

250

College van Beroep voor het bedrijfsleven
24 augustus 2012, nr. AWB 12/356, LJN BX6540
(mr. Wolters, mr. Van Zutphen, mr.
Kerkmeester)
Noot L.J. Wildeboer

**Schaarse ontheffing. Loting. Zorgvuldigheid.
belangenafweging.**

[Awb art. 3:2, 3:4; Winkeltijdenwet art. 3]

Zondagavondopenstelling. Vergunning voor onbepaalde tijd. Verweerders hebben door middel van loting bepaald aan welke van de drie gegadigde supermarkten de ontheffing verleend zou worden. Het College overweegt dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zoals hier in het geding onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld. Alvorens tot loting over te gaan hebben verweerders slechts een aantal supermarkten in de gelegenheid gesteld hun belangstelling kenbaar te maken. Verweerders hebben het voorts niet nodig gevonden met toepassing van art. 4:8 Awb de zienswijzen van omwonenden te vragen, maar niet aangegeven dat en waarom er geen bedenkingen te verwachten waren. Bovendien hebben verweerders de ontheffing verleend voor onbepaalde tijd. Hiermee hebben zij het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing miskend. Op grond van een en ander is het College van oordeel dat de procedure die door verweerders is gevolgd bij de toedeling van de schaarse ontheffing onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat verweerders zich te weinig rekenschap hebben gegeven van de bij verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd betrokken belangen, waaronder die van omwonenden. Strijd met de art. 3:2 en 3:4 Awb.

Vomar Voordeelmarkt B.V., te Castricum, appellante,
 gemachtigde: mr. R.A.M. Schram, advocaat te Haarlem,
 tegen
burgemeester en wethouders van Castricum, verweerders,
 gemachtigde: E. Groot-van Ederen, werkzaam bij de gemeente Castricum.
 Waaraan voorts als partij deelneemt:
Albert Heijn B.V., te Zaandam (hierna: Albert Heijn),
 gemachtigde: mr. J.A. Martens, werkzaam bij Ahold Europe.

1. Het procesverloop

Appellante heeft bij brief van 1 juli 2011 bij de rechtbank Alkmaar beroep ingesteld tegen een besluit van verweerders van 20 mei 2011.

Bij dit besluit hebben verweerders de bezwaren van appellante, gericht tegen de aan Albert Heijn verleende ontheffing van de verboden van de Winkeltijdenwet ten behoeve van zondagavondopenstelling van haar winkel aan het Geesterduin 27 – 29 te Castricum en tegen de weigering van zodanige ontheffing aan appellante, ongegrond verklaard.

Nadien heeft appellante de gronden van haar beroep ingediend.

Verweerders hebben een verweerschrift ingediend en de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden.

De rechtbank Alkmaar heeft Albert Heijn in de gelegenheid gesteld als partij aan het geding deel te nemen. Albert Heijn heeft bericht aan het geding te willen deelnemen.

Bij brief van 30 maart 2012 heeft de rechtbank Alkmaar het beroepsschrift met bijlagen ter behandeling doorgezonden aan het College.

Op 13 juli 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij appellante en verweerders, bij monde van hun gemachtigden, hun standpunten hebben toegelicht. Voor appellante is voorts H. van Assem verschenen. Namens Albert Heijn is niemand verschenen.

2. De beoordeling van het geschil

2.1 Ingevolge artikel 2, eerste lid, onder a, van de Winkeltijdenwet is het verboden op zondagen een winkel geopend te hebben voor het publiek. Artikel 3, vierde lid van de Winkeltijdenwet biedt de gemeenteraad de mogelijkheid bij verordening

aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid te verlenen op een daartoe strekkende aanvraag ontheffing te verlenen van dit verbod.

In artikel 6, eerste en tweede lid, van de Winkeltijdenverordening Castricum (hierna: Verordening) is bepaald dat burgemeester en wethouders voor ten hoogste twee winkels ontheffing kunnen verlenen. Ingevolge het derde en vierde lid van dit artikel kan de ontheffing worden verleend aan maximaal twee supermarkten in twee verschillende kernen en kan zij worden geweigerd indien de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel naar het oordeel van burgemeester en wethouders op ontoelaatbare wijze nadelig wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel.

Bij besluit van 22 november 2010 hebben verweerders aan de vestiging van Albert Heijn in de kern Castricum voor onbepaalde tijd, ontheffing verleend om de winkel vanaf

1 december 2010 op zondagen van 16.00 uur tot 20.00 uur voor het publiek geopend te hebben.

De ontheffing is verleend nadat tussen drie belangstellenden, onder wie appellante, was geloot. Aan appellante is vervolgens de ontheffing geweigerd.

2.2 Verweerders achten het niet onredelijk dat door middel van loting is bepaald aan welke van de drie gegadigde supermarkten de ontheffing verleend zou worden. De supermarkten waren van deze verdelingsmethode op de hoogte voordat zij kenbaar maakten interesse te hebben in een ontheffing voor zondagopenstelling. Verweerders hebben, door te verwijzen naar de eerder voor onbepaalde tijd verleende ontheffing voor de supermarkt in de kern Limmen, vooraf voldoende duidelijk gemaakt dat ook de Castricumse ontheffing niet aan een termijn zou worden gebonden. Voorafgaand aan de loting is hier bovendien door de burgemeester nog op gewezen, zonder dat dit tot een reactie van appellante heeft geleid. Verder valt niet in te zien dat het enkele feit dat de zondagrust door verkeersbewegingen wordt verstoord met zich brengt dat sprake is van een ontoelaatbare nadelige beïnvloeding van de woon- en leefsituatie. Hierbij is in aanmerking genomen dat Albert Heijn heeft aangegeven dat het laden en lossen niet meer op zondag zal plaatsvinden.

2.3 Appellante heeft betoogd dat verweerders onzorgvuldig hebben gehandeld omdat zij het besluit tot verlening van de ontheffing niet goed hebben voorbereid. Verweerders hebben geen onderzoek verricht naar de vraag of het verlenen van de

onthefing zou leiden tot een ontoelaatbare nadelige beïnvloeding van de woon- en leefsituatie in de omgeving van de winkel. Verweerders hebben in strijd met artikel 4:8 Algemene wet bestuursrecht (Awb) belanghebbenden – met name omwonenden en winkeliers – niet in staat gesteld hun zienswijzen naar voren te brengen. Ten onrechte is alleen een aantal supermarkten aangeschreven om belangstelling kenbaar te maken en is de loting slechts tussen drie supermarkten gehouden, te weten Albert Heijn, Deen en Vomar. Door andere winkels en supermarkten niet te betrekken bij de loting is in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld. Er is een ontheffing voor onbepaalde tijd verleend aan Albert Heijn zonder dat deze daartoe een aanvraag had ingediend; dit is in strijd met de wet. Dat de ontheffing is verleend zonder dat hieraan een deugdelijk beleid ten grondslag ligt, is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Aan het verlenen van de ontheffing voor onbepaalde tijd liggen geen deugdelijke en zorgvuldige overwegingen ten grondslag. Bovendien hebben verweerders de betrokken belangen onvoldoende meegewogen. Door aan één supermarkt een ontheffing voor onbepaalde tijd te verlenen, wordt het voor andere gegadigden onmogelijk om in de toekomst in aanmerking te komen voor zo'n ontheffing. Dit heeft vergaande gevolgen voor de concurrentiepositie van bijvoorbeeld appellante ten opzichte van Albert Heijn. Ten onrechte hebben verweerders dit niet meegewogen bij het besluit. Dat, zoals verweerders stellen, appellante zou hebben ingestemd met de verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd, is niet juist. Hier komt bij dat bij de uitnodiging voor de loting niet duidelijk was dat er een ontheffing voor onbepaalde tijd zou worden verleend.

2.4 Het College stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zoals hier in het geding onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld. Naar het oordeel van het College, is hieraan in dit geval niet voldaan. Het College overweegt het volgende.

2.5 Voor verdeling was in de andere kernen dan Limmen in de gemeente Castricum één ontheffing beschikbaar. Omdat er meer gegadigden waren, hebben verweerders besloten de methode van loting toe te passen. Deze methode acht het College, zoals al in eerdere jurisprudentie overwogen, op zichzelf aanvaardbaar. Alvorens tot loting over te

gaan hebben verweerders een aantal supermarkten in de gelegenheid gesteld hun belangstelling kenbaar te maken. Zij hebben evenwel niet alle winkels en wellicht – op dit punt staan de standpunten van appellante en verweerders tegenover elkaar – ook niet alle supermarkten in de betrokken kernen aangeschreven. Het College deelt niet de opvatting van verweerders dat op grond van de Verordening alleen supermarkten voor de ontheffing in aanmerking konden worden gebracht. Uit de enkele vermelding van het woord “supermarkten” in het derde lid van artikel 6, waar overigens in dit artikel van winkels wordt gesproken, valt dit niet af te leiden. Bovendien is het begrip “supermarkt” in de Verordening niet nader gedefinieerd, zodat ook om die reden niet valt aan te nemen dat is beoogd andere winkels waar uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren worden verkocht uit te sluiten van de mogelijkheid een ontheffing te verkrijgen.

Na de loting is de ontheffing verleend aan Albert Heijn. Alvorens de ontheffing te verlenen is door verweerders geen onderzoek ingesteld naar de vraag of de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel door de openstelling op ontoelaatbare wijze wordt beïnvloed. Verweerders hebben in dit verband wel gesteld dat zij voldoende op de hoogte zijn van de situatie in hun gemeente, maar hebben hun standpunt dat geen sprake is van ontoelaatbare beïnvloeding als bedoeld in artikel 6, vierde lid, van de Verordening niet verder gestaafd, bijvoorbeeld met rapporten van toezichthouders. Verweerders hebben het voorts niet nodig gevonden met toepassing van artikel 4:8 Awb de zienswijzen van omwonenden te vragen, maar niet aangegeven dat en waarom er geen bedenkingen te verwachten waren. Pas achteraf is vastgesteld dat aan tegen de ontheffing ingebrachte bezwaren tegemoet kon worden gekomen door een voorwaarde op te nemen met betrekking tot het laden en lossen op zondag. Bovendien hebben verweerders de ontheffing verleend voor onbepaalde tijd. Hiermee hebben zij het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat andere gegadigden in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. Verweerders hebben gesteld dat de deelnemers aan de loting hadden ingestemd met verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd, maar van zodanige instemming is het College

niet gebleken. Veeleer komt uit de stukken en het verhandelde ter zitting naar voren dat de betrokken ondernemingen wel wisten dat zij deelnamen aan de loting voor een ontheffing voor zondagsopenstelling, maar dat de precieze inhoud van die ontheffing hun pas werd meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang nam. Op dat moment was het naar het oordeel van het College voor de aanwezige winkeliers niet goed meer mogelijk tegen die inhoud nog bezwaren in te brengen voor zover zij het daarmee niet eens waren.

2.6 Op grond van een en ander is het College van oordeel dat de procedure die door verweerders is gevolgd bij de toedeling van de schaarse ontheffing onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat verweerders zich te weinig rekenschap hebben gegeven van de bij verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd betrokken belangen, waaronder die van omwonenden. Aldus hebben verweerders bij het nemen van hun besluit de ontheffing te verlenen gehandeld in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb. De hiertegen gerichte bezwaren zijn bij het bestreden besluit dan ook ten onrechte ongegrond verklaard.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het beroep gegrond moet worden verklaard en het bestreden besluit moet worden vernietigd. Verweerders dienen met inachtneming van deze uitspraak opnieuw op het bezwaar te beslissen.

2.7 Het College acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb. Op de voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden de kosten van beroepsmatig verleende rechtsbijstand vastgesteld op € 874,- op basis van 2 punten (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting) tegen een waarde van € 437,- per punt, waarbij het gewicht op gemiddeld is bepaald.

3. De beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- bepaalt dat verweerders, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen, opnieuw op de bezwaren van appellante beslissen;
- veroordeelt verweerders in de proceskosten van appellante tot een bedrag van € 874,- (zegge: achthonderdvierenzeventig euro);

- bepaalt dat verweerders aan appellante het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 302,- (zegge: driehonderdentwee euro) vergoeden.

NOOT

1. Deze uitspraak is opgenomen vanwege de (groeierende) problematiek rond de verdeling van zogeheten schaarse rechten of vergunningen. Het gaat daarbij om rechten waarnaar de vraag groter is dan het door de overheid maximaal beschikbaar gestelde aanbod. In dit geval hebben burgemeester en wethouders van Castricum (B&W) één (schaarse) ontheffing verloot voor de zondagavondopenstelling van een supermarkt onder (drie) gegadigden. Op grond van de Winkeltijdenverordening Castricum kunnen B&W voor ten hoogste twee supermarkten in twee verschillende kernen ontheffing verlenen. Vomar had voor haar winkel in Castricum een ontheffing gevraagd van het verbod in de Winkeltijdenwet om op zondag(avond) een winkel geopend te hebben. Omdat er voor de kern Castricum slechts één ontheffing voor onbepaalde tijd verleend kon worden, hebben B&W besloten de ontheffing onder gegadigden te verloten. In de praktijk is er een toenemende behoefte onder met name supermarkten om hun winkels op zondag te mogen openen. Extra omzet en een toenemende behoefte onder consumenten om op zondag boodschappen te kunnen doen is kennelijk een belangrijke drijfveer voor een groot aantal supermarktondernemers om daarvoor toestemming te krijgen en wanneer die dan aan hen wordt onthouden om daarover te procederen uit concurrentieoverwegingen teneinde alsnog in aanmerking te komen voor de zo gewilde ontheffing. In de meeste geschillen tot nu toe ging het om de verdeling van een ontheffing voor bepaalde tijd, na afloop waarvan de potentiële gegadigden opnieuw in aanmerking kunnen komen voor de desbetreffende ontheffing. Deze zaak onderscheidt zich in zoverre dat het hier gaat om een ontheffing voor onbepaalde tijd. Grijpt een supermarkt mis, dan zal deze ook op een later moment niet meer voor die ontheffing in aanmerking (kunnen) komen. In de uitspraak gaat het dan ook om de vraag of een ontheffing voor de zondagavondopenstelling voor onbe-

paalde tijd door middel van loting kan worden verdeeld en zo ja, of de procedure zorgvuldig is verlopen.

2. Voor een goed begrip van de uitspraak schets ik hier kort het wettelijke regime voor de zondagavondopenstelling in de Winkeltijdenwet (Wtw). De gemeenteraad kan op grond van art. 3 lid 4 Wtw bij verordening aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid toekennen om op aanvraag ontheffing te verlenen voor zondagavondopenstelling. Het gaat daarbij om de openstelling van winkels vanaf (op zijn vroegst) 16.00 uur en waar – kort samengevat – uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren worden verkocht. Voorts moet in de verordening het aantal winkels zijn bepaald waarvoor in de gemeente ontheffing kan worden verleend. Dit aantal kan ten hoogste één winkel per 15.000 inwoners van de gemeente zijn of, als het inwonertal lager is dan 15.000, één winkel. Op grond van de Winkeltijdenverordening Castricum kunnen twee ontheffingen worden verleend voor twee afzonderlijke kernen.

De regeling voor de zondagavondopenstelling in de Wtw moet worden onderscheiden van die voor de koopzondagen. Het gaat daarbij om de mogelijkheid om winkels gedurende de gehele zondag geopend te hebben. In de politiek is dit al langer onderwerp van debat, omdat er in de praktijk een sterke behoefte bestaat aan een verruiming van de zondagsopenstelling. Politieke partijen zijn hierover echter sterk verdeeld. Nu mogen winkels alleen vaker dan twaalf keer per jaar op zondag open als een gebied als toeristische trekpleister kan worden bestempeld. Het kabinet-Rutte I wilde geen verruiming van de koopzondagen in verband met de benodigde politieke steun van de SGP, die fel tegen een verruiming van het aantal koopzondagen is. Kort geleden werd bekend dat de beoogde coalitiepartners VVD en PvdA het aan gemeenten willen overlaten om koopzondagen in te stellen en hoeveel. Dit voorstel sluit ook aan bij de initiatiefwet van D66 en GroenLinks (zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 412, nrs. 2-3). Dit betekent dat gemeenten zelf kunnen beslissen over de koopzondagen en dit kunnen afstemmen op de lokale omstandigheden. In Amsterdam zal dit immers heel anders worden beoordeeld dan bijvoorbeeld in Urk of Domburg. Bovendien geldt niet

langer de eis dat er sprake moet zijn van substantieel toerisme om het aantal koopzondagen te kunnen verruimen.

3. In dit geval heeft de verdeling door middel van loting plaatsgevonden. De verdeling van ontheffingen voor de zondagavondopenstelling kan plaatsvinden volgens verschillende methoden. Daarbij kan worden gedacht aan de verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, volgens het principe "wie het eerst komt, die het eerst maalt". Daarnaast kan de verdeling plaatsvinden via een vergelijkende toets of een loting. De Wtw bevat geen regels over de wijze van verdeling van ontheffingen voor de zondagavondopenstelling. Het staat gemeenten daarom vrij om de wijze van verdeling zelf te bepalen. De wetgever heeft dit ook mogelijk willen maken ondanks vragen over mogelijke oneerlijke concurrentie vanwege het beperkte aantal beschikbare ontheffingen voor de zondagavondopenstelling in verband met het criterium dat ten hoogste één winkel per 15.000 inwoners van de gemeente een ontheffing kan krijgen (*Kamerstukken II 2009/10*, 31 728, C, p.11-12). Omdat de Wtw de verdelingsmethode niet voorschrijft, moet een gemeente de methode tevoren duidelijk vaststellen en bekendmaken. Ongeacht de wijze van verdeling, stelt het CBb daaraan strenge eisen uit een oogpunt van rechtszekerheid. Dit vanwege de betrokken (concurrentie)belangen voor de gegadigden voor een ontheffing voor de zondagavondopenstelling. Naar het oordeel van het CBb is daaraan in dit geval niet voldaan. Nu het hier gaat om een verdeling van één schaarse ontheffing voor onbepaalde tijd, zijn die eisen wellicht nog belangrijker dan in gevallen waarin het gaat om een ontheffing voor bepaalde tijd, omdat de winkeliers die de ontheffing nu niet krijgen daar ook later niet meer voor in aanmerking komen, tenzij de supermarkt met de ontheffing voor de zondagavondopenstelling haar deuren sluit.

4. In dit geval was voor de verdeling in de andere kernen dan Limmen in de gemeente Castricum één ontheffing voor de zondagavondopenstelling beschikbaar. Omdat er meerdere gegadigden waren, hebben B&W besloten de methode van loting toe te passen. Deze wijze van verdeling acht het CBb op zichzelf aanvaardbaar. Dit volgt ook uit eerdere jurisprudentie van het CBb (zie o.a. Vzr. CBb 19 september 2011, LJN BT6359, AB 2011/364 m.nt. A. Drahmman en CBb

12 maart 2012, LJN BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel; maar overigens ook CBb 30 december 2009, LJN BN5532, AB 2010/265 in een ander geval dan een ontheffing op grond van de Wtw).

5. Naar het oordeel van het CBb voldoet de besluitvorming in dit geval niet aan de zware eisen die volgens vaste jurisprudentie van dat college uit het oogpunt van rechtszekerheid aan de toekenning van een schaarse ontheffing voor de zondagavondenstelling worden gesteld. In de eerste plaats constateert het CBb dat B&W voorafgaand aan de loting een aantal supermarkten in de gelegenheid hebben gesteld hun belangstelling kenbaar te maken. Zij hebben blijkens de uitspraak evenwel niet alle winkels en alle supermarkten in de betrokken kernen aangeschreven, hoewel partijen over dit laatste van mening verschillen. Kennelijk waren B&W van mening dat op grond van de Winkeltijdenverordening Casticum alleen supermarkten voor de ontheffing in aanmerking konden komen. Het CBb deelt die opvatting niet. Uit de enkele vermelding van het woord "supermarkten" in het derde lid van art. 6, waar overigens in dit artikel van winkels wordt gesproken, volgt dit niet. Bovendien is het begrip "supermarkt" in de verordening niet nader gedefinieerd. Daaruit leidt het CBb af dat om die reden niet valt aan te nemen dat is beoogd andere winkels waar uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren worden verkocht uit te sluiten van de mogelijkheid een ontheffing te verkrijgen. Hoewel het CBb dit niet met zoveel woorden zegt in de uitspraak, lijkt uit deze passage te moeten worden afgeleid dat de loting volgens het CBb niet adequaat is bekendgemaakt. Daardoor heeft de situatie kunnen ontstaan dat niet alle potentiële gegadigden op de hoogte waren of op de hoogte konden zijn van de loting voor de verdeling van de beschikbare schaarse ontheffing voor de zondagavondenstelling (vergelijk CBb 3 juni 2009, LJN BL6466, «JB» 2009/188, AB 2009/373 m.nt. C.J. Wolswinkel; en CBb 13 maart 2012, LJN BW0415, AB 2012/146 m.nt. A. Drahmman). Een adequate bekendmaking van de wijze van verdeling van een schaarse vergunning is uit een oogpunt van rechtszekerheid van groot belang en dient er (mede) toe om alle exploitanten van supermarkten en andere winkels die uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren verkopen te informeren over de verlening

van een schaarse ontheffing door middel van loting. Een dergelijke bekendmaking is tevens van belang voor de door een bestuursorgaan in acht te nemen zorgvuldigheid. Het vaststellen en bekendmaken van beleidsregels met daarin opgenomen de uitgangspunten voor de wijze van verdeling draagt bij aan de vereiste zorgvuldigheid en transparantie en biedt meer zekerheid voor een bestuursorgaan dat alle gegadigden de gelegenheid wordt geboden om mee te dingen en in aanmerking te komen voor de schaarse ontheffing dan het individueel aanschrijven van mogelijke gegadigden, zoals hier heeft plaatsgevonden, vanwege het risico dat niet alle potentiële gegadigden (vooraf) bekend zijn. Dit was in dit geval overigens mede het gevolg van het feit dat niet alleen supermarkten in aanmerking konden komen voor de ontheffing.

6. Voorts heeft het CBb bij haar oordeel van een onzorgvuldige procedure betrokken dat het hier ging om een ontheffing verleend voor onbepaalde tijd. Hiermee hebben B&W het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat andere gegadigden in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. Tamelijk recent heeft het CBb in een vergelijkbaar geval op dezelfde wijze geoordeeld (CBb 15 mei 2012, LJN BW6630, Gst. 2012/96 m.nt. W.P. Adriaanse). In zijn noot bij die uitspraak concludeerde de annotator dat het CBb in beginsel wel een schaarse ontheffing voor een bepaalde periode accepteert, maar niet een ontheffing voor onbepaalde tijd. Het CBb had in dat geval namelijk overwogen (r.o. 2.7) dat bij het opnieuw in de zaak voorzien door B&W het in de rede zou liggen dat zij de ontheffing voor bepaalde tijd verlenen. Het verlenen van een ontheffing voor onbepaalde tijd voor de zondagavondenstelling is volgens het CBb kennelijk niet (snel) aanvaardbaar. In het onderhavige geval hebben B&W de keuze voor een ontheffing voor onbepaalde tijd gerechtvaardigd met te stellen dat de deelnemers aan de loting hadden ingestemd met verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd. Het CBb is daarvan echter niet gebleken en overweegt dienaangaande verder dat uit de stukken en ter zitting blijkt dat de betrokken ondernemingen wel wisten dat zij deelnamen aan de loting voor een ontheffing voor de zondagsopenstelling, maar dat de precieze inhoud van

die ontheffing hun pas werd meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang nam. Op dat moment was het echter volgens het CBb voor de aanwezige winkeliers niet goed meer mogelijk tegen die inhoud nog bezwaren in te brengen voor zover zij het daarmee niet eens waren. Op grond daarvan komt het CBb tot de conclusie dat de procedure die is gevolgd bij de toedeling van de schaarse ontheffing onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat B&W zich te weinig rekenschap hebben gegeven van de bij verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd betrokken belangen. Het beroep is om die reden gegrond en B&W worden daarom opgedragen een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Opvallend in dit verband is dat het CBb niet opnieuw – zoals in de hiervoor aangehaalde uitspraak van 15 mei 2012 – B&W min of meer opdraagt een ontheffing voor bepaalde tijd te verlenen. Kennelijk is het niet volledig uitgesloten om een ontheffing voor bepaalde tijd te verlenen, zoals de annotator naar aanleiding van de uitspraak van het CBb van 15 mei 2012 concludeerde. Mogelijk houdt het verband met het feit dat het CBb daarmee te veel op de stoel van het bestuursorgaan zou gaan zitten. Vaststaat evenwel dat het CBb strikte eisen stelt aan het verlenen van een ontheffing voor onbepaalde tijd, gezien de belangen die zijn betrokken in het geval aan één supermarkt een ontheffing voor onbepaalde tijd te verlenen. Daarmee wordt het voor andere gegadigden immers onmogelijk om in de toekomst in aanmerking te komen voor zo'n ontheffing. Dat heeft zeer vergaande gevolgen voor de concurrentiepositie van bijvoorbeeld appellante die haar aanvraag geweigerd zag en daarmee in een slechtere positie ten opzichte van Albert Heijn kwam te verkeren in Castricum.

7. Een ander aspect dat voor het CBb heeft bijgedragen aan het oordeel dat de procedure die is gevolgd voor de toedeling van de schaarse ontheffing onzorgvuldig is verlopen, is het feit dat B&W geen onderzoek hebben ingesteld naar de vraag of de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel op zondagen niet op ontoelaatbare wijze nadelig wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel. Appellante heeft in verband daarmee betoogd dat verweerders onzorgvuldig hebben gehandeld omdat zij het besluit tot verlening van de ontheffing niet goed hebben voorbereid. Voorts zouden B&W in strijd met art. 4:8 Alge-

mene wet bestuursrecht (Awb) belanghebbenden – met name omwonenden en winkeliers – niet in staat hebben gesteld hun zienswijzen op dat punt naar voren te brengen. Naar aanleiding hiervan komt het CBb tot het oordeel dat voorafgaande aan de verlening van de ontheffing geen onderzoek is gedaan naar de vraag of de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel door de openstelling op ontoelaatbare wijze wordt beïnvloed. B&W hebben weliswaar gesteld dat zij van de situatie binnen hun gemeente voldoende op de hoogte zijn, maar hebben hun standpunt dat geen sprake is van ontoelaatbare beïnvloeding als bedoeld in art. 6, vierde lid, van de winkeltijdenverordening Castricum niet verder gestaafd, bijvoorbeeld met rapporten van toezichthouders. B&W hebben het voorts niet nodig geacht om met toepassing van art. 4:8 Awb de zienswijzen van omwonenden te vragen, maar niet aangegeven dat en waarom er geen bedenkingen te verwachten waren. Alleen in dat geval kan op grond van art. 4:8 Awb worden afgezien van het horen van derden door deze in de gelegenheid te stellen hun bedenkingen in te dienen. Pas achteraf is vastgesteld dat aan tegen de ontheffing ingebrachte bezwaren tegemoet kon worden gekomen door een voorwaarde op te nemen met betrekking tot het laden en lossen op zondag en daarmee eventuele overlast voor de omgeving tegen te gaan. Mede op grond hiervan komt het CBb tot de conclusie dat de procedure tot toedeling van de schaarse ontheffing onzorgvuldig is geweest. Overigens blijkt uit de jurisprudentie van het CBb dat de enkele openstelling van een winkel op zondag niet voldoende is om een dergelijke nadelige beïnvloeding van de omgeving aan te nemen (CBb 21 januari 2011, LJN BP3265).

8. Hoewel de indruk kan bestaan dat met het overlaten van de zondagsopenstelling en de verwachte verruiming van het aantal koopzondagen en ruimere mogelijkheden voor een zondagavondopenstelling, problemen zoals die in de hiervoor opgenomen uitspraak aan de orde zijn dan tot het verleden behoren, heeft het mis. Op grond van het initiatiefwetsvoorstel van D66 en Groen Links, waaraan hiervoor reeds is gereferreerd, blijft de mogelijkheid voor gemeenten bestaan om in de gemeentelijke winkeltijdenverordeningen een ontheffingsstelsel op te nemen voor onder andere een zondagavondopenstel-

ling. Bij een beperkt aantal beschikbare ontheffingen zal dus een bepaalde wijze van verdeling moeten plaatsvinden met alle juridische problemen van dien. De initiatiefwet biedt weliswaar minder gedetailleerde bepalingen dan in de huidige Wtw, maar afgewacht zal moeten worden of gemeenten bereid zullen zijn om te dereguleren zoals veel eigenaren van winkels en supermarkten wensen. Dit vereist onder omstandigheden – zoals in het geval van Castricum – dan wel een wijziging van de gemeentelijke winkeltijdenverordening.

L.J. Wildeboer
advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V., praktijkgroep Vastgoed en Overheid, te Utrecht