

Vergaderjaar 2008–2009

31 728

Wijziging van de Winkeltijdenwet met het oog op inkadering van de bevoegdheid om vrijstelling te verlenen of een ontheffingsbevoegdheid toe te kennen in verband met de toeristische aantrekkingskracht van een gemeente

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 19 mei 2008 en het nader rapport d.d. 30 september 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 21 april 2008, no. 08001188, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Winkeltijdenwet met het oog op inkadering van de bevoegdheid om vrijstelling te verlenen of een ontheffingsbevoegdheid toe te kennen in verband met de toeristische aantrekkingskracht van een gemeente, met memorie van toelichting.

Met de voorgestelde wijziging van de Winkeltijdenwet (Wtw) wordt uitvoering gegeven aan het in het Coalitieakkoord opgenomen voornemen om oneigenlijk gebruik tegen te gaan van artikel 3, derde lid, aanhef en onder a, Wtw, de zogenoemde toerismebepaling. Dit gebeurt door de bevoegdheid tot het gebruik van deze bepaling in te kaderen en door een drietal belangen te benoemen die de gemeenteraad in elk geval moet betrekken bij zijn besluit tot het toepassen van de toerismebepaling. Verder wordt voorzien in de bevoegdheid van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ook wanneer het gaat om besluiten van de gemeenteraad inzake de toerismebepaling die moeten worden aangemerkt als inhoudende een algemeen verbindend voorschrift.

De Raad van State maakt opmerkingen over de probleemstelling en noodzaak van het voorstel, over de voorgestelde aanpassingen van artikel 3 Wtw en over het toezicht op het gebruik van de toerismebepaling. Hij is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.²

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Op 14 februari 2007 heeft de Raad advies (W10.06 0564/II) uitgebracht over het initiatiefvoorstel van de leden Van der Vlies en Gesthuizen tot verduidelijking (en aanscherping) van de toerismebepaling in de Winkeltijdenwet. Openbaarmaking van dat advies wacht op het uitbrengen van de reactie van de indieners.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 21 april 2008, nr. 08001188, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 mei 2008, nr. W10.080141/III, bied ik U hierbij aan.

1. Probleemstelling; noodzaak

a. Het gebruik van de toerismebepaling

Het voorstel vindt zijn redengeving in de opvatting dat sprake is van oneigenlijk gebruik van de toerismebepaling. In de memorie van toelichting

wordt gesteld dat er een toename is van het aantal gemeenten dat deze bepaling benut. Verder wordt daar opgemerkt dat de indruk bestaat dat gemeenten deze bepaling steeds ruimer uitleggen. Met het voorstel wordt daarom beoogd gemeenten meer terughoudendheid te laten betrachten bij het toestaan van winkelopening op zondag vanwege de mogelijk negatieve effecten op de directe omgeving van de winkels.

De toelichting¹ bevat enig cijfermateriaal; deze cijfers betreffen de situatie in april 2007. Uit het cijfermateriaal blijkt dat 15 gemeenten (slechts 3% van het totaal) het meest ruime gebruik maken van de toerismebepaling, door winkelopening toe te laten op elke zondag in de gehele gemeente. De brief van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 5 oktober 2007² bevat in de bijlage een overzicht van, onder meer, deze 15 gemeenten. Naast grote(re) gemeenten als Den Haag, Almere en Delft betreft het verder kleine(re) gemeenten met een duidelijke toeristische functie, en voor ongeveer de helft gelegen in de grensstreek.³

Verder staan, blijkens de toelichting, 18 gemeenten winkelopening toe op elke zondag, maar in een afgebakend toeristisch gebied, terwijl 22 gemeenten winkelopening toestaan op meer dan 12 zondagen gedurende een afgebakend toeristisch seizoen en vaak ook in een afgebakend toeristisch gebied. Tenslotte zijn er 92 gemeenten die de toerismebepaling gebruiken om heel specifieke, toerisme gerelateerde winkelopening op zondag toe te staan (zoals voor souvenirwinkels, of voor winkels op campings of bungalowparken).

Dit cijfermateriaal betreft de situatie in april 2007, en bevat daarmee naar het oordeel van de Raad niet een onderbouwing van de in de toelichting gestelde groei van het gebruik van de toerismebepaling. Overigens, indien deze toename zich zou hebben voorgedaan, behoeft dat feit op zichzelf nog geen reden te geven voor aanpassing van de wet die het gebruik mogelijk maakt. Ook de in de toelichting bedoelde indruk dat sprake is van een steeds ruimere uitleg van de toerismebepaling, en daarmee van het gestelde oneigenlijke gebruik, vindt in de toelichting geen herkenbare onderbouwing. Voor zover deze bepaling al ruimer zou worden geïnterpreteerd dan overeenkomt met de Wtw, lijkt dat zich hooguit voor te doen in een incidenteel geval. Meer in het bijzonder zou van zo'n geval sprake kunnen zijn binnen de hiervoor genoemde categorie van 15 gemeenten. Immers, in de andere drie hiervoor genoemde categorieën lijkt sprake te zijn van voldoende specificiteit in verband met gebruik in verband met toerisme. In de toelichting wordt evenmin de stelling onderbouwd dat gemeenten onvoldoende oog zouden hebben voor de mogelijke negatieve effecten van winkelopening op zondag op de directe omgeving van de winkels. Daartoe zou immers inzicht moeten zijn gegeven in de toelichting bij de desbetreffende raadsbesluiten. Overigens blijkt uit de memorie van toelichting evenmin van dergelijke negatieve effecten.

Een belangrijk aspect van het gebruik van de toerismebepaling betreft de zondagsrust. Dienaangaande vermeldt een evaluatie van de Wtw van begin 2006 dat de stelling «ik vind het vervelend wanneer winkels op zondag open zijn, omdat het in strijd is met mijn geloof» door 7% van de consumenten wordt bevestigd.⁴ Het evaluatierapport bevat ook overigens niet een directe aanknopingspunt voor de in de toelichting gestelde problematiek.

De Raad adviseert gelet op het voorgaande de noodzaak tot de voorgestelde wijziging van de Wtw nader te bezien, dit in samenhang met de hierna, onder 2, geadviseerde heroverweging van de voorgestelde aanpassingen van artikel 3 Wtw, en bij handhaving van het voorstel deze noodzaak alsnog dragend te motiveren. Daarbij ware tevens aan te geven waarom incidentele gevallen waarin (mogelijk) sprake is geweest van besluitvorming op gespannen voet met de toerismebepaling in de Wtw voldoende redenen vormen voor aanpassing van deze wet, in plaats van eventueel ingrijpen via interbestuurlijk toezicht (zie daarover hierna, onder 3). Gelet op de afwijzende reactie van de VNG⁵ op het voornemen tot aanpassing van de Wtw ware tevens in te gaan op de vraag of verwacht mag worden dat zo'n aanpassing wel mag rekenen op voldoende draagvlak bij de gemeenten die het aangaat.

¹ Paragraaf 2.

² Kamerstukken II 2007/08, 31 200 XIII, nr. 3.

³ Overigens behoeft niet in al deze 15 gemeenten feitelijk sprake te zijn van winkelopening op alle zondagen. Zo wordt in Vlieland, één van de 15 gemeenten, zeer beperkt gebruik gemaakt van de openstelling op zondag.

⁴ Rapport Evaluatie Winkeltijdenwet, Den Haag, 27 januari 2006, blz. 38 (bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 30 800 XIII, nr. 8).

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 5.

b. De formulering van de toerismebepaling

Blijkens de toelichting zouden er signalen zijn dat meer duidelijkheid gewenst is over de toerismebepaling. Daartoe wordt onder meer verwezen naar het al genoemde evaluatierapport uit 2006. In dit rapport¹ wordt opgemerkt dat 16% van de gemeenten vindt dat de toepassingscriteria onvoldoende helder zijn, terwijl van de gemeenten die een toeristisch regime toepassen 25% de criteria niet helder vindt. Het evaluatierapport maakt echter niet duidelijk in welke context de desbetreffende vraag is gesteld. Niet valt uit te sluiten dat met name het laatste percentage mede verband houdt met de wens – die ook in de evaluatie naar voren komt – tot een ruimere openstelling op zondag, en in verband daarmee met de behoefte te weten hoe scherp juist op dat punt de grenzen zijn van de toerismebepaling.

Verder verwijst de toelichting naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 26 september 2007.² Uit de uitvoerige analyse in deze uitspraak van de wetsgeschiedenis van artikel 3, derde lid, onder a, Wtw leidt de toelichting af dat de toerismebepaling zelf weinig helder is. Naar het de Raad voorkomt, behoeft een uitgebreide behandeling van de wetsgeschiedenis in een rechterlijke uitspraak echter niet te leiden tot de conclusie dat de bewuste bepaling op zichzelf weinig helder is. Deze bepaling geeft de gemeenteraad een zekere vrijheid; de wetsgeschiedenis biedt aanknopingspunten voor het bepalen en gebruiken van de grenzen van deze vrijheid.

De Raad adviseert in de toelichting nader te onderbouwen waarom de vigerende tekst van artikel 3, derde lid, onder a, Wtw, gezien in samenhang met de wetsgeschiedenis, onvoldoende houvast biedt. Daarbij ware te betrekken of, voor zover meer duidelijkheid wenselijk is te achten, daarin niet zeer wel kan worden voorzien door het uitgeven aan de gemeenten van een informatieve brochure.

1a. De Raad van State stelt dat het gepresenteerde cijfermateriaal onvoldoende steun geeft voor de opvatting dat de toerismebepaling steeds vaker en ruimer wordt toegepast. Het in de memorie van toelichting en in mijn brief van 5 oktober 2007 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2007/08, 31 200 XIII, nr. 3) gebruikte cijfermateriaal illustreert de schaal waarop de toerismebepaling wordt benut. De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Raad aangevuld met cijfermateriaal uit andere onderzoeken waaruit blijkt dat de toerismebepaling steeds vaker wordt benut. Deze cijfers waren oorspronkelijk niet opgenomen, omdat de gebruikte onderzoeksmethoden verschillen waardoor de cijfers niet rechtstreeks vergelijkbaar zijn. De onderzoeken geven wel onmiskenbaar een trend te zien in de richting van een sterke toename van winkelopening op zondag in de laatste tien jaren. De toepassing van de toerismebepaling door gemeenten blijft in het algemeen binnen de grenzen van de wet, zoals die thans luidt. In juridische zin vormt «oneigenlijk» gebruik daarmee niet de aanleiding tot de wetswijziging. Wel rijst de vraag of de wetgever destijds een toepassing van deze bevoegdheid voor ogen heeft gestaan, zoals die zich nadien in de praktijk heeft ontwikkeld. Het kabinet ziet het als zijn verantwoordelijkheid de afweging over winkelopening op zondag in een breder perspectief te brengen, om immateriële belangen een volwaardige plaats te geven naast de «harde» economische belangen. Uit bestudering van toelichtingen op verschillende winkeltijdenverordeningen is gebleken dat de belangenafweging nauwelijks weerslag heeft op papier. Het advies van de Raad heeft aanleiding gegeven de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

De Raad verwijst tevens naar het evaluatierapport uit 2006, waaruit blijkt dat 7 procent van de consumenten het om geloofsredenen vervelend vindt dat winkels op zondag open zijn. De behoefte aan zondagsrust wordt echter niet uitsluitend door een religieuze achtergrond verklaard. Er zijn meer mensen die behoefte hebben aan een maatschappelijk rustpunt in de week. De Raad vraagt ten slotte aandacht voor het draagvlak van het voorstel onder gemeenten. Uit de reactie van de VNG blijkt dat de VNG de voorkeur geeft aan het schrappen van de toerismebepaling en volledige decentrale vrijheid waar het winkelopening op zondag betreft. Deze reactie is voorspelbaar in de zin dat een inkadering van bevoegdheden vrij zelden op een positieve reactie bij degene

¹ Rapport Evaluatie Winkeltijdenwet, blz. 77.

² Het gaat hier om één uitspraak van de voorzieningenrechter. Andere rechterlijke uitspraken, in een hoofdzaak, noemt de toelichting niet.

wiens bevoegdheid het betreft, kan rekenen. Bij het opstellen van het wetsvoorstel is echter met de belangen van gemeenten wel degelijk rekening gehouden. Het wetsvoorstel beoogt niet de uitoefening van de bevoegdheid te centraliseren, maar alleen het speelveld voor de uitoefening van de bevoegdheid in het algemeen nader in te kaderen en enige extra zorgvuldigheidseisen te stellen aan de uitoefening van de bevoegdheid. De bevoegdheden blijven decentraal belegd. Ook wordt de uitoefening van de bevoegdheid niet onderworpen aan een specifieke vorm van – preventief of repressief – centraal toezicht. Ten aanzien van het eventueel ingrijpen via interbestuurlijk toezicht waaraan de Raad van State refereert, verwijs ik naar mijn reactie onder punt 3 van dit rapport.

1b. Ik merk op dat met de voorgestelde wijziging van artikel 3 niet alleen beoogd is de toerismebevoegdheid te verduidelijken, maar ook om deze bevoegdheid nader in te kaderen, in die zin dat aan de uitoefening ervan extra inhoudelijke en procedurele eisen worden gesteld. Dit betreft materiële wijzigingen van de wet (zie hieronder onder 2a). Reeds hierom kan niet worden volstaan met een brochure. Overigens blijf ik van mening dat wel degelijk behoefte bestaat aan verduidelijking van artikel 3, derde lid, aanhef en onder a. Uit het door de Raad aangehaalde Evaluatierapport uit 2006 blijkt dat een aanmerkelijk aantal gemeenten (16% van alle gemeenten en 25% van de gemeenten met een toeristisch regime) de criteria onhelder vindt. Hoewel inderdaad niet uit te sluiten is dat deze reactie mede ingegeven kan zijn door de wens ruimere bevoegdheden tot het toestaan van zondagopening te krijgen, blijft staan dat een verduidelijking een gepast antwoord is op de onhelderheid. Ook het gegeven dat de toepassing van de toerismebepaling aanleiding heeft gegeven tot rechterlijke procedures is een indicatie dat de bepaling als zodanig onduidelijk is. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de memorie van toelichting op dit punt uitgebreid.

2. De voorgestelde aanpassingen van artikel 3 Wtw

a. Bevoegdheid tot toepassing

Het voorstel voorziet in het aanvullen van het criterium voor het gebruik van de bevoegdheid tot gebruik van de toerismebepaling. Daartoe wordt de huidige tekst van artikel 3, derde lid, aanhef en onder a, Wtw na het woord toerisme aangevuld met de woorden «met een substantiële omvang». De toelichting¹ noemt een aantal omstandigheden die de gemeenteraad bij zijn beoordeling op dit punt kan betrekken.

De Raad is er niet direct van overtuigd dat de vereiste duidelijkheid noopt tot deze aanvulling. Ook al in de vigerende tekst geldt immers de eis dat de aantrekkingskracht voor toerisme geheel of nagenoeg geheel is gelegen buiten de verkoopactiviteiten bij een eventuele openstelling op zondagen (de zogenoemde autonome betekenis van de toeristische aantrekkingskracht van de gemeente). Naar het de Raad voorkomt, is daarin voldoende besloten dat het toerisme zodanig een eigen gewicht en betekenis moet hebben dat daarin voldoende grond kan worden gevonden om de toerismebepaling toe te passen. Tegen die achtergrond rijst de vraag of de bedoelde aanvulling wel kan worden verstaan als een verduidelijking, of dat zij het oog heeft op een aanscherping van de betreffende bevoegdheid, en of aldus niet is beoogd het gebruik in te perken op een wijze die verder gaat dan destijds, bij de totstandkoming van de Wtw, is beoogd. Mocht dat laatste zijn beoogd, dan zou de toelichting dat duidelijk moeten maken, en motiveren.

De Raad adviseert het voorstel op dit punt nader te bezien in het licht van het voorgaande, en mede gelet op wat hierna, onder c, zal worden opgemerkt over de decentralisatie.

b. Belangenafweging

De Wtw is destijds, in 1996, tot stand gekomen als een compromis tussen tegengestelde belangen. Die tegenstellingen zijn niet verdwenen: ook nu nog bestaan grote verschillen in opvatting.² Aan de ene kant staat het hechten aan de waarde van één dag rust in de week, om religieuze redenen (vanuit de christelijke geloofsovertuiging geldt vanouds de zondag als die rustdag) of uit een oogpunt van aanvaardbare arbeidstijden voor winkelpersoneel, dan wel

¹ Paragraaf 4.1.

² Het slot van paragraaf 5 van de toelichting concludeert zelfs dat de standpunten onverenigbaar lijken.

van het voorkomen van negatieve effecten (door concurrentie door grootwinkelbedrijven) voor met name kleinere winkeliers. Daar tegenover staan economische motieven en belangen, als omzet en werkgelegenheid, die kunnen worden gediend met een openstelling met zo min mogelijk restricties, alsmede sociaal-culturele factoren en ontwikkelingen, zoals verschuivingen, ook sinds 1996, in arbeid- en leefpatronen die de behoefte hebben doen ontstaan en toenemen aan ruime(re) openstelling van winkels, ook in het weekend¹, en het in verband daarmee afwijzen van regelgeving die in deze tijd wordt ervaren als een onnodige beperking van de keuzevrijheid van de burger als consument.

De Wtw kent met het verbod dat is neergelegd in artikel 2 als uitgangspunt de sluiting van winkels op zondagen.² Artikel 3 geeft onder meer in het derde lid, aanhef en onder a, de mogelijkheid tot het maken van een uitzondering op deze hoofdregel. De gemeenteraad zal, indien hij wil overgaan tot het gebruik van deze mogelijkheid als zodanig, en vervolgens bij de specifieke invulling daarvan, zich rekenschap moeten geven van belangen als hiervoor aangeduid, en deze belangen moeten wegen, tegen de achtergrond van het uitgangspunt van de wet dat winkelsluiting op zondag regel is, en binnen de in artikel 3, derde lid, aanhef en onder a, neergelegde begrenzing van het gebruik van deze uitzonderingsbepaling.

Het voorstel voorziet in aanvulling van artikel 3 met een nieuw zesde lid, dat een drietal belangen noemt die de gemeenteraad moet betrekken bij zijn besluitvorming over het gebruik van de toerismebepaling. De toelichting³ motiveert dit nieuwe zesde lid van artikel 3 door als doel te stellen het waarborgen van de weging van althans de drie in dat zesde lid opgenomen belangen. De voorgestelde opsomming is uitdrukkelijk niet uitputtend. Dit roept de vraag op waarom juist de voorziene drie belangen zijn opgenomen: worden zij geacht zwaarder te wegen dan andere in deze evenzeer relevante belangen, zoals het belang van de burger als consument? Moet uit de volgorde een rangorde worden afgeleid?

De Raad adviseert het voorstel op dit punt nader te bezien in het licht van het voorgaande, en mede gelet op wat hierna, onder c, zal worden opgemerkt over de decentralisatie. Daarbij ware tevens aan te geven waarom artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) – met de eis van belangenafweging en evenredigheid – in deze niet een toereikende waarborg is geacht.

c. Decentralisatie

Blijkens de toelichting⁴ wordt bewust gekozen voor voortzetting van de decentrale uitvoering van de Wtw. Daarmee ligt de verantwoordelijkheid op dit punt voor alles bij de gemeenteraad. Al in de toelichting bij de Wtw werd destijds de wenselijkheid benadrukt om de weging tussen de diverse belangen als het gaat om zondagopenstelling zoveel mogelijk op decentraal niveau neer te leggen; op dit niveau kan het beste de balans worden gevonden tussen enerzijds de behoefte aan een gemeenschappelijk rustpunt in de week en anderzijds de (recreatieve) winkelbehoefte.⁵ De Raad wijst in dit verband ook op het breed gedragen uitgangspunt van wetgeving dat taken en bevoegdheden op decentraal niveau – in dit geval bij de gemeentebesturen – dienen te worden gelegd, tenzij het onderwerp van zorg daar niet op doelmatige en doeltreffende wijze kan worden behartigd.⁶

De kanttekeningen die de Raad heeft geplaatst bij de beide hiervoor, onder a en b, genoemde aanvullingen van artikel 3 Wtw moeten mede worden bezien in verband met dit uitgangspunt van decentralisatie. Naar het de Raad voorkomt, biedt de vigerende tekst van artikel 3 Wtw voldoende houvast. Hij is ook daarom van oordeel dat het zonder problemen aan de gemeenteraad, als democratisch gekozen orgaan, kan worden overgelaten om door maatwerk, met de daarbij behorende belangenafweging, voor zijn gemeente invulling te geven aan het toerismecriterium.

Het voorstel bevat ook een uitgebreid nieuw zevende lid van artikel 3 Wtw. Daarin wordt de gemeenteraad opgedragen zijn besluit tot het toepassen van de toerismebepaling te voorzien van een toelichting. Deze toelichting moet een

¹ Deze behoefte kan zich mede voordoen als een effect van de in het Coalitieakkoord neergelegde ambitie tot vergroting van de arbeidsparticipatie. Immers, deze kan leiden tot toename van de druk op de tijd van betrokkenen die beschikbaar is voor privé-activiteiten, waaronder winkelen.

² Evenals op een aantal andere in artikel 2 genoemde dagen.

³ Paragraaf 4.2.

⁴ Paragraaf 4.

⁵ Kamerstukken II, 1994/95, 24 226, nr. 3, blz. 16.

⁶ Zie in dit verband artikel 117, tweede lid, Gemeentewet, alsmede de Code Interbestuurlijke Verhoudingen.

motivering bevatten voor het gebruik van de bewuste bevoegdheid, en inzicht geven in de gemaakte belangenafweging. Het voorstel bepaalt dat deze motiveringsplicht geldt onverminderd de artikelen 3:46 en 3:47 Awb.

De Raad is van oordeel dat gegeven de aangehaalde bepalingen van de Awb geen noodzaak bestaat tot het voorgestelde zevende lid. Daar komt, gegeven het uitgangspunt van decentralisatie, bij dat het voorstel op dit punt voorbij gaat aan het in de gemeenteraad te stellen vertrouwen dat hij zal komen tot een goede belangenafweging ook als de wet niet expliciet bepaalde belangen benoemt, en niet een specifieke opdracht geeft tot belangenafweging en tot verantwoording daarvoor. De toelichting geeft geen indicatie van ervaringen die maken dat dit vertrouwen niet gerechtvaardigd zou zijn, zodat er reden is voor een vergaand voorschrift als het voorgestelde zevende lid van artikel 3 Wtw.

De Raad adviseert de voorgestelde aanpassingen van artikel 3 in het licht van het voorgaande te heroverwegen.

2a. De voorgestelde wijziging van artikel 3, derde lid, onder a, voegt een nieuwe eis toe, namelijk dat het moet gaan om toerisme met een substantiële omvang. Dit betreft een uitwerking van het in voornoemde brief van 5 oktober 2007 aangekondigde voornemen in de toerisembepaling een kwalitatieve drempel op te nemen. Dit is een nadere inkadering van de toeristische vrijstellingsbevoegdheid, zoals die sedert de inwerkingtreding van die wet in 1996 in de praktijk wordt toegepast. Er is dus niet slechts sprake van een verduidelijking, maar ook van een aanscherping, in die zin dat de grenzen van de bepaling enigszins worden ingeperkt. De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies aangepast, in die zin dat dit doel van het wetsvoorstel explicieter tot uiting komt.

2b. Het voorgestelde artikel 3, zesde lid, beoogt te waarborgen dat drie belangen die naar hun aard betrokken zijn bij de besluitvorming over winkeltijden in verband met het toerisme binnen een gemeente een volwaardige plaats in de besluitvorming krijgen. Deze bepaling beoogt geen afbreuk te doen aan de algemene eisen ten aanzien van zorgvuldige en redelijke belangenafweging, zoals die voortvloeien uit de Awb, in het bijzonder uit artikel 3:4 van die wet. Integendeel, het beoogt die algemene geldende eisen voor dit geval nader te specificeren. Het gaat om belangen die naar hun aard bij een besluit tot toepassing van de toerisembepaling betrokken zijn: enerzijds de economische belangen, zoals economische bedrijvigheid en werkgelegenheid, en anderzijds meer immateriële «omgevingsbelangen», zoals zondagsrust, leefbaarheid, veiligheid en openbare orde. Hierbij teken ik aan dat juist laatstgenoemde belangen, zeker als zij niet uitdrukkelijk benoemd worden, «kwetsbaar» zijn en vaak het onderspit zullen delven tegenover «harde» economische belangen. De voorgestelde bepaling beoogt evenmin aan bovengenoemde belangen op voorhand een bijzonder gewicht of voorrang toe te kennen, maar te waarborgen dat in ieder geval deze belangen uitdrukkelijk in de afweging worden betrokken. De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Raad aangevuld.

2c. De Raad brengt diverse malen de spanning tussen het wetsvoorstel en het uitgangspunt «decentraal wat kan» naar voren. Naar mijn mening is van spanning tussen beide geen sprake. In de praktijk is de afgelopen tien jaar gebleken dat de traditionele terughoudendheid met betrekking tot winkelopening op zondag, die onder andere belangen als zondagsrust en leefbaarheid ten goede kwam, is afgenomen. Daarom is de behoefte ontstaan ze explicieter in de wet op te nemen. Evenals de Raad hecht ik zeer aan decentrale uitvoering van de toeristische vrijstellingsbevoegdheid op grond van artikel 3 van de Winkeltijdenwet. Dit is de reden dat deze bevoegdheid op gemeentelijk niveau gehandhaafd blijft en dat de uitoefening van deze bevoegdheid niet wordt onderworpen aan specifiek – preventief of repressief – centraal toezicht. Dit is ook in lijn met het kabinetsstandpunt over het rapport «Van specifiek naar generiek» van de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen (Kamerstukken II 2007/08 31200VII, nr. 61). Met betrekking tot de stelling dat voor het voorgestelde artikel 3, zevende lid, geen noodzaak zou bestaan, merk ik het volgende op. Ten eerste is mogelijk dat (onderdelen van) toeristische vrijstellingsbesluiten algemeen verbindende

voorschriften behelzen. De algemene motiveringseisen ten aanzien van besluiten (artikelen 3:46 en 3:47 Awb) zijn in dat geval niet van toepassing op die onderdelen van deze besluiten (artikel 3:1, eerste lid, onder b, Awb). De specifieke eisen die in artikel 3, zevende lid, worden voorgesteld stellen buiten twiifel dat deze besluiten, ook voor zover zij algemeen verbindende voorschriften bevatten, van een kenbare en draagkrachtige motivering moeten zijn voorzien. Naast deze meer juridisch-technische redenen, merk ik op dat ik, naar aanleiding van het advies van de Raad van State de toelichtingen op de toerismebepaling in de winkeltijdenverordeningen van tien van de 33 gemeenten met winkelopening op 52 zondagen per jaar heb bestudeerd. De uitkomst hiervan was dat die toelichtingen in het algemeen summier zijn en zich beperken tot de «blote» constatering dat wordt voldaan aan het wettelijke criterium dat sprake is van autonoom toerisme in de gemeente. Daargelaten of dit al dan niet daadwerkelijk is gedaan, geven deze toelichtingen er geen blijk van dat een ruimere afweging is verricht, waarbij ook andere, meer immateriële, belangen een (volwaardige) plaats hebben gehad. Het voorgestelde artikel 3, zevende lid, heeft dan ook zeker een toegevoegde waarde. Het advies van de Raad heeft wel aanleiding gegeven de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

3. Toezicht

Het voorstel voorziet in een nieuw tweede lid van artikel 10 Wtw. Daarmee wordt beoogd zeker te stellen dat ook als een besluit van de gemeenteraad moet worden aangemerkt als houdende algemeen verbindende voorschriften, daartegen beroep open staat op het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In zoverre vormt het voorstel een afwijking van artikel 8:2, onder a, Awb, dat beroep op de bestuursrechter tegen een besluit houdende algemeen verbindende voorschriften uitsluit. De toelichting¹ motiveert het voorstel op dit punt met de behoefte aan een juridische toets op alle gemeentelijke besluiten betreffende de toepassing van de toerismebepaling.

De Raad is van oordeel dat daarmee de inbreuk op de Awb onvoldoende wordt gemotiveerd. Een toets zoals voorgesteld van de bestuursrechter op het gebruik van de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften betekent dat de bestuursrechter het erf van de – in dit geval decentrale – wetgever betreedt. De Raad meent dat daarvoor in dit geval geen dwingende reden bestaat. Hij wijst er verder op dat het kabinet in het kader van de evaluatie van de Awb het standpunt heeft ingenomen dat een doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter is te verwachten als de mogelijkheden voor de rechter om regelgeving te toetsen worden verruimd, en dat de controle op deze regelgeving in de eerste plaats dient toe te komen aan vertegenwoordigende lichamen.²

De Raad vestigt er de aandacht op dat een besluit van een gemeenteraad dat in strijd is met voorschriften in de Wtw kan worden voorgedragen voor vernietiging, op die grond, door de Kroon. Het bestaan en waar nodig toepassing van deze generieke toezichtbevoegdheid in de interbestuurlijke verhoudingen biedt naar zijn oordeel voldoende mogelijkheid en waarborg voor het aanpakken van gebruik van de toerismebepaling in strijd met de Wtw, mocht daar in een incidenteel geval voldoende aanleiding voor worden gezien. Overigens ziet de Raad ook daarom geen goede reden voor aanpassingen van artikel 3 Wtw zoals nu voorgesteld. De Raad adviseert het voorgestelde tweede lid van artikel 10 te schrappen.

3. Hoewel, overeenkomstig het door de Raad aangehaalde kabinetsstandpunt in het kader van evaluatie van de Awb (Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16), beroep bij een bestuursrechter tegen besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften in het algemeen onwenselijk is, is in dit geval een uitzondering op dit uitgangspunt gerechtvaardigd. Hiervoor kunnen de volgende, in onderlinge samenhang te lezen argumenten, worden genoemd: (a) het «hybride» karakter van de vrijstellingsbesluiten (deels concretiserend besluit van algemene strekking, deels algemeen verbindend voorschrift), (b) de rechtsgang mag niet afhangen van een min of meer toevallig gekozen juridische constructie in een gemeentelijke winkeltijdenverordening (vrijstelling of ontheffing) en (c) er kunnen categorieën van personen worden

¹ Paragraaf 4.4.

² Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16, blz. 13.

gespecificeerd die in verhouding tot anderen in zodanige mate in hun belangen kunnen worden geraakt dat zij een rechtens te respecteren belang hebben om die besluiten te kunnen laten toetsen (bijvoorbeeld winkeliers in de gemeente of de bewoners van het gebied waarvoor de vrijstelling zal gaan gelden). Van een verstoring van het evenwicht tussen de (decentrale) wetgever en de rechter is geen sprake. De toeristische vrijstellingsbesluiten hebben, zoals gezegd, een «hybride» karakter, waarbij het zwaartepunt meer op «concretisering», dan op «zelfstandige normstelling» ligt. Het voorstel past ook in de lijn in de rechtspraak, waarin sterk vergelijkbare vrijstellingsbesluiten, zoals de generieke «12 zondagen»-vrijstellingen (artikel 3, eerste lid, Winkel-tijdenwet) zijn gekwalificeerd als concretiserende besluiten van algemene strekking en dus als beroepbaar (vgl. Pres. CBb 30 september 1997, KG 1997, 324, Den Haag; CBb 6 oktober 2004, AB 2004, 448, IEA/Barendrecht; CBb 18 oktober 2006, nr. AWB 05/573 IEA/Barendrecht II). Het verschil tussen deze generieke vrijstellingsbesluiten en toeristische vrijstellingsbesluiten is slechts gradueel van aard. Voorts is in dit verband nog relevant dat het mogelijk is dat belanghebbenden door een toeristisch vrijstellingsbesluit worden geraakt in «burgerlijke rechten en plichten» in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Blijkens vaste jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens moet daartegen bij een onpartijdige en onafhankelijke rechter kunnen worden opgekomen (standaardarrest: EHRM 23 oktober 1985, AB 1986/1, Benthem/Nederland). Hoewel dat niet noodzakelijk de bestuursrechter hoeft te zijn, ligt in dit geval een bestuursrechtelijke rechtsgang in de rede. Immers, het gaat om geschillen die typisch bestuursrechtelijk van karakter zijn. Een bestuursrechtelijke rechtsgang is bovendien meer laagdrempelig en minder kostbaar dan een procedure bij de burgerlijke rechter.

De bestaande bevoegdheid van de Kroon tot spontane vernietiging is geen alternatief voor beroep bij een rechter. De bevoegdheid tot spontane vernietiging is een instrument van bestuurlijk toezicht, terwijl beroep bij de rechter individuele rechtsbescherming beoogt. Het eerdergenoemde «Beleidskader spontane vernietiging» (Kamerstukken II 2005/06, 30 300VII, nr. 75) geeft aan in welke gevallen dit instrument toepassing kan krijgen. Dit is met name het geval als door de uitoefening van een gemeentelijke bevoegdheid de constitutionele verhoudingen worden doorkruist. Daarvan zal niet snel sprake zijn bij de uitoefening door gemeenten van de vrijstellingsbevoegdheid ten aanzien van de winkeltijden op grond van de toerismebepaling. Dit wetsvoorstel laat de bevoegdheid tot spontane vernietiging onverlet. Gelet op het bovenstaande is het advies van de Raad het voorgestelde artikel 10, tweede lid, te schrappen niet overgenomen, wel is de memorie van toelichting op dit punt uitgebreid. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele redactionele aanpassingen in de voorgestelde bepaling aan te brengen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Economische Zaken,
M. J. A. van der Hoeven