezondheid en milieu).

70. MvT Dienstenwet, p. 133-134. Volgens de wetgever is gebruikmaking van deze mogelijkheid in beginsel niet nodig omdat het algemeen belang al is meegenomen bij de afweging LSP van toepassing te verklaren.

71. MvA Dienstenwet, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, C, p. 17.

72. Onduidelijk is of hieraan voorwaarden zijn verbonden. In elk geval zal er causaal verband moeten zijn tussen schade en intrekking of wijziging. Een limitering of drempel blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. MvT Dienstenwet, p. 134 en MvA Dienstenwet, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, C, p. 23.

73. Artikel 3:2 en 3:46 Awb.

74. Artikel 2.10 lid 1 onder a Wabo (voorheen artikel 44 lid 1 onder a Woningwet).

75. Voor inschrijving in het architectenregister (artikel 9-12 Wet op de architectentitel) wordt LSP bijvoorbeeld niet uitgezonderd, omdat een inschrijving kan worden doorgehaald indien deze ten onrechte is geschied.

6. De Wabo

De Wabo kent twee procedures voor de behandeling van aanvragen om omgevingsvergunning. De uitgebreide voorbereidingsprocedure, geregeld in paragraaf 3.3 van de Wabo, houdt voorbereiding in met toepassing van de uov.⁷⁶ Bij voorbereiding met de reguliere voorbereidingsprocedure zal in de regel de uov van toepassing zijn⁷⁷ en – LSP en uov zijn nooit tegelijk van toepassing⁷⁸ – LSP juist zijn uitgesloten. Hoofddregel is de reguliere voorbereidingsprocedure van paragraaf 3.2 van de Wabo.⁷⁹ Deze procedure ziet onder meer op de ‘oude’ bouwvergunning,⁸⁰ aanlegvergunning, ‘binnenplanse’ ontheffing en op het veranderen (van de werking) van een inrichting die niet leidt tot andere of grotere nadelige gevolgen voor het milieu dan vergund, waarvoor geen MER-verplichting bestaat en die niet leidt tot een andere inrichting dan die eerder is vergund.⁸¹ De reguliere procedure geldt bovendien voor alle toestemmingen op basis van een gemeentelijke of provinciale verordening. Voor de omgevingsvergunning is het dus tamelijk duidelijk wanneer op verlening van rechtswege kan of moet worden gerekend. Opgemerkt zij dat in artikel 3.9 lid 3 van de Wabo de mogelijkheid wordt opengehouden de LSP buiten toepassing te laten voor categorieën gevallen waarin toepassing van LSP zal leiden tot strijdigheid met een voor Nederland verbindend verdrag of verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie. De Europese MER-richtlijn en de Kaderrichtlijn afvalstoffen sluiten LSP voor diverse onder deze richtlijnen vallende activiteiten uit.⁸² Deze activiteiten zullen via aanpassing van het Besluit omgevingsrecht van de LSP worden uitgezonderd.⁸³

Besluiten die met de reguliere voorbereidingsprocedure worden voorbereid, volgen in hoofdlijnen de procedure van hoofdstuk 4 van de Awb.⁸⁴ De beslistermijn bedraagt acht weken en kan eenmaal voor maximaal zes weken worden verlengd.⁸⁵ De LSP in de Awb is, twee afwijkingen daargelaten, van toepassing. De eerste is dat de werking van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning wordt opgeschort tot na afloop van de bezwaartermijn of, indien bezwaar is gemaakt, op dit bezwaar is beslist.⁸⁶ Deze regeling, ingevoegd na kritiek van de Raad van State,⁸⁷ komt de positie van derden en de samenleving als geheel ten goede. Voor de aanvrager heeft de uitgestelde inwerkingtreding het nadeel dat hij langer moet wachten alvorens hij met de vergunning aan de slag kan gaan.⁸⁸ De tweede afwijking heeft betrekking op het toetsingskader voor wijziging of intrekking van de fictieve omgevingsvergunning. Het alsnog verbinden van voorschriften aan de fictieve vergunning dient op grond van artikel 2.31 lid 1 onder c van de Wabo te gebeuren voor zover nodig om ‘ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving’ te voorkomen of te beperken.⁸⁹ Intrekking vindt ingevolge artikel 2.33 lid 1 onder e van de Wabo plaats voor zover de fictieve vergunning betrekking heeft op een activiteit die ‘ontoelaatbaar ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving’ heeft of dreigt te hebben en het wijzigen van voorschriften van de vergunning redelijkerwijs geen oplossing biedt. Beide bepalingen zijn dwingend geformuleerd: het bevoegd gezag moet dus handelen en het belang van de vergunninghouder moet wijken.⁹⁰ Of van genoemde gevolgen sprake is, staat primair ter beoordeling van het bestuursorgaan.⁹¹ Degene tot wie de beschikking is gericht, heeft bij wijziging of

76. MvT Wabo, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 32-33. De uitgebreide voorbereidingsprocedure is onder meer van toepassing op de besluiten voorafgaand aan de Wabo aangeduid als projectbesluit, tijdelijke ontheffing van het bestemmingsplan, gebruiksvergunning, milieuvergunning en monumentenvergunning voor beschermde rijksmonumenten, gevallen waarin een verklaring van geen bedenkingen is vereist en bij AMvB aangewezen categorieën met mogelijk belangrijke gevolgen voor de fysieke leefomgeving of de belangen van derden (artikel 3.10 lid 1 Wabo). Indien beide voorbereidingsprocedures van toepassing zijn, wordt voor de gehele aanvraag de uitgebreide voorbereidingsprocedure gevolgd, artikel 3.10 lid 1 Wabo.

77. Maar zie artikel 3.10 lid 2 en 3 Wabo voor uitzonderingen.

78. Artikel 3.10 lid 4 onder b Wabo.

79. Artikel 3.7 lid 1 Wabo.

80. Maar niet als vergunningverlening strijd oplevert met een bestemmingsplan en dergelijke. In dat geval kan nooit sprake zijn van een fictieve omgevingsvergunning, artikel 3.10 lid 1 onder a Wabo.

81. Artikel 3.7 lid 2 en 3.10 lid 3 Wabo, de voormalige melding ex artikel 8.19 (oud) Wet milieubeheer.

82. Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (Pb L 175) zoals nadien gewijzigd en Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen. Zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 8-10.

83. *Stb.* 2010, 749 en *Stb.* 2010, 781. In het Besluit omgevingsrecht worden de artikelen 6.19 en 2.2a ingevoegd.

84. Artikel 3.8 Wabo.

85. Artikel 3.9 lid 1 en lid 2 Wabo. De beslistermijn, voorbereidingsprocedure en beschikbare rechtsmiddelen moeten zo snel mogelijk aan de aanvrager worden medegedeeld (artikel 3.1 lid 3 Wabo). Van de verlenging moet mededeling worden gedaan, een extra waarborg voor derde-belanghebbenden, MvT Wabo, p. 35.

86. Artikel 3.9 lid 3 en 6.1 lid 4 Wabo. Dit is tevens een afwijking van de hoofddregel van artikel 6:16 Awb. De opschorting kan worden opgeheven door de voorzieningenrechter.

87. Mede vanwege de zwakke positie van de derde-belanghebbende had de Raad van State invoering van de LSP onder de Wabo ‘ten stelligste’ ontraden, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 4, p. 8.

88. Ingevolge artikel 3.9 lid 4 Wabo doet het bevoegd gezag zo snel mogelijk mededeling van de bekendmaking.

89. Artikel 4:20e Awb is van toepassing, sprake kan dus zijn van ‘standaardvoorschriften’.

90. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 8, p. 10.

91. Aldus ook A.G.A. Nijmeijer, ‘Een weinig zeggende Lex Silencio’, *VAR-Michiels Column* nr. 1, augustus 2007 (<www.verenigingvoorbestuursrecht.nl>).

intrekking van de fictieve vergunning recht op schadevergoeding.⁹² Hierbij gelden voorwaarden⁹³ welke tot allerlei discussies met het bestuur aanleiding kunnen geven, zoals over de mate waarin een wijziging tot een feitelijke beperking voor de vergunninghouder leidt om een activiteit te verrichten.

7. De Crisis- en herstelwet

Met de Chw wordt beoogd procedures voor grote infrastructurale projecten en bouwprojecten te versnellen.⁹⁴ Ook de Chw kent een verwijzing naar de LSP in de Awb. Artikel 1.12 lid 1 van de Chw bepaalt dat de LSP in de Awb van toepassing is op de aanvraag om een vergunning als bedoeld in de wettelijke voorschriften genoemd in bijlage III bij de Chw. De LSP wordt echter buiten toepassing verklaard – we hebben dat eerder gezien – indien de uov op de procedure van toepassing is of met betrekking tot vergunningen of toestemmingen waaraan het Europees recht bepaalde eisen stelt, zoals de aanwezigheid van een MER bij vaststelling van een tracébesluit.⁹⁵ Het toepassingsbereik van de LSP kan relatief eenvoudig, door uitbreiding bij AMvB van bijlage III, worden gerealiseerd.⁹⁶ Met deze regeling is de reikwijdte van de Chw tamelijk overzichtelijk. Tot op heden wordt in bijlage III enkel artikel 3.16 Wro genoemd: de aanlegvergunning, inmiddels omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder b van de Wabo.⁹⁷ De Chw volgt de regeling van de LSP in de Awb.⁹⁸ Een afwijkende regeling geldt voor de inwerkingtreding van de fictieve (voormalige) aanlegvergunning (artikel 1.12 lid 3 van de Chw). Artikel 3.16 lid 4 van de Wro, waarnaar wordt verwezen, is met de inwerkingtreding van de Wabo komen te vervallen.⁹⁹ Zoals we hiervoor hebben gezien, is op deze vergunning de reguliere voorbereidingsprocedure van de Wabo van toepassing. Dus geldt hetzelfde als onder de Wabo: de inwerkingtreding wordt opgeschort tot na afloop van de bezwaartermijn of, indien bezwaar is gemaakt, op dit bezwaar is beslist.¹⁰⁰ De Chw komt met ingang van 1 januari 2014 te vervallen,¹⁰¹ maar het huidige kabinet is voornemens de Chw een permanent karakter te geven.¹⁰²

8. Conclusie

De wetgever streeft ernaar, ter beperking van de administratieve lasten voor burgers en bedrijven, de LSP op zo veel mogelijk vergunningen en andere beschikkingen van toepassing te doen zijn. Niet iedereen is voorstander van

de LSP, maar dit zal wel voldoen aan de verwachting, het bijdragen aan tijdige besluitvorming door bestuursorganen. Tegenover dit voordeel voor de aanvrager staan een aantal onduidelijkheden en (rechts)onzekerheden voor alle bij de beschikking van rechtswege betrokken partijen. Onduidelijkheid betreft de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet (is sprake van een dienstenvergunning?), hetgeen aanleiding kan geven tot discussies over de vraag of LSP nu eigenlijk van toepassing is en of er al dan niet een fictieve dienstenvergunning is ontstaan. Ten aanzien van andere vergunningen en beschikkingen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen, is onduidelijkheid over LSP nagenoeg afwezig. Uit wettelijke voorschriften zal toepasselijkheid van LSP in het concrete geval moeten blijken. De wetgever is vrij, zolang althans geen sprake is van strijd met Europese of internationale regels, in zijn keuze voor LSP. Enigszins vaag blijft in welke gevallen de wetgever invoering van LSP een te groot maatschappelijk risico acht. De keuze voor uitsluiting van LSP op procedures waarvoor de uov moet worden gevolgd, is begrijpelijk en bovendien consequent (ook in de Wabo en Chw) doorgevoerd. De reikwijdte van LSP onder de Wabo en de Chw is duidelijk.

Als vastgesteld is dat de LSP op de vergunning of beschikking van toepassing is, blijkt de aanvrager geconfronteerd met een aantal onzekerheden. Zo verkeert hij in onzekerheid over het ontstaan van de fictieve beschikking, als gevolg van onduidelijkheid over de beslistermijn (wisselt per vergunning, mogelijkheid van verlenging en opschorting) en de inwerkingtreding van de fictieve beschikking. Wel kan de aanvrager bekendmaking afdwingen met behulp van de dwangsomregeling. Zowel aanvrager als derde-belanghebbenden kunnen tegen een fictieve beschikking bezwaar of beroep instellen en de voorzieningenrechter om schorsing verzoeken. Een risico voor derden is dat zij hiermee te laat zijn, omdat zij te laat op de hoogte raken van een fictieve beschikking, ondanks de verplichting van het bestuur tot bekendmaking ervan. Onder de Wabo en de Chw is dit risico vanwege de uitgestelde inwerkingtreding beperkt. Onzekerheid bestaat voor alle partijen over de inhoud van de fictieve beschikking. Een motivering ontbreekt, evenals voorschriften, tenzij van rechtswege voorschriften aan de beschikking zijn verbonden. De houder van de beschikking zal daar niet in alle gevallen op hebben gerekend. Na het ontstaan van de beschikking kunnen partijen worden geconfronteerd met

92. Artikel 4.2 lid 1 onder f en h Wabo.

93. De kosten of schade behoren redelijkerwijs niet (geheel) voor rekening van de vergunninghouder te komen, de vergoeding zal naar billijkheid worden bepaald en er is of kan niet op een andere wijze in een redelijke vergoeding worden voorzien. Gekeken wordt naar de concrete omstandigheden van het geval, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 8, p. 10.

94. *Stb.* 2010, 135.

95. Artikel 1.12 lid 2 Chw en MvT Chw, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 52.

96. Artikel 1.2 Chw en MvT Chw, p. 43. Tegen de uitbreiding staat geen beroep open, artikel 5.2 Chw.

97. De omgevingsvergunning voor 'het uitvoeren van een werk, geen bouwwerk zijnde, of van werkzaamheden, in gevallen waarin dat bij een bestemmingsplan, beheersverordening, exploitatieplan of voorbereidingsbesluit is bepaald'. Opvallend is dat de verwijzing naar artikel 3.16 Wro na 1 oktober 2010 nog niet is aangepast.

98. De ontvangstbevestiging moet de beslistermijn, de beschikbare rechtsmiddelen en het van rechtswege karakter van de beschikking vermelden (artikel 1.12 lid 4 en 5 Chw).

99. Artikel 3.16 lid 4 Wro bepaalde: 'De vergunning treedt, onverminderd het bepaalde in artikel 8.4, derde lid, in werking met ingang van de zevende week na de dag waarop zij is bekendgemaakt.'

100. Artikel 6.1 lid 4 Wabo.

101. Enkele uitzonderingen daargelaten, artikel 5.10 Chw, *Stb.* 2010, 136 en *Stb.* 2010, 137.

102. Regeerakkoord 2010, p. 30.

wijziging of zelfs intrekking van de beschikking om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen. De Wabo kent in deze een eigen afweging, de Chw kent geen equivalente regeling. Voor derden en ook voor het algemeen belang is de mogelijkheid van wijziging of intrekking een waarborg tegen beschikkingen die (in)direct onaanvaardbare risico's toestaan. Voor de aanvrager levert deze mogelijkheid echter rechtsonzekerheid op, maar hij weet zich getroost met de gedachte dat wijziging of intrekking alleen in uitzonderlijke gevallen en binnen zes weken mogelijk is en dat hij hiertegen in bestuursrechtelijke zin kan opkomen. Blijft de wijziging of intrekking overeind, dan komt hij wellicht, afhankelijk van de concrete omstandigheden, in aanmerking voor schadevergoeding. Tot slot kunnen de – kleine – verschillen tussen de regelingen van LSP onder de Awb, de Wabo en de Chw mogelijk aanleiding geven tot enige onduidelijkheid.