

**Dagvaarding in kort geding op verkorte termijn
(ex artikel 117 Rv)**

Rechtbank Den Haag, locatie Den Haag

Heden, de februari tweeduizendeenentwintig (2021) op verzoek van de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **EISERES** **EISERES**, gevestigd aan [REDACTED], die voor deze zaak domicilie heeft gekozen te (1013 AE) Amsterdam aan de Westerdoksdijk 40 ten kantore van de advocaten [REDACTED], die in deze zaak tot advocaat worden gesteld, zulks met het recht van vervanging,

heb ik,

krachtens daartoe verleende toestemming ex artikel 117 Rv van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, locatie Den Haag d.d. 2 maart 2021, zaaknummer **C/09/608199 KG ZA 21-199** met vermelding van de voorwaarde dat de dagvaarding uiterlijk woensdag 3 maart voor 17.00 uur zal worden uitgebracht en de uitgebrachte dagvaarding (inclusief producties) zowel per post als per e-mail aan de rechtbank zal worden toegestuurd en dat in de dagvaarding wordt opgenomen dat:

- (1) de gedaagde partij wordt verzocht uiterlijk 24 uur voor de zitting (rekening houdend met uitsluitend werkdagen) zowel per post als per e-mail (akg.rb.den.haag@rechtspraak.nl) een conclusie van antwoord/schriftelijke reactie op de dagvaarding toe te zenden;
- (2) partijen in eerste termijn een spreektijd hebben van vijftien minuten; en
- (3) in verband met de beperkingen als gevolg van het coronavirus ter zitting op grond van het huidige toegangsbeleid van de rechtbank Den Haag per procespartij slechts één persoon, vergezeld van één advocaat, aanwezig kan zijn. Anderen kunnen slechts aanwezig zijn indien vooraf (voor zover mogelijk 48 uur doch uiterlijk 24 uur voor de zitting) per e-mail (akg.rb.den.haag@rechtspraak.nl) toestemming is gevraagd en die toestemming ook is verkregen.

OP VERKORTE TERMIJN IN KORT GEDING GEDAGVAARD:

de publiekrechtelijke rechtspersoon **DE STAAT DER NEDERLANDEN** (Ministerie van Algemene Zaken & Ministerie van Volksgezondheid, Sport en Welzijn), zetelende te Den Haag, aldaar ten parkette van de edelhoogachtbare procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden aan de Korte Voorhout 8 (2511 EK) te Den Haag, mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

OM:

Op **8 maart 2021**, des voormiddags om **10.00 uur**, in persoon of vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen ter terechtzitting van de Voorzieningenrechter van de

rechtbank Den Haag, locatie Den Haag, sector civiel, welke zitting alsdan aldaar zal worden gehouden in één der zalen van het gerechtsgebouw te (2595 AJ) Den Haag aan de Prins Clauslaan 60;

MET AANZEGGING, DAT:

1. indien gedaagde niet in persoon en evenmin vertegenwoordigd door een advocaat op de terechtzitting verschijnt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
2. bij verschijning in het geding van gedaagde een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
3. de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, ie onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;
4. van een persoon die onvermogend is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - 1e een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - 2e een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;
5. Eiseres op straffe van niet-ontvankelijkheid verplicht is deze dagvaarding aan te tekenen in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 3:305a, lid 7 BW;

TENEINDE:

Inhoudsopgave

I.	Inleiding	4
	<i>EISERES: een ondernemersorganisatie</i>	5
	<i>Eigen (statutair) belang</i>	5
	<i>Collectief belang</i>	6
II.	Relevante feiten en omstandigheden	7
III.	Vordering / juridisch kader	10
	<i>Noodzakelijkheid</i>	17
	<i>Nederland</i>	20
	<i>België</i>	20
	<i>Besmettingscijfers België:</i>	20
	<i>Proportionaliteit en evenredigheid</i>	23
	<i>Subsidiariteit</i>	27
	<i>Waarborging van grondrechten</i>	30
	<i>Vrijheid van ondernemerschap</i>	31
	<i>Toepassing van het Handvest</i>	31
	<i>Vrij verkeer van diensten en de dienstenrichtlijn</i>	32
	<i>De vier basisvrijheden</i>	33
	<i>Sluiting winkels: in strijd met artikel 16 Handvest</i>	33
IV.	Verweer / weerlegging	34
	<i>Verweer</i>	34
	<i>Weerlegging</i>	35
V.	Spoeisend belang	35
VI.	Bewijsmiddelen en bewijsaanbod	36
	<i>Bewijsaanbod en bewijsmiddelen</i>	36
VII.	Bevoegdheid	37
	<i>MITSDIEN:</i>	37

I. Inleiding

1. Sinds 15 maart 2020 heeft de regering van Nederland diverse maatregelen genomen in verband met de uitbraak van het virus SARS-Cov-2 (Covid-19), waarbij in de loop der tijd afwisselend is opgeschaald en afgeschaald.
2. Met ingang van 1 december 2020 is de Tijdelijke Wet Maatregelen Covid-19 (tijdelijke wet) in werking getreden. Daarmee is onder andere de Wet Publieke Gezondheidszorg ("Wpg") gewijzigd in die zin dat daarin hoofdstuk Va is gewijzigd en onder andere de artikelen 58a t/m 58u, 64a, 65a, 68bis en 68ka aan de Wpg zijn toegevoegd.
3. In artikel 58h Wpg is bepaald dat bij ministeriële regeling publieke plaatsen kunnen worden aangewezen die niet of slechts onder in die regeling gestelde voorwaarden voor publiek mogen worden opengesteld.
4. Bij ministeriële regeling van 14 december 2020 is in artikel 4.a1 aanhef, besloten dat alle publieke plaatsen voor publiek gesloten dienen te zijn, met uitzondering van de publieke plaatsen die zijn opgenomen in dat artikel onder a t/m gg.^{1, 2}
5. Daarmee is effectief de volledige detailhandel, met uitzondering van de levensmiddelenbranche en drogisterijen, voor publiek gesloten.
6. Die sluiting is bij ministeriële regeling van 19 januari 2021 verlengd tot 8 februari 2021 en bij ministeriële regeling van 9 februari 2021 is die sluiting verlengd tot 2 maart 2021.³ Bij ministeriële regeling van 2 maart 2021 is de sluiting verlengd tot 15 maart.
7. Artikel 58b lid 2 Wpg schrijft voor dat de bevoegdheden uit het toegevoegde hoofdstuk slechts worden gebruikt als die, kort gezegd, noodzakelijk en evenredig zijn en in overeenstemming zijn met de uitgangspunten van de democratische rechtstaat. Voorts schrijft dat artikel voor dat de maatregelen gelet op het doel van de wet, bestrijding van een epidemie, de grondrechten zo min mogelijk beperkt.

Artikel 58b lid 2 Wpg:

De bij of krachtens dit hoofdstuk toegekende bevoegdheden worden slechts toegepast voor zover die toepassing:

- a. *gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is;*
- b. *in overeenstemming is met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat; en*
- c. *gelet op het in het eerste lid genoemde doel de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk beperkt en aan dat doel evenredig is.*

¹ Staatscourant 2020, 66909, 14 december 2020.

² Op 16 december 2020 volgende een brief van de Minister en Staatssecretaris van Economische Zaken. De regeling van 14 december 2020 werd daarin verzwaard (70% essentiële middelen).

³ Staatscourant 2021, 2338, 19 januari 2021 & Staatscourant 2021, 7182, 9 februari 2021.

8. De gevolgen van het bevel tot sluiting zoals opgenomen in de ministeriële regelingen zijn zeer verstrekkend en onomkeerbaar terwijl de bijdrage daarvan aan de voorkoming van verspreiding van Covid-19, die verstrekkende gevolgen, in ieder geval thans, allerminst (nog) rechtvaardigen.
9. Inmiddels staat vast dat de economische schade enorm is en een groot deel banen (in de retail) door de sluiting op de tocht staat, terwijl de effecten die de maatregel heeft op de verspreiding van Covid-19 niet in verhouding daarmee staan.
10. Bovendien worden ondernemers en ondernemingen in de detailhandel door de maatregel direct in grote mate beperkt in hun eigendomsrecht, hun vrijheid van ondernemerschap zoals vastgelegd in artikel 16 van het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie. Sterker nog; dat recht wordt hen vrijwel volledig ontnomen. Daarnaast is er sprake van een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel.
11. De evenredigheid en proportionaliteit van die (verlengde) maatregelen in verhouding tot de gevolgen, de subsidiariteit en de ongerechtvaardigde inbreuk van het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap vergen dat de sluiting van de detailhandel direct dient te worden opgeheven.
12. Ook dient de sluiting van de detailhandel te worden opgeheven op basis van de door de Staat opgestelde routekaart (vide productie 11). Op basis van de routekaart is openstelling van de detailhandel simpelweg mogelijk. De extra verzwarende maatregel die nu geldt (algehele sluiting) is onder deze omstandigheden (het aantal besmettingen) niet aan de orde.⁴
13. Het onderhavige kort geding ziet op de onrechtmatige sluiting van de detailhandel en de directe heropening daarvan dientengevolge.

EISERES: een ondernemersorganisatie

14. EISERES is een vereniging (met ledenraad en bestuur) die er is voor iedereen die een winkel heeft in retail non-food. Al meer dan 100 jaar helpt EISERES ondernemers vooruit. Namens 13.000 winkels 'knokt' EISERES voor een sterke winkeleconomie.

Eigen (statutair) belang

Conform artikel 2 van de statuten van EISERES ("de Statuten"), die in kopie worden overgelegd als **productie 1**, heeft EISERES als doel het verbeteren van de kwaliteit en het professionaliseren van het ondernemerschap in de non-food detailhandel, alsmede het behartigen van individuele en collectie belangen van haar leden, een en ander in de ruimste zin van het woord. De leden van EISERES zijn ondernemers die een bedrijf in de non-food detailhandel uitoefenen.⁵ EISERES tracht haar doel te bereiken door de in de Statuten genoemde acties.⁶

15. EISERES adviseert (in zowel juridische als financiële zin), deelt kennis met haar leden (door middel van beantwoording van vragen en geven van inzicht in

⁴ <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/veiligheidsregio>

⁵ Artikel 6 in de Statuten.

⁶ Artikel 2 lid 2 in de Statuten.

cijfers en trends) en lobbyt (EISERES zet zich constant in voor de belangen van de retail). EISERES zet zich aldus in voor de bedrijfseconomische belangen van haar leden. Mede in dat kader is EISERES betrokken in deze procedure; welke belangen dus ook moeten worden gezien als haar eigen belangen.

Collectief belang

16. In de onderhavige kwestie behartigt EISERES zowel haar eigen (statutaire) belang als ook het belang van haar leden. Op grond van artikel 3:305a BW kan EISERES een vordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Daarnaast moet het belang waar het in de procedure om gaat ook feitelijk worden behartigd door EISERES.
17. EISERES voldoet aan de in artikel 3:305a lid 1 BW opgenomen vereisten. EISERES is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, dit blijkt onmiskenbaar uit de inhoud van haar Statuten.⁷ EISERES komt voorts op voor gelijksoortige collectieve belangen van andere personen, welke belangen zij ingevolge haar Statuten behartigt en EISERES ontplooit in de praktijk activiteiten op dat gebied. Hiervoor is al beschreven dat EISERES krachtens haar Statuten ten doel heeft het verbeteren van de kwaliteit en het professionaliseren van het ondernemerschap in de non-food detailhandel alsmede het behartigen van individuele en collectieve belangen van ondernemers die een bedrijf in de non-food detailhandel uitoefenen. Voorts zijn de belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsoverheid strekt, voldoende gewaarborgd nu EISERES voldoende representatief is aangezien zij een collectieve actie initieert voor een voldoende aantal getroffen van het handelen van de Staat. EISERES komt in deze kwestie op voor 15.000 bij EISERES aangesloten winkeliers, dit betreft ongeveer 70% procent van de winkeliers in de mode-, woon-, schoenen- en sportbranche.
18. In deze winkels zijn meer dan 170.000 mensen werkzaam. Ook voor het overige zijn de belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsoverheid strekt voldoende gewaarborgd. Daarbij wijst EISERES als representatieve organisatie ook op de aard van haar vordering. Die vordering strekt niet tot schadevergoeding in geld en met haar vordering is bovendien een maatschappelijk belang gemoeid.⁸ EISERES vordert geen (massa) schade in deze procedure en heeft daarom in deze procedure geen financieel belang.
19. Als het gaat om de eis dat blijkt van werkelijke belangenbehartiging, en niet slechts opname in de statuten, is voldaan aan de eisen van de wet zoals die in de jurisprudentie zijn uitgelegd. EISERES heeft zich (meerdere malen) in het openbaar debat gemengd, zich gerepresenteerd als voorvechter van de belangen van ondernemers in de retail en zij heeft meegedacht bij het bedenken van werkbare oplossingen en protocollen in het kader van de opening van de winkels. Bovendien heet EISERES ten behoeve van haar leden gesprekken gevoerd met bewindspersonen en ambtenaren teneinde de sluiting van de detailhandel op te heffen of te beperken.
20. Ten aanzien van de eisen voor ontvankelijkheid die zijn neergelegd in artikel 3:305a lid 3 BW, heeft te gelden dat EISERES daaraan voldoet en dus ontvankelijk is in haar vordering. Noch de bestuurders betrokken bij de

⁷ Artikel 2 lid 2 sub j van de Statuten.

⁸ Zie hiervoor artikel 3:305a lid 6 BW en Kamerstukken II 2017/18, 34608, 6, p. 21.

oprichting van EISERES noch hun opvolgers hebben enig winstoogmerk dat via EISERES wordt gerealiseerd en dat er een voldoende nauwe band is met de Nederlandse rechtssfeer is evident gelet op de vorderingen.

Tenslotte is EISERES al geruime tijd het overlegorgaan dat met de overheid met enige regelmaat over het onderwerp van de vorderingen correspondeert. Desondanks worden de opgelegde maatregelen op geen enkele wijze versoepeld, waardoor EISERES niets anders rest dan onderhavige procedure te starten.

21. EISERES verzoekt U E.A. om haar ontvankelijk te verklaren in deze procedure.

Artikel 1018 c lid 1 Rv

22. Op basis van artikel 1018b lid 1 Rv is titel 14A Rv niet van toepassing in kort geding, met uitzondering van artikel 1018c lid 1. Aan de vereisten van artikel 1018c lid 1 Rv is voldaan.
23. EISERES zal binnen twee dagen na dagvaarding aantekening daarvan laten maken in het centraal register voor collectieve vorderingen conform artikel 1018c lid 2 Rv. EISERES zal gelijktijdig met het indienen daarvan bij de rechtbank zorg dragen voor verzending van deze dagvaarding aan het daartoe bestemde emailadres van de Raad voor de Rechtspraak met het verzoek deze in het register aan te tekenen.

De Staat

24. Eiseres komt op tegen de op de Wpg gebaseerde sluiting van de winkels. Deze Nederlandse implementatieregelgeving is afkomstig van de Ministeries van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Algemene Zaken.
25. EISERES vordert in deze procedure dat de Tijdelijke Maatregel waarop de sluiting van winkels is gebaseerd buiten werking wordt gesteld. De Staat is gedaagde in deze procedure

II. Relevante feiten en omstandigheden

26. Sinds 15 december 2020 is de detailhandel gesloten, met uitzondering van de in artikel 4a.1 a t/m gg genoemde uitzonderingen. Tot zeer recent was ook het thans zo genoemde “click & collect” niet toegestaan.
27. De detailhandel in Nederland was in 2020 verantwoordelijk voor 872.735 banen⁹ en een totale netto omzet van ruim EUR 108.774.000.000,00 ex BTW¹⁰.
28. Daarvan is een bedrag van EUR 41.942.000.000,00 toe te rekenen aan de thans als “niet-essentieel” bestempelde winkels, alwaar bijna 300.000 mensen werkzaam zijn, verdeeld over 55.858 vestigingen.
29. De UWV barometer detailhandel liet in augustus 2020 reeds een forse stijging van 31% zien van het aantal mensen met een detailhandel-beroep met een WW-uitkering (**productie 2**). Voorts is gebleken dat ook dat de toekomstverwachtingen voor de ondernemers in de detailhandel uiterst somber

⁹ https://arbeidsmarktdetailhandel.databank.nl/jive?workspace_guid=5d5886e7-1b79-4113-8597-d53ec40f1a04 en Arbeidsmarktrapportage – ABF Research, Retail insiders, p. 2 (<https://www.retailinsiders.nl/docs/f348b612-d0e2-4499-94de-931bcd7bfed7.pdf>)

¹⁰ <https://www.retailinsiders.nl/data/>, Omzet absoluut x € 1 mln. excl. BTW (2019 en 2020 betreft prognoses o.a. o.b.v. omzetcijfers t/m Q3 2020)

zijn, Dat was voordat op 14 december 2020 de detailhandel volledig werd gesloten.

Die werkloosheid is te verklaren doordat winkels in de eerste lockdown, ondanks dat zij open waren, hun klantaantallen drastisch zagen dalen, zover dat veel winkels vrijwillig zijn gesloten om de kosten van exploitatie niet boven de baten te laten uitlopen.

30. De verwachting is dat de werkloosheidstrend ten gevolge van de volledige lockdown de trend uit augustus 2020 zal volgen en overstijgen. Het is onvermijdelijk dat arbeidscontracten niet zullen worden verlengd en nieuwe arbeidscontracten niet zullen worden aangegaan. Voorts is het niet ondenkbaar dat reorganisatietrajecten zullen moeten worden ingezet om de loonkostendruk op (groot)retailbedrijven te verlagen teneinde faillissement te voorkomen.
31. In januari 2021 is een forse stijging van 4.2% van de werkloosheid in de detailhandelsector te zien ten opzichte van december 2020. Het CBS bevestigt dat die stijging het gevolg is van de aan de detailhandel opgelegde strenge lockdown.¹¹
32. Uit onderzoek is gebleken dat 72% van de aan het onderzoek deelnemende winkels extreem bezorgd is over de toekomst. Die vrees is temeer terecht gebleken daar in januari van 2021 veruit landelijk de meeste faillissementen zijn uitgesproken over (detail)handelsbedrijven.¹² Daarnaast is ook gebleken uit onderzoek onder consumenten, retailers, vastgoedorganisatie en gemeenten dat ongeveer 10 - 30% van de non-foodwinkels definitief zal verdwijnen na de coronacrisis,¹³ het onderzoek wordt overgelegd als **productie 3**.
33. Reeds in november 2020 voorzagen experts van PWC voor het tweede kwartaal van 2021 een toename van bijzonder beheer dossier in de detailhandel van 10%.¹⁴ Hiervoor wordt verwezen naar **productie 4**.
34. In de bijzonder beheer barometer van februari 2021 voorzien diezelfde experts van PWC dat de toename van bijzonder beheer dossiers en faillissementen in de detailhandel, op de horecabranche na, het grootst zal zijn.¹⁵ (**productie 5**) Die verwachtingen zijn gebaseerd op de verminderde toestroom van consumenten in 2020 en dus voordat de detailhandel volledig werd gesloten. Het is aldus meer dan aannemelijk dat door de volledige sluiting van de detailhandel de instroom van dossiers bij bijzonder beheer alleen maar wordt vergroot.
35. Naast de toename van faillissementen dient ook te worden gekeken naar de onderliggende schuldposities van retailondernemers.¹⁶ Uit recent onderzoek blijkt dat de handel - waaronder de retail - € 2,4 miljard belastingschuld heeft. Volgens experts kunnen deze belastingschulden gezien de marges die er in de detailhandel zijn niet worden terugbetaald. Zodra deze belastingschulden invorderbaar zijn, zal er alsnog een grote toename aan faillissementen volgen.

¹¹ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/07/werkloosheid-gedaald-naar-3-6-procent>

¹² <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/06/iets-meer-faillissementen-in-januari>

¹³ Retailagenda, 'Retail postcorona', impactanalyse, jan/feb 2021, p. 16.

¹⁴ <https://www.pwc.nl/nl/actueel-publicaties/assets/pdfs/pwc-bijzonder-beheer-barometer-nov-2020.pdf>

¹⁵ <https://www.pwc.nl/nl/actueel-publicaties/assets/pdfs/pwc-bijzonder-beheer-barometer-q1-2021-def.pdf>

¹⁶ EISERES verwijst in dit kader ook naar recente berichtgeving in het Financieel Dagblad: <https://fd.nl/ondernemen/1374092/miljarden-aan-uitgestelde-belastingen-tikkende-tijdbom-voor-bedrijven-in-nood-vyb1ca6gaOFh>.

Naast belastingschulden hebben ondernemers ook forse schulden bij hun leveranciers, verhuurders, banken maar ook bij familie. Uitstel leidt immers niet tot afstel en de winkeliers moeten op enig moment hun rekeningen en schulden betalen.

36. Veel retailondernemers zijn kleine (familie)bedrijven en hebben als rechtsvorm een VOF of een eenmanszaak, met als gevolg dat zij bij een faillissement ook persoonlijk aansprakelijk zijn als gevolg van de impact van Covid-19 en in het bijzonder de aanhoudende sluiting van hun bedrijf. Concreet houdt dit in dat zij zeker 3-5 jaar na faillissement in de schuldsanering komen te zitten met alle financiële en mentale problemen voor de ondernemer en hun gezinnen van dien. Naast de gevolgen op de korte termijn worden nu ook de pensioenopbouw en spaarpotten aangewend. Dit houdt in dat ook de gevolgen op de lange termijn voor een aanzienlijke groep heel fors zijn.
37. Sinds 14 december 2020 zijn de inkomsten voor de detailhandel tot nagenoeg nul gedaald. Verkoop via bezorging is voor winkels die niet reeds een goedlopende webshop hadden niet kostendekkend en zij dienen te concurreren met niet alleen de winkels die al wel een goedlopende webshop hadden maar ook met grootaanbieders zoals bol.com, Amazon, Wish, en VidaXL.
38. Daarenboven geldt dat uit onderzoeken blijkt dat de bezorging van producten zeker voor middelgrote en kleine retailers zeer moeizaam verloopt vanwege een overbelast bezorgkanaal. Deze retailers krijgen het niet voor elkaar om hun producten op tijd bij de consument te bezorgen. Vertragingen van meer dan zeven dagen zijn momenteel niet ongevoen.
39. Een aantal van de genoemde grootaanbieders draagt weinig tot niets bij in de vorm van het afdragen van belastingen aan de Nederlandse maatschappij. En het zijn juist de winkels die essentieel zijn voor het leefbaar houden van de binnensteden, winkelgebieden en dorpskernen.¹⁷
40. Winkeliers blijven nu ook zitten met grote voorraden. Zij kochten hun voorraden al lang voor de aankondiging van de winkelsluiting op 15 december 2020 in. Op dat moment konden zij nog niet voorzien dat zij hun winkel moesten sluiten. Deze voorraden kunnen zij niet – of slechts in zeer beperkte mate – verkopen via online kanalen (zie hiervoor randnummer 38 en 39). Als de opening van de winkels niet zeer snel wordt aangekondigd, zullen de seizoengevoelige producten zeker niet meer verkopen.¹⁸ Deze voorraden zijn vaak wel al betaald of moeten op korte termijn worden betaald. PWC verwacht dat een groot aantal retailers zonder aanvullende financiering vanwege de ontstane liquiditeitstekorten niet in staat zal zijn aan hun betaalverplichtingen te voldoen (vide productie 5).¹⁹
41. Daarnaast gebruiken winkeliers de omzet die zij verdienen met de wintercollectie en de vroege voorjaarscollectie om nieuwe collecties in te kopen. Het nog langer sluiten van winkels neemt winkeliers iedere reële kans af om hun producten nog te verkopen. Zelfs als winkeliers wel de financiële middelen hebben om nieuwe voorraad te kopen, kunnen zij die niet bestellen. Door de

¹⁷ <https://www.binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/nieuws/pbl-leegstand-winkels-zal-nog-fors-toenemen.15321819.lynkx>

¹⁸ Er kan gedacht worden aan kerstproducten, maar ook aan feestkleding, winterjassen, kaarsen, agenda's voor 2021, shawls, laarzen, et cetera. Deze producten verkopen immers een stuk minder in het voorjaar.

¹⁹ <https://www.pwc.nl/actueel-publicaties/assets/pdfs/pwc-bijzonder-beheer-barometer-q1-2021-def.pdf>, p. 13.

nog onverkochte voorraad in hun winkels is er simpelweg geen ruimte voor de nieuwe voorraad.

42. De Staat biedt weliswaar tegemoetkomingen (verschillende regelingen), maar deze zijn bij lange na niet voldoende om de omzetverliezen te compenseren. Niet alle winkeliers kunnen wegens individuele omstandigheden aanspraak maken op de compensatiemaatregelen en soms komen zij daar niet voor in aanmerking. Voor zover een winkelier al aanspraak kan maken op een regeling, is het niet meer dan een druppel op een gloeiende plaat en staat het in geen enkele verhouding tot de omzetverliezen die winkeliers daadwerkelijk lijden en nu ook al bijna een heel jaar hebben geleden door alle beperkende maatregelen en de investeringen die zij reeds hebben gedaan om de veiligheid in de winkels te waarborgen.

III. Vordering / juridisch kader

43. In kort geding wordt gevorderd dat de sluiting van de publieke ruimtes met betrekking tot de zogenoemde niet-essentiële winkels wordt opgeheven, althans dat de Staat wordt bevolen die op te heffen en opgeheven te houden, althans dat de ministeriële regeling die is bekendgemaakt op 2 maart 2021 (*Staatscourant* 2021, 10448) buiten werking wordt gesteld nu die in strijd met artikel 58b Wpg tot stand is gekomen en een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap.

44. Paragraaf 5.2. van de memorie van toelichting van de Tijdelijke wet gaat in op de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de op grond van die wet te nemen maatregelen en stelt daarover het volgende:

“Bij het vaststellen van de amvb en ministeriële regelingen dient aan de hand van de actuele stand van het virus, de wetenschappelijke inzichten en voortgang van de bestrijding te worden beoordeeld in hoeverre maatregelen die grondrechten beperken, noodzakelijk zijn voor het doel van de bestrijding van de epidemie. Gelet op de vaste jurisprudentie over het EVRM en andere internationale mensenrechtenverdragen kent de beoordeling van noodzakelijkheid verschillende aspecten: elke beperkende maatregel moet geschikt zijn om het doel te bereiken en er dient geen minder vergaande maatregel mogelijk te zijn waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden (ook aangeduid als subsidiariteit). Daarnaast moet het met de maatregel gediende belang in verhouding zijn met de beperking en voor een of meer belanghebbenden onevenredig nadelige gevolgen (ook aangeduid als proportionaliteit). Om deze afweging uitdrukkelijk te borgen, is in het wetsvoorstel een algemene bepaling opgenomen die noodzakelijkheid en proportionaliteit als vereisten bij de uitoefening van het voorgestelde hoofdstuk Va expliciteert (artikel 58b, tweede lid).”²⁰

45. Daaruit volgt dat bij met vaststellen van de amvb en ministeriële regelingen altijd aan de hand van de actuele stand van het virus, de wetenschappelijke inzichten en voortgang van de bestrijding dient te worden beoordeeld in hoeverre de maatregelen noodzakelijk zijn.
46. De Staat is derhalve verplicht om bij iedere ministeriële regeling waarbij een maatregel wordt ingevoerd of verlengd een actuele afweging te maken van de stand van het virus en de noodzakelijkheid van de effecten van de maatregel voor het bestrijden van het virus.

²⁰ MvT, Kamerstukken 2019-2020, 35526-3.

47. Daarbij dient niet alleen gekeken te worden naar of de maatregel geschikt is voor het bestrijden van Covid-19 maar dient ook beoordeeld te worden of er minder verstreckende maatregelen mogelijk zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt; de zogeheten "subsidiariteit".
48. De ministeriële regeling waarmee op 14 december 2020²¹ voor het eerst tot sluiting van nagenoeg alle publieke ruimtes is besloten, bevat omtrent de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit onder andere de volgende toelichting.

Het OMT adviseert derhalve om aanvullende maatregelen zo snel mogelijk af te kondigen. Voor het OMT is het duidelijk dat de maatregelen die op 13 oktober werden gepresenteerd, gekoppeld aan het huidige niveau van opvolging onvoldoende is om de stijging te stoppen. (voetnoot 3)

49. De memorie van toelichting verwijst in voetnoot 3 naar het advies van het 91^e OMT waarin volgend op nagenoeg een overweging van het OMT van gelijke bewoording de volgende passage nog volgt:

De huidige ontwikkeling van de coronaviruspandemie baart het OMT grote zorgen. De hoge prevalentie van besmettelijke personen maakt de huidige situatie nog steeds instabiel en ernstig, en het dreigt erger te worden door verdere toename van het aantal nieuwe besmettingen nu het reproductiegetal significant ruim boven de één ligt. De ziekenhuizen en het medische personeel zitten al aan de grens van wat haalbaar is. Dit zijn zeer ongunstige condities aan de vooravond van de kerstvakantie en winterperiode. Immers, de kerst en jaarwisseling, traditioneel een periode met een toename van nauwe sociale contacten en drukke in de steden en dorpen door winkelen en festiviteiten, brengen grote risico's met zich mee voor een verdere toename van de besmettingen. Vooral ook omdat deze feestdagen elkaar met enkele tussenliggende dagen zo opvolgen, dat ze de aantallen besmettingen belangrijk kunnen versterken.²² (onderstreping door advocaat)

50. De noodzakelijkheids- en subsidiariteitsafweging die bij de invoering van de regeling op 14 december 2020 is gemaakt is kennelijk, gelezen het advies n.a.v. het 91^e OMT, toegespitst op de nakende kerstperiode en daarmee gepaard gaande drukte in steden en dorpen door winkelen en festiviteiten (en de toename van sociale contacten in de privésfeer tijdens de feestdagen).
51. Die toelichting sluit aan bij de tijdelijkheid van de ministeriële regeling van 14 december 2020, tot 19 januari 2021.
52. Bij ministeriële regeling van 12 januari 2021 wordt besloten tot verlenging van de maatregelen tot 9 februari 2021. Omtrent de noodzakelijkheid en evenredigheid wordt in de toelichting daarop het volgende opgenomen:

²¹ Regeling van de Ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, van Justitie en Veiligheid en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 14 december 2020, kenmerk 1800138-216052-WJZ tot wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met een verzwarende van de maatregelen

²² Advies naar aanleiding van het 91^e OMT, 14 december 2020

De beperkte afname en/of stabilisatie van het aantal besmettingen en de komst van en de toename van het aantal besmettingen met de nieuwe varianten van het virus, maken dat het nodig blijft het aantal contacten buiten huis zoveel als mogelijk te beperken tot alleen cruciale contacten.

Met een verlenging van het maatregelenpakket blijven met name de bewegingsvrijheid, de persoonlijke levenssfeer en het recht op eigendom ingeperkt. De grondslag hiervoor is gelegen in de artikelen, genoemd in de considerans van deze regeling. Gelet op de ontwikkeling van het epidemiologische beeld, zijn versoepelingen van de maatregelen op dit moment niet mogelijk. Dit rechtvaardigt de verlenging van de maatregelen en maakt het voortzetten van de inperking noodzakelijk en evenredig.²³

53. Dat betreft slechts een zeer algemene afweging, waarbij geen proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging wordt gemaakt en waarbij niet specifiek wordt gekeken naar de diverse specifieke maatregelen. Voorts wordt geen afweging gemaakt over het waarborgen van de grondrechten. Het betreft derhalve een algemene verlenging van alle maatregelen, omdat het OMT een beperkte afname van het aantal besmettingen constateert.
54. Bij het vaststellen van die regeling is dus, ten onrechte, geen invulling gegeven aan artikel 58b Wpg en de toelichting in de wetsgeschiedenis daarop. Immers, zo schrijft artikel 58b Wpg en de toelichting voor:

Bij het vaststellen van de amvb en ministeriële regelingen dient aan de hand van de actuele stand van het virus, de wetenschappelijke inzichten en voortgang van de bestrijding te worden beoordeeld in hoeverre maatregelen die grondrechten beperken, noodzakelijk zijn voor het doel van de bestrijding van de epidemie. (...) (onderstreping door advocaat)

Elke beperkende maatregel moet geschikt zijn om het doel te bereiken en er dient geen minder vergaande maatregel mogelijk te zijn waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden (ook aangeduid als subsidiariteit). (onderstreping door advocaat)
55. Ook het advies naar aanleiding van het 95e OMT²⁴, waarnaar overigens ten aanzien van de noodzakelijkheid in de toelichting op de regeling van 12 januari 2021 niet wordt verwezen, wordt geen concrete noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en/of subsidiariteitsafweging gemaakt.
56. De Staat en het OMT zijn bij vaststelling van de ministeriële regeling op 12 januari 2021 slechts uitgegaan van de actuele stand van het virus en de wetenschappelijke inzichten, zonder de vereiste nadere noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en/of subsidiariteitsafweging te maken.
57. Die trend zet zich bij de ministeriële regeling van 2 februari 2021²⁵, waarmee alle maatregelen zijn verlengd tot 2 maart 2021, door.

²³ Regeling van de Ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, van Justitie en Veiligheid en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 12 januari 2021, kenmerk 1810289-216884-WJZ, tot wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het verlengen van het maatregelenpakket

²⁴ Advies naar aanleiding van het 95e OMT, 11 januari 2021

²⁵ Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van 2 februari 2021, kenmerk 1812499-217094-WJZ, houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-

58. Hoewel voor de detailhandel het zogeheten “click & collect” mogelijk wordt gemaakt, ligt aan het verlengen van de sluiting van de detailhandel als publieke ruimte geen concrete noodzakelijkheids- proportionaliteits- en/of subsidiariteitsafweging ten grondslag. Volstaan wordt met de volgende afweging:

De beperkte afname en/of stabilisatie van het aantal besmettingen en de komst van en de toename van het aantal besmettingen met de nieuwe varianten van het virus, maken dat het nodig blijft het aantal contacten buiten huis zoveel als mogelijk te beperken tot alleen cruciale contacten. Met een verlenging van het maatregelenpakket blijven met name de bewegingsvrijheid, de persoonlijke levenssfeer en het recht op eigendom ingeperkt. De grondslag hiervoor is gelegen in de artikelen, genoemd in de considerans van deze regeling.

Gelet op de ontwikkeling van het epidemiologische beeld, zijn versoepelingen van de maatregelen op dit moment niet mogelijk. Dit rechtvaardigt de verlenging van de maatregelen en maakt het voortzetten van de inperking noodzakelijk en evenredig. Wel gaan basisscholen en kinderopvang vanaf 8 februari weer open. Daarnaast mogen consumenten vooraf geplaatste bestellingen, op vooraf afgesproken tijden, ophalen bij de winkel.²⁶

59. Ten aanzien van de belangen van de ondernemers in de detailhandel wordt het volgende overwogen:

Vanwege de verlenging van het bestaande maatregelenpakket, heeft het kabinet gemeend het makkelijker te moeten maken voor de consument om middels een ‘bestellen en afhalen-systeem’ in levensbehoeften te voorzien. Voor de detailhandel biedt dit eveneens kansen om de omzet te vergroten en vaste lasten (deels) terug te verdienen.²⁷

60. Daarbij verdient het nog opmerking dat het principe van ‘click en collect’ voor veel winkeliers niet toereikend is wanneer het gaat om adviesgevoelige producten. De vraag van de betreffende consumenten is er onverminderd, echter, winkeliers kunnen hier totaal niet op inspringen en zij zien hun voorraad achter gesloten deuren waardeloos worden.²⁸

61. De vraag van consumenten blijft dus onverminderd hoog, maar winkeliers kunnen hen niet helpen door middel van click & collect. Denk aan:

- a. consumenten die na inwerkingtreding van de winkelsluiting een baby krijgen en nog niet beschikken over alle producten om goed voor de baby te kunnen zorgen. Denk bijvoorbeeld aan een Maxi-Cosi, wieg, kinderwagen, babykleding, kolfapparatuur, kinderthermometers, etc.

19, in verband met verlenging van het maatregelenpakket, het mogelijk maken van ophalen van bestelde artikelen bij winkels, het vereisen van een negatieve antigeentestuitslag voor reizigers uit Europees Nederland naar de BES en enkele andere wijzigingen

²⁶ Toelichting bij de ministeriële regeling d.d. 2 februari 2021, nr. 4.

²⁷ Toelichting bij de ministeriële regeling d.d. 2 februari 2021, onderdeel B.

²⁸ Zie hiervoor bijvoorbeeld ook: <https://www.ing.nl/zakelijk/kennis-over-de-economie/onze-economie/de-nederlandse-economie/publicaties/coronavirus-en-effecten-op-pintransacties.html>
Gesloten winkels zitten - zelfs met click&collect - ruim onder wat gebruikelijk is qua omzet en transacties.

- b. consumenten die wegens een onverwachte gebeurtenis speciale behoeften hebben, waarbij hun vaste winkelier normaliter kan helpen. Denk aan de behoefte aan een nieuw pak bij plotseling overlijden van een dierbare, de behoefte aan een jasje voor een (online) sollicitatie, hardloopschoenen, een sta-op-stoel of in hoogte verstelbaar bed om weer mobiel te worden, etc.
 - c. consumenten die in het huwelijk gaan treden en met onder meer hun kleding deze heel bijzondere gebeurtenis een feestelijk karakter willen geven. De levertijden op trouwkleiding is gemiddeld 4-5 maanden en nieuwe collecties dienen aan terwijl oude daardoor onbestelbaar worden. De winkeliers kunnen dan nu de consumenten niet bedienen maar ook niet in de nabije toekomst en zowel de consument als ondernemer worden dubbel geraakt.
62. Winkeliers lopen ook daardoor aanzienlijke inkomsten mis, terwijl hun voorraad achter gesloten deuren waardeloos wordt. Die producten verkopen de zogenaamde essentiële winkels in beperkte mate en ze kunnen zeker niet aan de op dat moment specifieke klantwensen tegemoetkomen. Daarenboven ligt op dat punt de oneerlijke mededinging op de loer.
63. Wederom is geen concrete afweging gemaakt en is niet onderzocht of de maatregelen evenredig en proportioneel zijn en of er geen minder vergaande maatregelen mogelijk zijn waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden. Waar in december 2020 nog concreet wordt aangegeven dat het met het oog op de naderende feestdagen belangrijk is om reisbewegingen zoveel mogelijk te beperken, is te dien aangaan in latere regelingen steeds geen afweging gemaakt. Louter wordt aangegeven dat reisbewegingen zouden moeten worden beperkt, maar niet wordt beargumenteerd dat door het sluiten van de detailhandel buiten het feestdagenseizoen dit doel wordt bereikt. Terwijl het nu juist wel een wettelijk vereiste is om per maatregel dat aan te geven, met onderbouwing ten aanzien van de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Zeker als het, zoals de sluiting van de detailhandel kennelijk is, een verzwarende maatregel ten opzichte van de routekaart betreft.
64. Met ingang van 3 maart 2021, de datum van deze dagvaarding, is de nieuwste ministeriële regeling²⁹ in werking getreden. Daarin is ook het winkelen op afspraak mogelijk gemaakt.
65. Ook hier wordt in hoge mate volstaan met globale stellingen over de epidemie in zijn algemeenheid, die veelal de strekking hebben dat 'de epidemie nog niet voorbij is', en over het effect van het maatregelenpakket als geheel.
66. In de toelichting daarop wordt over het winkelen op afstand en het click & collect systeem het volgende opgemerkt:

Het kabinet heeft gemeend het toegankelijker te moeten maken voor de consument om middels 'winkelen op afspraak' in winkelbehoeften te voorzien. Voor de kleine zelfstandige winkelier biedt dit eveneens kansen om enige omzet te genereren en vaste lasten (deels) terug te verdienen. Daar waar bestellen en afhalen soelaas biedt voor middelgrote winkelbedrijven en de grote winkelbedrijven beter uit de voeten kunnen met hun webshops, biedt winkelen op afspraak perspectief voor de kleinere winkelbedrijven. Met 'winkelen op afspraak' reserveren klanten (telefonisch of online) minimaal vier uur

²⁹ Staatscourant 2 maart 2021, nr. 10448, kenmerk 1812443-217083-WJZ

van tevoren een tijdslot van minimaal tien minuten om te kunnen winkelen. Uitgangspunten hierbij zijn dat het winkelen gespreid over de dag plaatsvindt, er geen oploop van publiek ontstaat en er slechts twee personen per tijdvak per verdieping de winkel worden binnengelaten. Ook zijn de basisregels, zoals de veiligeafstandsnorm en de mondkapjesplicht in de publieke binnenruimte, en de protocollen van de detailhandel onverkort van kracht. Omdat er maar een zeer beperkt aantal personen tegelijkertijd binnen mag zijn, worden de contactmomenten met anderen geminimaliseerd. Hiermee is het risico op verspreiding van het virus eveneens geminimaliseerd. Ook draagt het van tevoren reserveren van een tijdslot bij aan een bewuste keuze om naar een winkel te gaan, zodat consumenten geen onnodige reisbewegingen maken. Het winkelen op afspraak sluit bovendien aan bij het OMT, dat adviseert dat het versoepelen van activiteiten waarbij sprake is van individuele, laagfrequente deelname, en waarbij slechts een-op-een contact is, te verkiezen is boven groepsactiviteiten en grootschalige persoonsverplaatsingen.³⁰

67. Ook wordt in deze regeling (wel) een iets uitgebreidere afweging opgenomen over de maatschappelijke effecten van de maatregelen.³¹ Daarin kennelijk (selectief) ingegaan op het advies van het sociaal cultureel planbureau (SCP) (**productie 6**)³².

68. In dat briefadvies wordt door het SCP onder andere het volgende opgemerkt:

(...)

*We benadrukken allereerst en nogmaals het perspectief van brede welvaart om het bredere afwegingskader in het vizier te houden.*³³

(...)

*Tot slot vragen we te letten op een zuivere rolverdeling tussen experts en bestuurders bij de besluitvorming en het betrachten van transparantie over de gemaakte afwegingen.*³⁴

(...)

*Het huidige COVID-19-maatregelenpakket stuurt voornamelijk op bestrijding van de acute crisis. De aanhoudende crisis laat steeds duidelijker zien dat er niet alleen gevolgen zijn voor de manier waarop we nu werken, zorgen, leren en contact met elkaar hebben, maar dat er ook potentieel grote consequenties zijn voor de toekomst.*³⁵

(...)

Het is vervolgens aan bestuurders om op basis van de beschikbare kennis een expliciete afweging te maken, waarbij ze bewust zijn van de verschillende factoren, en ook transparant zijn over de gemaakte afwegingen. We adviseren om in de communicatie met

³⁰ Staatscourant 2 maart 2021, nr. 10448, kenmerk 1812443-217083-WJZ, p. 22.

³¹ Idem, p. 24

³² Brief met briefadvies SCP d.d. 17 februari 2021

³³ Briefadvies SCP d.d. 17 februari 2021, p.1

³⁴ Briefadvies SCP d.d. 17 februari 2021, p.2

³⁵ Idem, p. 3

de samenleving explicieter te zijn over welke politieke weging tussen epidemiologische, maatschappelijke en economische belangen en effecten is gemaakt, en hoe die tot stand is gekomen.

69. In de toelichting op de laatste regeling wordt in weerwil van dat advies wederom niet ingegaan op de vraag of minderverstrekkende maatregelen zijn onderzocht, of gekeken is de gevolgen van de maatregelen voor onder andere de ondernemers in de detailhandel en welke afweging is gemaakt tussen de bestrijding van het virus enerzijds en anderzijds de potentieel grote consequenties voor de toekomst.
70. De Retailagenda januari/februari 2021 (vide productie 3)³⁶, een initiatief van het ministerie van Economische Zaken, voorspelt dat in ten tijde van het vaststellen van de meest actuele regeling, naar verwachting 30 % van de non-food winkels, nu de sluiting van de detailhandel is verlengd, zal moeten sluiten. Dat percentage zal hoger liggen, tot 40 %, voor bijvoorbeeld mode- sport- en schoenenwinkels.
71. Ondanks de meegegeven afwegingen door het SCP en de meest actuele verwachte ernstige gevolgen, heeft de Staat ook in de laatste ministeriële regeling niet onderzocht welke minder verstrekkende maatregelen mogelijk zijn.
72. Kort en wel wordt ook in ook de meeste recente ministeriële regeling voor wat betreft de sluiting van de winkels niet ingegaan op de sinds de eerste verlenging onbeantwoorde vraag of deze specifieke maatregel evenredig en proportioneel is en of een vergelijkbaar doel niet ook met minder verstrekkende maatregelen bereikt kan worden. Door slechts het doel van het maatregelenpakket in zijn algemeenheid te bespreken, wekt de Staat, in tegenstelling tot het advies van het SCP, de suggestie dat het beoogde doel elk middelenpakket, als geheel, rechtvaardigt. Daarmee handelt de Staat in strijd met artikel 58b Wpg en de bedoeling en toelichting van de wetgever dienaangaande.
73. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de ministeriële regelingen waarmee de sluiting van de publieke ruimtes bedoeld voor de detailhandel (de winkels) is bevolen in strijd met artikel 58b Wpg tot stand is gekomen.
74. Gelet op het feit dat in strijd met artikel 58b Wpg geen noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en/of subsidiariteitsafweging is gemaakt, toegespitst op de concrete maatregel waarmee gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden uit hoofdstuk Va van de Wpg, dient de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, voor zover die ziet op de sluiting van winkels en/of publieke ruimte bedoeld voor detailhandel, buiten werking te worden gesteld, althans dient de staat te worden geboden het verbod op opening van publieke ruimte bedoeld voor detailhandel, al dan niet onder voorwaarden (waarover hieronder meer), op te heffen en opgeheven te houden.
75. Had de Staat wel de ex artikel 58b Wpg vereiste noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en/of subsidiariteitsafweging uitgevoerd, dan had de Staat tot de conclusie moeten komen dat sluiting van de detailhandel niet noodzakelijk en proportioneel is en dat er weldegelijk minder vergaande maatregelen mogelijk te zijn waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden.

³⁶ https://retailand.nl/app/uploads/2021/03/Retailagenda_Retail-postcorona-impactanalyse_maart2021_SP.pdf

76. De bevoegdheden als bedoeld in artikel 58h Wpg, waarmee bij ministeriële regeling tot sluiting van de publieke ruimte, waaronder de detailhandel is besloten, kan en mag slechts gebruikt worden indien die specifieke maatregel, gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid, noodzakelijk is.
77. Ten aanzien van die noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit is in de memorie van toelichting bij de tijdelijke wet in paragraaf 5.2. het volgende opgenomen:

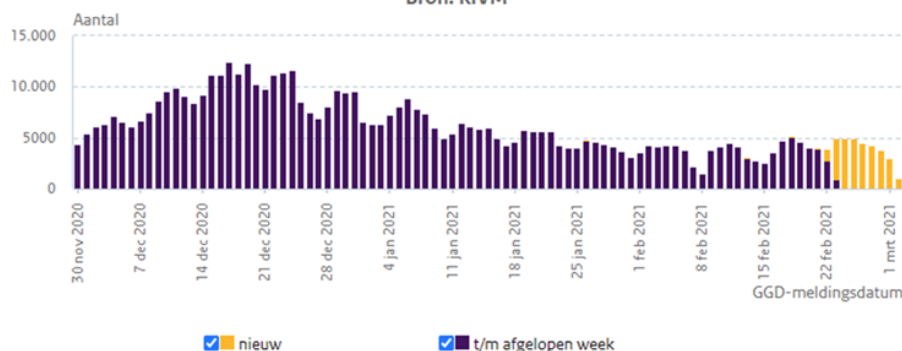
“Gelet op de vaste jurisprudentie over het EVRM en andere internationale mensenrechtenverdragen kent de beoordeling van noodzakelijkheid verschillende aspecten: elke beperkende maatregel moet geschikt zijn om het doel te bereiken en er dient geen minder vergaande maatregel mogelijk te zijn waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden (ook aangeduid als subsidiariteit). Daarnaast moet het met de maatregel gediende belang in verhouding zijn met de beperking en voor een of meer belanghebbenden onevenredig nadelige gevolgen (ook aangeduid als proportionaliteit). Om deze afweging uitdrukkelijk te borgen, is in het wetsvoorstel een algemene bepaling opgenomen die noodzakelijkheid en proportionaliteit als vereisten bij de uitoefening van het voorgestelde hoofdstuk Va expliciteert (artikel 58b, tweede lid). Dit betekent dat de vaststelling van de amvb en de ministeriële regelingen slechts mag plaatsvinden voor zover de daarin geregelde maatregelen noodzakelijk zijn voor de bestrijding van de epidemie en de gevolgen van de maatregelen niet onevenredig zijn aan dat doel.” – (onderstreping advocaat)

78. Om tot het oordeel te komen dat een maatregel noodzakelijk is, moet een maatregel dus hoe dan ook voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze essentiële vereisten worden verderop in deze dagvaarding nader uitgewerkt in aparte hoofdstukken. Eerst zal worden ingegaan op de geschiktheid van de maatregel en het feit dat bij het vaststellen van de ministeriële regeling met betrekking tot het sluiten van de detailhandel op geen enkele wijze is aangetoond dat de winkelsluiting concreet bijdraagt aan de volksgezondheid.
79. Hoewel er bij de winkelsluiting in december 2020 wel enige onderbouwing werd opgenomen over de geschiktheid van de maatregel, mede gelet op de naderende kerstperiode, is die bij de besluiten tot verlenging daarvan volledig achterwege gebleven. De gedachte achter de sluiting destijds, namelijk het feit dat de kerst en jaarwisseling, wat traditioneel een periode is met een toename van nauwe sociale contacten en drukte in de steden en dorpen door winkelen en festiviteiten, grote risico's met zich meebrengen voor een verdere toename van de besmettingen, is thans niet aan de orde en was dat ook niet op de verschillende momenten dat werd besloten deze specifieke maatregelen te verlengen. De vraag is dan ook of de maatregel nog wel geschikt is voor het bereiken van het doel, namelijk het aantal contacten buiten huis zoveel als mogelijk te beperken tot alleen cruciale contacten. Het is aan de Staat om aan te tonen dat dat het geval is. Desalniettemin getuigen de cijfers dat de winkelsluiting weinig tot niets bijdraagt aan de daling van de coronabesmettingen.

80. De door de Staat als niet-essentieel bestempelde winkels moesten vanaf 15 december 2020 verplicht hun deuren sluiten. De dagelijkse cijfers van het RIVM tonen inderdaad een daling van het aantal positief geteste personen per dag sinds deze verplichte sluiting. Echter, gelijktijdig met de sluiting van niet-essentiële winkels, werden echter ook sportscholen, scholen en buitenschoolse opvangcentra gesloten en ook de horeca moest nog steeds de deuren gesloten houden.
81. Een aanscherping die enkele dagen later volgde was de beperking van het ontvangen van maximaal 1 persoon (van 13 jaar of ouder) per dag. Niet aantoonbaar is derhalve het specifieke aandeel van de sluiting van de niet-essentiële winkels op de daling van het aantal besmettingen.
82. Bovendien werden winkels in de periode voor de sluiting als gevolg van de feestdagen veel meer bezocht dan het geval zou zijn in andere perioden van het jaar. Het is derhalve aannemelijk dat na de feestdagen automatisch al enige vorm van daling in de cijfers zichtbaar zou worden, ook zonder sluiting van de detailhandel.

GGD Meldingen positief geteste personen per dag vanaf 30 november 2020

Bron: RIVM

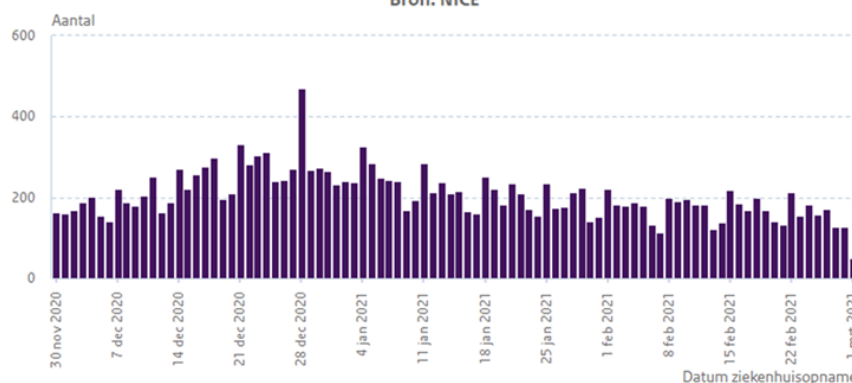


37

Sinds de verplichte sluiting van de Retail sector blijkt uit de cijfers van het RIVM in de weken na de sluiting nauwelijks een daling van het aantal ziekenhuisopnames per dag:

In ziekenhuis opgenomen patiënten vanaf 30 november 2020

Bron: NICE



38

83. Opvallend is verder dat tijdens de eerste lockdown in maart de niet-essentiële winkels niet verplicht gesloten waren en dat het aantal dagelijkse

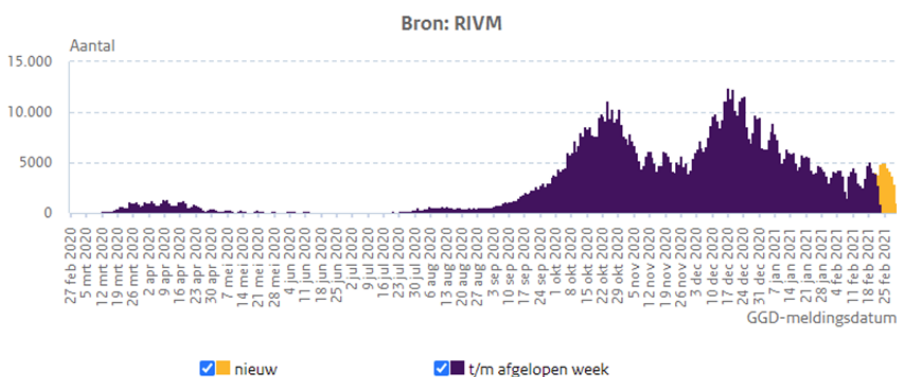
³⁷ <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/grafieken>

³⁸ <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/grafieken>

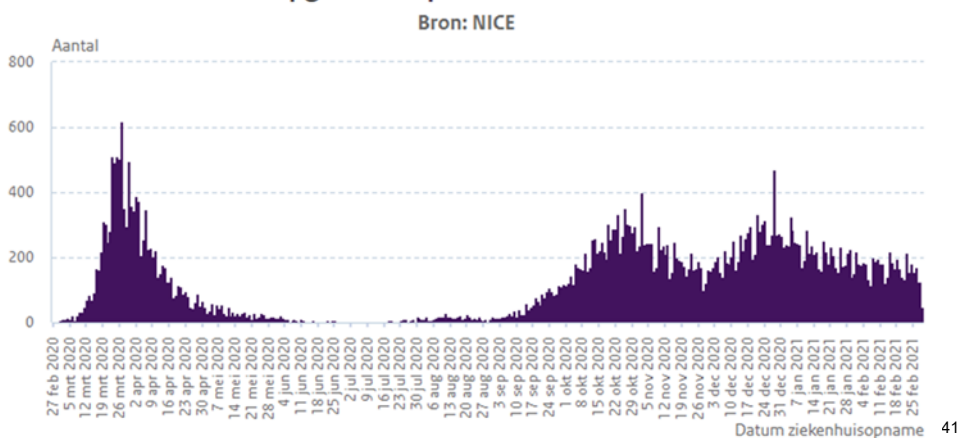
ziekenhuisopnames desondanks in korte tijd enorm daalde (zie de grafieken hieronder). De maatregelen destijds werden op 15 en 16 maart 2020 genomen en bestonden uit de sluiting van de horeca, het verbod op het uitoefenen van contactberoepen en de sluiting van scholen en kinderopvang³⁹.

84. Het leeuwendeel van de winkels bleef gedurende die lockdown gewoon geopend, zij het met enige aanpassing van de openingstijden. Uit de cijfers van het RIVM blijkt niet van een stijging van het aantal besmettingen of het aantal ziekenhuisopnames in die periode. Ondanks de heropening van de gehele retailsector zette de dalende trend zich voort. De andere, hierboven genoemde, maatregelen waren op dat moment wel nog van kracht en lijken daarom van effectiever/van groter belang.

GGD Meldingen positief geteste personen per dag vanaf 27 februari 2020



In ziekenhuis opgenomen patiënten vanaf 27 februari 2020



85. In andere Europese landen worden evenals in Nederland vergaande maatregelen genomen. Fenomenen als avondklok en winkelsluiting zijn in andere landen ook niet vreemd. Een korte vergelijking met andere landen waar geen winkelsluiting is opgelegd doet al gauw concluderen dat deze maatregel geen tot zeer weinig invloed heeft op de cijfers. Voor de helderheid zetten we een en ander onder elkaar, te beginnen met Nederland.

³⁹ Wel sloten grote winkelketens op woensdag 18 en donderdag 19 maart 2020 vrijwillig de deuren (onder andere: H&M, WE Fashion, Zara, C&A, Nespresso, GameMania, Footlocker, Bijenkorf, IKEA en Lego). De vrijwillig gesloten winkelketens openden tussen begin april en begin mei de deuren weer.

⁴⁰ <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/grafieken>

⁴¹ <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/grafieken>

Nederland

86. In Nederland zijn enkel de winkels die als essentieel zijn bestempeld open. Dit betreffen winkels die gericht zijn op de eerste levensbehoeften. Warenmarkten die levensmiddelen (eten en drinken) verkopen mogen ook open blijven. Alle winkels sluiten uiterlijk om 20:00 uur.
87. Niet-essentiële winkels blijven voorlopig gesloten. Per 10 februari is het wel mogelijk om producten te bestellen en af te halen bij een winkel (click & collect). Vanaf 3 maart is het mogelijk om op afspraak te winkelen. Dit betekent concreet dat er maximaal 2 mensen per verdieping in een winkel gedurende een ten minste vier uur vooraf gereserveerd tijdvak van minimaal 10 minuten mogen winkelen.
88. Zoals eerder gezegd dienen niet-essentiële winkels dicht te blijven omdat dit het aantal contactmomenten zou verminderen en zodoende de besmettingscijfers omlaag zou moeten krijgen.

België

89. België hanteert momenteel een minder strenge lockdown dan Nederland. Alle horeca is net als in Nederland gesloten, echter geldt dit niet voor winkels.
90. In België zijn zowel de essentiële als de niet-essentiële winkels open. Personen die gebruik willen maken van een winkel dienen zich echter wel aan een aantal strenge regels te houden:
 - a. Winkel alleen;
 - b. Je mag met kinderen uit je eigen huishouden jonger dan 18 jaar of personen die hulp nodig hebben naar de winkel gaan. Doe dit zo weinig mogelijk;
 - c. Ontsmet je handen voordat je de winkel betreedt;
 - d. Het dragen van een mondkap is verplicht;
 - e. Winkels met meer dan 400m² winkeloppervlakte zijn verantwoordelijk voor het beheer van de wachtrijen buiten de winkel. Er moet toezicht zijn op buitenstaande wachtende winkelaars, zodat de afstandsregel gerespecteerd worden. De organisatie buiten de winkel gebeurt volgens de richtlijnen van lokale overheden;⁴²
 - f. Elke klant mag maximaal 30 minuten winkelen (en winkelbezoek wordt tot een minimum beperkt);⁴³
 - g. Winkeliers mogen 1 klant per 10 vierkante meter toelaten;
 - h. Winkels met een oppervlakte van minder dan 20 vierkante meter, mogen maximaal 2 klanten tegelijk binnen laten;⁴⁴

Besmettingscijfers België:

91. Voor een goed beeld van het besmettingsverloop door het openen van winkels in België dient de datum 1 december 2020 in het oog te worden gehouden. Dit

⁴² <https://www.unizo.be/corona-welke-veiligheidsmaatregelen-moet-je-toepassen-je-winkel>.

⁴³ <https://www.bd.nl/brabant/detailhandel-belgie-nederlanders-welkom-in-winkelsteden-verbazing-bij-brabantse-veiligheidsregio-a0365262/> en <https://www.unizo.be/corona-welke-veiligheidsmaatregelen-moet-je-toepassen-je-winkel>.

⁴⁴ <https://www.vlaanderen.be/gezondheid-en-welzijn/gezondheid/gezondheid-en-preventie-bij-sociaal-contact-tijdens-de-coronacrisis/coronacrisis-sluiting-handelszaken> en <https://www.unizo.be/corona-welke-veiligheidsmaatregelen-moet-je-toepassen-je-winkel>.

is namelijk de datum waarop alle winkels in België hun deuren weer mochten openen.

92. Op 27 oktober 2020 kende België zijn absolute piek met maar liefst 22.213 vastgestelde besmettingen op één dag. In de periode tot en met 1 december 2020 is dit dagelijks aantal, vanwege een zwaarder pakket aan maatregelen, omlaag gegaan tot 2.698 besmettingen.⁴⁵
93. Vanwege deze sterke daling zag het Belgische kabinet de mogelijkheid om maatregelen te versoepelen. Zij besloot alle winkels weer te laten openen. Het heropenen van deze winkels heeft, blijkt uit cijfers, geen effect gehad op het aantal besmettingen per dag. Volgens de meest recente cijfers kende België op 17 februari 2021 een vastgesteld aantal besmettingen van 1.357. Dit terwijl het aantal dagelijkse coronatesten vanaf 1 december 2020 alleen maar is gestegen. Dit betekent dat het percentage positieve tests sinds 1 december 2020 aan een daling onderhevig is.
94. Op 1 december 2020 was er immers, gemeten over 7 dagen, sprake van een gemiddeld percentage van 8,96% als het gaat om positieve tests. Ruim twee maanden later betreft dat percentage op 17 februari 2021 nog maar 5,67%. Dit terwijl er op 1 december 2020 29.766 tests zijn afgenomen en bijvoorbeeld op 5 februari 2021 52.039 tests.
95. Dit toont aan dat er sinds de opening van de winkels een lager totaal aantal positieve tests waarneembaar is, alsmede een lager percentage positieve tests ten opzichte van het totaal aantal afgenomen tests.
96. In België zijn de afgelopen 14 dagen 240 personen per 100.000 inwoners besmet geraakt.⁴⁶
97. België kende op 15 december 2020 een aantal van 2.540 besmettingen, op 17 februari 1.357. De procentuele daling is in België dus zelfs groter dan in Nederland. Hieruit blijkt aldus dat de besmettingscijfers van België, een land waar de winkels geopend zijn, verhoudingsgewijs, op dit moment lager liggen dan de besmettingscijfers in Nederland, waar de winkels gesloten zijn. Uit deze cijfers blijkt derhalve geen noodzaak of bijzonder nut van het sluiten van de winkels.

Frankrijk

98. In Frankrijk gelden voor de detailhandel de volgende regels:
 - Mondkapje verplicht (en afstand houden);
 - Markeringen bij de kassa (1 meter afstand);
 - Verplicht gebruik van handgel bij ingang;
 - Eenrichtingsverkeer in de winkel;
 - Maximumaantal bezoekers tegelijk de winkel;
 - Winkels zijn in principe open, vanaf eind januari zijn slechts de grootste winkelcentra (20.000m²+) weer dicht en alle winkels en winkelcentra van 5.000m² (behalve supermarkten en apotheken).⁴⁷

⁴⁵ <https://www.demorgen.be/nieuws/coronavirus-in-belgie-in-cijfers-en-kaart-hoe-evolveert-het-aantal-besmettingen-in-uw-gemeente-en-provincie~bea1699e/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

⁴⁶ <https://allecijfers.nl/nieuws/corona-virus-covid19-bevestigde-besmettingen-doden-per-land-wereldwijd/>

⁴⁷ <https://www.frankrijk.nl/2021/02/corona-virus-status-frankrijk-nieuws-reisadvies/>.

Besmettingen Frankrijk:

99. De niet-essentiële winkels in Frankrijk werden per 30 oktober 2020 gesloten en mochten op zaterdag 28 november 2020 hun deuren weer openen. De heropening vond plaats onder strikte hygiëne voorwaarden en de winkels moeten sluiten om negen uur 's avonds.⁴⁸
100. Op 7 november 2020 kende Frankrijk maar liefst 86.852 nieuwe besmettingsgevallen, een absolute piek.⁴⁹ De dag dat de winkels heropenden was dit aantal als gevolg van een pakket van maatregelen gedaald tot een nieuw aantal besmettingsgevallen van 12.580 op 28 november 2020. Toen de winkels op zondag 13 december reeds twee weken heropend waren, werden 11.533 nieuwe besmettingsgevallen geconstateerd.⁵⁰
101. Gelet op bovenstaande cijfers heeft geen stijging van het dagelijkse aantal besmettingsgevallen plaatsgevonden na de heropening van de winkels. Het aantal nieuwe coronagevallen is in deze periode min of meer gelijk gebleven.

Italië

102. In Lombardije, Bolzano en Sicilië zijn niet-essentiële winkels gesloten. In de andere regio's zijn de winkels geopend. De volgende regels gelden;
- Mondkapje verplicht;
 - In het weekend en op feestdagen zijn de winkels gesloten;
 - Aantal klanten per vierkante meter beperkt; er bestaat hierover geen eenduidige regeling.⁵¹

Zweden

103. In Zweden is de detailhandel geopend. De volgende regel geldt:
- Maximumaantal bezoekers per winkel (momenteel wordt nog besproken of en waar er een limiet gesteld moet worden)⁵²

Spanje

104. In Spanje zijn de maatregelen voor de detailhandel per regio verschillend. Gemeenten met besmettingsaantallen van meer dan 1.000 per 100.000 inwoners moeten niet-essentiële winkels sluiten.
- In de regio Castilla-La Mancha mogen ook winkelcentra en grote winkelruimtes (zoals bouwmarkten en hypermarkten) weer open, maar altijd met een derde van de toegestane capaciteit (33%);⁵³

⁴⁸ <https://fashionunited.nl/nieuws/retail/niet-essentielle-winkels-zaterdag-weer-open-in-frankrijk/2020112547480>

⁴⁹ <https://www.bing.com/covid/local/france?cc=nl>

⁵⁰ <https://www.bing.com/covid/local/france?cc=nl>

⁵¹ <https://www.timetomomo.com/nl/milaan-ten-tijde-van-het-coronavirus/>

⁵² <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/nya-besked-till-krogar-och-butiker-vantas>

⁵³ <https://www.spanjevandaag.com/11/02/2021/bars-en-restaurants-weer-open-in-castilla-la-mancha-maar-met-qr-code/>

- In Catalonië moesten vanaf 7 januari de winkelcentra dicht en niet-essentiële mochten in het weekend niet open zijn. Winkels kleiner dan 400m² mochten in het weekend wel open zijn.⁵⁴

Nederland in verhouding tot andere landen

105. Op basis van hetgeen hierboven is weergegeven, wordt duidelijk dat de lockdown in Nederland in vergelijking tot de andere landen die hier zijn genoemd het zwaarste is en dat derhalve op dit moment in verhouding in Nederland het minst mogelijk is. De Staat opteert aldus voor een beleid met zeer verstrekkende maatregelen, terwijl er minder verstrekkende maatregelen mogelijk zijn.
106. Hetgeen hierboven is weergegeven laat ook duidelijk een beeld zien dat er meer en 'anders' mogelijk is. Met name dat laatste is in het kader van de subsidiariteit van belang. Een algehele winkelsluiting is niet noodzakelijk, er zijn alternatieve, minder verstrekkende, maatregelen te bedenken die hetzelfde effect hebben als een totale winkelsluiting. De Staat lijkt echter geen acht te hebben geslagen op de minder verstrekkende maatregelen die onze Europese 'buurlanden' hebben doorgevoerd. In het kader van de subsidiariteit was De Staat gehouden dit wél te doen. EISERES verwijst hiervoor verder naar randnummer 124 e.v. van deze dagvaarding.

Proportionaliteit en evenredigheid

107. De Raad voor Volksgezondheid & Samenleving is een onafhankelijk adviesorgaan voor regering en parlement. In haar advies van 3 mei 2020 '(Samen)leven is meer dan overleven' (**productie 7**) adviseert zij als volgt:

*"Het voorkomen en vertragen van besmetting is dus één aspect van kwaliteit van leven in plaats van het enige aspect. Zowel in de periode van het versoepelen van maatregelen als in een mogelijke fase van nieuwe verspreiding van het virus."*⁵⁵

*"'Kwetsbaar' ben je in deze crisis als je bovengemiddeld kans hebt op een ernstig verloop van de ziekteverschijnselen die het coronavirus veroorzaakt. Samen moeten we deze kwetsbare groep beschermen. De crisisaanpak is daarop gericht. Maar daarmee sluiten we onze ogen voor andere sociale en gezondheidsrisico's voor kwetsbare groepen die het gevolg zijn van de crisisaanpak – en dus voor andere voorwaarden voor goed en gezond (samen)leven."*⁵⁶

Niet duidelijk is op dit moment hoe de problemen in de zorg worden afgezet tegen onder andere de problemen in de economie.

108. De lange sluiting van de winkels richt zich op de korte termijn, maar verliest daarbij de lange termijn uit het oog. Er is een snel groeiende kwetsbare groep van mensen met weinig financiële reserves die hun baan of bedrijf verliezen en daar grote zorgen over hebben. Al deze groepen worden onevenredig hard getroffen door de crisismaatregelen en dragen meer risico voor de negatieve gevolgen ervan op lange termijn. Met indirecte gezondheidseffecten nu en straks lijkt geen rekening te worden gehouden: gezondheidsschade op korte en

⁵⁴ <https://www.spanjevandaag.com/07/01/2021/nieuwe-corona-maatregelen-spanje-per-regio-beschreven/>.

⁵⁵ "(Samen)leven is meer dan overleven" 03-05-2020, RVS, pagina 9.

⁵⁶ "(Samen)leven is meer dan overleven" 03-05-2020, RVS, pagina 10.

109. De winkelsluiting ten behoeve van de gezondheid van de ene kwetsbare groep, gaat ten koste van de het goed en gezond leven van vele andere kwetsbare groepen. De Raad voor Volksgezondheid & Samenleving beveelt politiek en beleid uitdrukkelijk aan om de gezondheidseffecten van stress, onzekerheid en werkloosheid niet te onderschatten en bij het versoepelen van de maatregelen voorrang te geven aan deze kwetsbare groepen. Niet alleen vanuit economische overwegingen, maar ook vanuit de maatschappelijke gevolgen van bestaansonzekerheid voor gezondheid, welzijn en participatie van mensen. De positie van kleine ondernemers wordt expliciet als voorbeeld van zo'n kwetsbare groep genoemd.⁵⁸
110. Daarbij moet ook aandacht worden besteed aan het feit dat de sluiting van de winkels niet alleen de winkelier treft maar ook zijn of haar gezin en de in dienst zijnde medewerkers. Binnen het gezin ontstaan – naast stress over sluiting van scholen, leerachterstanden en het niet sporten – zorgen over de financiën.
111. Op dit moment blijkt de noodzakelijkheid van de lange winkelsluiting, met het oog op minder verregaande alternatieven, nergens uit toegankelijke informatiebronnen. Het is geheel onduidelijk of verschillende informatiebronnen en perspectieven voldoende onderbouwd zijn afgewogen. Niet aangetoond wordt dat het met minder inperkingen en een gedifferentieerder beleid, niet ook de zorgbelasting omlaag gebracht kan worden. De denktank "Coronacrisis" van de SER pleit in haar advies "*De contouren van een intelligent herstelbeleid*" (**productie 8**)⁵⁹ voor een vorm van leiderschap waarbij lastige politieke keuzes zich niet verschuilen achter kennis en expertise, maar onzekerheden en botsende inzichten benoemd mogen worden. Daarbij past dan ook het betrekken van verschillende informatiebronnen en perspectieven. Om een gelijkwaardige, constructief kritische dialoog te kunnen voeren is gelijkwaardige toegang tot kennisbronnen noodzakelijk. Op dit moment is het voor ondernemers echter geheel onduidelijk wat de afwegingen zijn met betrekking tot minder verregaande maatregelen die de mogelijkheid zouden bieden om binnen veiligheidsgrenzen activiteiten te ontwikkelen.
112. De adviezen uit het rapport zijn duidelijk: "*Complexe afwegingen en creativiteit zijn steeds weer nodig om in de komende tijd tot goed en veilig samenleven te komen. De toenemende kennis van de eigenschappen van het coronavirus maakt het mogelijk om op weg naar herstel steeds meer te differentiëren. Er is bij ondernemers veel innovatiekracht om binnen veiligheidsgrenzen activiteiten te ontwikkelen. Het is van groot belang doel en middel goed te onderscheiden. Zo is de anderhalvemetermaatstaf een middel. Het doel is bescherming tegen het coronavirus. Het middel 'de anderhalvemeter' is soms ontoereikend als we weer meer sociale en economische activiteit willen ondernemen. Deze norm moet dus (kunnen) wijken waar ze niet uitvoerbaar is (ov) of wanneer nabijheid voor de kwaliteit van leven van kwetsbare mensen zwaarder weegt.*"⁶⁰ (onderstrepingen door advocaat).

⁵⁷ (Samen)leven is meer dan overleden" 03-05-2020, RVS, p. 10.

⁵⁸ "(Samen)leven is meer dan overleden" 03-05-2020, RVS, pagina 10.

⁵⁹ "De contouren van een intelligent herstelbeleid", Denktank Coronacrisis SER, advies mei 2020

⁶⁰ De contouren van een intelligent herstelbeleid", Denktank Coronacrisis SER, advies mei 2020, p. 44.

113. In het volgende gedeelte van het advies wordt door de SER de mogelijkheid van alternatieve veiligheidsmaatregelen, in plaats van een algehele sluiting, benadrukt:

“Dat betekent dat alternatieven ook kunnen worden ingezet om bescherming en veiligheid te bereiken. Ook het plaatsen van een scherm bij de kassa of tussen muzikanten, of het gebruik van een effectief persoonlijk beschermingsmiddel kan soms uitkomst bieden. Creatieve alternatieven voor de anderhalvemetermaatstaf kunnen daarom beloond wanneer veiligheid en bescherming tegen het virus voorop blijven staan.”

⁶¹

114. Winkeliers hebben reeds aangetoond dat de 1,5 meter afstand in de winkels zeer goed gewaarborgd kan worden. Daarnaast hebben veel ondernemers aanvullende maatregelen getroffen bovenop de verplichte maatregelen om zo maximale veiligheid te kunnen bieden. Hierbij kan concreet worden gedacht aan plexiglas schermen, verplichte looproutes en minder klanten per vierkante meter.

115. In het volgende deel van het advies wordt aangegeven dat het belangrijk is niet alleen te kijken naar veiligheid en gezondheidszorg, maar ook naar factoren als een sterke economische basis en werkgelegenheidseffecten:

*“Een tweede (grote) uitbraak van het coronavirus zal niet alleen grote gevolgen hebben voor onze gezondheid maar zal ook zeer schadelijk zijn voor onze economie. Het zal leiden tot een nog diepere recessie of depressie. Het is belangrijk dat laatste goed te beseffen. Afhankelijk van de ernst van een nieuwe uitbraak zullen bepaalde herwonnen economische en maatschappelijke vrijheden weer ter discussie komen te staan. Er zal een plan van aanpak nodig zijn met een breder afwegingskader met diverse aspecten nodig, waarin we de lessen van de afgelopen tijd meenemen. In dit bredere kader dienen naast de veiligheid en gezondheidszorg ook het behoud van een sterke economische basis, kwaliteit van leven, sociale gevolgen en werkgelegenheidseffecten te worden meegewogen.”*⁶²

116. Hoogleraar economie Bas Jacobs stelt dat het kabinet geen duidelijke coronastrategie geeft anders dan het controleren van problemen in de ziekenhuizen. Niet duidelijk is hoe de problemen in de zorg worden afgezet tegen onder andere de problemen in de economie. Hoe langer de sluiting van de winkels voortduurt, hoe meer ondernemers in de problemen komen, hoe meer mensen werkloos raken en hoe meer de sociale en psychische druk in de maatschappij groeit. De huidige harde maatregelen zijn economisch enorm schadelijk. Jacobs: “Het is duidelijk dat het stilleggen van de economie steeds minder goed werkt. Het aantal besmettingen gaat niet significant omlaag terwijl deze lockdown strenger is dan tijdens de eerste piek. We zitten lang niet op belasting van de zorg zoals toen. Op de ic's is de bezetting ongeveer 60 procent. Dat betekent dat het lockdown-instrument steeds botter wordt. Moet je dan steeds hardere maatregelen nemen met steeds meer schade voor de economie en het maatschappelijk leven?” Niet aangetoond wordt dat het met

⁶¹ “De contouren van een intelligent herstelbeleid”, Denktank Coronacrisis SER, advies mei 2020, pagina 44.

⁶² “De contouren van een intelligent herstelbeleid”, Denktank Coronacrisis SER, advies mei 2020, Pagina 45.

minder inperkingen en een gedifferentieerder beleid, niet ook de zorgbelasting omlaag gebracht kan worden.⁶³

117. De Stichting “Stichting Artsen Covid Collectief” (“Artsen Covid Collectief”) is een initiatief van medici uit de gehele breedte van de geneeskunde. De coronacrisis vereist volgens hen ook een breder perspectief, waarbij een perspectief van vertrouwen wordt geboden in plaats van angst.⁶⁴ Internist Eveline Peeters heeft gepleit, namens Arsten Covid Collectief, voor dat bredere perspectief, De speerpunten van het Artsen Covid Collectief zijn: kinderen zonder maatregelen naar school, covidzorg niet automatisch voorrang geven op andere zorg [...] en stoppen met ‘angst zaaien’.⁶⁵ Peeters geeft tevens aan het overheidsbeleid moreel overschrijdend. Zij geeft aan dat door het beleid van de Staat er een combinatie ontstaat van stress, schulden, eenzaamheid, armoede, huiselijk geweld en leerachterstanden.⁶⁶ Niet anders kan worden geconcludeerd dat de geestelijke en lichamelijke gezondheid wordt aangetast.^{67, 68}
118. De gevolgen voor de retail, zoals hierboven en elders in deze dagvaarding meer dan uitvoerig toegelicht, zijn niet te overzien, terwijl het allerminst duidelijk is dat de winkelsluitingen ook maar op enige wijze bijdragen aan het voorkomen van verspreiding van Covid-19 in welke variant dan ook. Dit blijkt te meer uit de powerpointpresentatie van de alom bekende expert de heer Van Dissel welke hierbij wordt overgelegd als **productie 9**. Daarbij wordt verwezen naar sheet 11:

Vermelde mogelijke settings van besmetting van aan de GGD'en gemelde personen met een positieve testuitslag voor SARS-CoV-2 waarbij sprake is van gerelateerde gevallen

Setting	Vanaf 30 november		Afgelopen week	
	Aantal	%	Aantal	%
Thuisituatie (huisgenoten inclusief niet-samenwonende partner)	149652	51.3	9124	56.7
Bezoek in de thuisituatie (van of bij familie, vrienden, enz.)	78208	26.8	3222	20.0
Werksituatie	43423	14.9	2839	17.7
Verpleeghuis of woonzorgcentrum voor ouderen ⁴	19407	6.7	1134	7.1
2e lijn gezondheidszorg / ziekenhuis	3842	1.3	235	1.5
Woonvoorziening voor mensen met een beperking	3661	1.3	249	1.5
Overige gezondheidszorg	3232	1.1	222	1.4
School en kinderopvang	13078	4.5	168	1.0
Overige woonvoorziening	1949	0.7	138	0.9
1e lijn gezondheidszorg / huisarts	1081	0.4	97	0.6
Dagopvang voor ouderen en mensen met een beperking	980	0.3	76	0.5
Uitvaart	1081	0.4	81	0.5
Feest (feest, verjaardag, borrel, bruiloft, enz.)	1273	0.4	35	0.2
Religieuze bijeenkomsten	893	0.3	32	0.2
Overige dagopvang	330	0.1	28	0.2
Medereiziger / reis / vakantie	411	0.1	16	0.1
Studentenvereniging/-activiteiten	293	0.1	13	0.1
Vrijtijdsbesteding, zoals sportclub	1970	0.7	16	0.1
Vlucht	193	0.1	5	0.0
Horeca	308	0.1	7	0.0
Koor	75	0.0	1	0.0
Hospice	89	0.0	2	0.0
Overig	996	0.3	96	0.6

⁶³ <https://www.eur.nl/nieuws/verlenging-lockdown-brengt-de-economie-nog-grotere-schade-toe>

⁶⁴ <https://artsencollectief.nl/>

⁶⁵ Medisch Contact 07, Eva Nyst, 'Blijkbaar moeten we bang zijn', 18 februari 2021 (pp. 14-17), p. 14.

⁶⁶ Medisch Contact 07, Eva Nyst, 'Blijkbaar moeten we bang zijn', 18 februari 2021 (pp. 14-17), p. 15.

⁶⁷ Medisch Contact 07, Eva Nyst, 'Blijkbaar moeten we bang zijn', 18 februari 2021 (pp. 14-17), p. 15.

⁶⁸ <https://artsencollectief.nl/>

119. Uit bovenstaande tabel blijkt dat de besmettingen in overgrote mate in de thuissituaties plaatsvinden. De verspreiding in de winkels is dusdanig klein dat professor Van Dissel deze niet eens apart heeft gecategoriseerd.
120. Uit onderzoeken en ervaringen blijkt dat het openen van niet-essentiële winkel niet leidt tot meer vervoersbewegingen. De zogenoemde essentiële winkels worden druk bezocht en de rijen consumenten staan op straat op elk moment van de dag. Dit heeft ook te maken met de verkoop van niet essentiële producten door deze essentiële winkels en de hele beperkte terughoudendheid daarin door deze winkels.
121. Het openen van niet-essentiële winkels leidt niet aantoonbaar tot meer vervoersbewegingen en meer contacten. Het beperken van reisbewegingen, zonder dat het invloed heeft op de contacten is geen doel op zich. Het zorgt daarentegen juist voor de gewenste spreiding. De aanname van de Staat dat de opening van niet-essentiële winkels leidt tot een ontoelaatbare toename van vervoersbewegingen waarbij een groter risico op besmetting zou bestaan is dan ook onjuist. In de ontwikkelde veiligheidsafspraken zijn tot 15 december 2020 steeds gezamenlijk passende maatregelen genomen om drukte in de winkels en winkelstraten te voorkomen.
122. Kortom, in artikel 58b lid 2 Wpg staat uitdrukkelijk het belang dat de getroffen maatregelen noodzakelijk en evenredig moeten zijn in het licht op het doel van genomen maatregelen. Bij de toetsing hiervan dient dan ook serieuze aandacht te worden geschonken hieraan. Er zal aldus getoetst moeten worden of:
 1. Door de sluiting van de winkels het nagestreefde doel wordt bereikt, EISERES verwijst hiervoor onder meer naar hetgeen is gesteld onder III. 3 ;
 2. De sluiting noodzakelijk is om het doel te bereiken, EISERES verwijst hiervoor naar III.1 in deze dagvaarding;
 3. De sluiting niet onredelijk bezwarend is voor de betrokkenen, EISERES verwijst hiervoor naar III.2 in deze dagvaarding;.
123. De evenredigheidstoetsing door de rechter dient op grond van de jurisprudentie in dit geval intensief te zijn. De getroffen maatregelen grijpen namelijk diep in op het leven van de winkeliers en hun bedrijfsvoering. Bovendien wordt inbreuk gemaakt op EU-vrijheden (zie hieronder III.4 in deze dagvaarding). Dat vraagt om een indringende rechterlijke beoordeling. Met het verstrijken van de tijd kan namelijk niet langer gesproken worden over een ‘ad hoc’ maatregel, die door acute noodzaak alleen te rechtvaardigen is.

Subsidiariteit

124. Artikel 58b Wpg en de toelichting daarop vereist van de Staat dat zij per maatregel nagaat of er geen minder verstreckende maatregelen hadden kunnen worden genomen waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden.
125. Had de Staat gedaan hetgeen zij moest doen, namelijk de subsidiariteit daadwerkelijk concreet afwegen, dan had zij tot de conclusie gekomen dat er inderdaad minder verstreckende maatregelen hadden kunnen worden genomen waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden.
126. Immers, zij had ertoe kunnen besluiten de als niet-essentieel bestempelde winkels toe te staan te openen, mits zij in de winkel en voor het winkelend publiek kenbare maatregelen nemen.

127. Te denken valt daarbij aan het een verbod op funshopping, waarbij voorts slechts één persoon per huishouden in de winkel wordt toegelaten, anderhalvemeter, mondkapjes en ontsmetting van de handen bij toetreding van de winkel.
128. Voorts kan een maximaal aantal personen per vierkante meter van de voor publiek toegankelijke ruimtes van de winkel worden bevolen. Afhankelijk van de fase in de door de Staat bekendgemaakte routekaart valt te denken aan groter of kleiner aantal personen per vierkante meter. Temeer zal dit ook een spreiding van het winkelend publiek opleveren, bij een beperkte openstelling zal er juist concentratie van publiek ontstaan op enkele plekken.
129. Voorts had voor de hand gelegen dat de voorschriften zoals die bij de inwerkingtreding van het eerste verbod op openstelling van winkels golden, inhoudende dat winkels die voor 30% of meer thans als essentieel bestempelde producten verkopen, hun winkels ten behoeve van de verkoop van die producten mogen openstellen.
130. Naast de hierboven omschreven minder verstrekkende maatregelen gericht op het winkelpand of de winkelruimte, zijn eveneens minder verstrekkende maatregelen mogelijk waarbij een aanpak gericht op het winkelgebied of de winkelstraat wordt gehanteerd.
131. Daarbij kan gedacht worden aan de inzet van crowd control, het invoeren van eenrichtingsverkeer in winkelstraten of zelfs het gesloten houden van alleen die winkels die in nauwe en/of drukke winkelstraten gevestigd zijn, met openstelling van de winkelgebieden waar crowd control op een verantwoorde wijze kan worden georganiseerd.
132. Alle bovengenoemde voorgestelde maatregelen zijn minder verstrekkende maatregelen die hadden kunnen worden genomen waarmee hetzelfde doel bereikt kan worden. Ook werden deze punten reeds toegepast tot 15 december 2020, hiervoor waren protocollen en richtlijnen opgesteld (voor de retail waren deze afspraken er al in maart 2020). Alles lag klaar – en ligt nog klaar – werd toegepast en zal weer kunnen worden toegepast.
133. Sinds 9 februari is click & collect toegestaan en is met de laatste verlenging van de sluiting bepaald dat met ingang van 3 maart winkelen op afspraak is toegestaan. Voor die mogelijkheden is bepaald dat bestellingen en afspraken minimaal vier (4) uur van te voren moeten worden geplaatst of gemaakt, dat de te reserveren tijdvlakken minimaal 10 minuten moeten zijn, dat maximaal twee klanten per tijdvlak per verdieping (ongeacht de omvang van die verdieping) aanwezig mogen zijn en dat alleen de voor de verkoop hoogstnoodzakelijke activiteiten verricht mogen worden, waardoor ook geen kleine eet- of drinkwaren voor directe consumptie mogen worden aangeboden.
134. Het toestaan van click & collect en winkelen op afspraak met bovengenoemde beperkingen levert naar eerste ervaring maar een minimale verbetering op van de grote inkomstenderving van de detailhandelaren.⁶⁹ Tegelijkertijd is gebleken dat daardoor juist rijen voor winkels ontstaan (bijkomend op de rijen die ontstaan voor de essentiële winkels), omdat alles vanuit de deuropening van de winkel dient te geschieden. Ook is de beschikbare publieke buitenruimte vele

⁶⁹ [REDACTED] verwijst hiervoor naar de uitkomsten omzet Grote Steden Monitor.

malen beperkter dan de winkelruimte binnen. Daardoor is het logistiek niet altijd mogelijk om rijvorming te voorkomen.

135. Hoewel het winkelen op afspraak voor enkele kleine detailhandelaren mogelijk enige verlichting biedt, wegen de kosten voor het midden- en grootretailbedrijf niet tegen te baten op. Bovendien is ten onrechte een beperking van 2 klanten per winkel of verdieping bepaald, zonder rekening te houden met de omvang van de winkel of de verdieping. Daarmee mogen op een vloeroppervlakte van 50 m2 evenveel klanten (2) op afspraak tegelijk winkelen als op een vloeroppervlakte van 4000 m2. Teneinde te illustreren dat het absurd en arbitrair is om slechts 2 klanten toe te laten in winkels van dergelijke omvang, worden foto's overgelegd ter illustratie hiervan als **productie 10**.
136. Gelet op de eisen van proportionaliteit, noodzakelijkheid en subsidiariteit kan die maatregel reeds daarom niet in stand blijven.
137. Bovendien leidt de verplichting om minimaal vier (4) uur van te voren een afspraak te maken er onvermijdelijk toe dat juist piekperiodes ontstaan op zaterdagen en zondagen, omdat klanten op die dagen zeker weten dat zij op de door hun gemaakte afspraak ook bij de winkel kunnen zijn.
138. Het winkelend publiek op bijvoorbeeld dinsdagmiddag en woensdagochtend zal evenwel vaak niet eerder dan een (1) uur van te voren weten dat en of zij een afspraak om te winkelen kunnen maken. Ook resulteert deze regel in een verplichting voor het personeel om de '4 uur' te agenderen en te monitoren. Dit is reeds zeer nadelig voor winkeliers met weinig of geen personeel en het draagt ook niet bij aan het doel van de maatregel.
139. De verplichting om vier uur van te voren een afspraak te maken om te winkelen is daarmee disproportioneel en in strijd met de subsidiariteit. Niet duidelijk is waarom bijvoorbeeld niet gekozen is voor een verplichte periode van een (1) uur tussen afspraak en winkelmoment of waarom geen onderscheid is gemaakt tussen weekdagen en weekenddagen.
140. De Staat heeft ten onrechte niet onderzocht of die maatregelen hadden kunnen worden genomen en heeft niet gemotiveerd dat het door haar beoogde doel met die minder verstreckende maatregelen, zoals hierboven omschreven, niet had kunnen worden bereikt.
141. De Staat is derhalve in strijd met artikel 58b Wpg tot vaststelling van de maatregelen gekomen en aantoonbaar is dat zij tot die maatregelen niet had mogen komen, omdat minder verstreckende maatregelen mogelijk zijn waarmee hetzelfde doel wordt bereikt.
142. In het kader van de proportionaliteit, noodzakelijkheid en subsidiariteit zal ook de door de Staat gepresenteerde routekaart in ogenschouw moeten worden genomen (**productie 11**). De routekaart kent 4 risiconiveaus, te weten 'waakzaam (1)', 'zorgelijk (2)', 'ernstig (3)' en 'zeer ernstig (4)'.
143. Op basis van de door de Staat gehanteerde cijfers verkeert Nederland momenteel op risiconiveau 4. Op basis van de routekaart – de originele versie – gelden er dan geen restricties voor de detailhandels, anders dan voor supermarkten die kwetsbare groepen op speciale tijdstippen dienen te kunnen laten winkelen.

144. De sluiting van de niet-noodzakelijke detailhandel is een verzwarende maatregel van de maatregelen die normaliter zouden worden genomen binnen risiconiveau 4. Dit betreft aldus een afwijking – in negatieve zin – van de routekaart die niet nader is gemotiveerd door de Staat:

Detailhandel	Detailhandel			
	Geen extra maatregelen	Supermarkten op speciale tijdstippen open voor kwetsbare groepen	Supermarkten op speciale tijdstippen open voor kwetsbare groepen	Supermarkten op speciale tijdstippen open voor kwetsbare groepen
				Verzwarende: sluiting van niet-noodzakelijke detailhandel (afhaalfunctie blijft mogelijk (click and collect)) Verzwarende: sluiting van niet-noodzakelijke detailhandel (afhaalfunctie van alleen doe-het-zelf artikelen en bloemen blijft mogelijk)

145. Er is geen enkele motivering binnen het kader van de routekaart of de ministeriële regelingen gegeven over waarom aan algehele sluiting een verzwarende maatregel is van de maatregelen die proportioneel, noodzakelijk en subsidiair zou zijn.
146. Zoals al meerdere keren benadrukt zijn de gevolgen van de sluiting van de detailhandel ongekend zwaar en worden er zeer grote verliezen geleden. Het had op de weg van de Staat gelegen om bij een verzwarende maatregel van de maatregelen binnen en buiten de routekaart, die verzwarende zodanig toe te lichten dat duidelijk zou zijn dat er de noodzakelijkheid ervan is vastgesteld en minder verstrekken alternatieve maatregelen zijn onderzocht maar op basis van de huidige situatie en met inachtneming van alle belangen, niet passend zouden zijn gebleken. Dit blijkt echter wederom nergens uit.
147. De Staat heeft volgens de wet een onderzoeks- en motiveringsplicht en voor wat betreft de sluiting van de detailhandel een verzwarende motiveringsplicht omdat het een extra verzwarende maatregel betreft. De Staat heeft volledig verzuimd een omvattende en toereikende motivering te geven voor de verzwarende maatregelen in de routekaart.

Waarborging van grondrechten

148. De maatregel dient te voldoen aan de eisen die artikel 1 Eerste Protocol EVRM stelt aan de bescherming van het eigendomsrecht. De maatregel dat niet essentiële winkels gesloten moeten zijn maakt onmiskenbaar een zware inbreuk op het eigendomsrecht van de winkeliers. Er dient sprake te zijn van een 'fair balance' tussen de eisen van het algemeen belang en de fundamentele rechten van de winkeliers. Hierbij is onder meer van belang de mate van compensatie die aan de winkeliers is geboden. Zoals eerder betoogd is deze compensatie niet toereikend.
149. Verder mag de maatregel niet in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel zoals dat onder meer wordt beschermd door artikel 14 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 1 Twaaftde Protocol EVRM. Gelijke gevallen dienen door De Staat gelijk behandeld te worden. Van dit laatste is momenteel geen sprake.
150. Iedere winkelier dient gelijke kansen te krijgen, op grond van het gelijkheidsbeginsel. Op dit moment differentieert De Staat echter zonder

daarvoor een goede motivatie of beweegreden te gebruiken. Essentiële winkels mogen wél open, met alle drukte van dien en niet-essentiële winkels moeten gesloten blijven. Bij opening van die laatste zal juist meer verspreiding van de drukte ontstaan en door alle voorzorgsmaatregelen van de winkeliers zal winkelen veiliger gebeuren dan in de essentiële winkels.

151. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) bevat gewaarborgde grondrechten voor eenieder binnen de Europese Unie en is sinds 1 december 2009 juridisch bindend voor de lidstaten van de EU.⁷⁰
152. In het Handvest staan minimale grondrechten opgenomen waar iedere EU-inwoner een beroep op kan doen. De Nederlandse wetten kunnen ook getoetst worden aan de grondrechten uit dit Handvest.
153. Wat opvalt is dat de laatste verlenging van de sluiting van de winkels specifiek de beperking van vrijheden en grondrechten bespreekt in haar toelichting. Hier worden onder meer genoemde een beperking van de bewegingsvrijheid, de persoonlijke levenssfeer en het recht op eigendom. Desalniettemin bespreekt die toelichting inhoudelijk alleen de beperking op de bewegingsvrijheid en de persoonlijke levenssfeer, die wordt gevormd door de avondklok. De beperking van vrijheden en grondrechten, beginselen van de democratische rechtsstaat door de sluiting van winkels worden wel erkend, maar niet verder besproken. Ook over de vrijheid van ondernemerschap wordt niets gezegd.

Vrijheid van ondernemerschap

154. Naast de algemeen bekende grondrechten, staan er ook bijzondere grondrechten in het Handvest. In onderhavige kwestie is met name artikel 16 ‘vrijheid van ondernemerschap’ van belang.⁷¹ Dit grondrecht ziet, kort gezegd, op de vrijheid om te mogen ondernemen. EISERES betoogt dat de beperkende maatregelen die zijn opgelegd door de Staat in strijd zijn met het recht om te kunnen ondernemen en dus ook in strijd met het Handvest.
155. De vrijheid van ondernemerschap conform artikel 16 van het Handvest schept aldus een belangrijk kader om te beoordelen of het redelijk is (en noodzakelijk) dat het ondernemerschap wordt beperkt door Corona gestoelde regelgeving. Het Handvest dwingt de Staat tevens om een uitgebreide en zorgvuldige belangenafweging te maken waarom het ondernemerschap in sommige gevallen zou moeten wijken voor regelgeving die juist dat vrije ondernemerschap beperkt.

Toepassing van het Handvest

156. Artikel 51 van het Handvest bepaalt dat het Handvest van toepassing is indien de lidstaten het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Uit jurisprudentie van het Hof volgt dat het begrip “uitvoering van Unierecht” in de zin van dit artikel aldus moet worden verstaan dat het gaat om optreden van de lidstaten binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie.⁷² Er wordt hiervoor onder meer verwezen naar het arrest *Pfleger* van het Hof van Justitie (“HvJ”).⁷³

⁷⁰ Er wordt hiervoor verwezen naar de preambule in het Handvest: “*Te dien einde moet in het licht van de ontwikkelingen in de maatschappij, de sociale vooruitgang en de wetenschappelijke en technologische ontwikkelingen de bescherming van de grondrechten worden versterkt door deze rechten beter zichtbaar te maken in een Handvest*”.

⁷¹ De tekst van artikel 16 luidt: “*De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken*”.

⁷² Rechtbank Den Haag, 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.4.

⁷³ Hof van Justitie van de Europese Unie, 30 april 2014, C-390/12, *Pfleger*.

Tevens blijkt uit eerdere rechtspraak van het HvJ dat het toepassingsgebied van het Handvest zeer ruim wordt uitgelegd.⁷⁴

Vrij verkeer van diensten en de dienstenrichtlijn

157. Voor de toepasselijkheid van het Handvest is aldus van belang wanneer lidstaten worden geacht op te treden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. De detailhandel wordt door de sluiting van de winkels aanzienlijk beperkt in haar vrij verkeer van diensten. Deze vrijheid is onder andere ook vastgelegd in artikelen 56 en verder van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: “**VWEU**”).
158. Detailhandel is een ‘dienst’ in de zin van dit artikel, zoals reeds volgt uit de jurisprudentie die is ontwikkeld in het kader van de Dienstenrichtlijn⁷⁵ en de Dienstenwet⁷⁶. Uit punt 33 van de considerans van de Dienstenrichtlijn volgt dit al, nu daar staat vermeld dat distributiehandel een dienst is waar de Dienstenrichtlijn betrekking op heeft.
159. De Europese Commissie heeft bovendien herhaaldelijk aangegeven dat – wat haar betreft – detailhandel een dienst is die onder de werking van de Dienstenrichtlijn valt. In het “Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn” wordt detailhandel onder het begrip distributiehandel geschaard.⁷⁷ Dit wordt ook aangenomen door de Nederlandse wetgever.
160. Voorts zijn in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 30 januari 2018 (ECLI:EU:C:2018:44) prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beantwoord. Hierbij is bepaald, zoals later in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2062) en van 24 juli 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2569) bevestigd, dat detailhandel valt onder de vrijheid van diensten en dat de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is in gevallen zonder grensoverschrijdend element.
161. Daarmee staat vast dat detailhandel een dienst is, wat betekent dat de sluiting van de detailhandel een beperking is van het vrije verkeer van Diensten, als bedoeld in artikel 56 VWEU. Reeds daarom staat vast dat de lidstaat Nederland het Unierecht toepast – immers, door Unierechtelijke vrijheden te beperken, waardoor artikel 16 van het Handvest van toepassing is.
162. Deze beperking van het vrije verkeer van diensten is bovendien zowel grensoverschrijdend, nu Nederlandse dienstenaanbieders, detailhandelaren inbegrepen, hun diensten niet aan ondernemers of particulieren uit andere lidstaten kunnen aanbieden, als niet grensoverschrijdend, nu ook Nederlandse ondernemers en particulieren geen toegang tot de detailhandel hadden.
163. Voorts is het alleen openstellen van verkopers van bepaalde vormen van detailhandel, genoemd in artikel 4.a1, lid 1, onder a tot en met onder ii, van de Regeling tijdelijke maatregelen covid-19, een discriminatoire bepaling. Immers alleen bepaalde detailhandelaren mogen open blijven, terwijl andere soorten van detailhandelaren hun deuren moeten sluiten.

⁷⁴ Er wordt hiervoor verwezen naar de arresten Akerberg (zaak C-617/10), ERT (zaak C-260/89).

⁷⁵ Richtlijn 2006/123/EG, PbEU L 376, 12 december 2006

⁷⁶ Wet van 12 november 2009 tot implementatie van richtlijn 2006/123/EG.

⁷⁷ Geraadpleegd op 19 februari 2021:

http://openaccessadvocate.tijdschriften.budh.nl/tijdschrift/tijdschriftomgevingsrecht/2016/3/TO_1568-5012_2016_016_003_005

164. Dat alleen, onder meer, supermarkten en drogisterijen open mochten blijven, is, blijkens de toelichting bij de eerste Regeling tijdelijke maatregelen covid-19 waarin artikel 4.a1 was opgenomen (*Staatscourant 2020, 66909*) omdat deze bijzondere plaatsen “cruciale maatschappelijke processen ten behoeve van doorgang van het dagelijks leven en welzijn” zijn.
165. Eiser wijst erop dat dit onderscheid (tussen cruciale maatschappelijke processen en andere vormen van detailhandel) niet consistent wordt gehanteerd, waardoor de rechtvaardiging voor dit gemaakte onderscheid komt te vervallen.
166. Onder de van sluiting vrijgestelde detailhandelaren vallen immers ook diverse minder essentiële vormen van detailhandel, zoals delicatessезaken, slijterijen, coffeeshops, haringkarren en banketbakkerijen, terwijl de winkels die zelfs de meest basale kleding- en warenwensen vervullen geen cruciale maatschappelijke processen ten behoeve van doorgang van het dagelijks leven en welzijn zijn.
167. Een beperking van het vrije verkeer van diensten kan daarom nooit een “gerechtvaardigde beperking zijn.”

De vier basisvrijheden

168. Daarnaast is het Handvest ook van toepassing wanneer handelingen van de Staat op andersoortige gronden onderdeel zijn van het Unierecht. De handelingen die in dat kader bedoeld worden, zien op handelingen met raakvlakken aan de vier basisvrijheden van het EU recht, in onderhavige casus is met name de beperking van het vrije verkeer van diensten van belang.
169. Er is sprake van een raakvlak wanneer een lidstaat ten gunste van de openbare orde, veiligheid of gezondheid beperkingen van de vier vrijheden aanbrengt.⁷⁸ De beperkingen (zoals een avondklok, sluiting horeca, sluiting winkels) die door de Staat zijn opgelegd in het kader van de gezondheid, vormen dus bij uitstek een raakvlak met de vier vrijheden en dat maakt het Handvest aldus van toepassing.
170. Bovenstaande is tevens bevestigd in de jurisprudentie van het HvJ. In het arrest *Pfleger* is door het HvJ bevestigd dat wanneer een lidstaat de EU vrijheden beperkt én als de lidstaat ten aanzien van die beperking een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond, de lidstaat rekening dient te houden met het Handvest.
171. Door de gedwongen winkelsluitingen wordt door Nederland het recht van dienstverleners om hun diensten te verrichten in Nederland zeer ernstig beperkt. Er is daarnaast geen sprake van vrije toegang tot vrije uitoefening van de dienstenactiviteit op het grondgebied van Nederland. Er wordt dus door de Staat expliciet in strijd gehandeld met de dienstenrichtlijn en er is dus een beperking van de vrijheid van diensten waarvoor de Staat de bescherming van de volksgezondheid als reden voor de beperking heeft gebruikt.

Sluiting winkels: in strijd met artikel 16 Handvest

⁷⁸ Barkhuysen, T.; Bos, A.W., *‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het Nederlandse Bestuursrecht’*, 2011, 13/1, JB-Plus, pp. 3-34 (pp. 15-16).

172. De Staat heeft bij haar beslissing – en ook in het proces van besluitvorming – geen rekening gehouden, althans heeft geen of ruim onvoldoende belang gehecht, aan artikel 16 van het Handvest. Dit maakt de besluitvorming onvolledig en vormt daarmee een inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap.
173. Wanneer er sprake is een zeer verstrekkende maatregel die een zeer beperkende maatregel heeft op de maatschappij, zoals het sluiten van de winkels (en daarmee gedeeltelijk het openbare leven), mag van de Staat worden verwacht dat zij daar een uiterst zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt. Tevens mag van de Staat worden verwacht dat zij heeft gekeken naar alternatieve oplossingen waarbij een volledige sluiting voorkomen kon worden. Deze vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit zijn al uitvoering aan de orde gekomen in deze dagvaarding.
174. Artikel 58b lid 2 onder c Wpg schrijft nadrukkelijk voor dat bij gebruikmaking van de in hoofdstuk Va opgenomen bevoegdheden moet worden gewaarborgd dat de grondrechten zo min mogelijk worden beperkt.
175. Artikel 16 van het Handvest en het daarin opgenomen recht op vrijheid van ondernemerschap is een grondrecht dat zoveel mogelijk door de Staat bij invoeren dat de beperkende maatregelen gewaarborgd had moeten.
176. Uit de memorie van toelichting, de OMT-adviezen en overige aan de regelgeving voorafgaande afwegingen blijkt niet alleen dat niet beoordeeld is of de maatregelen het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap niet teveel beperkt maar daaruit blijkt dat de Staat in het geheel geen afweging ten aanzien van dat grondrecht heeft gemaakt.
177. Bij de beslissing van de Staat om de winkels volledig te sluiten is artikel 16 van het Handvest niet meegenomen en dit heeft derhalve geen onderdeel uitgemaakt van de door de Staat gemaakt (onvolledige) belangenafweging.
178. Gezien de nadrukkelijke bepalingen in artikel 58b lid 2 onder c Wpg dat de grondrechten zo min mogelijk moeten worden beperkt en het verstrekkende karakter van de maatregel, had de Staat voor toetsing daarvan en daaraan in een zeer zorgvuldig besluitvormingsproces moeten zorgdragen. Hiervan is echter geen sprake – gezien het ‘negeren’ van het Handvest in dit proces.
179. Het besluitvormingsproces is aldus gebrekkig en is er ook wat betreft het Handvest geen sprake van een voldragen en volledig gemotiveerde grondslag.

IV. Verweer / weerlegging

180. EISERES is op dit moment niet bekend met een specifiek verweer van de Staat tegen de door haar ingestelde vorderingen. EISERES is echter bekend met de reeds gevoerde procedures tegen de Staat – omtrent de genomen maatregelen - waarbij de strekking van het verweer grotendeels gelijk zal zijn als in onderhavige procedure. Teneinde hierop te kunnen weren, zal EISERES dan ook uitgegaan van het gegeven verweer in andere procedures.

Verweer

181. De Staat heeft in eerdere procedures aangevoerd dat er sprake is van een pandemie, met een substantieel aantal besmettingen in Nederland tot gevolg, leidend tot een in hoogte wisselend aantal IC- en ziekenhuis opnames, en een

forse belasting van de zorg. De Staat ziet zich aldus genoodzaakt om verregaande maatregelen te nemen teneinde de veiligheid en de gezondheid van zijn burger te beschermen.

182. Begin februari 2021 heeft het OMT een nieuw advies aan de regering uitgebracht. Daarin heeft het (onder meer) geadviseerd om de gedwongen sluiting van de winkel te laten voortduren. Als onderbouwing voor de verlenging wordt de Britse variant van het virus genoemd. De Britse variant van het virus is aan een opmars bezig en het R-getal van de Britse variant ligt hoger dan dat van de "oorspronkelijke" variant. Dat betekent volgens het OMT dat de Britse variant besmettelijker is.
183. Kortom, de Staat ziet zich genoodzaakt de sluiting van de winkels te laten voortduren teneinde de veiligheid en de gezondheid van de burgers te beschermen. Zij heeft daarbij aan alle belangen te hebben meegewogen.

Weerlegging

184. EISERES stelt voorop dat het aantal besmettingen fluctueert en dat het op dit moment vele malen minder hoog is dan tijdens een eerdere piek, de meeste slachtoffers vallen onder kwetsbare ouderen en positieve PCR-testen zijn niet synoniem voor evenzovele zieken. De voorspelde 170.000 besmettingen per dag zijn ook uitgebleven.
De Britse variant is ook aanwezig in ons omringende landen waar de detailhandel wél open is. Waarom zou dit dan in Nederland een groter gevaar vormen?
185. EISERES stelt daarnaast – als verweer – zoals uitgebreid toegelicht in deze dagvaarding dat de Staat haar belangenafweging niet zorgvuldig genoeg heeft uitgevoerd en dat zij daarbij voorbij is gegaan aan de proportionaliteit, de subsidiariteit en de noodzakelijkheid van de sluiting van de winkels. Kortom, zij heeft haar taak verzaakt om de belangen van de detailhandel voldoende mee te wegen en had aldus op basis van haar besluitvormingsproces niet tot een volledige sluiting van de winkels mogen komen.
186. De Staat maakt gebruik van een gebrekkige onderbouwing om een zeer verstrekkende maatregelen in te voeren en ingevoerd te laten. Dat er sprake is van een pandemie doet niet af aan de zorgplicht van de Staat om haar beslissingen zorgvuldig, volledig en uitgebreid te onderbouwen en toe lichten. Zeker nu de maatregelen zulke zware negatieve gevolgen hebben voor de detailhandel.
De Staat heeft aldus niet voldaan aan de op haar rustende positieve verplichting om ook de belangen van de detailhandel voldoende gewicht te geven en deze bepalend de te laten zijn in een belangenafweging.

V. Spoedeisend belang

187. Voor toewijzing van een vordering in kort geding is nodig dat sprake is van een spoedeisend belang bij de ingestelde vordering (zie artikel 254 Rv).
188. De spoedeisendheid volgt uit de aard van de vordering en hetgeen hiervoor is aangevoerd.
189. Het spoedeisend belang is al gegeven door het feit dat de winkels al ruim twee maanden zijn gesloten en de 13.000 bij EISERES aangesloten winkels slechts een fractie van hun gebruikelijke omzet halen. Een langere handhaving van de

verplichte winkelsluiting zal het onvermijdelijke gevolg hebben dat ze een voor een zullen omvallen.

190. Uit de hiervoor aangevoerde cijfers omtrent Covid-19 besmettingen in Nederland en België wordt duidelijk dat er niet met zekerheid kan worden gesteld dat het sluiten van alle niet-essentiële winkels voor een daling van het aantal besmettingen heeft gezorgd en zal zorgen. Daarentegen hebben de cijfers in België aangetoond dat een heropening van de cijfers niet leidt tot een stijging van het aantal besmettingen. Sterker nog, relatief gezien, is het aantal besmettingen in België sinds de sluiting van de niet-essentiële winkels in Nederland zelfs sterker afgenomen dan in Nederland.
191. Het langer gesloten houden van niet-essentiële winkels zorgt derhalve voor een onnodige en zeer ernstige omzetsdaling. Het belang van de niet-essentiële winkels om open te gaan weegt zwaarder dan het belang van het kabinet om deze winkels juist gesloten te houden. Sluiting heeft geen aantoonbaar positief effect op het aantal besmettingen, maar zorgt wel voor een enorme omzetsdaling bij de niet-essentiële winkels. Het langer gesloten houden van deze winkels zorgt voor een golf aan faillissementen, werkloosheid en daarmee een onverantwoorde krimp van de economie. De toekomst van de duizenden medewerkers in de retail staat op het spel, het water staat hen tot aan de lippen.
Deze mensen kunnen straks bijvoorbeeld hun huur, hypotheek, alimentatie en zorgpremie niet meer betalen en dreigen daardoor in de bijstand terug te vallen. Vanwege een buitenproportionele maatregel waarvan niet aantoonbaar is dat deze resultaat oplevert.
192. Een onderzoek onder de Nederlandse bevolking toont aan dat zij dit spoedeisende belang onderkennen. Maar liefst 7 op de 10 mensen acht het noodzakelijk dat de niet-essentiële winkels zo snel als mogelijk kunnen heropenen. Het kabinet moet afstappen van zijn huidige tunnelvisie-beleid en gepaste actie ondernemen. Zeer spoedig.
193. Het is EISERES overigens niet ontgaan dat eerder in kort geding uitspraken zijn gedaan met betrekking tot geschillen over de rechtmatigheid van door de Staat genomen Corona-maatregelen. De vorderingen in die procedures werden, op een enkele uitzondering na, afgewezen. In deze kwesties overwoog de voorzieningenrechter dat slechts ruimte is voor een terughoudende beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat en dat er geen plaats is voor een volledige afweging door de rechter.
194. EISERES benadrukt dat in onderhavige procedure een meer indringende toets aan het evenredigheidstoets wel aan de orde moet zijn. In dit geval zijn EU-rechten in het geding, bovendien schrijft artikel 58b lid 2 Wpg specifiek een evenredigheidstoets voor. Een en ander geldt temeer nu onomkeerbare gevolgen dreigen voor de winkeliers (faillissement) en deze dus niet met een bodemprocedure tegen de Staat kunnen worden geredresseerd.

VI. Bewijsmiddelen en bewijsaanbod

Bewijsaanbod en bewijsmiddelen

195. EISERES biedt (onder protest van gehoudenheid daartoe en voor zover op haar de bewijslast zou rust en) hierbij aan al haar stellingen te bewijzen, door middel van alle middelen rechtens, speciaal door het doen laten horen van

getuigen en (of) deskundigen, alsmede in het geding brengen van (nadere) schriftelijke bewijsstukken.

196. EISERES biedt – doch voor zover op grond van artikel 150 Rv op haar enige bewijslast zou rusten, en naast de reeds gedane bewijsaanbiedingen – met name bewijs aan van haar stellingen dat:

- De winkels volledig voorbereid zijn op een veilige opening waarbij de 1,5 meter en mondkapjesplicht gerespecteerd en nageleefd zullen worden;

De opening van de niet-essentiële winkels zal een betere spreiding ontstaan waardoor ook de rijen voor essentiële winkels (en de bezoekersaantallen aldaar) zullen verminderen;

197. Bewijs kan door EISERES onder meer maar niet uitsluitend worden geleverd door overlegging van, c.q. het horen van:

- Frank Quix, Q&A Insights, (economisch perspectief);
- Arnold Boot (economisch perspectief);

VII. Bevoegdheid

198. Civiele zaken tegen de Staat worden in de regel door de rechtbank Den Haag behandeld. De Staat, de gedaagde partij in deze kwestie, is in het arrondissement Den Haag gezeteld. Het is daarom dat Uw rechtbank bevoegd is van deze kwestie kennis te nemen.

MITSDIEN:

het de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, locatie Den Haag, sector civiel moge behagen bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

- I. de Staat te gebieden de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, voor zover die ziet op de sluiting van winkels en/of publieke ruimte bedoeld voor detailhandel, buiten werking te stellen en buiten werking gesteld te houden;

Subsidiar

- II. de Staat te gebieden de Tijdelijke regeling maatregelen Covid-19 te wijzigen in die zin dat alle winkels en/of publieke ruimte bedoeld voor detailhandel geopend mogen zijn onder de voorwaarde dat het aantal klanten toegestaan in winkels en/of publieke ruimte bedoeld voor detailhandel wordt vastgesteld op 1 klant per 10m², althans 1 klant per een aantal m² door U in goede justitie te bepalen;

Meer subsidiair

- III. de Staat te gebieden de voorwaarden gekoppeld aan het 'winkelen op afspraak', voor zover die zien op het aantal klanten (tegelijktijd) in winkels en/of publieke ruimte bedoeld voor detailhandel, zodanig te wijzigen dat het

aantal klanten toegestaan in winkels en/of publieke ruimte bedoeld voor detailhandel wordt vastgesteld op 1 klant per 10m², althans 1 klant per een aantal m² door U in goede justitie te bepalen;

- IV. de Staat te gebieden de voorwaarden gekoppeld aan het 'winkelen op afspraak', voor zover die zien op het minimaal vier uur van tevoren reserveren, zodanig te wijzigen dat de winkelaafspraak één uur van tevoren gereserveerd dient te worden, althans met inachtneming van een aantal uur (periode) door U in goede justitie te bepalen;

Meest subsidiair

- V. zodanige voorziening(en) te treffen als de voorzieningenrechter in goede justitie vermeend te behoren in de lijn en strekking als omschreven in deze dagvaarding;

In alle gevallen:

- VI. de Staat te veroordelen tot betaling aan EISERES van de kosten van deze procedure met bepaling dat, als deze kosten niet binnen zeven dagen na de dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis worden voldaan, daarover vanaf de achtste dag na dagtekening van het vonnis, wettelijke rente is verschuldigd.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, EUR

Deurwaarder

Wordt behandeld door

Blenheim Advocaten

mr. [REDACTED]

mr. [REDACTED]

mr. [REDACTED]

Postadres

Postbus 10302

1001 EH Amsterdam

Telefoon

T +31 (0)20 52 10 100

F +31 (0)20 52 10 101

E-mail

[REDACTED]@blenheim.nl