



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: CBB 2011-04-21

Rijn Van Alkemade, J.M.J. van

Citation

Rijn Van Alkemade, J. M. J. van. (2011). Annotation: CBB 2011-04-21. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 29, 1065-1071. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17798>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17798>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

AB 2011/192

**COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET
BEDRIJFSLEVEN (MEERVOUDIGE KAMER)**

21 april 2011, nr. AWB 10/60

(Mrs. R.F.B. van Zutphen, M. Munsterman, H.S.J.
Albers)

m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade

Awb art. 6:18, 6:19

LJN BQ3751

**Schaarse ontheffing. Wijziging duur ontheffing
na einde looptijd. Besluit in de zin van art. 6:18
Awb.**

EM-TÉ heeft beroep ingesteld tegen het besluit van 8 december 2009 dat ziet op de verlening aan Super de Boer en Plus van een ontheffing tot 1 juli 2010. Nadien hebben burgemeester en wethouders twee besluiten genomen, ertoe strekkend om Super de

Boer en Plus nog eens voor een jaar ontheffing te verlenen. Burgemeester en wethouders hebben deze besluiten vorm gegeven als een wijziging van de eerste ontheffingen, waarbij zij de duur van de ontheffing hebben verlengd. Zij hebben de besluiten echter pas op 1 juli 2010 verzonden, dus nadat de termijn van de eerste ontheffingen was verstreken. Dit brengt mee dat deze besluiten geen wijzigingsbesluiten als bedoeld in art. 6:18 zijn zoals burgemeester en wethouders hebben betoogd. Het college is daarom van oordeel dat de besluiten die zijn verzonden op 1 juli 2010 zo moeten worden begrepen dat burgemeester en wethouders daarbij opnieuw voor de duur van één jaar ontheffing hebben verleend aan Super de Boer en Plus. Dit zijn dus nieuwe primaire besluiten waartegen apart rechtsmiddelen kunnen worden – en zo als ter zitting is gebleken ook zijn – aangewend. De rechtmatigheid van deze besluiten – en in dat kader ook de vraag of burgemeester en wethouders zijn afgeweken van de door henzelf gekozen verdelingsmethode – kan in deze procedure niet aan de orde komen. Ter beoordeling staat alleen het besluit van 8 december 2009.

EM-TÉ supermarkten B.V., (hierna: EM-TÉ), appellante, gemachtigde: mr. D. van Tilborg, advocaat te Breda, tegen burgemeester en wethouders van Uden (hierna: burgemeester en wethouders), verweerders, gemachtigde: mr. L.J. Gerritsen, advocaat te Nijmegen.

Aan het geding nemen tevens de volgende partijen deel:

1. Super de Boer A BV, (hierna: Super de Boer), gemachtigde: mr. A.C. Maas, werkzaam als jurist bij het hoofdkantoor van Super de Boer, en
2. Plus B-Uden B.V., (hierna: Plus), gemachtigde: B, bedrijfsleider bij Plus.

1. De procedure

Op 14 januari 2010 is bij het College binnengekomen een beroepschrift van EM-TÉ, gericht tegen een besluit van burgemeester en wethouders van 8 december 2009. Bij dit besluit hebben burgemeester en wethouders de bezwaren van EM-TÉ ongegrond verklaard, die waren gericht tegen de verlening aan Super de Boer en Plus van een ontheffing als bedoeld in artikel 3, vierde lid, van de Winkeltijdenwet.

Bij brief van 15 februari 2010 heeft EM-TÉ de gronden van het beroep ingediend.

Burgemeester en wethouders hebben verweer gevoerd.

Super de Boer en Plus hebben te kennen gegeven als partij aan het geding deel te willen nemen.

Van burgemeester en wethouders zijn door het College op 2 juli 2010 twee besluiten ontvangen, gedateerd 31 maart 2010 en 30 juni 2010. Deze besluiten zijn verzonden aan Super de Boer respectievelijk Plus B-Uden BV op 1 juli 2010.

Op 26 november 2010 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij zijn verschenen van de zijde van EM-TÉ haar gemachtigde en S.P.M. van Lieshout, van de zijde van burgemeester en wethouders de gemachtigde en mr. L. Opsteen, van de zijde van Super de Boer A, en van de zijde van Plus B.

2. De grondslag van het geschil

2.1. De Winkeltijdenwet luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

'Artikel 2

1. Het is verboden een winkel voor het publiek geopend te hebben:

- a. op zondag;
- b. op Nieuwjaarsdag, op Goede Vrijdag na 19 uur, op tweede Paasdag, op Hemelvaartsdag, op tweede Pinksterdag, op 24 december na 19 uur, op eerste en tweede Kerstdag en op 4 mei na 19 uur;
- c. op werkdagen voor 6 uur en na 22 uur.

(...)

Artikel 3

(...)

4. Voorts kan de gemeenteraad bij verordening aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid verlenen op een daartoe strekkende aanvraag en met inachtneming van de in die verordening gestelde regels ontheffing te verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder a en b, vervatte verboden, voor zover het winkels betreft die gesloten zijn op de in die verboden bedoelde dagen tussen 0 uur en 16 uur, en waar uitsluitend of hoofdzakelijk eeten drinkwaren plegen te worden verkocht met uitzondering van sterke drank als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet. (...)'

Tot 1 november 2009 gold in de gemeente Uden de Verordening winkeltijden gemeente Uden. Artikel 6 met als opschrift 'Openstelling van avondwinkels op zon- en feestdagen' luidde, voor zover hier van belang, als volgt:

'1. Het College van burgemeester en wethouders kan op aanvraag ontheffing verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder a en b van de wet vervatte verboden ten behoeve van winkels, die gesloten zijn op de in die verboden bedoelde zon- en feestdagen tussen 0.00 en 16.00 uur.

2. Het College van burgemeester en wethouders kan voor ten hoogste twee winkels ontheffing verlenen.

3. Aan de ontheffing worden de volgende voorschriften verbonden:

- a. het College van burgemeester en wethouders kan nadere beperkingen aan de openingstijden van de winkel verbinden;
- b. er dienen uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren te worden verkocht, met uitzondering van sterke drank als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet.

4. De ontheffing kan worden geweigerd indien de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel op ontoelaatbare wijze nadelig wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel.'

Per 1 november 2009 geldt in de gemeente Uden de Verordening winkeltijdenwet. Deze verordening luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

'Artikel 3.

1. Het College kan op aanvraag ontheffing verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder a en b, van de Wet vervatte verboden ten behoeve van winkels, die gesloten zijn op de in die verboden bedoelde zon- en feestdagen tussen 0.00 en 16.00 uur.

2. Op grond van het bepaalde in artikel 3, vierde lid, van de Wet kan het College voor ten hoogste één winkel per 15.000 inwoners ontheffing verlenen.

3. Een ontheffing als bedoeld in het eerste lid van dit artikel kan slechts worden verleend aan winkels waar uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren worden verkocht, met uitzondering van sterke drank als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet.

4. Het College kan aan de in het eerste lid van dit artikel bedoelde ontheffing nadere voorschriften dan wel beperkingen verbinden, waaronder in ieder beperkingen van de openingstijden van de winkel.

(...)

Artikel 6.

1. Het College kan op aanvraag ontheffing verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder b en c, van de Wet vervatte verboden, voor zover deze betrekking hebben op werkdagen.

2. (...)

2.2. Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

— Burgemeester en wethouders hebben aan Super de Boer en Plus vanaf 1 juli 2009 voor de duur

van één jaar ontheffing verleend als bedoeld in artikel 3, vierde lid, van de Winkeltijdenwet.

— Hiertegen heeft EM-TÉ bezwaar gemaakt. EM-TÉ heeft net als Super de Boer en Plus een supermarkt in Uden.

— Bij uitspraak van 10 september 2009 (nr. AWB 09/971 en 09/973, www.rechtspraak.nl, L/JN BJ7337) heeft de voorzieningenrechter het verzoek van EM-TÉ om een voorlopige voorziening afgewezen.

— Vervolgens hebben burgemeester en wethouders het in beroep bestreden besluit van 8 december 2009 genomen, waarbij zij voor de motivering hebben verwezen naar het advies van de Onafhankelijke commissie bezwaarschriften.

— Bij twee besluiten van 31 maart 2010 en 30 juni 2010, verzonden op 1 juli 2010, hebben burgemeester en wethouders besloten om de aan Super de Boer en Plus verleende ontheffingen zodanig te wijzigen dat deze ontheffingen worden verleend voor de duur van twee in plaats van één jaar, tot 1 juli 2011.

3. De standpunten van partijen

EM-TÉ heeft in beroep allereerst betoogd dat niet duidelijk is wat het dictum is van het besluit op bezwaar van 8 december 2009. Verder heeft EM-TÉ zich gericht tegen de verlening van ontheffingen aan Super de Boer en Plus. Zij heeft daartoe aangevoerd dat artikel 3, vierde lid, van de Winkeltijdenwet en artikel 6 van de Verordening winkeltijden gemeente Uden specifiek betrekking hebben op avondwinkels en dat Super de Boer en Plus niet als zodanig kunnen worden aangemerkt. Bovendien, zo heeft EM-TÉ gesteld, volgt uit deze bepalingen dat alleen ontheffing kan worden verleend als een supermarkt op zòn- en feestdagen tussen 0 en 16 uur gesloten is, terwijl onvoldoende duidelijk is of in dit geval daaraan wordt voldaan. Verder heeft EM-TÉ betwist dat Super de Boer en Plus uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren verkopen. Het door burgemeester en wethouders in dat verband toegepaste criterium van minimaal 70% van de omzet is volgens EM-TÉ niet het enige criterium; volgens haar hadden burgemeester en wethouders ook soorten en volumes bij hun beoordeling moeten betrekken. EM-TÉ heeft ook aangevoerd dat burgemeester en wethouders niet alleen Super de Boer en Plus, maar ook de andere supermarktondernemers in Uden in de gelegenheid hadden moeten stellen om mee te dingen naar de schaarse ontheffingen, dan wel hun belangen expliciet in de afweging moeten betrekken. Daarvoor wordt verwezen naar een uitspraak van het College van 3 juni 2009, L/JN BJ6466 (AB 2009/373; red.). Ter zitting heeft EM-TÉ daar nog het vol-

gende aan toegevoegd. Burgemeester en wethouders hebben nu met toepassing van artikel 6:18 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de duur van de verleende ontheffing verlengd. Zo'n ontheffing kan echter alleen worden verleend op aanvraag. Die ontbreekt in dit geval. Verder merkt EM-TÉ op dat er sprake is van een schaarse vergunning. Aan de eerdere besluitvorming heeft zij de verwachting ontleend dat de ontheffing voor slechts een jaar zou worden verleend waarna een nieuwe situatie zou ontstaan. Zij heeft burgemeester en wethouders ook laten weten dat zij vanaf 1 juli 2010 in aanmerking wil komen voor een ontheffing. En zij is niet de enige supermarkt die hiervoor in aanmerking wil komen. Onder deze omstandigheden mochten burgemeester en wethouders niet overgaan tot het verlengen van de ontheffing.

Burgemeester en wethouders hebben betoogd dat de strekking van het besluit op bezwaar van 8 december 2009 voor EM-TÉ duidelijk moet zijn geweest. Verder hebben zij aangevoerd dat de Winkeltijdenwet en de Verordening winkeltijden gemeente Uden niet in de weg staan aan verlening van ontheffing aan andere winkels dan avondwinkels. Burgemeester en wethouders hebben verder aangevoerd dat nu alleen ontheffing is verleend ten behoeve van openstelling op zondagen, en dus geen betrekking heeft op het verbod als bedoeld in artikel 2, lid 1 onder b van de Winkeltijdenwet; Super de Boer en Plus, gelet op artikel 3, lid 4 van de Winkeltijdenwet niet op deze feestdagen gesloten hoeven te zijn tussen 0.00 uur en 16.00 uur. Op zondagen zijn de twee supermarkten daadwerkelijk tot 16 uur gesloten. Ook het criterium dat een winkel uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren verkoopt, menen burgemeester en wethouders op juiste wijze te hebben toegepast. Anders dan EM-TÉ heeft gesteld, hebben burgemeester en wethouders andere supermarktondernemers in de gelegenheid gesteld om mee te dingen naar een ontheffing, nu alle supermarktondernemers gelijkkelijk onder de Verordening winkeltijden gemeente Uden een verzoek om ontheffing mochten indienen en burgemeester en wethouders de volgorde van binnenkomst als criterium voor toewijzing hebben gehanteerd. Ter zitting hebben burgemeester en wethouders daar nog het volgende aan toegevoegd. Met toepassing van artikel 6:18/6:19 Awb is de ontheffing zoals die is verleend aan Super de Boer en Plus gewijzigd in die zin dat de ontheffing voor de duur van twee in plaats van één jaar is verleend. Dit besluit is zorgvuldig voorbereid. Naar aanleiding van een evaluatie is geconstateerd dat er geen overlast wordt ervaren en een voortzetting van de openstelling gewenst

is. Op grond hiervan mochten zij de ontheffingen wijzigen, aldus burgemeester en wethouders.

Super de Boer en Plus hebben zich in grote lijnen aangesloten bij het standpunt van burgemeester en wethouders.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. De omvang van het geschil

EM-TÉ heeft beroep ingesteld tegen het besluit van 8 december 2009 dat ziet op de verlening aan Super de Boer en Plus van een ontheffing tot 1 juli 2010. Nadien hebben burgemeester en wethouders twee besluiten genomen, ertoe strekkend om Super de Boer en Plus nog eens voor een jaar ontheffing te verlenen. Burgemeester en wethouders hebben deze besluiten vorm gegeven als een wijziging van de eerste ontheffingen, waarbij zij de duur van de ontheffing hebben verlengd. Zij hebben de besluiten echter pas op 1 juli 2010 verzonden, dus nadat de termijn van de eerste ontheffingen was verstreken. Dit brengt mee dat deze besluiten geen wijzigingsbesluiten als bedoeld in artikel 6:18 zijn zoals burgemeester en wethouders hebben betoogd. Het College is daarom van oordeel dat de besluiten die zijn verzonden op 1 juli 2010 zo moeten worden begrepen dat burgemeester en wethouders daarbij opnieuw voor de duur van één jaar ontheffing hebben verleend aan Super de Boer en Plus. Dit zijn dus nieuwe primaire besluiten waartegen apart rechtsmiddelen kunnen worden – en zo als ter zitting is gebleken ook zijn – aangewend. De rechtmatigheid van deze besluiten – en in dat kader ook de vraag of burgemeester en wethouders zijn afgeweken van de door henzelf gekozen verdelingsmethode – kan in deze procedure niet aan de orde komen. Ter beoordeling staat alleen het besluit van 8 december 2009.

4.2. Het dictum van het besluit van 8 december 2009

Het College stelt vast dat burgemeester en wethouders bij de beslissing op het bezwaar van 8 december 2009 hebben besloten de ontheffingen in stand te laten. Daarmee is voldoende duidelijk waartoe het bestreden besluit strekt. Dat burgemeester en wethouders in het besluit niet uitdrukkelijk hebben vermeld of zij het bezwaar gegrond dan wel ongegrond hebben verklaard, is dan ook geen reden voor vernietiging.

4.3. De verlening van ontheffing voor supermarkten die geen avondwinkel zijn

Zoals het College heeft overwogen in zijn uitspraak van 14 februari 2008 (nr. AWB 07/259, www.rechtspraak.nl, L/JN BC4612 (Gst. 2009/89; red.)), volgt uit de tekst van artikel 3, vierde lid,

Winkeltijdenwet niet dat ontheffing alleen kan worden verleend ten behoeve van een winkel die op werkdagen buiten de reguliere openingstijden dus vóór 6 uur en na 22 uur met een daartoe gegeven ontheffing geopend mag zijn. Een dergelijke beperking is evenmin opgenomen in artikel 6 van de Verordening winkeltijden gemeente Uden en artikel 3 van de Verordening winkeltijdenwet. Dat in het kopje van de twee hiervoor genoemde bepalingen in de gemeentelijke verordeningen het woord 'avondwinkels' is vermeld, is voor het College geen reden om in afwijking van de letterlijke tekst van de bepalingen, de mogelijkheid om ontheffing te verlenen te beperken tot die winkels die eveneens een ontheffing hebben om op werkdagen buiten de reguliere winkeltijden open te zijn. Dat Super de Boer en Plus, buiten de tijden waarvoor ontheffing is verleend, op werkdagen de reguliere openingstijden moeten aanhouden, kon voor burgemeester en wethouders dus geen reden zijn om de gevraagde ontheffingen te weigeren.

4.4. *De eis om op zon- en feestdagen tussen 0 en 16 uur gesloten te zijn*

Over het betoog van EM-TÉ dat Super de Boer en Plus niet voldoen aan de voorwaarden voor verlening van ontheffing, omdat zij op zon- en feestdagen tussen 0 en 16 uur gesloten moeten zijn, en onvoldoende duidelijk is of de supermarkten inderdaad op zondagen tussen 0 en 16 uur gesloten zijn, overweegt het College als volgt.

Hoewel dit niet met zoveel woorden in de ontheffingen zoals die thans gelden, is vermeld, is tussen partijen niet in geschil dat Super de Boer en Plus alleen voor de zondagen om ontheffing hebben gevraagd en dat burgemeester en wethouders de ontheffingen ook alleen voor de zondagen hebben beoogd te verlenen. Het College gaat er met partijen daarom vanuit dat de ontheffingen alleen gelden voor de zondagen, niet zijnde de feestdagen die zijn vermeld in artikel 2, eerste lid, onder b, van de Winkeltijdenwet. Anders dan EM-TÉ heeft betoogd, staan noch de Winkeltijdenwet, noch de gemeentelijke verordeningen eraan in de weg dat burgemeester en wethouders alleen voor de zondagen ontheffing verlenen en niet voor alle dagen die onder de verboden van artikel 2, eerste lid, onder a en b, van de Winkeltijdenwet vallen.

De verplichting van artikel 3, vierde lid, van de Winkeltijdenwet om gesloten te zijn van 0 tot 16 uur geldt voor die dagen waarvoor ontheffing is verleend, zo oordeelt het College. In het onderhavige geval gelden de ontheffingen alleen voor de zondagen. Op die dagen geldt dus de genoemde verplichting. Ten overvloede overweegt het College dat op de dagen waarvoor geen ont-

heffing is verleend, het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Winkeltijdenwet onverkort geldt. Dat betekent dat het betoog van EM-TÉ dat Super de Boer en Plus niet alleen op de zondagen tussen 0 en 16 uur gesloten moeten zijn, maar ook op de feestdagen genoemd in artikel 2, eerste lid, onder b, van de Winkeltijdenwet, niet slaagt. Wat betreft de voorgeschreven sluiting op zondag 20 december 2009, staat tussen partijen vast dat de twee supermarkten zich hieraan hebben gehouden. Gelet hierop behoeft het betoog van EM-TÉ dat burgemeester en wethouders zich hiervan tevoren onvoldoende hebben vergewist, thans geen bespreking meer.

4.5. *De verkoop van eet- en drinkwaren*

Het College overweegt het volgende over de vraag of burgemeester en wethouders zich op goede gronden op het standpunt hebben gesteld dat Super de Boer en Plus voldoen aan het vereiste dat zij uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren verkopen.

In het kader van de procedure over de ontheffingen hebben Super de Boer en Plus twee stukken overgelegd. Daarin wordt melding gemaakt van een omzet van 90,75%, respectievelijk 89% aan eet- en drinkwaren. Deze cijfers zijn door EM-TÉ niet betwist. Het College is van oordeel dat EM-TÉ in het licht van de door Super de Boer en Plus overgelegde stukken onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de twee supermarkten desondanks niet hoofdzakelijk eet- en drinkwaren verkopen. Het assortiment van Super de Boer en Plus hoefde voor burgemeester en wethouders dus geen reden te zijn om de gevraagde ontheffingen te weigeren.

4.6. *De verdeling van ontheffingen*

Over de wijze waarop burgemeester en wethouders de ontheffingen aan gegadigden dienden toe te wijzen, is noch in de Winkeltijdenwet, noch in de Verordening een bepaling opgenomen. Burgemeester en wethouders hebben in de procedures die tot de in beroep bestreden besluiten hebben geleid, de ontheffingen verleend op volgorde van binnenkomst van de verzoeken. Deze verdelingsmethode is in beginsel niet in strijd met het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel. Niet is in geschil dat op het moment waarop burgemeester en wethouders aan Super de Boer en Plus een ontheffing verleenden, zij de eerste supermarkten waren die een verzoek om ontheffing hadden ingediend. Van een situatie waarin alle ruimte om ontheffingen te verlenen reeds was benut en nieuwe ruimte werd gecreëerd zonder dat andere ondernemers de gelegenheid is geboden mee te dingen naar die vrijgekomen ruimte – zoals het geval was in de zaak waarover

het College in haar uitspraak van 3 juni 2009 oordeelde — is met betrekking tot de in casu verleende ontheffingen (dus de ontheffingen die duurden tot 1 juli 2010) geen sprake. De door EM-TÉ getrokken vergelijking gaat dan ook niet op. Burgemeester en wethouders mochten aldus de ontheffingen aan Super de Boer en Plus verlenen die in deze procedure aan de orde zijn.

4.7. De conclusie

Het College oordeelt het beroep ongegrond. Er is geen aanleiding om burgemeester en wethouders te veroordelen in de proceskosten van EM-TÉ.

5. De beslissing

Het College verklaart het beroep ongegrond.

Noot

1. Deze uitspraak over de toedeling van twee schaarse ontheffingen van het verbod van zondagavondopenstelling aan supermarkten Plus en Super de Boer te Uden bevat verschillende interessante overwegingen. In zijn annotatie onder CBB 22 april 2011, LjN BQ3306 en CBB 29 april 2011, LjN BQ3736 (AB 2011/179) heeft C.J. Wolswinkel reeds stilgestaan bij de restrictieve uitleg die het CBB in deze zaak geeft aan zijn eerdere uitspraak van 3 juni 2009, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Den Haag*) en op diens overweging dat een verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen in beginsel niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel (r.o. 4.6). In deze annotatie ga ik in op de overweging van het CBB dat een besluit waarbij de looptijd van een, inmiddels geëxpireerde ontheffing wordt verlengd van één naar twee jaar, géén wijzigingsbesluit is in de zin van art. 6:18 Awb, maar moet worden aangemerkt als een nieuw primair besluit waarvan de rechtmatigheid in een aparte procedure moet worden beoordeeld (r.o. 4.1). Voordat ik daaraan toekom, schets ik eerst kort de casus (punt 2). Vervolgens ga ik in op de toepassing van art. 6:18 Awb in deze zaak (punt 3) en de gevolgen daarvan voor de rechtsbescherming van gegadigden voor een kortlopende schaarse ontheffing zoals de appellante (punt 4).

2. In geschil is een besluit van het college van B&W van Uden van 8 december 2009, waarbij de bezwaren van appellante EM-TÉ tegen de ontheffingverlening aan Super de Boer en Plus, ongegrond zijn verklaard. De in het geding zijnde ontheffingen zijn schaars: per 15.000 inwoners kan hoogstens één ontheffing van het verbod van zondagavondopenstelling worden verleend (art. 3 lid 4 Winkeltijdenwet). EM-TÉ had in dit geval achter het net gevist doordat Super de Boer en

Plus als eerste een (toewijsbare) aanvraag hadden ingediend. Op basis van de lokale winkeltijdenverordening gold namelijk een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-systeem. Terwijl het beroep van EM-TÉ nog aanhangig is, besluiten B&W de duur van de twee verleende ontheffingen te verlengen van één naar twee jaar. De nieuwe ontheffingen gelden tot 1 juli 2011. Naar aanleiding van een evaluatie was geconstateerd dat er geen overlast wordt ervaren en dat een voortzetting van de openstelling gewenst is (r.o. 3, laatste alinea). De opgedane ervaringen met Super de Boer en Plus stemmen kennelijk tot tevredenheid. Beide besluiten worden vlak voor het einde van de looptijd van de twee bestreden ontheffingen genomen, maar kort na het einde daarvan bekendgemaakt (r.o. 2.2).

EM-TÉ is het oneens met deze besluitvorming. Zij heeft niet alleen bezwaren tegen de oorspronkelijke besluiten (zie daarover de genoemde noot van C.J. Wolswinkel), maar ook tegen de nieuw afgekomen besluiten. Zij stelt dat zij aan de eerdere besluitvorming de gerechtvaardigde verwachting had ontleend dat de ontheffingen voor een jaar zouden zijn en dat zij en anderen na dat jaar een nieuwe kans zouden hebben gekregen om een felbegeerde ontheffing te verkrijgen. Onder die omstandigheden hadden B&W niet tot verlenging mogen overgaan. Zoals gezegd blijken deze klachten niet te kunnen worden behandeld in de onderhavige procedure. Om alsnog een rechterlijk oordeel te verkrijgen over de rechtmatigheid van de verlengingen, zal EM-TÉ dus een aparte procedure, bestaande uit bezwaar en beroep, moeten volgen (het CBB treedt in dit soort zaken op als rechter in eerste en enige aanleg, zie art. 10 Winkeltijdenwet). Behalve de ontheffingen zelf, wordt nu dus ook het geschil over de juiste verdeling daarvan verlengd. Terwijl de verlengde ontheffingen op het moment van de uitspraak al weer bijna aan het einde van hun looptijd zijn gekomen, zal EM-TÉ vermoedelijk nog wel een jaartje moeten wachten op het door haar verlangde definitieve oordeel over de rechtmatigheid van de verlenging met een jaar (zie hierna punt 4).

3. Zoals bekend vormen de art. 6:18 en 6:19 Awb twee erg ingewikkelde procesrechtelijke bepalingen. Zij strekken ertoe te voorkomen dat als het bestuur in de loop van de procedure nadere besluiten neemt die een wijziging of intrekking van een bestreden besluit behelzen, deze steeds in een nieuwe procedure moeten worden aangevochten. Aldus worden de proceseconomie, maar ook de rechtsbescherming van de burger gediend. Zonder art. 6:18 en 6:19 Awb zou het immers kunnen gebeuren dat de burger er niet aan denkt de wijziging of intrekking aan te vechten, met als

gevolg dat het nadere besluit na ommekomst van de bezwaar- of beroepstermijn in rechte onaan- tastbaar wordt. Of de beide bepalingen de proce- seconomie steeds ten goede komen is de vraag. In de praktijk levert de toepassing van art. 6:18 en 6:19 Awb veel problemen op. Inmiddels heeft de regering in de Wet aanpassing bestuursproces- recht een wijziging en samenvoeging van beide artikelen voorgesteld, teneinde de wettekst te verduidelijken en vereenvoudigen (*Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 2 en 3*).

Ook in deze zaak treden er complicaties op. B&W hebben de verlengingsbesluiten vormgege- ven als wijzigingsbesluiten, waarschijnlijk in de verwachting daarmee twee art. 6:18 Awb-beslui- ten te creëren die zouden kunnen worden mee- genomen in de lopende procedure over de verde- ling van de oude ontheffingen. De procesecon- omie zou daarmee zijn gediend. Doordat B&W de besluiten tot wijziging van de ontheffingsduur pas na het einde van de looptijd van de oude ontheffingen hebben verzonden, kunnen de ver- lengingsbesluiten echter niet meer worden aan- gemerkt als wijzigingsbesluiten in de zin van art. 6:18 Awb. Het wijzigen van de duur van een reeds verlopen ontheffing komt feitelijk immers neer op het verlenen van een nieuwe tijdelijke ont- heffing (r.o. 4.1). En hernieuwde besluiten na het expireren van het oude besluit vallen in beginsel buiten art. 6:18 Awb (M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 658). Weliswaar zijn de gewraakte besluiten nog wel (vlak) vóór het ex- piren van de oude ontheffingen genomen, maar dat doet niet ter zake. Art. 6:18 Awb, gelezen in samenhang met art. 6:8 lid 1 Awb, vereist een correct bekendgemaakt besluit (Schreuder-Vlas- blom 2011, p. 651). Bij besluiten met een beperkte looptijd is dus bepalend of het wijzigingsbesluit voor of na de expiratedatum is bekendgemaakt, niet of het voor of na die datum is genomen. Het CBB heeft art. 6:18 Awb in deze uitspraak dus correct toegepast. Het is aan de ongelukkige han- delswijze van B&W te wijten dat de bezwaren van EM-TÉ tegen de verlengingen in een aparte pro- cedure aan bod moeten komen.

4. Behalve B&W, zal ook EM-TÉ waarschijn- lijk niet blij zijn met het gegeven dat over de verlengingen nog een aparte procedure zal moe- ten worden gevoerd. De uitspraak van het CBB is een krappe drie maanden voor het einde van de verlengde looptijd van de bestreden ontheffingen gedaan. Een beslissing over de vraag welke twee supermarkten na 1 juli 2011 ontheffing zullen krijgen, is dus op handen. Waarschijnlijk had EM-TÉ met het oog hierop graag meteen willen weten of het B&W is toegestaan om de schaarse ontheffingen na afloop van hun looptijd zonder

verdeelpcedure ('onderhands') opnieuw toe te kennen aan de zittende ontheffinghouders. Wel- licht had zij in dit verband ook het oordeel van B&W over de door Plus en Super de Boer al dan niet veroorzaakte overlast willen aanvechten. Om nog een tijdige beslissing op deze twee geschil- punten te krijgen, zal zij een verzoek om een voorlopige voorziening moeten doen (uit de uit- spraak blijkt dat reeds bezwaar is gemaakt). Ver- volgens is het hopen dat de voorzieningenrechter tijdig genoeg uitspraak doet om de aanstaande besluitvorming nog te kunnen beïnvloeden. Daar- bij moet worden bedacht dat het voorlopige oor- deel van de voorzieningenrechter doorgaans wordt bereikt na een rechtmatigheidsstoetsing die terughoudender is dan in de bodemproce- dure. In het voor EM-TÉ slechtst denkbare scena- rio was er geen uitspraak van de voorzieningen- rechter voor 1 juli 2011 en konden B&W onder- tussen van de onzekere situatie gebruik maken door de looptijd van de vergunningen van Super de Boer en Plus opnieuw te verlengen. Is B&W zo (on)handig om de wijziging van de ontheffings- duur wederom vlak na afloop van de looptijd bekend te maken, dan kan dit besluit niet worden meegenomen in de dan lopende bodemproce- dure, zodat er nogmaals een aparte procedure moet worden gestart. Zo blijven bestuursrechter en appellante achter de feiten aan lopen.

Is schadevergoeding dan wellicht nog een optie? Zelfs als in een van de procedures komt vast te staan dat er geen goede verdeelpcedure is gevolgd, zal dat moeilijk worden. Het is vrijwel ondenkbaar dat EM-TÉ het bewijs zal kunnen leveren van het hypothetische feit dat zij, had zij daartoe de mogelijkheid gekregen, als eerste (of als enige) een toewijsbare aanvraag zou hebben ingediend (zie J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Over- heidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige ver- deling van schaarse publieke rechten', *O&A* 2011, p. 69-83). De werking van art. 6:18 en 6:19 Awb in dit soort geschillen over de (her)verdeling van kortlopende schaarse ontheffingen stemt al met al niet vrolijk.

J.M.J. van Rijn van Alkemade