

AAN Detailhandel Nederland  
VAN Iskander Haverkate  
DOSSIER DN / Advies  
DATUM 5 november 2009

BETREFT Winkeltijdenwet

### Inleiding

In onderstaand memo wordt in hoofdlijnen stilgestaan bij de betekenis van Europees recht voor de Nederlandse Winkeltijdenwet en de beoogde wetswijziging. Aan de orde komen enige algemene beginselen uit het Europees recht. Vervolgens wordt stilgestaan bij vraag of de winkeltijdenregelgeving de vrijheid van vestiging belemmert en of die regelgeving voldoende transparant is en niet leidt tot willekeur. In dit memo wordt met name het verbod om op zondag winkels geopend te hebben belicht. Aan het eind wordt kort stilgestaan bij de mogelijkheid om schadevergoeding te vragen.

### Algemeen, Europeesrechtelijke beginselen

1. (**Voorrang EG-recht**) De relatie tussen het nationale recht en het gemeenschapsrecht wordt in de eerste plaats beheerst door het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG heeft het EG-Verdrag een eigen rechtsorde in het leven geroepen die in de rechtsorden van de lidstaten is opgenomen.<sup>1</sup> Uit het autonome karakter van het gemeenschapsrecht vloeit voort, dat dit recht voorrang heeft boven elk daarmee strijdig recht van de lidstaten.<sup>2</sup> Voor wat betreft de rechtsgevolgen van de voorrang, heeft het HvJ EG bepaald, dat strijdige nationale regels buiten toepassing moeten worden gelaten.<sup>3</sup>
2. De rechtstreeks werkende verdragsartikelen kunnen worden ingeroepen tegen de nationale autoriteiten en ook tegen de gemeente als lagere overheid.<sup>4</sup> Als bepaalde regelgeving in strijd is met Europees recht, dan moet de betreffende autoriteit deze regels zelf terzijde stellen.<sup>5</sup>
3. (**Gemeenschapstrouw**) In artikel 10 EG-Verdrag is verder het beginsel van gemeenschapstrouw neergelegd. Dit beginsel brengt voor de lidstaten, waaronder moeten worden verstaan de regering, de wetgever, de rechter en decentrale overheden en overheidsbedrijven, de verplichting mee om alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten dienen de Gemeenschap (Unie) te ondersteunen bij de vervulling van haar taak en zij moeten zich onthouden van het nemen van alle maatregelen die de verwezenlijking van die doelstellingen van het EG-Verdrag in gevaar kunnen brengen. Artikel 10 EG-Verdrag heeft een buitengewoon ruim toepassingsbereik.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Zie het arrest in de zaak 26/62, Van Gend & Loos;

<sup>2</sup> Zaak 106/77, Simmenthal;

<sup>3</sup> Zie J.H. Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 2<sup>e</sup> druk, Nijmegen 2002, (verder ook: Jans e.a.), pagina 68;

<sup>4</sup> Zie zaak 103/88, Fratelli Costanzo;

<sup>5</sup> Zie Jansen e.a., pagina 47;

<sup>6</sup> Zie Jans e.a., pagina 69;

4. (**Transparantie**) Bestuurlijke besluitvorming en regelgeving moeten voldoen aan het transparantiebeginsel. De bepalingen in de regelgeving en de criteria waaraan bepaalde aanvragen en/of verzoeken worden getoetst, moeten voldoende duidelijk in de regelgeving zijn opgenomen. Zij moeten zoveel mogelijk willekeurige besluitvorming voorkomen. Bovendien moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat overheden zich discretionair gaan gedragen, waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende fundamentele vrijheden, van hun nuttig effect worden beroofd.<sup>7</sup>
5. (**Vrijheid van vestiging, artikel 43 EG-Verdrag**) De door de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag in het leven geroepen vrijheid van vestiging verleent vennootschappen die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht, het recht om in een andere lidstaat een zelfstandige werkzaamheid te gaan verrichten en die werkzaamheid aldaar duurzaam uit te oefenen onder dezelfde voorwaarden als de vennootschappen die statutair in die lidstaten zijn gevestigd. Deze fundamentele vrijheid omvat eveneens de oprichting en de exploitatie van ondernemingen, alsmede het oprichten van agentschappen, filialen en dochterondernemingen<sup>8</sup>.
6. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG moeten verder alle maatregelen, zelfs wanneer zij zonder onderscheid toepasselijk zijn, die de uitoefening van de vrijheid van vestiging door onderdanen van de Gemeenschap verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als met het EG-Verdrag strijdige beperkingen worden beschouwd.<sup>9</sup>
7. (**Dwingende redenen van algemeen belang**) Een nationale regeling die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, de vrijheid van vestiging belemmert of minder aantrekkelijk maakt, kan worden gerechtvaardigd door dwingende reden van algemeen belang, op voorwaarde dat zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken<sup>10</sup>. In de rechtspraak van het HvJ EG zijn, voor zover voor dit memo relevant, als dwingende redenen van algemeen belang onder meer erkend: openbare orde, openbare veiligheid en bescherming van werknemers<sup>11</sup>.
8. (**Dienstenrichtlijn**) De Dienstenrichtlijn bevat geen bepalingen die specifiek zien op winkeltijden regelgeving. De richtlijn is wel in het algemeen informatief, bijvoorbeeld als het gaat om de vraag wat wordt verstaan onder dwingende redenen van algemeen belang.

#### **De Winkeltijdenwet, de voorgestelde wetswijziging, strijd met EU-recht**

9. (**De inhoud van de wettelijke regeling**) De Winkeltijdenwet heeft als uitgangspunt, dat openstelling op zondag is verboden. De gemeenteraad ( of het college van b&w na delegatie) kan per jaar maximaal twaalf koopzondagen per

---

<sup>7</sup> Zie naar analogie: zaak C-205/99 (Analir) overweging 37;

<sup>8</sup> Zie de punten 62 en 63 van de conclusie van Advocaat-Generaal Y. Bot in de zaak C-169/07 (Hartlauer)

<sup>9</sup> Zie de zaak C-169/07 (Hartlauer), punt 33 en de daar genoemde rechtspraak;

<sup>10</sup> Zie de zaak C-140/03 (Commissie/Griekenland) punt 34 en de daar genoemde jurisprudentie;

<sup>11</sup> Zie voor een uitgebreidere opsomming artikel 4 lid 8 van de Dienstenrichtlijn;

jaar toestaan en in gemeentes met toeristische aantrekkingskracht mogen er tot 59 (inclusief feestdagen) koopzondagen zijn.

10. De wetswijziging heeft als voornaamste doel om de ontheffingsmogelijkheid op grond van toeristische aantrekkingskracht in te perken. In het nieuwe artikel 3, eerste lid onder a is opgenomen dat het moet gaan om “*toerisme met een substantiële omvang*”.
11. (**Strijd met artikel 43 EG-Verdrag**) De Winkeltijdenwet moet, als nationale regeling, in strijd worden geacht met de vrijheid van vestiging. Voor buitenlandse detailhandelaren kan het feit dat de winkels in Nederland in beginsel op zondag gesloten moeten zijn, de vestiging en exploitatie van een filiaal of nevenvestiging in Nederland minder aantrekkelijk maken, dan wanneer het verbod op de zondagsopening er niet zou zijn. De regeling kan om die reden ook afschrikkend werken.
12. (**Rechtvaardiging, dwingende redenen van algemeen belang**) Bij beantwoording van de vraag of bovengenoemde belemmering gerechtvaardigd kan worden, wordt er in dit memo van uit gegaan, dat de regeling zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is. De regeling heeft voor nationale retailers dezelfde gevolgen als voor retailers uit andere lidstaten.
13. Derhalve resteert nog de vraag of de belemmering gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang, of er is voldaan aan de voorwaarde dat de regeling geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en of de regeling niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.
14. Om te beginnen blijkt uit de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van de huidige Winkeltijdenwet niet dat is stilgestaan bij de EU-regelgeving. Het is niet duidelijk of de wetgever dwingende redenen van algemeen belang voor ogen heeft gehad en heeft meegewogen bij de totstandkoming van de Winkeltijdenwet en hetzelfde geldt voor de wetswijziging.
15. Het voornaamste argument voor de gedwongen winkelsluiting op zondag lijkt de zondagsrust te zijn, ingegeven door religieuze motieven, zie daarvoor ook artikel 6 van de Winkeltijdenwet. De exploitant van een winkel die op grond van religieuze overtuiging op een andere dag dan de zondag de wekelijkse rustdag houdt, kan toestemming vragen om op zondag de winkel te openen. De winkel moet dan op een andere dag in de week gesloten zijn. Zondagsrust op grond van religieuze motieven is evenwel niet te brengen onder één van de dwingende redenen van algemeen belang die in de rechtspraak van het HvJ EG zijn erkend.
16. Voor zover zou worden aangevoerd dat de belangen van werknemers moeten worden beschermd, kan erop worden gewezen dat doorgaans een CAO van toepassing is op winkelpersoneel en in die CAO's voldoende is geregeld dat werknemers niet gedwongen kunnen worden om elke zondag werken. De Winkeltijdenwet hoeft die belangen niet ook te beschermen.
17. Verder geldt voor alle belangen waarvan kan worden aangevoerd dat zij moeten worden beschermd, dat de Winkeltijdenwet erin voorziet dat winkels in bepaalde gemeentes (of delen ervan) wel elke zondag open zijn. Als er genoeg toeristen in de gemeente komen, dan mogen de winkels elke zondag open zijn. Het enkele feit dat in een bepaalde gemeente wel veel toeristen komen en in andere

gemeentes niet, heeft echter in het geheel geen invloed op de te beschermen belangen. Er zijn kennelijk geen dwingende redenen van algemeen belang die ertoe nopen dat de winkels op zondag dicht zijn, want in gemeentes met voldoende toeristische aantrekkingskracht is zondagsopening toegestaan en kennelijk geen probleem.

18. Uit de wetsgeschiedenis<sup>12</sup> blijkt dat 15 gemeentes elke zondag winkelopening toestaan, 18 gemeentes op elke zondag winkelopening toestaan, maar in een afgebakend toeristisch gebied en 22 gemeentes op meer dan 12 koopzondagen winkelopening toestaan gedurende een afgebakend toeristisch seizoen. Er is echter niet gebleken dat te beschermen belangen in deze gemeentes in het gedrang zijn gekomen, of het nu gaat om openbare orde, openbare veiligheid, werknemersbelangen, of welke vorm van dwingende redenen van algemeen belang dan ook.
19. De kans dat de Nederlandse autoriteiten de belemmering van de vrijheid van vestiging door de gedwongen winkelsluiting op zondag kunnen rechtvaardigen met een beroep op dwingende redenen van algemeen belang, lijkt dan ook buitengewoon klein.
20. Voor zover uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt is ook niet stilgestaan bij de vraag of de belemmerende regeling geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, voor zover al duidelijk is wat dat doel is. Er kan ook geen antwoord worden gegeven op de vraag of de regeling niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken en bijvoorbeeld andere maatregelen tot het zelfde doel zouden leiden.
21. (**Gebrek aan transparantie, willekeur**) De Winkeltijdenwet is niet transparant als het gaat om de mogelijkheid om meer dan 12 koopzondagen per jaar toe te staan. In de huidige wet is bepaald dat er vrijstelling kan worden verleend van het verbod op winkelopening op zondag als er sprake is van op de gemeente gericht toerisme. In het wetsvoorstel is die bepaling iets aangescherpt tot toerisme met substantiële omvang.
22. Noch in de huidige regeling, noch in de nieuwe regeling zijn objectieve criteria opgenomen aan de hand waarvan wordt beoordeeld is of er sprake is van (substantiële) toeristische aantrekkingskracht. Voor buitenlandse detailhandelaren is niet vast te stellen of zij in een bepaalde gemeente wel elke zondag open mogen en in een andere niet. Vanuit het oogpunt van de vereiste transparantie is dat Europeesrechtelijk gezien een zeer onwenselijke situatie.
23. De regeling leidt verder tot willekeur. In de eerste plaats kunnen wel 12 koopzondagen worden toegestaan, maar zij kunnen niet worden afgedwongen. Elke gemeente is vrij om te besluiten om wel of niet 12 koopzondagen toe te staan, dat wordt aan de discretionaire bevoegdheid van de lokale overheid overgelaten. Ook dat is een onwenselijke situatie, er moet immers zoveel mogelijk worden voorkomen dat autoriteiten zich discretionair gaan gedragen.
24. Ook de toerismebepaling leidt tot willekeur en dat wordt er door de wetswijziging niet veel beter op. Zolang elke gemeente de discretionaire bevoegdheid heeft om zelf invulling te geven aan het begrip toeristische aantrekkingskracht (al of

---

<sup>12</sup> Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 728, nr.3, pagina 2;

niet van substantiële omvang), leidt dit tot niet te verklaren beslissingen van verschillende gemeentes om wel of niet meer dan 12 koopzondagen toe te staan. Zoals eerder gezegd moeten regelingen die criteria bevatten waaraan aanvragen worden getoetst vanuit Europeesrechtelijk oogpunt voorkomen dat bestuursorganen zich discretionair gaan gedragen en moet zoveel mogelijk willekeur worden voorkomen. Op dit punt schieten de Winkeltijdenwet en de wetswijziging ernstig tekort.

### **Overheidsaansprakelijkheid, schadevergoeding**

25. Als op enig moment komt vast te staan dat de Winkeltijdenwet in strijd is met het Europees recht, dan rijst de vraag of belanghebbenden aanspraak hebben op schadevergoeding. In dat verband wordt het volgende opgemerkt.
26. Het antwoord op de vraag of buitenlandse detailhandelaren, die de afgelopen jaren gedwongen hun winkel op zondag gesloten hebben gehouden vanwege de Winkeltijdenwet recht hebben op schadevergoeding wegens omzetverlies is nogal gecompliceerd. Uit rechtspraak van het HvJ kan worden afgeleid, dat een dergelijke vordering niet enkel kan worden afgewezen op grond van het feit dat buitenlandse retailers zich niet tot de autoriteiten hebben gewend met een verzoek om zondagsopening toe te staan. Deze weigering zou dan moeten worden aangevochten met de daarvoor bestaande rechtsmiddelen en met een beroep op de voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht. Dit zou evenwel de uitoefening van de rechten die aan de rechtstreeks werkende bepalingen van het gemeenschapsrecht kunnen worden ontleend onmogelijk of uiterst moeilijk maken.<sup>13</sup> Uitgesloten is het dus zeker niet.
27. Duidelijker is, dat buitenlandse retailers met een filiaal in Nederland zich met een beroep op het Europees recht kunnen wenden tot gemeentes met het verzoek om elke zondag open te gaan. Uitgaande van de gedachte dat de Winkeltijdenwet in strijd is met de vrijheid van vestiging, mag dit verzoek niet worden geweigerd met verwijzing naar de Winkeltijdenwet. Die wet moet wegens strijd met de fundamentele verdragsvrijheden buiten toepassing worden gelaten.
28. Weigert een gemeente het verzoek om elke zondag open te zijn en komt later in de procedure die daarop volgt vast te staan, dat die weigering onrechtmatig is, dan is goed denkbaar dat de betrokken winkelier de gemeente aansprakelijk kan houden voor het omzetverlies over de zondagen dat de winkel noodgedwongen gesloten is geweest. Afhankelijk van de omvang van de winkel en de duur van de procedure, kunnen die kosten behoorlijk oplopen.

### **Conclusies**

29. De eerste conclusie is, dat de Winkeltijdenwet zo goed als zeker de vrijheid van vestiging belemmert. Het is niet aannemelijk dat die belemmering kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.
30. De Winkeltijdenwet is verder niet transparant en kan leiden tot willekeur.
31. Tot slot is niet uitgesloten dat (buitenlandse) winkeliers de omzetschade op de gemeente kunnen verhalen als hun verzoek om elke zondag open te zijn wordt geweigerd. De gemeentes hebben een eigen verantwoordelijkheid die inhoudt

---

<sup>13</sup> Zie zaak C-397/98 (Metallgesellschaft), punten 106 en 107;

dat ze de bepalingen van de Winkeltijdenwet buiten toepassing moeten laten, als die in strijd is met de vrijheid van vestiging.