



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AB 2011/364

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2011). AB 2011/364. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68112>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68112>

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

Schaarse ontheffing. Nieuw beleid (loting) dat nog niet is vastgesteld als motivering voor weigering ontheffingsaanvraag.

CBb (vzr.) 19-09-2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, m.nt. A. Drahmman

Instantie

College van Beroep voor het bedrijfsleven (Voorzieningenrechter)

Datum

19 september 2011

Magistraten

Mr. R.F.B. van Zutphen

Zaaknummer

AWB 11/677

AWB 11/678

Noot

A. Drahmman

LJN

BT6359

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen (V)

Brondocumenten

ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven (Voorzieningenrechter), 19â€â€2011

Wetingang

WTW; Awb

Essentie

Schaarse ontheffing. Nieuw beleid (loting) dat nog niet is vastgesteld als motivering voor weigering ontheffingsaanvraag.

Samenvatting

De voorzieningenrechter stelt vast dat de beleidswijziging waartegen verzoekers zich richten, uiteindelijk is neergelegd in de Beleidsregel openstelling Winkels op zon- en feestdagen. Deze beleidsregel is door verweerders vastgesteld op 26 juli 2011 en gepubliceerd op 10 augustus 2011, derhalve nadat de besluiten waarop de verzoeken om voorlopige voorziening betrekking hebben, al waren genomen. Niettemin moet worden vastgesteld dat verweerders de hoofdlijnen van dit beleid — te weten loting, met uitsluiting van de houders van ontheffingen in het voorafgaande jaar — reeds hebben vermeld in het besluit waarbij zij de ontheffingen hebben geweigerd. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter stond het verweerders vrij om de besluiten in overeenstemming te nemen met dat beleid, ook al was dat op het moment van de weigeringen nog niet vastgelegd in een besluit. Van een inbreuk op de positie van verzoekers door de beleidswijziging is geen sprake, nu de wijziging betrekking heeft op een toekomstige periode, namelijk vanaf 1 oktober 2011. Het betoog van verzoekers, onder verwijzing naar jurisprudentie, dat verweerders voorafgaand aan hun beslissing op de aanvragen het nieuwe beleid hadden moeten publiceren, kan daarom niet slagen.

Partij(en)

C1000 A, C1000 B, C1000 C en C1000 D, alle te X, verzoekers, gemachtigden: mr. R.E. Wannink en mr. R.J. Boogers, beiden advocaat te Boxtel, tegen burgemeester en wethouders van Eindhoven, verweerders, gemachtigde: mr. A. Kepers, ambtenaar van de gemeente Eindhoven.

Uitspraak

1. De procedure

Bij besluit van 7 december 2010 hebben verweerders geweigerd aan verzoekers voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 ontheffing te verlenen van het verbod om op zondag geopend te zijn, dat is neergelegd in artikel 2, eerste lid, van de Winkeltijdenwet.

Het daartegen gemaakte bezwaar hebben verweerders bij besluit van 15 juli 2011 ongegrond verklaard.

Bij besluit van 9 augustus 2011 hebben verweerders de winkels van verzoekers uitgesloten van deelname aan een loting die wordt uitgevoerd in het kader van de verdeling van de beschikbare ontheffingen voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012. Het daartegen gemaakte bezwaar hebben verweerders doorgezonden aan het College ter afhandeling als beroepschrift, aangezien zij konden instemmen met het door verzoekers gewenste rechtstreeks beroep.

Verzoekers hebben beroep ingesteld bij het College tegen de besluiten van 15 juli 2011 en 9 augustus 2011. Zij hebben de voorzieningenrechter van het College verzocht om een voorlopige voorziening ten aanzien van beide besluiten.

Verweerders hebben een reactie gegeven op de verzoeken om voorlopige voorziening.

De voorzieningenrechter heeft de verzoeken op 12 september 2011 ter zitting behandeld, waar de gemachtigden van partijen hun standpunten hebben toegelicht.

2. De beoordeling van de verzoeken

2.1.

Het is verboden om op zondag een winkel geopend te hebben, zo is bepaald in artikel 2, eerste lid, Winkeltijdenwet.

Burgemeester en wethouders kunnen ontheffing verlenen van dit verbod, indien de gemeenteraad hen daartoe bij verordening de bevoegdheid hebben verleend, aldus artikel 3, vierde lid, Winkeltijdenwet.

De gemeenteraad van Eindhoven heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid door de vaststelling van artikel 5 van de Verordening Winkeltijden. Daarin is vermeld dat verweerders op aanvraag ontheffing kunnen verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder a en b, Winkeltijdenwet vervatte verboden. In de Verordening Winkeltijden is niet bepaald op welke wijze de beschikbare ontheffingen worden verdeeld onder gegadigden.

2.2.

Voorheen willigden verweerders aanvragen om ontheffing in op volgorde van binnenkomst. Op die basis hebben verzoekers voor de periode 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011 ontheffing gekregen. Ook voor de daaropvolgende periode hebben verzoekers vroegtijdig aanvragen ingediend. Verweerders hebben de ontheffingen echter geweigerd. Reden daarvoor is dat verweerders voor de periode vanaf 1 oktober 2011 de beschikbare ontheffingen via loting zullen gaan verdelen. Daarbij worden de winkels waarvoor in het voorafgaand jaar ontheffing is verleend, uitgesloten van de loting, zo is vermeld in het besluit tot weigering.

2.3.

Het geschil draait om de wijziging van het beleid dat verweerders toepassen om de ontheffingen te verdelen. Ter zitting hebben verzoekers verduidelijkt dat zij in hun verzoeken om voorlopige voorziening niet het nieuwe beleid zelf aan de orde willen stellen, maar alleen de vraag of verzoekers dat nieuwe beleid ten grondslag mochten leggen aan de beslissing op hun aanvragen. Volgens verzoekers hadden verweerders op hun aanvragen moeten beslissen volgens het op de datum van hun aanvragen geldende beleid. Verzoekers hebben erop gewezen dat zij een spoedeisend belang hebben, aangezien de loting op zeer korte termijn zal plaatsvinden.

2.4.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de beleidswijziging waartegen verzoekers zich richten, uiteindelijk is neergelegd in de Beleidsregel openstelling Winkels op zon- en feestdagen. Deze beleidsregel is door verweerders vastgesteld op 26 juli 2011 en gepubliceerd op 10 augustus 2011, derhalve nadat de besluiten waarop de verzoeken om voorlopige voorziening betrekking hebben, al waren genomen. Niettemin moet worden vastgesteld dat verweerders de hoofdlijnen van dit beleid — te weten loting, met uitsluiting van de houders van ontheffingen in het voorafgaande jaar — reeds hebben vermeld in het besluit waarbij zij de ontheffingen hebben geweigerd. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter stond het verweerders vrij om de besluiten in overeenstemming te nemen met dat beleid, ook al was dat op het moment van de weigeringen nog niet vastgelegd in een besluit. Van een inbreuk op de positie van verzoekers door de beleidswijziging is geen sprake, nu de wijziging betrekking heeft op een toekomstige periode, namelijk vanaf 1 oktober 2011. Het betoog van verzoekers, onder verwijzing naar jurisprudentie, dat verweerders voorafgaand aan hun beslissing op de aanvragen het nieuwe beleid hadden moeten publiceren, kan daarom niet slagen.

2.5.

Gezien het voorgaande ziet de voorzieningenrechter in dit stadium van de procedure op basis van hetgeen verzoekers hebben aangevoerd, geen aanleiding te verwachten dat het College de besluiten ten aanzien waarvan om een voorlopige voorziening is gevraagd, zal vernietigen. De voorzieningenrechter is daarom van oordeel dat onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, het treffen van een voorlopige voorziening niet vereist. De verzoeken dienen daarom te worden afgewezen.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. De beslissing

De voorzieningenrechter wijst de verzoeken af.

Noot

Auteur: A. Drahmänn

1.

Deze uitspraak geeft een goed beeld van de problemen die kunnen ontstaan bij de verdeling van een beperkt aantal beschikbare ontheffingen. In deze noot zal ik eerst kort de casus schetsen. Daarna zal ik ingaan op eerdere jurisprudentie over de verdeling van schaarse ontheffingen van het CBb en toelichten waarom deze uitspraak m.i. niet goed past binnen deze eerdere jurisprudentie.

2.

Het is op grond van de Winkeltijdenwet verboden om op zondag een winkel geopend te hebben, tenzij ontheffing is verleend. In de Verordening Winkeltijden van de gemeente Eindhoven is vermeld dat het college van burgemeester en wethouders op aanvraag ontheffing kunnen verlenen van het winkeltijdenverbod. In de verordening is niet bepaald op welke wijze ontheffingen worden verdeeld. C1000 heeft in Eindhoven een ontheffing voor een zondagsopenstelling die geldig is tot 1 oktober 2011. Uit de uitspraak volgt dat 'voorheen' deze winkeltijdenontheffingen zijn verleend op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Omdat C1000 zeker wil zijn van een nieuwe ontheffing dient zij 'vroegtijdig' (de exacte datum blijkt helaas niet uit de uitspraak) een aanvraag in voor een nieuwe ontheffing voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012. Op 7 december 2010 wordt deze aanvraag echter afgewezen en ook het bezwaar wordt ongegrond verklaard. De reden voor de weigering is dat het college voor de periode 2011-2012 ontheffingen via loting wil gaan verdelen, waarbij de aanvragers aan wie in het voorafgaande jaar ontheffing is verleend, worden uitgesloten van de loting. Bij separaat besluit van 9 augustus 2011 worden de winkels van C1000 inderdaad uitgesloten van deelname aan de loting voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 (hierna: het uitsluitingsbesluit). De beleidswijziging (waarbij de verdelingsmethode wordt gewijzigd van verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen naar loting) is neergelegd in een beleidsregel die is vastgesteld op 26 juli 2011 en gepubliceerd op 10 augustus 2011. Dit is dus na de datum van het weigeringsbesluit en zelfs na de datum van het uitsluitingsbesluit.

3.

De beleidsregel is niet gepubliceerd op de website van de gemeente, maar in de officiële publicatie van 10 augustus 2011 staat vermeld dat de beleidsregel van 10 augustus tot 25 augustus ter inzage heeft gelegen en dat vóór 25 augustus 2011 een brief naar het hoofd van de afdeling vergunningen kon worden gezonden. In deze brief kon worden aangegeven dat men wil deelnemen aan de loting. De loting zou vervolgens door een notaris in het openbaar worden verricht. De ingelote deelnemers worden in de gelegenheid gesteld een ontheffing aan te vragen. Deze constructie waarbij de brief om mee te mogen loten niet de ontheffingsaanvraag zelf is, kan de vraag oproepen wat de status is van de uitslag van de loting: zijn zowel de brief van het college dat een supermarkt is uitgeloot als de ontheffingverlening appellabele besluiten? Dit is, gelet op bijvoorbeeld de uitspraak van 31 maart 2006 van de Voorzieningenrechter (*LJN AW1777*; over een geschil op grond van de Wet personenvervoer 2000), goed verdedigbaar. Omdat dit soort vragen betrekking heeft op het vervolg van de procedure en niet direct op deze uitspraak, laat ik deze vragen verder liggen.

4.

In deze beroepsprocedure draait het om de vraag of de beleidswijziging van 26 juli 2011 (en gepubliceerd op 10 augustus 2011) aan het weigeringsbesluit van 7 december 2010 en het uitsluitingsbesluit van 9 augustus 2011 ten grondslag mocht worden gelegd. De voorzieningenrechter oordeelt dat de hoofdlijnen van het gewijzigde beleid 'reeds' zijn vermeld in het

weigeringsbesluit. Naar het voorlopig oordeel mocht het college daarom de besluiten nemen in overeenstemming met dat beleid, ook al was dat op dat moment nog niet vastgelegd in een besluit en bekendgemaakt. Omdat de beleidswijziging betrekking heeft op een toekomstige periode (namelijk op de periode oktober 2011-oktober 2012), zou ook geen sprake zijn van een inbreuk op de positie van C1000.

5.

Het gebeurt regelmatig dat niet in een wettelijk voorschrift wordt vastgelegd hoe schaarse vergunningen en ontheffingen, waarvoor meer vraag is dan aanbod, moeten worden verdeeld. Ook in de Eindhovense verordening was slechts bepaald dat het college bevoegd was ontheffingen te verlenen, maar niet hoe deze ontheffingen verleend moesten worden. Uit jurisprudentie volgt dat als geen expliciete verdeelmethode is gekozen, daaruit wordt afgeleid dat een verdeling op volgorde van binnenkomst zal zijn beoogd (CBb 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel). Het hanteren van deze verdelingsmethode is niet in strijd met het rechtszekerheids- of zorgvuldigheidsbeginsel (CBb 22 april 2011, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 21 juli 2011, AB 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade). Op het moment van het indienen van de aanvraag door C1000 was de beleidsregel om de ontheffingen te gaan verloten nog niet vastgesteld. Dat betekent dat C1000 er m.i. van mocht uitgaan dat de ontheffingen (net als het voorgaande jaar) weer zouden worden verleend op volgorde van binnenkomst van de aanvragen.

6.

In de hiervoor genoemde uitspraak van 28 april 2010 (AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel) oordeelde het CBb ook dat bij de verlening van een schaarse ontheffing waarbij gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen, voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is. Als bekend is wanneer de eerder verleende ontheffing vervalt en dat de vergunning/ontheffing op volgorde van binnenkomst verdeeld wordt, kan voor eenieder kenbaar zijn dat zij een aanvraag kunnen indienen. Eerder signaleerde ik al dat deze uitspraak tot gevolg zou kunnen hebben dat daags nadat de ene ontheffing is verleend de aanvragen voor de ontheffingen voor het volgend jaar zouden worden ingediend (A. Drahmman, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 283). De handelwijze van C1000 in casu ligt geheel in lijn met deze uitspraak: de verdelingsmethode was duidelijk en dus moest er zo snel mogelijk een aanvraag worden ingediend voor de volgende periode. Uit de onderhavige uitspraak blijkt niet wanneer de aanvraag is ingediend, maar de aanvraag voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 is in december 2010 geweigerd terwijl de vigerende ontheffing van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011 loopt. Dat betekent dat vlak nadat de ontheffing voor 2010-2011 is verleend, de ontheffing voor 2011-2012 zal zijn aangevraagd.

7.

Waarschijnlijk had het college niet voorzien dat een dergelijke situatie met 'vroegtijdige' aanvragen zou ontstaan. Ik kan me voorstellen dat deze situatie waarbij er een race ontstaat om als eerste een aanvraag in te dienen onwenselijk is. Onwenselijk voor het bestuursorgaan, omdat het gewenst is rekening te kunnen houden met omstandigheden die zich voordoen in de (lange) periode tussen aanvraag en ingangsdatum van de ontheffingsperiode, maar ook onwenselijk voor de aanvragers (de supermarkten), omdat onduidelijk wordt wanneer het indienen van aanvragen mogelijk of zelfs noodzakelijk is. Met het weigeringsbesluit heeft het college geprobeerd een oplossing voor de ontstane situatie te vinden. Hoewel de handelwijze van het college enigszins begrijpelijk is, valt het te betwisten of het acceptabel is. Deze situatie met vroegtijdige aanvragen had immers eenvoudig opgelost kunnen worden door in een verordening of in eerdere beleidsregels wél een expliciete verdelingsmethode neer te leggen. Zo had het college bij verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen kunnen bepalen vanaf welke datum aanvragen kunnen worden ingediend zodat voor alle potentiële aanvragers duidelijk is vanaf wanneer wordt bepaald wie de eerste aanvrager is. Nu dit niet gedaan is, mochten alle aanvragers er (mede gelet op de hiervoor genoemde jurisprudentie van het CBb) op rekenen dat dezelfde regels zouden gelden als bij de vorige verdeling. De nu gevolgde handelwijze van het college is dan ook niet zorgvuldig. Naar analogie van (Europeesrechtelijke) jurisprudentie over het transparantiebeginsel kan ook gesteld worden dat het college had moeten aankondigen welke verdeelmethode werd gehanteerd (op volgorde van binnenkomst of loting) en vanaf wanneer aanvragen konden worden ingediend (vgl. GEU 15 april 2011, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman en HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze). De voorzieningenrechter oordeelt echter anders.

8.

Naast het voorgaande heeft het CBb eerder ook geoordeeld dat, in het kader van het verlenen van de enig beschikbare speelautomatenhalvergunning, niet gedurende de besluitvormingsfase kan worden overgegaan tot een wijziging van de beleidsregels. Het CBb oordeelde: "Vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid dienen bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren te worden vastgelegd en

kunnen deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet worden gewijzigd; hooguit verduidelijkt.” (CBb 19 december 2007, *JB* 2008/67, *LJN*: BC2460) In die procedure bleek nadat de aanvragen waren ingediend dat niemand voldeed aan alle gestelde criteria. Daarom werd de vergunning verleend aan degene die aan de meeste criteria voldeed. Het CBb oordeelde terecht dat dit in strijd met art. 4:84 Awb was. In onderhavige uitspraak werden de beleidsregels pas vastgesteld nadat de eerste aanvraag was ingediend. De voorzieningenrechter had dan ook in dit geval kunnen oordelen dat totdat de beleidsregel was bekendgemaakt de eerder (impliciet gekozen en feitelijk gehanteerde) verdelingsmethode (van volgorde van binnenkomst van de aanvragen) voortgezet had moeten worden.

9.

Parallellen kunnen ook worden getrokken met de uitspraak van het CBb 8 januari 2010 (*AB* 2010/73, m.nt. I. Sewandono). Ook in die uitspraak draaide het om een winkeltijdenonthefving. Daarin oordeelde het CBb dat, gelet op het feit dat aan de toekenning van een schaarse ontheffing uit een oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld, een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een verdeelmethode, “niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald”. Dit betekende dat het bestuursorgaan na een uitdrukkelijke keuze voor de vergelijkende toets, de ontheffing niet meer mocht verlenen aan degene die de eerste aanvraag had ingediend. In onderhavige uitspraak is weliswaar geen sprake van een uitdrukkelijk gekozen methode voor het komende ontheffingsjaar, maar wel van een eerder gekozen methode. De aanvrager heeft naar aanleiding daarvan zijn handelwijze bepaald en een aanvraag ingediend. Ook in het verlengde van deze uitspraak had de voorzieningenrechter dus kunnen oordelen dat de nieuwe verdelingsmethode pas mocht worden gehanteerd nadat het beleid was vastgesteld en bekendgemaakt en dat tot die tijd de aanvrager uit mocht gaan van de daarvoor gehanteerde methode.

10.

De voorzieningenrechter stelt verder dat C1000 niet benadeeld zou zijn, omdat het zou gaan om een toekomstige periode. In het kader van een gelijke behandeling van alle aanvragers, is duidelijkheid over de te volgen verdeelprocedure echter cruciaal. De jurisprudentie dat bij geen expliciete keuze voor een methode, gekozen is voor verdeling op volgorde van binnenkomst, biedt geen volledige transparantie, maar geeft in ieder geval meer houvast dan de nu ontstane situatie waaruit de indruk ontstaat dat een bestuursorgaan past hoeft na te gaan denken over beleid nadat de eerste aanvragen zijn ingediend. In het kader van behoorlijk bestuur, mag mijns inziens echter meer van een bestuursorgaan gevergd worden. Door een expliciete keuze over een toekomstige procedure (te) lang uit te stellen worden potentiële aanvragers in onzekerheid gelaten en ontstaat een ondoorzichtige (niet-transparante) procedure.

11.

Het verzoek om een voorlopige voorziening wordt afgewezen. De vraag is nu welke rol de bodemprocedure nog kan spelen als de ontheffing in werking treedt en C1000 haar winkels op zondag moet sluiten voordat het CBb uitspraak doet in de bodemprocedure. Ik verwijs voor dit onderwerp naar Van Rijn van Alkemade, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor schade ontstaan door onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten’, *O&A* 2011, p. 69.

12.

Al met al overweegt het CBb dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld (o.a. CBb 22 april 2011, *AB* 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel), maar in deze uitspraak hanteert de voorzieningenrechter geen eisen die daadwerkelijk veeleisend zijn.

13.

Voor wie meer wil weten over de verdeling van schaarse publieke rechten verwijs ik ten slotte graag naar F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Voetnoten

[1]

Annemarie Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.