

Gemeente Waadhoeke
t.a.v. het college van burgemeester en wethouders
Postbus 58
8800 AB FRANEKER

Tevens per e-mail: info@waadhoeke.nl

REFERENTIE:

JH/2238/CD

DOSSIER:

Europa Have/St. Annaparochie

BETREFT:

Verzoek ontheffing

UW REFERENTIE:

BEHANDELD DOOR/TEL.

01

02

03

janneke@hbradvocaten.nl

Baarn, 15 december 2023

Edelachtbaar college,

Namens de besloten vennootschap St. Annaparochie Have B.V., gevestigd aan de Warmoesstraat 37, St.-Annaparochie (9076DL), verzoek ik hierdoor om een ontheffing van de Winkeltijdenwet ten behoeve van de Albert Heijn aan de Warmoesstraat 37 te St. Annaparochie om voor onbepaalde tijd op zondagen van 8.00 tot 22.00 uur geopend te mogen zijn.

Achtergrond

Op grond van de Winkeltijdenwet is het verboden om een winkel op zondag voor het publiek geopend te hebben. In de Winkeltijdenwet is een grondslag opgenomen voor de gemeenteraad om vrijstelling te verlenen van het verbod, en een grondslag om aan het college van burgemeester en wethouders de mogelijkheid tot het verlenen van ontheffing te geven.

In het Vrijstellingenbesluit Winkeltijdenwet van de regering, is een aantal categorieën winkels opgenomen waarvoor het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Winkeltijdenwet, niet geldt. Het betreffen onder meer apotheken, winkels bij ziekenhuizen of verpleeghuizen, winkels op stations, winkels op luchthavens en winkels waar in hoofdzaak nieuwsbladen en tijdschriften worden verkocht.

Sinds 26 september 2018 geldt in de gemeente Waadhoeke de Verordening Winkeltijden Waadhoeke 2018 (hierna: de verordening). In de verordening zijn algemene vrijstellingen opgenomen van het verbod uit de Winkeltijdenwet. Voor de meeste winkels geldt een vrijstelling voor de zondagopening van 12.00 tot 18.00 uur. Voor winkels waar maaltijden voor directe

HBR advocaten

Torenlaan 19, 3742 CR Baarn Postbus 4, 3740 AA Baarn
tel 0 05 530 06 11 vK 76820947 hbradvocaten.nl

consumptie worden verkocht geldt een ruimere vrijstelling. De Albert Heijn van cliënte mag op zondagen feestdagen alleen van 12.00 tot 18.00 uur geopend zijn.

Het is voor cliënte niet duidelijk waarom de openingstijden van haar winkel op zondag zijn beperkt terwijl aan andere vormen van detailhandel ruimere openingstijden zijn toegekend. Uit de nota van toelichting blijkt niet waarop de keuzes zijn gebaseerd, en evenmin heeft cliënte stukken aangetroffen waaruit blijkt welke belangen zijn gemoeid bij het gemaakte onderscheid.

Belang cliënte

Cliënte exploiteert een Albert Heijn aan de Warmoesstraat 37 te St. Annaparochie en zou graag zien dat haar winkel aldaar de gehele zondag geopend mag zijn. Hoewel cliënte ook maaltijden voor directe consumptie geschikte etenswaren verkoopt, valt zij met haar bedrijfsvoering niet onder de genoemde vrijstelling omdat zij niet uitsluitend de levensmiddelen verkoopt die zijn genoemd in artikel 4, aanhef en onder b, van de verordening. Naar het oordeel van cliënte wordt in de verordening een willekeurig onderscheid gemaakt, met als gevolg dat de concurrentie wordt vervalst.

Cliënte is van oordeel dat zowel op het college als de gemeenteraad de plicht rust om deze concurrentievervalsing weg te nemen. Het college kan een ontheffing verlenen of de gemeenteraad kan de generieke vrijstellingsregeling aanpassen; zolang de ongelijkheid in materiële zin maar wordt weggenomen.

Juridisch kader

- Dienstenrichtlijn

In de zogenoemde Appingendam-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, heeft de Afdeling uitgesproken dat detailhandel een vorm van dienstverlening is die onder het regime van de Dienstenrichtlijn valt. Van belang is daarbij dat in de uitspraak ook uitdrukkelijk is overwogen dat de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op zuiver interne situaties.¹ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven – de hoogste bevoegde rechter ten aanzien van de Winkeltijdenwet – heeft in de uitspraak van 26 januari 2021 uitgesproken dat de Winkeltijdenwet een vergunningstelsel is in de zin van artikel 9, van de Dienstenrichtlijn.² Dat betekent dat het verbod van de Winkeltijdenwet en de mogelijkheden om daar vrijstelling of ontheffing van te ontlelen, moeten voldoen aan de criteria die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt.

In de artikelen 9 en 10, van de Dienstenrichtlijn, is een aantal voorwaarden verbonden aan het instellen van een vergunningstelsel en de criteria van vergunningverlening. Het instellen van een vergunningstelsel mag (I) geen discriminerende werking hebben tegen een dienstverrichter, (II) moet gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang en (III) het nagestreefde doel kan niet met een minder beperkende maatregel worden bereikt.

Ten aanzien van de criteria van het vergunningstelsel gelden de volgende criteria:

¹ R.o. 8, AbRvS, 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062

² CBb, 26 januari 2021, ECLI:NL:CBb:2021:59

- a) niet-discriminatoir;
- b) moet noodzakelijk zijn, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- c) evenredig met die reden van algemeen belang;
- d) duidelijk en ondubbelzinnig;
- e) objectief;
- f) vooraf openbaar bekendgemaakt;
- g) transparant en toegankelijk.

Vorenstaande criteria zijn afkomstig uit bestendige rechtspraak van het Hof van Justitie. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is een algemeen toetsingskader geformuleerd aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een nationale maatregel die feitelijk een beperking inhoudt van de in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden toch is toegestaan. Een beperking is slechts toelaatbaar als deze (1) zonder discriminatie wordt toegepast, (2) gerechtvaardigd is wegens dwingende redenen van algemeen belang, (3) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (4) niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Ten aanzien van diensten zijn deze uitgangspunten voor het eerst geformuleerd in het zogenoemde Van Binsbergen-arrest.³ Het ligt daarom voor de hand om de criteria van de Dienstenrichtlijn in te vullen aan de hand van de al beschikbare rechtspraak over het vrije verkeer binnen de Europese Gemeenschap.

Noodzakelijk, dwingende reden van algemeen belang

Noodzakelijkheid betekent in beginsel dat de eis die de vestiging van een dienstverlener beperkt niet zonder meer mag worden ingevoerd. Aan een dergelijke eis moet namelijk een dwingende reden van algemeen belang ten grondslag liggen. Uit artikel 4, achtste lid, van de Dienstenrichtlijn, volgt dat onder een dwingende reden van algemeen belang moet worden verstaan: redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie; waaronder de volgende gronden:

- openbare orde;
- openbare veiligheid;
- staatsveiligheid;
- volksgezondheid;
- handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel;
- bescherming van consumenten;
- afnemers van diensten en werknemers;
- eerlijkheid van handelstransacties;
- fraudebestrijding;
- bescherming van het milieu en het stedelijk milieu;
- diergezondheid;
- intellectuele eigendom;
- behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid;

³ HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131

Het in de verordening van de gemeente Waadhoeke gemaakte onderscheid tussen de verschillende soorten detailhandel is zonder nadere motivering ingevoerd. Hoewel het beperken van de openingstijden theoretisch wellicht onder één van vorenstaande gronden kan worden ondergebracht, is het cliënte duidelijk dat het gemaakte onderscheid niet kan worden gerechtvaardigd door de vorenstaande belangen.

Evenredigheid

Het vereiste dat een beperking evenredig is, ziet primair op de vraag of een minder beperkende eis hetzelfde noodzakelijke doel kan bewerkstelligen. Het Hof van Justitie gaat bij de beoordeling van een maatregel die een beperking van de verkeersvrijheden inhoudt, na of het geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken. Daarnaast moet worden vastgesteld of er geen andere, minder beperkende eisen voorhanden zijn

Een maatregel is slechts geschikt wanneer de doelstelling ook daadwerkelijk op samenhangende wijze wordt nagestreefd (het doel coherent en systematisch wordt toegepast)⁴. Dit is in de rechtspraak vertaald in de eis dat een beperkende eis niet arbitrair mag worden toegepast. Daarmee kunnen limitatieve opsommingen van wat wel en niet is toegestaan problematisch zijn. In het geding tussen de gemeente Den Haag en de provincie Zuid-Holland bleek dat de provincie niet kon toelichten waarom in de limitatieve opsomming surfplanken en piano's wél, maar kajaks en orgels niet waren toegestaan voor verkoop buiten de periferie.⁵

Tot slot moet kunnen worden vastgesteld dat de beperking het beoogde doel effectief bereikt. Dit moet worden onderbouwd aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. In de tussenuitspraak van de Appingedam-zaak bepaalt de AbRvS dat om effectiviteit vast te stellen, zowel aannemelijk moet zijn dat een dergelijke maatregel in het algemeen effectief is, als in de specifieke situatie (bijvoorbeeld, de status van Appingedam als krimpregio). Daarmee moet worden gewerkt

⁴ AbRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062

⁵ AbRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195: *Naar het oordeel van de Afdeling heeft het college niet inzichtelijk gemaakt waarom in 9 tweede lid van de [planologische regeling] uitsluitend detailhandel in de daar genoemde branches en goederen is uitgezonderd van het verbod tot vestiging van detailhandel buiten de bestaande centra, maar detailhandel in alle overige branches en goederen niet. Aangenomen mag immers worden dat de verkoop van goederen die in aard en omvang vergelijkbaar zijn met de opgesomde goederen geen wezenlijk andere effecten zal hebben op de stadscentra dan de verkoop van de opgesomde goederen.*

aan de hand van een analyse van specifieke gegevens en mag niet zonder meer worden uitgegaan van algemene gegevens of tendensen.⁶ Tenzij deze dwingende reden zich niet laat kwantificeren.⁷

In casu is, voor zover een dwingende reden van algemeen belang ten grondslag ligt aan de beperking van de openingstijden, de beperking in de verordening willekeurig toegepast. Als gevolg hiervan is de wijze waarop de verordening nu uitwerkt, in strijd met de vereiste evenredigheid.

Tussenconclusie Dienstenrichtlijn

Het in de verordening gemaakte onderscheid berust niet kenbaar op een dwingende reden van algemeen belang. Evenmin blijkt dat de vermeende doelstelling ook daadwerkelijk op samenhangende wijze wordt nagestreefd. Sterker, uit het willekeurig gemaakte onderscheid volgt juist het ontbreken van de vereiste samenhang. Omdat een kenbare dwingende reden van algemeen belang ontbreekt en het doel niet op samenhangende wijze wordt nagestreefd, is de verordening in strijd met de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn.

Evenredigheidsbeginsel

Naar het oordeel van cliënte is een weigering om ontheffing te verlenen in strijd met het nationaalrechtelijk evenredigheidsbeginsel, zoals bedoeld in artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Zolang de vrijstellingsregeling uit de verordening niet is aangepast, is het verlenen van een ontheffing immers de enige manier om te bewerkstelligen dat het onrechtmatige onderscheid uit de verordening wordt opgeheven.

Voor zover het college van oordeel mocht zijn dat zich een weigeringsgrond voordoet, wijst cliënte op het volgende. Uit de uitspraak van 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828, volgt dat wettelijke bepalingen buiten toepassing dienen te blijven indien een weigeringsbesluit onevenredig nadelige gevolgen heeft. In dit verband wordt er tevens op gewezen dat de toetsingsintensiteit niet langer

⁶ ABRvS 28 september 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2939: *De raad had bijvoorbeeld resultaten van onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek, voor zover deze onderzoeken toepasbaar zijn op de specifieke situatie in Appingedam, in ogenschouw kunnen nemen. Daarbij had de raad rekening kunnen houden met beschikbare (onderzoeks)gegevens over de effecten van detailhandelsbeleid in krimpregio's, zoals de regio waarin Appingedam is gelegen, en – indien voorhanden – meer in het bijzonder de effecten van branchering in dergelijke regio's. De raad heeft dit echter nagelaten. Aldus ontbreekt een analyse van de geschiktheid van de door de raad genomen maatregel en ontbreken specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel*

⁷ Zie voetnoot 3: *In die gevallen waarin sprake is van niet te kwantificeren beperkingen weliswaar geldt dat het Hof ter invulling van het vereiste van een analyse met specifieke gegevens een onderbouwing verlangt maar dat behoeft niet in alle gevallen te geschieden door te kwantificeren onderzoeksgegevens [...] De analyse en specifieke gegevens dienen dan afgestemd te zijn op de aard van de betrokken beperking*

slechts de oude willekeurtoets betreft.⁸ Het weigeren van de ontheffing is in dit geval evident onevenredig, omdat daarmee het onrechtmatige onderscheid blijft voortduren.

Gelet op het vorenstaande dient het college de verordening zo uit te leggen dat daarin een grondslag aanwezig is om de strijd met de Dienstenrichtlijn op te heffen. Laat het college dat na, dan zal het weigeringsbesluit in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel.

Aansprakelijkheid

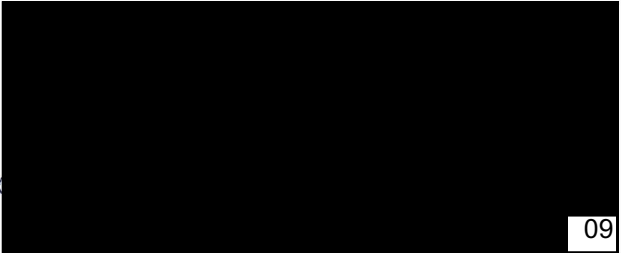
Cliënte concludeert dat vaststaat dat door de gemeente wetgeving is uitgevaardigd die in strijd is met hogere regelgeving. De verordening is daarmee onrechtmatig. Dit volgt onder meer uit het arrest Staat/Van Gelder.⁹ Voorts volgt uit de rechtspraak dat iedere dag dat de onrechtmatige wetgeving in stand blijft, een nieuwe onrechtmatige daad oplevert.¹⁰

Cliënte houdt de gemeente aansprakelijk voor alle schade die zij rechtstreeks of indirect leidt als gevolg van het in stand houden van onrechtmatige wetgeving, en behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor om deze schade op de gemeente te verhalen.

Verzoek

Namens cliënte verzoek ik u om een ontheffing van de Winkeltijdenwet om voor onbepaalde tijd op zondagen van 8.00 tot 22.00 uur geopend te mogen zijn.

Dank ik u voor de door u hieraan bestede tijd.


09

Advocaat

Een afschrift van deze brief is tevens verzonden aan de griffie van de gemeenteraad

⁸ AbRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468: *De intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bepaald door onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn. Deze factoren maken een glijdende schaal van toetsingsintensiteit noodzakelijk.*

⁹ HR, 9 mei 1986, NJ 1987/252 m.nt. M. Scheltema.

¹⁰ HR, 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677.

Avolve Software (LCT)

2nd & 3rd Floors, Northgate House
Upper Borough Walls
Bath, BA1 1RG, UK



Redaction Report

Document Filename : 20231215 - Aanvraag ontheffing winkeltijdenwet - St.pdf

Redactions