

Zondagopenstelling en de toerismebeoordeling in de Winkeltijdenwet

Laveren tussen Bijbel, wet en Lonely Planet

Jos Boertjens en Erik Minderhoud ¹

HEEFT AMSTERDAM-NOORD TOERISTISCHE AANTREKKINGSKRACHT? OF ROOSENDAAL? ZOLANG DE WINKELTIJDENWET NOG NIET GEWIJZIGD IS, BLIJVEN DAT VRAGEN WAAR DE RECHTER ZICH OVER MAG BUIGEN. TWEE WETSVOORSTELLEN TOT WIJZIGING ZIJN OP DIT MOMENT AANHANGIG.

De openstelling van winkels op zon- en feestdagen, die de laatste jaren in toenemende mate plaatsvindt, heeft in verschillende gemeenten stof doen opwaaien. De Winkeltijdenwet (WTW) stelt regels voor de openstelling op zon- en feestdagen. Uitgangspunt van de WTW is dat openstelling op zon- en feestdagen niet is toegestaan. Een uitzondering daarop vormt de in de wet opgenomen 'toerismebeoordeling'. Winkelopenstelling op zon- en feestdagen kan worden toegestaan indien sprake is van 'toeristische aantrekkingskracht' van een gemeente.

Deze toerismebeoordeling heeft aanleiding gegeven tot een (vrij) groot aantal juridische geschillen. Inmiddels heeft de rechtspraak wat meer duidelijkheid gebracht over de reikwijdte en toepassing van de toerismebeoordeling. Tegelijkertijd heeft de regering een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de WTW, dat op 24 november 2009 door de Tweede Kamer werd aangenomen. Dit wetsvoorstel is thans aanhangig bij de Eerste Kamer. De inwerkingtreding is voorzien per 1 januari 2011.² Daarnaast is op 14 juni 2010 door de leden Van der Ham (D66) en Van Gent (GroenLinks) een initiatiefwetsvoorstel ingediend, dat voorziet in een verruiming van de wet. De eis dat sprake is van toeristische aantrekkingskracht om winkelopenstelling op zon- en feestdagen toe te staan, komt in dit wetsvoorstel te vervallen. Dit voorstel ligt thans voor ter behandeling in de Tweede Kamer.³ Volgens berichten in de media zouden er, als het aan de indieners ligt, voor de Kerst (2010) meer koopzondagen moeten zijn.

De vraag die wij in dit artikel behandelen is onder welke voorwaarden gemeenten winkelopenstelling op zon- en feestdagen mogelijk kunnen maken op grond

van de toerismebeoordeling. Daartoe geven wij een overzicht van de jurisprudentie. Vervolgens beschrijven wij de wijzigingen die het wetsvoorstel 31 728 en het wetsvoorstel 32 412 met betrekking tot deze beoordeling met zich brengen en de gevolgen van beide wetsvoorstellen voor gemeenten. Ten slotte geven wij een aantal aanknopingspunten voor de praktijk.

1. De jurisprudentie met betrekking tot de toerismebeoordeling

Uitgangspunt van de WTW vormt, zoals gezegd, het verbod op winkelopenstelling op zon- en feestdagen. Dat verbod is vastgelegd in art. 2 lid 1 WTW, dat luidt:

'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.'

Op grond van art. 3 lid 1 en 2 WTW kunnen de gemeenteraad (lid 1) of het college (na delegatie door de raad, lid 2) winkelopenstelling toestaan op hoogstens twaalf zon- en

'Het is verboden een winkel voor het publiek geopend te hebben: a. op zondag ...'

feestdagen per jaar, ongeacht de vraag of in de gemeente sprake is van toerisme. Indien de gemeenteraad winkelpenstelling wenst toe te laten op méér dan twaalf zon- en feestdagen per jaar, kan hij toepassing geven aan art. 3 lid 3 WTW. Deze bepaling luidt:

‘De gemeenteraad kan bij verordening vrijstelling verlenen van de in het eerste lid bedoelde verboden of aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid verlenen om in de gevallen, in die verordening aan te wijzen, en met inachtneming van de daarin gestelde regels op een daartoe strekkende aanvraag ontheffing van die verboden te verlenen ten behoeve van: a. op de betrokken gemeente of een deel daarvan gericht toerisme, mits de aantrekkingskracht voor dat toerisme geheel of nagenoeg geheel is gelegen buiten de verkoopactiviteiten die door de vrijstelling of ontheffing mogelijk worden gemaakt.’

Over de toepassing van de toerismebepaling hebben verschillende rechters geoordeeld. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) is, als administratieve rechter, bevoegd te oordelen over appellabele besluiten.⁴ Het betreft besluiten die worden genomen op basis van de gemeentelijke winkeltijdenverordening, zoals een door B&W te verlenen ontheffing, die de winkelpenstelling naar plaats en datum concretiseert. In die gevallen kan een exceptieve toetsing plaatsvinden van de winkeltijdenverordening (die een niet appellabel besluit is) die toepassing geeft aan de toerismebepaling. Zo’n exceptieve toetsing houdt in dat de rechter, bij de beoordeling van een appellabel besluit, tevens een oordeel geeft (‘over het besluit heen toetst’) over de rechtmatigheid van de verordening waarop dat besluit is gebaseerd. De civiele rechter is daarnaast bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften, zoals de winkeltijdenverordening.

De toerismebepaling werd allereerst uitgelegd door de Voorzieningenrechter CBB in zijn uitspraak van 26 september 2007. Het geschil betrof een ontheffing van B&W van de gemeente Roosendaal voor de openstelling op zon- en feestdagen van een aan de rand van Roosendaal gelegen factory outlet center.⁵ De aanwijzing van dat winkelcentrum was gebaseerd op de Roosendaalse winkeltijdenverordening. De Voorzieningenrechter boog zich over de vraag, in welke gevallen sprake is van ‘toerisme’ en ‘toeristische aantrekkingskracht’ in de zin van de toerismebepaling. De wetsgeschiedenis van de WTW maakt duidelijk dat toepassing van de toerismebepaling dient te worden

beschouwd als een uitzondering op de hoofdregel dat winkels op zondag in beginsel gesloten zijn. Met verwijzing naar de wetsgeschiedenis overwoog de rechter:

‘dat de woorden “toerisme” en “aantrekkingskracht voor dat toerisme” strikt dienen te worden geïnterpreteerd (...). Dat betekent dat wanneer natuur- of stedeschoon, toeristische recreatiecentra en toeristische evenementen zich niet in betekenende mate onderscheiden van datgene wat ter zake bij vele andere gemeenten voor handen is, deze omstandigheden op zichzelf noch tezamen de toeristische aantrekkingskracht kunnen vormen waarop art. 3 lid 3 onder a WTW het oog heeft, zulks omdat bij een andere interpretatie het uitzonderingskarakter van de desbetreffende bepaling teloor zou gaan. Het zal, zoals van regelingswege bij de behandeling van de Winkelsluitingswet 1976 na de Winkeltijdenwet ook is aangegeven, moeten gaan om toeristische trekpleisters die, los van de gelegenheid tot winkelen, zelf een in aanmerking te nemen mate (...) toeristen naar de desbetreffende gemeente of de(e)(en) van de gemeente trekken.’⁶

Uit bovengenoemde overweging van de Voorzieningenrechter volgt dat winkelpenstelling op grond van de toerismebepaling mogelijk is indien sprake is van autonoom toerisme (toerisme dat zelfstandige betekenis heeft) dat redelijk substantieel van omvang is. Over de vraag of sprake was van ‘toeristische aantrekkingskracht’ in Roosendaal hadden voor- en tegenstanders van de verruimde openstelling feiten aangedragen ter onderbouwing van hun standpunten. De Voorzieningenrechter twijfelde aan de toeristische aantrekkingskracht, maar achtte deze twijfel niet dermate groot, dat de verordening ‘onmiskenbaar’ onverbindend was. Het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening werd afgewezen. Het winkelcentrum kon vooralsnog op zondag geopend blijven.

Een vergelijkbare situatie deed zich voor in Amsterdam-Noord, waar de deelraad op 17 december 2008 bij besluit een ‘toeristisch regime’ instelde op grond van de toerismebepaling. Een aantal ondernemers maakte tegen dit besluit bezwaar en vroeg de Voorzieningenrechter CBB het besluit te schorsen. Zij stelden daartoe dat in Amsterdam-Noord geen sprake was van toeristische aantrekkingskracht in de zin van de toerismebepaling. In zijn uitspraak herhaalde de Voorzieningenrechter (op 11 maart 2009), dat art. 3 lid 3 sub a WTW strikt dient te worden geïnterpreteerd, dat ‘natuur of stedeschoon’ zich ‘in betekenende mate’ dienen te onderscheiden van wat in vele andere

Auteurs

1. Mr. drs. J.J. Boertjens en mr. E.A. Minderhoud zijn beiden advocaat bij NautaDutilh Advocaten te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Mr. E.A. Minderhoud was betrokken bij een aantal in het artikel beschreven zaken. De auteurs danken mr. ir. J.H.H. van Kempen voor zijn commentaar op een eerder concept van deze bijdrage.

Noten

2. Wijziging van de Winkeltijdenwet met het oog op de inkadering van de bevoegdheid om vrijstelling te verlenen of een ontheffingsbevoegdheid toe te kennen in verband met de toeristische aantrekkingskracht van een gemeente, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 728. Zie ten aanzien van de verwachte datum van inwerkingtreding de nadere memorie van antwoord van 15 juli 2010, *Kamerstukken I*, 31 728 E.

3. Voorstel van wet van de leden Van der Ham en Van Gent tot wijziging van de Winkeltijdenwet in verband met het verruimen van de bevoegdheid van gemeenten om vrijstelling te verlenen van de verboden met betrekking tot de zondag en een aantal feestdagen, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 412.

4. Ook tegen besluiten tot *handhaving* van de WTW, ten aanzien waarvan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevoegd zou kunnen worden

geacht op grond van art. 5:32 Awb en art. 125 Gemw, dient beroep te worden ingesteld bij het CBB. Zie: ABRvS 10 november 2004, *LJN AS3859*, AB 2005, 45, *JB 2005/15*.

5. CBB (vzr.) 26 september 2007, *LJN BB4274*.

6. CBB (vzr.) 26 september 2007, *LJN BB4274*, r.o. 6.8. Voor de hoofdzaak, zie: CBB 21 januari 2009, nr. *AWB 08/73*, *LJN BH0408*, *Gst.* 2009, 29.



ANP © Phil Nijhuis

gemeenten voor handen is en het aldus 'zal moeten gaan om toeristische trekpleisters die, los van de gelegenheid tot winkelen, zelf een in aanmerking te nemen mate toeristen naar de desbetreffende gemeente of delen van de gemeente trekken'.⁷ De feitelijke beoordeling viel in deze zaak echter anders uit dan in de Roosendaalse zaak. Waar de Voorzieningenrechter aan het Roosendaalse college van B&W het voordeel van de twijfel had gegeven omtrent de feitelijke beoordeling van de toeristische aantrekkingskracht van de gemeente, oordeelde de Voorzieningenrechter in deze zaak de toeristische aantrekkingskracht van Amsterdam-Noord onvoldoende aannemelijk. De rechter wees het verzoek toe.

Naast de Voorzieningenrechter CBB hebben ook civiele rechters, rechtsprekend in kort geding, geoordeeld over de toepassing van de toerismebepaling. Een eerste relevant vonnis is dat van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 10 juli 2009.⁸ De uitspraak volgde op de – zojuist beschreven – uitspraak van de Voorzieningenrechter CBB van 11 maart 2009. In reactie op deze uitspraak had het stadsdeel nader onderzoek laten uitvoeren naar de toeristische aantrekkingskracht van Amsterdam-Noord. Op grond van de uitkomst van dat onderzoek kwam de deelraad tot het oordeel dat sprake was van relevant toerisme in Amsterdam-Noord. Een gewijzigde winkeltijdenverordening werd aldus, op grond van de toerismebepaling en met verwijzing naar het onderzoeksrapport, vastgesteld. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam toonde zich minder overtuigd van de onderzoeksbevindingen. Hij overwoog – geconfronteerd met een vordering tot buitenwerkingstelling van de verordening – dat, ook al zou worden aangenomen dat het stadsdeel bepaalde toeristische trekpleisters kent, de aanwezigheid van dergelijke trekpleisters niet de aanwijzing rechtvaardigt van het *gehele* grondgebied van het stadsdeel tot toeristisch gebied, omdat in Amsterdam-Noord

ook gebieden van substantiële omvang zijn die in het geheel niet aantrekkelijk zijn voor toeristen.⁹

In de Rotterdamse deelgemeente Prins Alexander speelde enkele maanden later een deels vergelijkbaar geschil. De raad en het dagelijks bestuur van de deelgemeente hadden geweigerd winkelopstelling op zon- en feestdagen toe te staan op grond van de toerismebepaling, waarop de gemeenteraad van Rotterdam de bevoegdheid van de deelgemeente tot het vaststellen van de winkeltijdenverordening introk, en alsnog winkelopstelling op zon- en feestdagen toestond voor delen van de deelgemeente (winkelcentrum Alexandrium). Een groep winkeliers en de CNV Dienstenbond vorderden bij de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam de buitenwerkingstelling van deze wijziging.¹⁰ De winkeliers in het winkelcentrum die voorstander waren van zondagopenstelling, hadden zich niet in het geding gevoegd. De rechter oordeelde op 19 februari 2010 ten aanzien van de toeristische aantrekkingskracht van het gebied volgens dezelfde maatstaven als zijn Amsterdamse collega op 10 juli 2009, maar wees de vordering tot buitenwerkingstelling van de verordening af. De reden daarvoor was – kort gezegd – dat buitenwerkingstelling van de verordening uitsluitend geldt tussen partijen die zijn betrokken bij het geschil, en aldus in deze zaak niet kon leiden tot de – door de eisers nagestreefde – algehele buitenwerkingstelling van de bepaling voor een ieder.¹¹ Het vonnis van de Voorzieningenrechter Rotterdam werd in beroep bekrachtigd. Ten aanzien van de toeristische aantrekkingskracht van de deelgemeente concludeerde het Hof, bij arrest van 3 augustus 2010, 'dat in een gemeente met toeristische aantrekkingskracht zoals Rotterdam het aan de gemeenteraad is om, gebruik makend van haar verordenende bevoegdheid, te bepalen of in de gehele gemeente of in bepaalde delen daarvan door middel van een vrijstelling zondagopenstelling van winkels wordt mogelijk gemaakt'.¹²

In Amsterdam werd het effect van de buitenwerkingstelling door de Amsterdamse Voorzieningenrechter van de winkeltijdenverordening in Amsterdam-Noord (bij vonnis van 10 juli 2009) tenietgedaan door besluitvorming op centraal stedelijk niveau. De Amsterdamse gemeenteraad besloot op 17 februari 2010 tot intrekking van de bevoegdheid van de stadsdelen tot vaststellen van een winkeltijdenverordening, en tot het instellen van een toeristisch regime voor het gehele grondgebied van Amsterdam. Ook tegen de aldus vastgestelde verordening is in kort geding geprocedeerd door een aantal winkeliers, een in een buurgemeente actieve ondernemersvereniging en een vakbond. De eisers betoogden onder meer, dat in delen van Amsterdam geen sprake zou zijn van toeristische aantrekkingskracht en dat de gemeenteraad het toeristisch regime derhalve had moeten beperken tot de delen van Amsterdam met toeristische aantrekkingskracht. De kortgedingrechter verwierp dat betoog in zijn vonnis van 1 april 2010. Hij overwoog:

‘Noch uit de tekst, noch uit de wetsgeschiedenis van de Winkeltijdenwet blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat de gemeenteraad zich in een verordening waarin ontheffing van de zondagsluiting van winkels wordt verleend zich dient te beperken tot die gebieden in de gemeente waarvan de toeristische aantrekkingskracht vaststaat.’¹³

2a. Het wetsvoorstel 31 728 tot wijziging van de WTW: meer voorschriften – maar niet strenger

Het wetsvoorstel tot wijziging van de WTW bevat enkele inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de bestaande wet. Het voorgestelde art. 3 lid 3 aanhef en onder a WTW luidt:

‘De gemeenteraad kan bij verordening vrijstelling verlenen van de in het eerste lid bedoelde verboden of aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid verlenen om in de gevallen, in die verordening aan te wijzen, en met inachtneming van de daarin gestelde regels op een daartoe strekkende aanvraag ontheffing van die verboden te verlenen ten behoeve van: (a) op de betrokken gemeente of een deel daarvan gericht toerisme met een substantiële omvang, mits de aantrekkingskracht voor dat toerisme

geheel of nagenoeg geheel is gelegen buiten de verkoopactiviteiten die door de vrijstelling of de bevoegdheid om ontheffing te verlenen mogelijk worden gemaakt.’

Daarnaast worden enkele leden aan art. 3 WTW toegevoegd die eisen stellen aan de belangenafweging en de motivering van de vrijstelling op grond van de toerismebepaling (art. 3 lid 6 en 7 WTW (nieuw)).

Het wetsvoorstel beoogt de bevoegdheid tot het maken van uitzonderingen op het verbod op openstelling van winkels ten behoeve van het toerisme nader in te kaderen en zeker te stellen dat bij besluiten tot uitzondering op het verbod tot openstelling van winkels op zon- en feestdagen, niet alleen economische belangen worden betrokken, maar ook andere, meer immateriële belangen.¹⁴

Een eerste wijziging met betrekking tot de toerismebepaling vormt de eis dat sprake is van toerisme ‘met een substantiële omvang’. De aanwezigheid van *enig* toerisme ‘is niet langer voldoende’. De wet noch de toelichting bij het wetsvoorstel geeft een definitie. De vraag of in een gemeente sprake is van toerisme met een substantiële omvang, wordt door de gemeenteraad beoordeeld.¹⁵

Art. 3 lid 6 van het wetsvoorstel verplicht gemeenten bij toepassing van de toerismebepaling ook ‘immateriële belangen’ – belangen van de zondagsrust, leefbaarheid, veiligheid en openbare orde – in de belangenafweging te betrekken. Deze tweede eis lijkt op het eerste gezicht een striktere toepassing van de toerismebepaling voor te schrijven. In de praktijk zal dit waarschijnlijk meevallen, omdat de wetgever deze eis laat volgen door de opmerking dat niet wordt beoogd, deze belangen voor hand ‘een bijzonder gewicht toe te kennen’.¹⁶

Een derde en laatste voorwaarde is dat de belangenafweging die art. 3 lid 6 van het wetsvoorstel voorschrijft, tot uitdrukking komt in de motivering van het besluit. Doel is onder meer te waarborgen dat de belangenafweging wordt omschreven en – zo mogelijk – met feitelijke gegevens wordt toegelicht. Gemeenten zijn vrij in de wijze waarop zij deze motivering geven; wel worden enkele aanwijzingen gegeven: een motivering zou kunnen geschieden in de vorm van ‘consultaties van belanghebbenden, economisch onderzoek en enquêtes’.

Naast de inhoudelijke wijzigingen met betrekking tot de toepassing van de toerismebepaling, bevat het wets-

Noten

7. CBB (vzr.) 11 maart 2009, *LJN* BH5474, *Gst.* 2009, 73.

8. Rb. Amsterdam (vzr.) 10 juli 2009, *LJN* BJ2394.

9. Het gerechtshof te Amsterdam heeft dit vonnis bij arrest van 27 juli 2010 (nr. 200.041.411/01) vernietigd. Omdat de Amsterdamse gemeenteraad inmiddels had besloten tot het instellen van een toeristisch regime voor het gehele grondgebied van Amsterdam (zie hierna) liet het hof de vraag of sprake was van ‘toeristische aantrekkingskracht’ van Amsterdam-Noord buiten beschouwing. Bespreking van de overige onderdelen

van het arrest valt buiten het onderwerp van dit artikel, en laten wij achterwege.

10. Rb. Rotterdam (vzr.) 19 februari 2010, *LJN* BL4558.

11. Over de gevolgen van mogelijke onrechtmatige bepalingen in de gemeentelijke winkeltijdenverordeningen is door rechters verschillend geoordeeld. Zie naast de in noot 10 genoemde uitspraak ook: Rb. Amsterdam (vzr.) 6 augustus 2009, *LJN* BJ4725, waarin de kortgedingrechter op dit punt afwijkt van het genoemde vonnis van 10 juli 2009, alsmede Hof Amsterdam 27 juli 2010, nr. 200.041.411/01. Omdat dit onderwerp buiten het doel van dit artikel valt,

zullen wij het verder niet behandelen.

12. Hof ‘s-Gravenhage 3 augustus 2010, *LJN* BN3217.

13. Rb. Amsterdam (vzr.) 1 april 2010, *LJN* BL9857, r.o. 4.4. met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1994/95, 24 226, nr. 3, p. 18 en *Kamerstukken* 1999/00, 26 800 XIII, nr. 34. Tegen het vonnis is beroep ingesteld, op welk beroep nog niet is beslist. De minister heeft, in antwoord op Kamervragen met betrekking tot het voornemen van de gemeenteraad van Amsterdam om het verbod tot zondagsopenstelling voor heel Amsterdam op te heffen, uitgesproken dat indien sprake is van autonoom toerisme, de gemeente-

raad bevoegd is zondagsopenstelling toe te staan in de gehele gemeente. Zie: brief van de Minister van EZ aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 22 september 2009 (kenmerk EP/EMC/9163788) en van 19 maart 2010 (kenmerk ETM/MC/10044792).

14. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 728, nr. 3, p. 5-6.

15. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 728, nr. 3, p. 3.

16. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 728, nr. 3, p. 6.

Nieuw is dat de af te wegen belangen worden gespecificeerd

voorstel een belangrijke formeel – juridische wijziging. Deze is gelegen in de bepaling die stelt dat tegen vrijstellingsbesluiten op grond van de WTW in de vorm van algemeen verbindende voorschriften, beroep kan worden ingesteld bij het CBB (art. 10 lid 2 WTW (nieuw)). Dit betekent dat niet de civiele rechter, maar het CBB voortaan bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van de in het kader van de WTW vast te stellen vrijstellingen, die onderdeel uitmaken van de gemeentelijke winkeltijdenverordeningen.

2b. Het wetsvoorstel 31 728: gevolgen voor gemeenten

Hoewel de wetswijziging op het eerste gezicht leidt tot een strengere toepassing van de toerismebepaling, gaat deze inhoudelijk ons inziens niet of nauwelijks verder dan de bestaande wet. De eis dat sprake dient te zijn van *substantieel* toerisme kan worden beschouwd als een codificatie van de in de jurisprudentie ontwikkelde eis dat het moet gaan om toeristische trekpleisters die, los van de gelegenheid tot winkelen, zelf een in aanmerking te nemen mate toeristen trekken. De eis wordt door de wetgever niet van een nadere inhoudelijke invulling voorzien. Ook de belangenafweging die onder de nieuwe wet verplicht is gesteld, geldt in beginsel reeds onder de huidige wet, op grond van art. 3:2 Awb (de eis van een zorgvuldige voorbereiding) en art. 3:4 Awb (de eis van een evenredige belangenafweging). De eis van een kenbare en draagkrachtige motivering is strikt genomen nieuw voor zover het besluiten betreft die gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar geldt voor andere besluiten reeds op grond van art. 3:46 en 3:47 Awb.

Wat nieuw is, is dat de af te wegen belangen worden gespecificeerd. Ook deze noviteit heeft evenwel niet automatisch een strengere toepassing tot gevolg, omdat de genoemde belangen niet door de wetgever worden gedefinieerd en omdat de wetgever uitdrukkelijk beleidsvrijheid aan gemeenten laat met betrekking tot de belangenafweging.

Voor de toepassing van de toerismebepaling door gemeenten onder het wetsvoorstel is ten slotte het volgende van belang. Gemeenten waar onmiskenbaar geen sprake is van substantieel toerisme, kunnen geen gebruik maken van de toerismebepaling. Gemeenten waar twijfelachtig is of sprake is van substantieel toerisme en waar de raad een ruimere winkelpenstelling door middel van toepassing van de toerismebepaling wenselijk acht, doen er verstandig aan onderzoek te (laten) verrichten naar de toeristische aantrekkingskracht in de gemeente. Indien uit dergelijk onderzoek blijkt dat sprake is van substantieel toerisme, dient de gemeenteraad de verschillende in het wetsvoorstel genoemde belangen mee te wegen. Uiteindelijk blijft het echter aan de raad om al dan niet toepassing te geven aan de toerismebepaling van de nieuwe WTW.

Het wetsvoorstel bevat geen nieuws ten aanzien van de vraag omtrent de aanwijzing van de (toeristi-

sche) delen van de gemeente. De gemeenteraad blijft in die gevallen waarin sprake is van substantieel toerisme bevoegd (niet: verplicht) om voor het hele grondgebied van zijn gemeente vrijstelling te verlenen van het gebod de winkels op zon- en feestdagen gesloten te houden.¹⁷ In zoverre is het wetsvoorstel ons inziens van beperkte betekenis en zal het geen dam opwerpen tegen de voortschrijdende maatschappelijke tendens waarbij winkels al dan niet met toepassing van de toerismebepaling in de Winkeltijdenwet steeds vaker op zon- en feestdagen geopend mogen zijn.

3. Het wetsvoorstel 32 412: de toerismebepaling vervalt

Voorziet wetsvoorstel 31 728 in een wijziging van de WTW door (instandhouding maar) inkadering van de toerismebepaling, het wetsvoorstel 32 412 beoogt de toerismebepaling in zijn geheel te schrappen. Dit wetsvoorstel, dat zoals gezegd werd ingediend op 14 juni 2010 door de leden Van der Ham (D66) en Van Gent (GroenLinks), geeft gemeenten de vrijheid over het wel of niet toestaan van koopzondagen. Ter motivering stellen indieners allereerst, met verwijzing naar wetsvoorstel 31 728, 'dat het scherper definiëren van de toerismebepaling niet wenselijk [is] omdat deze nog altijd zeer ruim te interpreteren is, maar daarnaast ook geen recht doet aan de maatschappelijke ontwikkelingen'.¹⁸ Indieners stellen ter motivering vervolgens 'dat het opleggen van één norm botst met de grote diversiteit aan behoeften en mogelijkheden van gemeenten'. Bovendien kunnen belangen en behoeften van consumenten en middenstander beter worden afgewogen op gemeentelijk niveau, aldus de toelichting bij het wetsvoorstel.

De vrijheid die het wetsvoorstel aan gemeenten biedt, laat onverlet dat de gemeenteraad daarbij de eisen van zorgvuldigheid en een goede motivering in acht neemt. Het wetsvoorstel zelf specificeert de nadere eisen voor een verordening tot winkelpenstelling – en voor een ontheffing op grond van die verordening – niet. De memorie van toelichting geeft evenwel enkele aanwijzingen, door te stellen dat de belangrijkste economische overweging om tot winkelpenstelling over te gaan moet zijn gelegen in 'substantieel lokaal draagvlak' en door te benadrukken, dat de belangen van bewoners en ondernemers in de besluitvorming zorgvuldig worden meegewogen (bijvoorbeeld door middel van inachtneming van de uitslag van een daartoe te organiseren referendum).¹⁹

Het wetsvoorstel 32 412 zal, indien het wordt aangenomen en in werking treedt, tot een ingrijpende verandering leiden. Het voorstel biedt de gemeenteraad de vrijheid tot het toestaan van winkelpenstelling op zondagen. De eis dat sprake is van toerisme, komt te vervallen. Wél dienen de belangen van bewoners en ondernemers zorgvuldig bij de besluitvorming te worden betrokken. De wet stelt geen eisen aan de mate waarin en de wijze waarop dit geschiedt (maar geeft wel enkele aanwijzingen in de toelichting bij de wet).

4. De jurisprudentie met betrekking tot de toerismebepaling: aanknopingspunten voor de praktijk

Zolang geen van beide wetsvoorstellen in werking zijn

getreden, blijft de jurisprudentie met betrekking tot de toerismebepaling van kracht. Deze jurisprudentie – die wij eerder beschreven – kan aldus worden samengevat, dat bij toepassing van de toerismebepaling door gemeenten de volgende aspecten van belang zijn.

1. Inhoudelijke eis toerisme

Wil een gemeenteraad kunnen overgaan tot verruiming van de winkelopstelling op basis van de toerismebepaling, dan dient te worden voldaan aan een aantal inhoudelijke voorwaarden. Het toerisme dient zich te onderscheiden ‘in betekenende mate van datgene wat zich ook in vele andere gemeenten voordoet’. Deze situatie lijkt zich in ieder geval voor te doen indien zich binnen de gemeente een of meer toeristische trekpleisters bevinden die een aanzienlijke en autonome stroom toeristen naar (delen van) een gemeente trekken. Een toeristische trekpleister dient, om als zodanig te kunnen gelden, in zekere zin ‘uniek’ te zijn, en een permanent karakter te hebben. De aanwezigheid van een jaarlijks terugkerend tijdelijk evenement (zoals een kermis of braderie) is niet voldoende om te spreken van ‘toeristische aantrekkingskracht’, de ligging van de gemeente aan een strand is dat (vermoedelijk) wél. In alle gevallen verdient het aanbeveling om de toeristische aantrekkingskracht in de raadsvoordracht goed te onderbouwen. Verschillende bronnen kunnen daarbij behulpzaam zijn, variërend van onderzoeksrapporten naar de toeristische aantrekkingskracht van de gemeente tot een vermelding van de gemeente in de Lonely Planet.

Dat laatste neemt niet weg dat, zoals de indieners van het wetsvoorstel 32 412 terecht signaleren, de definitie van het begrip toerisme niet zeer duidelijk is. Als gevolg daarvan zullen er waarschijnlijk grensgevallen blijven

De definitie van het begrip toerisme is niet zeer duidelijk

waarbij niet geheel duidelijk is of inderdaad sprake is van toerisme.²⁰

2. Toerisme in een deel van gemeente

De omstandigheid dat slechts in een (beperkt) deelgebied van een gemeente sprake is van toerisme, verhindert niet dat de toerismebepaling wordt toegepast op de gemeente in zijn geheel: de raad kan winkelopstelling op zon- en feestdagen toestaan voor het ‘toeristische’ gedeelte van het grondgebied, maar ook voor het gehele grondgebied van de gemeente. In een gemeente met toeristische aantrekkingskracht is het aan de gemeenteraad om, gebruik makend van zijn verordenende bevoegdheid, te bepalen of in de gehele gemeente of in bepaalde delen daarvan door middel van een vrijstelling zondagopenstelling van winkels wordt mogelijk gemaakt.

3. Bevoegde rechter

Tegen een bepaling in de winkeltijdenverordening kan, onder de huidige wet, niet met toepassing van de Awb bezwaar worden gemaakt en kan evenmin beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het handelt om een algemeen verbindend voorschrift.²¹ Een wijziging in de winkeltijdenverordening kan uitsluitend worden aangevochten bij de civiele rechter. De gemeentelijke verordening zal in voorkomende gevallen, bij wijze van exceptieve toetsing, kunnen worden getoetst door de bestuursrechter. ●

Noten

17. Zie: nota naar aanleiding van het verslag 8 september 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 728, nr. 16, p. 13, waarin de minister opmerkt dat gemeenten ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel zelf kunnen blijven bepalen of zij deelgebieden binnen de gemeenten afbakenen.

Deze bevoegdheid is niet beperkt tot het ‘toeristisch gebied’.

18. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 412, nr. 3, p. 2.

19. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 412, nr. 3, p. 8. ‘Deze verschillende behoeften en belangen in gemeenten zijn voor indieners tevens reden om de keuze rond

zondagopenstelling niet geheel over te laten aan ondernemers zelf. Zij zijn van mening dat indien een meerderheid van de bevolking in een gemeente zich uitsprekt tegen zondagopenstelling, de gemeente de mogelijkheid moet hebben om aan deze wens te voldoen.’

20. Zie de memorie van toelichting op het

initiatiefwetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 412, nr. 3, p. 4 t/m 6.

21. Zie ook art. 8:2 aanhef en onder a Awb jo. art. 18 lid 4 Wbbo, alsmede CBB (vzr.) 18 februari 2010, *LJN* BL5498 en Hof ‘s-Gravenhage 3 augustus 2010, *LJN* BN3217.