

DAGVAARDING

Tevens houdende provisionele en incidentele vorderingen die spoedige behandeling vergen

Vandaag, tweeëntwintig maart tweeduizend eenentwintig,

op verzoek van:

- I. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **KONINKLIJK VERBOND VAN ONDERNEMERS IN HET HORECA EN AANVERWANTE BEDRIJF "HORECA NEDERLAND"** hierna ("KHN"), statutair gevestigd en kantoorhoudende te Woerden;

KHN treedt mede op als lasthebber voor:

- II. de eenmanszaak [...], hierna ("[...]"), kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de [...];
- III. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [...], hierna ("[...]"), statutair gevestigd te [...] en kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de [...];
- IV. de vennootschap onder firma [...], hierna ("[...]"), kantoorhoudende te ([...]) Lelystad aan de [...];
- V. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [...], hierna ("[...]"), statutair gevestigd te [...] en kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de [...];
- VI. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [...], hierna ("[...]"), statutair gevestigd te [...] en kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de [...];
- VII. de eenmanszaak [...], hierna ("[...]"), kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de [...];
- VIII. de eenmanszaak [...], hierna ("[...]"), kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de [...];

IX. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [...], hierna ("["..."]), statutair gevestigd te Rotterdam en kantoorhoudende te ([...]) [...] aan de Schiedamse [...];

dit exploot van dagvaarding uitgebracht. De eisende partijen worden hierna gezamenlijk in vrouwelijk enkelvoud aangeduid als: "**KHN c.s.**" en eisers sub 2 t/m 9 ook als de "**Horeca-ondernemers**".

KHN c.s. kiest voor deze zaak woonplaats te (1082 PR) Amsterdam, Beethovenstraat 400, ten kantore van NautaDutilh N.V., advocaten, notarissen en belastingadviseurs, waar de zaak wordt behandeld door de advocaten mrs. P.D. Olden en F.E. Vermeulen, van wie de eerstgenoemde door KHN c.s. tot advocaat wordt gesteld.

Deze dagvaarding is bestemd voor de publiekrechtelijke rechtspersoon **de Staat der Nederlanden** (*Ministerie van Economische zaken*) (hierna: "**de Staat**"), met zetel te 's-Gravenhage, en wordt op de voet van artikel 48 Rv betekend aan het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad ((2511 EK) Den Haag, Korte Voorhout 8).

Daartoe heb ik aan het hiervoor vermelde adres mijn exploot gedaan en aldus daar een afschrift van deze dagvaarding gelaten aan:

Roldatum

De Staat wordt hierbij gedagvaard om op woensdag eenendertig maart tweeduizend eenentwintig niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen in het met deze dagvaarding aanhangig gemaakte geding, te voeren bij de Rechtbank Den Haag, team civiel recht, Prins Clauslaan 60, (2595 AJ) 's-Gravenhage, om te antwoorden op de in deze dagvaarding vervatte eis en de gronden daarvan.

Daarbij heb ik de Staat het volgende aangezegd:

- a. Indien de Staat verzuimt advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig voldoet, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, verleent de rechter verstek tegen hem en wijst hij de hierna omschreven vordering toe, tenzij deze de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt.
- b. Bij verschijning in het geding wordt van de Staat een griffierecht geheven, te betalen binnen vier weken, te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning.
- c. De hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de volgende websites: www.kbvg.nl/griffierechtentabel en <https://www.rechtspraak.nl/Hoe-werkt-het-recht/Kosten-rechtszaak/Griffierecht/Paginas/Griffierecht-civiel.aspx>.
- d. Van een persoon die onvermogen is, wordt een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - i. 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
 - ii. 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.
- e. KHN c.s. op straffe van niet-ontvankelijkheid verplicht is deze dagvaarding binnen twee dagen na uitbrengen aan te tekenen in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 3:305a lid 7 BW.

Inhoudsopgave

1	Inleiding en kern van het geschil	7
2	Partijen	13
2.1	KHN	13
2.2	De Horeca-ondernemers	15
2.3	Staat der Nederlanden	15
3	Feiten en omstandigheden	16
3.1	Horeca-sector dreigt kopje onder te gaan, pijn ongelijk verdeeld ...	16
3.1.1	Schade sector algemeen	16
3.1.2	Schade Horeca-ondernemers specifiek	21
3.1.3	Steun ontoereikend	38
3.2	Beleid van de Staat ten aanzien van de horeca, zwalkend beleid	46
3.3	Besluitvorming oktober 2020 (tweede lockdown) nader beschouwd	55
3.4	Discussie over effect sluiting horeca	58
3.5	Mogelijke alternatieven zijn niet (adequaat) onderzocht	59
3.6	Ontbreken van perspectief	61
3.7	Sector heeft zich steeds coöperatief en proactief opgesteld, tevergeefs	61
3.8	Conclusies ten aanzien van het beleid	70
4	Vorderingsgrondslagen	72
4.1	(On)rechtmatige overheidsdaad	72
4.2	Nadeelcompensatie: art. 6:162 BW en art. 1 Eerste protocol bij het EVRM	74
4.2.1	Inleiding	74
4.2.2	Het beginsel van égalité devant les charges publiques en de plicht tot nadeelcompensatie	75
4.2.3	De horeca draagt een abnormale last	77
4.2.4	Het criterium van de speciale last heeft geen onderscheidende betekenis	78
4.2.5	Eigendomsbescherming	81

4.2.6	Conclusie	84
4.3	Een breder aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief.....	84
4.3.1	De bestrijding van Covid-19: overheidsmaatregelen ten behoeve van <i>onzeker</i> voordeel	84
4.3.2	De overheidsmaatregelen ten behoeve van <i>onzeker</i> voordeel veroorzaken <i>zeker</i> nadeel	86
4.3.3	Onvoldoende compensatie van horeca-ondernemers is onrechtmatig	87
4.4	Schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.....	89
4.4.1	De Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 en haar voorlopers kunnen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst	89
4.4.2	Schending van het beginsel dat de overheid de nodige kennis omtrent de feiten en de af te wegen belangen dient te vergaren en deze in de besluitvorming dient te betrekken	92
4.4.3	Schending van het evenredigheidsbeginsel	97
4.4.4	Schending van het verbod op willekeur en het gelijkheidsbeginsel	100
5	Schade en Causaliteit	102
5.1	Inleiding	102
5.2	Schade.....	104
5.3	Causaliteit	106
6	Provisionele vorderingen ex artikel 223 Rv.....	106
6.1.1	Primair: heropening alle eet- en drinkgelegenheden.....	107
6.1.2	Subsidiar: heropening buitenterrassen	108
6.1.3	Voorwaarden voor heropening	109
6.2	Provisionele vordering II: voorschot op te betalen schadevergoeding	109
6.3	Samenhang met hoofdvorderingen	110
6.4	Spoedeisend belang.....	111
6.5	Belangenafweging en restitutierisico	112
7	Incidentele vordering ex artikel 843a Rv	112
7.1	Inleiding	112
7.2	Eerdere informatieverzoeken	113
7.3	Vordering ex artikel 843a	115

7.3.1	Inleiding	115
7.3.2	De bescheiden	115
7.3.3	De vereisten van artikel 843a Rv	118
7.4	Conclusie vordering ex artikel 843a Rv.....	125
8	Bekende verweren van de Staat	126
9	Kosten	126
9.1	Kosten	126
9.2	Buitengerechtelijke kosten.....	126
10	Bewijsstukken, bewijsaandragplicht en bewijsaanbod	126
11	Bevoegdheid van de Rechtbank Den Haag.....	127

1 INLEIDING EN KERN VAN HET GESCHIL

1. De horeca-sector is als gevolg van de coronamaatregelen die de Staat heeft genomen onevenredig zwaar getroffen. Na een aanvankelijke sluiting van 15 maart tot en met 31 mei 2020, en verdere terugloop van de omzet als gevolg van corona-beperkingen, vervroegde sluitingstijden en het stokkende toerisme, zijn de eet- en drinkgelegenheden sinds 14 oktober 2020 weer geheel gesloten. Clubs en discotheken zijn feitelijk sinds 12 maart 2020 (toen werd de toegelaten groepsgrootte beperkt tot 100 personen, waarna op 15 maart sluiting volgde) niet meer open geweest.
2. De onevenredige, onvoorziene en langdurige offers van de horeca ten bate van de gemeenschap kunnen niet meer worden gerekend tot een maatschappelijk (ondernemers)risico dat rechtens moet worden geduld. De corona-crisis heeft geleid tot een historisch ongekeende ongelijke verdeling van maatschappelijke lasten voor de bestrijding van een risico dat iedereen gelijkelijk aangaat.
3. De Staat onderkent dat ook. Hij heeft historisch ongekeende maatregelen genomen om de horeca en andere zwaar geraakte sectoren te ondersteunen. Tegelijkertijd is het al lange tijd zonneklaar dat de tot dusverre genomen subsidiemaatregelen, uitstel van belastingheffing en overige maatregelen veruit onvoldoende helpen. Bovendien duurt de uitbetaling van de subsidies veel te lang.¹
4. Horeca-ondernemers lijden als gevolg van de herhaalde, zeer langdurige, algehele sluiting en de overige beperkende maatregelen enorme en blijvende schade. De omzet is immers vrijwel volledig weggefallen, terwijl de vaste lasten (volgens de statistieken van het CBS in de regel tussen de 25% en 40% van de reguliere omzet bij onbelemmerde bedrijfsvoering) en de personeelslasten grotendeels door blijven lopen. De genoemde subsidiemaatregelen dekken deze kosten slechts gedeeltelijk. Het is evident dat de – veelal kleine – horeca-ondernemers het ongedekte gedeelte van de lasten niet gedurende langere tijd uit hun spaargeld kunnen blijven bijpassen. De marges in de horeca zijn doorgaans toch al niet hoog en de meeste ondernemers beschikken niet over aanzienlijke reserves. Maar

¹ KHN heeft ter zake een kort geding procedure tegen de Staat gevoerd om eerdere betaling van de Tegemoetkoming in de Vaste Lasten (TVL) af te dwingen. De Voorzieningenrechter heeft KHN bij vonnis in kort geding d.d. 19 maart 2021 niet-ontvankelijk verklaard (ECLI:NL:RBDHA:2021:2552). Door lobbyinspanningen van KHN en onder druk van een hoger beroep en 19.000 individuele bezwaarschriften heeft de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland op dezelfde dag echter alsnog medegedeeld de uitbetaling te versnellen. <https://www.khn.nl/nieuws/toch-snellere-uitbetaling-tvl-subsidie-voor-ondernemers-door-intensieve-lobbyinspanningen-khn>.

ook de grotere bedrijven worden diepgaand geraakt, juist omdat de subsidieregelingen bij hen maar een fractie goedmaken van de doorlopende kosten en de structurele winstderving in het geheel niet compenseren.

5. Veel horeca-ondernemers moeten eten van hun winst: winstderving betekent in veel gevallen algehele inkomensderving. De sluiting van de horeca heeft een veel verdergaande impact dan alleen de financiële gevolgen. Horeca-ondernemers worden ook sociaal-maatschappelijk ten diepste in hun bestaan geraakt. Voor de meeste ondernemers is een restaurant, café of hotel een "way of life".
6. De horeca staat het water aan de lippen. Zonder spoedige – verantwoorde en structurele – openstelling en zonder spoedige compensatie voor het onevenredige nadeel waarmee de horeca ten bate van de gemeenschap nu al ruim een jaar mee wordt belast, zullen vele bedrijven het niet gaan redden. Veel privé-vermogen, deels aangesproken om de door de Staat maar zeer gedeeltelijk bestreden tekorten te dragen, zal blijvend zijn verdampt, voor velen zonder uitzicht op herstel. Vanzelfsprekend heeft een deconfiture van een groot aantal horecabedrijven niet alleen ernstige gevolgen voor de ondernemers, maar ook voor het personeel. De horeca is een arbeidsintensieve sector: volgens de meest recente CBS-cijfers gaat het om circa 539.000 werknemers.² Ook het bredere publiek zal de gevolgen ondervinden: de Nederlandse horeca-infrastructuur dreigt blijvend te worden aangetast door gedwongen sluitingen.
7. Deze procedure wordt gevoerd door KHN en een aantal individuele Horeca-ondernemers. KHN treedt bij een aantal vorderingen als eiseres op naast een aantal individuele horeca-ondernemers. Zij vormen een dwarsdoorsnede van de sector, groot en klein, starters en ondernemers die al lang een onderneming drijven. Eisers beogen in deze zaak een uitspraak te krijgen ten behoeve van de hele sector. Zij gaan ervan uit dat de Staat aan ten gunste van eisers uitgesproken veroordelingen gevolg zal geven voor alle andere in aanmerking komende horeca-ondernemers.
8. De kern van de zaak is dat de onevenredigheid van de coronamaatregelen ten laste van de horeca-ondernemers ten bate van de gemeenschap een rechtsplicht tot adequate compensatie heeft doen ontstaan omdat de door

² <https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-arbeidsmarkt/banen-werkgelegenheid/toelichtingen/werkgelegenheidsstructuur>

de Staat getroffen maatregelen ernstig tekortschieten. Die compensatieplicht berust op een (on)rechtmatige overheidsdaad.

9. De lange sluiting van de horeca is niet een rechtstreeks gevolg van de corona-pandemie, maar in ieder geval mede van keuzes die de overheid heeft gemaakt. De overheid heeft haar beleid vooral erop gericht de ziekenhuisopnamecurve af te vlakken totdat het vaccin het beoogde effect zal hebben bereikt. In dat kader heeft zij ernaar gestreefd de R net onder de 1 te brengen onder meer door de som van de bewegingen enigszins te beperken, contacten terug te brengen en groepsvorming tegen te gaan. Deze aanpak heeft ertoe geleid dat de horeca onevenredig zwaar is getroffen. Bij de keuze welke mobiliteit wel werd toegestaan en welke niet stond de horeca steeds achteraan in de rij. De overheid achtte het zoveel mogelijk openhouden van de scholen en in mindere mate van sportgelegenheden belangrijker dan het openhouden van de horeca en heeft bijvoorbeeld ten aanzien van het "afstand houden" op straat eerder gekozen voor advisering dan voor handhaving.
10. Wie op straat rondloopt ziet dat het een drukte van jewelste is en dat nauwelijks wordt opgetreden. De overheid had niettemin ten aanzien van de mobiliteitsbeperking andere keuzes kunnen maken. Zij had bovendien ook kunnen kiezen voor een beleid dat uit alle macht de verspreiding zou tegengaan zoals in China, Zuid-Korea, Nieuw Zeeland en in het voorjaar in Italië met succes heeft plaatsgevonden (dus niet alleen afvlakking van de curve tot een niveau waarbij de beddenscapaciteit niet in de knel zou komen). Men had bijvoorbeeld voor een korte hevige lock down met straatverbod kunnen kiezen of voor strikte *tracing*. In dat geval had de sluiting van de horeca wellicht ook veel korter kunnen duren. Het gevolg van deze keuzes is dat sommigen onevenredig zwaarder zijn getroffen dan anders het geval was geweest en dat gediscrimineerd (in de zin van onderscheiden) is tussen belanghebbenden. Dit brengt met zich mee dat die belanghebbenden, en dus in het bijzonder de horeca, wel voor de schade die zij ten gevolge van de door de Staat gemaakte keuzes leiden, gecompenseerd dienen te worden, nu die schade niet behoort tot hun normale bedrijfsrisico.
11. Daar komt bij dat de genomen maatregelen niet lijken te zijn gebaseerd op (wetenschappelijk) onderzoek waaruit de noodzaak en de effecten van de maatregelen blijkt. En al helemaal is niet gebleken dat de volgende elementen in de besluitvorming zijn betrokken: (i) welke risico's gepaard

gingen met het openhouden van (delen van) de horeca zelf, ook bij hantering van adequate protocollen, (ii) in hoeverre het openhouden van horeca zou leiden tot toenemende reisbewegingen en in hoeverre daaraan besmettingsgevaar verbonden was en (iii) welke besmettingsrisico's door het openhouden van horeca verkleind zouden worden, omdat andere locaties, zoals parken worden ontlast (waterbed-effect). Zeker nu de besmettingsgraad, in elk geval bij de thans beschikbare kennis, niet als argument voor het algeheel gesloten houden van de horeca kan gelden, is dat gesloten houden onrechtmatig of dient althans volledige nadeelcompensatie betaald te worden.

12. Dat laat onverlet dat ook als de horeca (gedeeltelijk) wel relevant aan de besmettingsgraad zou bijdragen, de door de horeca-ondernemers geleden schade vergoed behoort te worden, aangezien het coronarisico niet een risico is waar de ondernemers rekening mee zouden hebben moeten houden en omdat blijft staan dat de coronamaatregelen hebben geleid tot een ontoelaatbare onevenredige verdeling van de lasten. Dit is het directe gevolg van de keuzes die de Staat heeft gemaakt. Het gaat daarbij om een bijzondere combinatie van omstandigheden: (i) de directe uitruil van beperkingen en vrijheden bij schaarste (van bewegingsruimte) met het oog op verkleining van besmettingsrisico's, die zekere en zeer substantiële schade voor de horeca-ondernemers veroorzaakt, (ii) het gegeven dat een deugdelijke onderbouwing en verantwoording voor de noodzakelijkheid, proportionaliteit en effectiviteit van de zeer ingrijpende en langdurige maatregelen ontbreekt, (iii) het feit dat er minstgenomen grote onzekerheid bestaat over de werkelijke epidemiologische 'voordelen' van deze maatregelen en (iv) het gegeven dat het in toenemende mate niet zozeer gaat om de vrees voor besmettingen binnen de horeca, maar om beperking van bewegingen van en naar de horeca (hetgeen de horeca dus willekeurig belast) en beperken van contacten en groepsvorming. In de gegeven omstandigheden zijn de gemaakte keuzes, waardoor onevenredig nadeel aan de horeca-ondernemers is toegebracht, onrechtmatig. De horeca-ondernemers dienen te worden gecompenseerd voor dit onevenredige nadeel.
13. Het gaat eisers echter niet alleen om een behoorlijke financiële compensatie, maar ook om een zo spoedig mogelijke verantwoorde openstelling van de horeca en om het belang van behoorlijk onderzoek, besluitvorming en verantwoording van de structurele en zeer ingrijpende maatregelen.

len. Het besluit tot sluiting (en het gesloten houden) van de eet- en drinkgelegenheden, clubs en discotheken was en is niet althans onvoldoende gemotiveerd en toereikende vergaarde nodige kennis van de feiten heeft in het gehele proces ontbroken (art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb)). De aanvankelijke crisissfeer, waarin met grote haast tot de 'intelligente lockdown' van vrijwel het gehele maatschappelijke leven werd besloten, maakte het ontbreken van specifieke motiveringen en onderbouwingen ten aanzien van de horeca misschien nog begrijpelijk. Dat is nu, een jaar na de eerste lockdown, anders.

14. Nu de huidige lockdown stapsgewijs versoepeld wordt, is onbegrijpelijk dat daarin geen ruimte is voor gedeeltelijke opening van (een deel van) de horeca. Opnieuw ontbreekt een (deugdelijke) onderbouwing, terwijl de cijfers van het RIVM wijzen op een laag besmettingsrisico in de horeca, en het OMT voorafgaand aan de huidige lockdown al adviseerde om te onderzoeken of restaurants tijdens deze lockdown gedeeltelijk open konden blijven.³ Waarom intussen – begin maart 2021 – de winkels, kappers en masseurs wel weer (al dan niet gedeeltelijk) open mogen is niet uit te leggen en die uitleg wordt ook niet gegeven, ondanks herhaaldelijke verzoeken van KHN om de (wetenschappelijke) onderbouwing van de maatregelen. De mate waarin de horeca – kortweg – in staat is om maatregelen te treffen en te handhaven wordt niet kenbaar meegewogen. Ook de realiteit van overvolle parken en natuurgebieden en de aanstaande lente wordt niet kenbaar meegewogen. Die realiteit heeft een gevaarlijke kant: het is voorzienbaar dat het draagvlak voor maatregelen in het algemeen verder afneemt, als de diepgevoelde behoefte aan contact en vertier niet op een verantwoorde manier wordt gekanaliseerd. Welke vormen van handhaving zullen dan nog helpen?
15. KHN c.s. vordert in deze procedure dan ook ten gronde een schadevergoeding voor het onrechtmatig handelen van de Staat en een – verantwoorde - openstelling.
16. Daarnaast stelt KHN c.s. twee **provisionele vorderingen** in. Een die strekt tot onmiddellijke heropening (onder verantwoorde voorwaarden) om verdere schade te voorkomen. En een tweede tot betaling aan de Horeca-Ondernemers van een voorschot van 25% van de reeds geleden schade. Om haar stellingen over het ontbreken van een deugdelijke

³ En de Staat bovendien eerder toezegde te zullen bezien hoe de ruimte voor versoepelingen eerlijk kan worden verdeeld, zie alinea's 126 t/m 128 hierna.

grondslag voor de besluitvorming nader te kunnen onderbouwen stelt KHN c.s. een **incidentele vordering in ex artikel 843a Rv**, waarmee zij afschrift vordert van – kort gezegd – de bescheiden die ten grondslag liggen aan de besluitvorming van de Staat. KHN en haar leden hebben zich vanaf het begin van de pandemie coöperatief en proactief opgesteld, en zijn steeds bereid geweest zich aan te passen aan steeds weer een nieuwe werkelijkheid en nieuwe maatregelen. De sector heeft op verschillende momenten concrete, onderbouwde en uitgewerkte plannen en routekaarten gepresenteerd die een verantwoorde en veilige heropening van de horeca mogelijk maken. KHN c.s. hebben echter tot hun frustratie en teleurstelling moeten constateren dat zij bij de Staat steeds nul op het rekest hebben gekregen en niet de stukken heeft ontvangen waarom zij heeft gevraagd.⁴ Het feit dat de Staat, ondanks herhaaldelijke verzoeken daartoe, nalaat een (wetenschappelijke) onderbouwing te geven van de maatregelen jegens de horeca maakt een en ander extra pijnlijk en frustrerend. Voor KHN c.s. is de maat vol.

17. KHN c.s. verzoekt de rechtbank de provisionele eis en de incidentele vordering gezamenlijk bij voorrang te behandelen en daarop bij voorrang te beslissen. De termijn van drie maanden waarbinnen een collectieve procedure als bedoeld in art. 3:305a BW in beginsel dient te worden aangehouden (art. 1018c lid 3 Rv), geldt gezien de spoedeisendheid niet voor vorderingen in kort geding (art. 1018b lid 1 Rv, zie ook nr. 22 hierna). Dit regime dient overeenkomstig te worden toegepast op de spoedeisende provisionele en incidentele vorderingen. Zoals hieronder wordt uiteengezet, geldt ook voor wat betreft de art. 3:305 BW-vorderingen van KHN in de hoofdzaak dat aanhouding enerzijds verregaand ongewenst is gelet op het spoedeisende karakter van de zaak en anderzijds ook volkomen overbodig is voor zover KHN uitsluitend voor haar leden opkomt, zij is immers de enige die voor deze groep van leden kan opkomen. De aard van de provisionele en incidentele vorderingen brengt dus mee dat in dit geval afwijking van de ontvankelijkheidseis van art. 1018c lid 3 Rv, bestaande uit een drie maanden wachttermijn, gerechtvaardigd is (vergelijk art. 3:305a lid 6 BW).

⁴ Op zijn Wob-verzoek van het najaar van 2020 heeft KHN wel enige stukken gekregen, maar helemaal niet de stukken waar het om heeft gevraagd. De ontvangen stukken zijn niet relevant.

2 PARTIJEN

2.1 KHN

18. KHN is een branchevereniging voor de horcea. Zij telt ongeveer 18.000 leden en heeft op grond van artikel 4 lid 1 van haar statuten (**Productie 1**) onder meer ten doel:

"- de behartiging van de materiële en immateriële (bedrijfs-)belangen van haar leden, voor zover deze betrekking hebben op de bedrijfsmatige verstrekking van logies, maaltijden, spijzen en dranken;

- de behartiging van de belangen van haar leden, waaronder het namens haar leden en/of hun rechtsopvolgers en/of cessionaris(sen) verhalen van schade en/of het te gelde maken van vorderingen verband houdende met handelen of nalaten, specifiek betreffende kartelvorming maar daar niet toe beperkt, op het terrein van gastvrijheid in de meest brede zin jegens haar leden, en/of hun rechtsopvolgers en/of cessionaris(sen), als gevolg waarvan één of meer van haar leden en/of hun rechtsopvolgers en/of cessionaris(sen) (dezen hierna te noemen: de "Claimhouders") direct of indirect schade hebben geleden,

- en voorts al hetgeen met een en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin."

19. Blijkens artikel 5 van de statuten tracht KHN haar doel onder meer te verwezenlijken door:

"I (...)

(n) het bevorderen van alle andere wettige middelen, die het doel van de vereniging dienen;

(...)

(p) het oprichten en instandhouden van een Bedrijf van de vereniging, dat haar ten dienste staat voor de uitvoering van de verenigingstaken en het -beleid.

II (a) het optreden als een vereniging in de zin van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek;

(...)

(e) het initiëren van juridische procedures waarin vorderingen

gezamenlijk of afzonderlijk zullen worden ingesteld, zowel binnen als buiten rechte;"

20. KHN is dus een vereniging in de zin van art. 3:305a BW die de belangen van zijn leden ingevolge zijn statuten behartigt. Dat doet het ook in feitelijke zin: KHN voert onder meer overleg met de Staat over de coronamaatregelen. KHN stelt in deze dagvaarding *mede* rechtsvorderingen in die strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van zijn leden. Zoals hieronder aan de orde komt, heeft KHN met de Minister van Economische Zaken en Klimaat, maar ook de staatsecretaris van EZK, de Minister van Justitie en Veiligheid, de Minister van Financiën en de Minister-president overleg gevoerd over het onderwerp van geschil. Daarnaast treedt KHN in deze procedure, voor zover nodig, mede op als lasthebber van de Horeca-ondernemers (eisers sub 2 e.v.).

21. Ten aanzien de verplichtingen vervat in art. 1018b lid 1 jo 1018c lid 1 Rv merkt KHN het volgende op:

Ad a

Hiervoor zij verwezen naar hetgeen hierna gesteld is.

Ad b

De vordering strekt tot bescherming van de collectieve belangen van alle horeca-ondernemers in Nederland (Europees gedeelte), althans van de leden van KHN.

Ad c

Voor alle horeca-ondernemers geldt dat de te beantwoorden feitelijke- en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn. De vorderingen van KHN strekken tot vergoeding van het onevenredig geleden nadeel door de horeca-ondernemers en tot een verantwoorde heropening van de horeca. De door de Staat opgelegde beperkende maatregelen zijn voor alle (groepen van) horeca-ondernemers identiek en de te beantwoorden rechtsvraag, namelijk of deze maatregelen onrechtmatig zijn, zijn voor alle horeca-ondernemers gemeenschappelijk. Daarnaast kan voor iedere individuele horeca-ondernemer de omvang van de schade op dezelfde wijze worden berekend, zoals in hoofdstuk 5 wordt toegelicht.

Ad d

Wat betreft de voorschriften van art. 3:305a BW zij met betrekking tot lid 1 opgemerkt dat KHN een vereniging is met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens zijn statuten vorderingen als bedoeld in art. 3:305a BW kan instellen. Met betrekking tot lid 2 zij opgemerkt dat de ledenraad blijkens de overlegde statuten toezicht houdt op het bestuur (bijvoorbeeld door de goedkeuring van de jaarstukken ex art. 27 lid 3 statuten) en dat

volgens overheid.wetten.nl art. 2:9a BW niet bestaat. Uit de overgelegde statuten blijkt van de mechanismen als bedoeld in art. 3:305a lid 2 sub b BW (d.m.v. de ledenraad ex art. 24 statuten) en aan de eisen van art. 305a lid 2 sub c en d is eveneens voldaan. Wat lid 3 betreft geldt dat aan de eisen onder a en b is voldaan. Wat de eis onder c betreft: KHN heeft voldoende getracht het gevorderde door overleg met de Staat te bereiken. Hiervoor wordt verwezen naar par. 3.7. Dat heeft niet tot voldoende beweging geleid. Overigens is in dezen art. 3:305a lid 6 BW van toepassing. De aard van de vordering van de rechtspersoon en van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, geeft aanleiding om KHN ontvankelijk te verklaren. De provisionele vordering en de door KHN ingestelde overige vorderingen strekken niet tot schadevergoeding in geld, maar tot verantwoorde heropening van de horeca en het verkrijgen van inzicht in de informatie en documentatie die de Staat ten grondslag heeft gelegd aan (zijn onderbouwing van) de maatregelen jegens de horeca.

Ad e

De in de dagvaarding weergegeven gegevens zouden de rechter in staat moeten stellen zo nodig een exclusieve belangenbehartiger aan te stellen. Het ligt overigens niet voor de hand dat daar in deze procedure aanleiding toe zal bestaan.

22. KHN wijst erop dat ingevolge art. 1018b lid 1 Rv, met uitzondering van art. 1018c lid 1 Rv (waaraan blijkens het voorgaande is voldaan) titel 14a Rv niet van toepassing is in kort geding. De provisionele vorderingen vallen onder ditzelfde regime, zodat alleen art. 1018c lid 1 Rv in dit verband van toepassing is. Hetzelfde geldt m.m. voor de als incidentele vordering ingestelde spoedeisende exhibitievordering. Zoals gezegd verdraagt een aanhouding van drie maanden van de art. 3:305a BW-vorderingen van KHN in de hoodzaak zich niet met het spoedeisende karakter van ook die vorderingen en met het gegeven dat uitsluitend KHN kan opkomen voor haar leden. Art. 1018c lid 3 Rv dient in overeenstemming met de uit onder meer art. 6 en 13 EVRM voortvloeiende eisen van een effectieve rechtsbescherming en een fair trial te worden uitgelegd en toegepast.

2.2 De Horeca-ondernemers

23. De individuele Horeca-ondernemers komen hierna aan bod (zie par. 35 e.v.).

2.3 Staat der Nederlanden

24. Op grond van artikel 7 Wet publieke gezondheid geeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport leiding aan de bestrijding van Covid-19.

3 FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

3.1 Horeca-sector dreigt kopje onder te gaan, pijn ongelijk verdeeld

3.1.1 Schade sector algemeen

25. Op 9 maart 2021 berichtte het CBS⁵ dat in 2020 20% meer bedrijven is opgeheven. Het gaat om "vrijwillige" sluitingen door ondernemers die een faillissement niet afwachten. De horeca heeft daarin een groot aandeel:

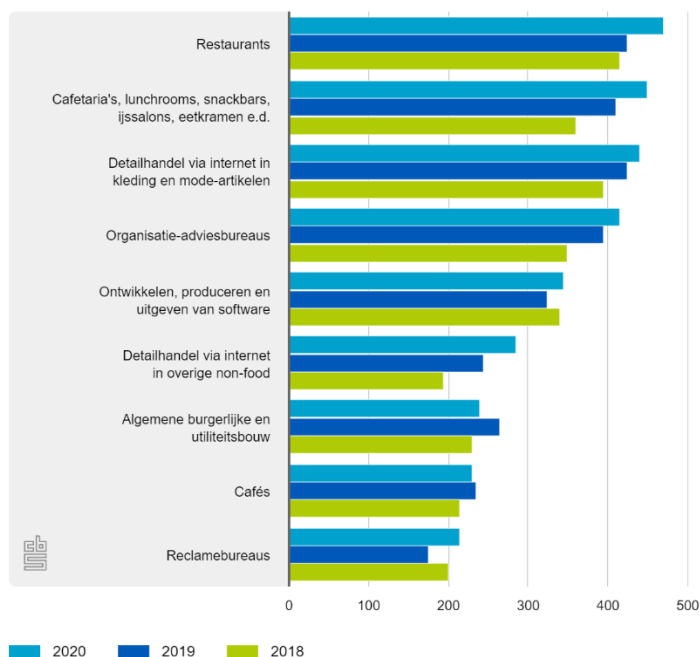
"470 restaurants opgeheven"

De meeste bedrijfsopheffingen met meer dan 1 werkzame persoon zijn in 2020 te vinden bij de restaurants, te weten 470, ongeveer 10 procent meer dan een jaar eerder. Ook stopten 450 cafetaria's, lunchrooms, snackbars, ijssalons en andere eetkramen. Bij de branches met de meeste bedrijfsopheffingen met meer dan 1 werkzame persoon zijn in 2020 relatief veel horecabedrijven, maar staan op de derde en zesde plek ook de detailhandel via internet. Hoewel cafés ook in 2020 in de top 10 staan, verschilt het aantal bedrijfsopheffingen met meer dan 1 werkzame persoon in deze branche niet veel met eerdere jaren."

26. Het staatje hieronder maakt aanschouwelijk dat de horeca oververtegenwoordigd is bij de bedrijfsopheffingen van bedrijven met meer dan één werkzame persoon:

⁵ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/10/20-procent-meer-bedrijven-opgeheven-in-2020>.

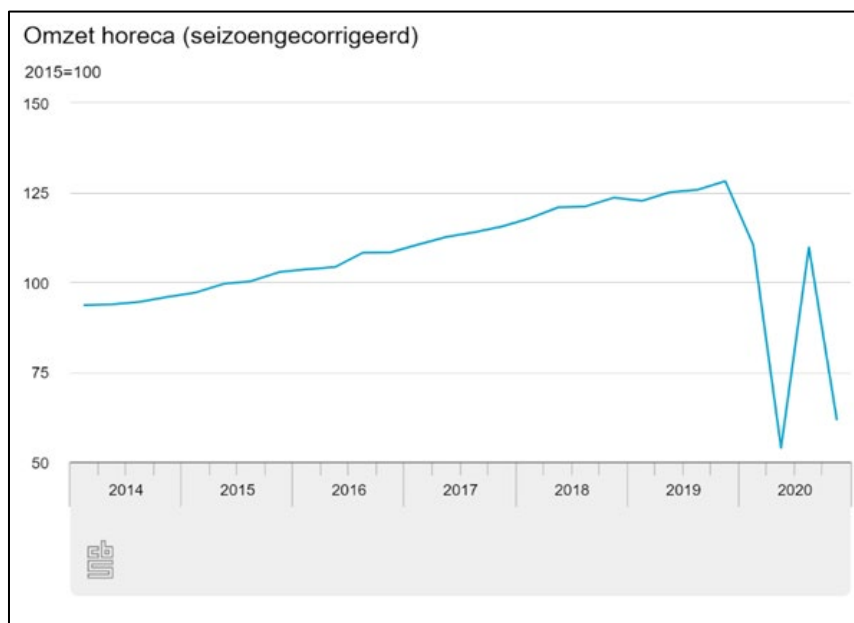
Branches met de meeste opheffingen van bedrijven met meer dan 1 werkzame persoon



27. Uit cijfers van het CBS⁶ van 1 maart jl. blijkt dat de impact van de coronamaatregelen op de horeca-sector enorm is:

"De omzet van de horeca daalde in het vierde kwartaal van 2020 met bijna 44 procent ten opzichte van het voorgaande kwartaal, meldt het CBS. Dat is vooral te wijten aan de aanscherping van de maatregelen tegen de verspreiding van het coronavirus. In het derde kwartaal maakte de horeca nog een forse opleving door toen de maatregelen werden versoepeld. Met het vierde kwartaal is ook het jaarcijfer beschikbaar. In 2020 kromp de omzet van de horeca met 33,9 procent ten opzichte van 2019. Deze krimp is zonder precedent. De horeca is een van de zwaarst getroffen sectoren door de coronacrisis." (onderstreping toegevoegd, advocaat)

⁶ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/09/omzet-horeca-krimpt-ongekend-hard-door-coronamaatregelen>. Het CBS vermeldt de volgende disclaimer bij de publicatie: "De cijfers in dit bericht zijn voorlopig en kunnen worden bijgesteld. Door de coronacrisis zijn de cijfers omgeven met een grotere onzekerheid dan gebruikelijk is."



28. Uit de volgende tabel die is opgenomen in de publicatie van het CBS blijkt voorts dat de sector over de gehele linie geraakt is, zij het in verschillende gradaties:

Omzet horeca, 2020	
X-as	2020 (% verandering t.o.v. een jaar eerder)
Totaal logiesverstrekking	-40,6
Hotels	-50,8
Overige logiesverstrekking	-13,1
Totaal eet- en drinkgelegenheden	-31,2
Cafés	-41,7
Kantines en catering	-35,6
Restaurants	-34,6
Fastfoodrestaurants	-13,5

29. Ook de Minister van Economische Zaken en Klimaat is zich blijkens zijn brief van 21 januari 2021 aan de Tweede Kamer bewust van het feit dat onder meer horeca-ondernemers hard geraakt worden door de maatregelen:⁷

⁷ Kamerbrief van 21 januari 2021 'Uitbreiding economisch steun- en herstellpakket' <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/21/kamerbrief-uitbreiding-economisch-steun--en-herstellpakket>.

"Ondernemers, in onder meer de horeca en detailhandel, kennen bij de verlenging van de lockdown steeds beperktere mogelijkheden hun resterende vaste lasten te dragen en teren daarmee in op reeds sterk geslonken buffers. Om deze ondernemers tijdens de verlengde lockdown te ondersteunen, verhoogt het kabinet de vergoedingspercentages van de vaste lasten naar 85% voor alle ondernemers met een omzetverlies vanaf 30%. Het vergoedingspercentage loopt daarmee niet langer op van 50% (bij 30% omzetverlies) naar 70% (bij 100% Pagina 6 van 26 Chief Economist Directie Algemene Economische Politiek Ons kenmerk CE-AEP / 21019675 omzetverlies)."

30. Tijdens het Tweede Kamer-debat van 10 maart 2021 is zelfs een motie ingediend door de ChristenUnie die kamerbreed is aangenomen met de oproep aan het kabinet de TVL⁸ te verhogen naar 100% en de TONK⁹ uit te breiden. De Minister-president Rutte heeft bij die gelegenheid toegezegd dat het kabinet de mogelijkheden van de verhoging van de TVL naar 100% zal onderzoeken.¹⁰ Het Kabinet heeft op 12 maart 2021 bevestigd dat de motie wordt uitgevoerd en dat de TVL vanaf het tweede kwartaal van 2021 zal worden verhoogd naar 100%.¹¹
31. Overigens zal hierna nog worden toegelicht dat ondanks dit kennelijke bewustzijn bij de Minister, de subsidieregelingen vanuit de Staat veruit ontoereikend zijn (zie par. 92 e.v.).
32. Dat de horeca-ondernemers, zoals de Minister in voornoemd citaat ook opmerkt, sterk interen op hun buffers blijkt ook uit de door KHN onder haar leden gehouden enquête in november 2020 (**Productie 2**¹²). De volgende tabellen geven enkele resultaten uit die enquête weer:

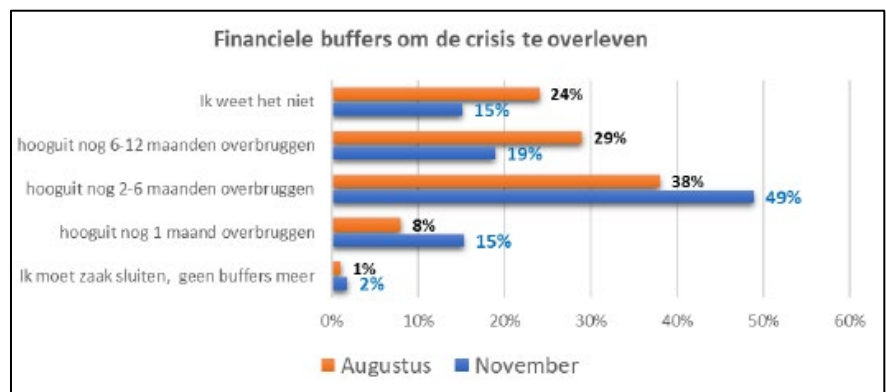
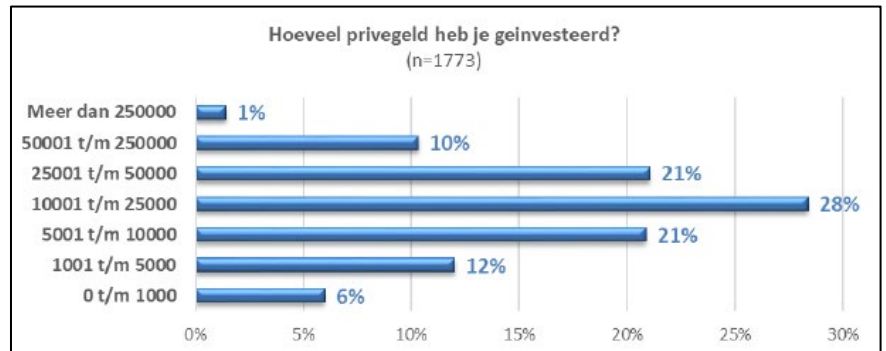
⁸ Tegemoetkoming Vaste Lasten (zie hierna in par. 92 e.v. waar de subsidieregelingen worden uitgelegd).

⁹ Tijdelijke Ondersteuning Noodzakelijke Kosten.

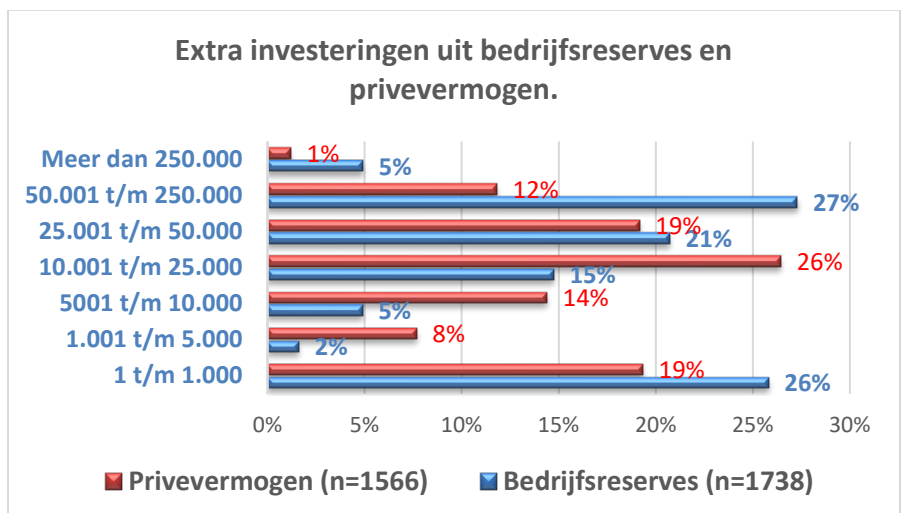
¹⁰ Plenair verslag Tweede Kamer, 60^e vergadering, 10 maart 2021. https://www.tweedekamer.nl/kamerstuk-ken/plenaire_verslagen/detail/e5c0aa55-be80-4d04-a506-228653dd5c26.

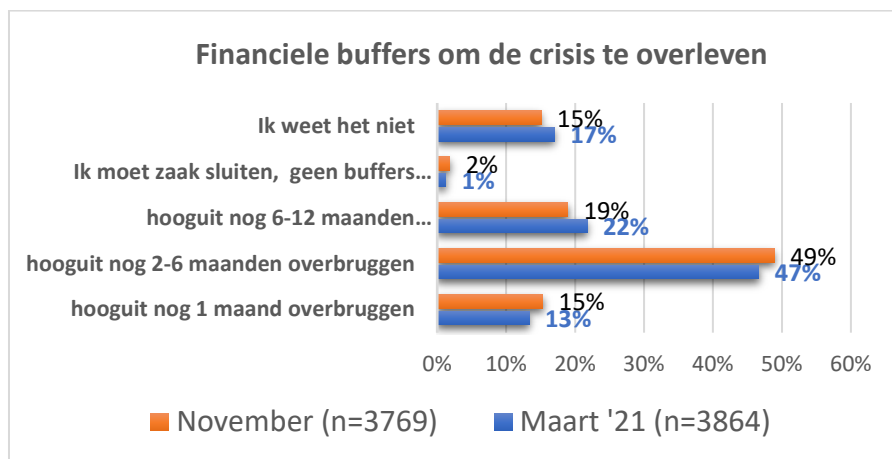
¹¹ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/03/12/kabinet-breidt-coronasteun-ondernemers-verder-uit>.

¹² Zie tevens bijlage 2 sub C bij de brief van KHN aan Minister-President Rutte d.d. 4 december 2020 Productie 68.



33. De enquête is in maart 2021 herhaald met het volgende resultaat (**Productie 3**):





34. De horeca-ondernemers, waaronder eisers, hebben dus in de regel over 2020 geen inkomen uit hun bedrijf, en hebben moeten interen op hun financiële buffers (bedrijfsreserves, pensioenvoorzieningen, (privé)spaar-geld). De steunmaatregelen vanuit de Staat voorzien hier niet in, en de verwachting is niet dat de ondernemers (die dan nog overeind staan) dit negatieve resultaat gaan goedmaken op het moment dat de horeca weer geopend zal worden.

3.1.2 Schade Horeca-ondernemers specifiek

35. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de schade voor de sector enorm is. Dat wordt (uiteraard) ook gevoeld door de Horeca-ondernemers. Hierna wordt per individuele Horeca-ondernemer ingegaan op de schade die zij hebben geleden en nog steeds lijden. Benadrukt wordt dat in het hierna-volgende de steunmaatregelen vanuit de Staat steeds zijn meegerekend: als er dus over 2020 een jaarverlies wordt geleden is dat een verlies on-danks het door de Staat opgetuigde steunpakket.

a. Eetcafé / cafe-restaurant [...] (eenmanszaak) – eetcafé

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

36. [...] (**Productie 4**) is een eetcafé in [...]. Het eetcafé bestaat uit een restau-rant met 190 zitplaatsen (waarvan er met inachtneming van de 1,5 meter 78 zitplaatsen overblijven) en een ruim terras met eveneens 190 zitplaat-sen (waar, door verruiming vanuit de gemeente, met inachtneming van de 1,5 meter 142 zitplaatsen zijn). Het eetcafé is 7 dagen in de week geo-pend voor borrel en diner.

37. [...] is een eenmanszaak, eigendom van [...] sinds 2007.¹³ [...] heeft over 2020 een negatief resultaat van EUR 62.879 geboekt, en [...] heeft dan ook logischerwijs geen inkomen uit de onderneming kunnen halen. Als [...] geen loonbelasting en maandelijks slechts maximaal 25% van de huur betaalt, houdt [...] het nog 6 maanden vol. De openstaande schuld loopt in dit scenario iedere maand met circa EUR 14.000 per maand verder op.

Omzet en verliezen

38. [...] behaalde in 2019 een omzet van EUR 1.048.215. Uit die omzet werd een resultaat / netto winst van EUR 93.220 behaald (**Productie 5**, p. 3). In 2020 is deze omzet gekelderd naar EUR 702.538. Een omzetsdaling van circa 33%. Over 2020 werd een netto verlies van EUR 62.879 geleden (**Productie 6**). Dit verlies is ondanks de door [...] over 2020 ontvangen bedragen onder de steunmaatregelen van de Staat, te weten EUR 22.521 aan TVL-subsidie, EUR 75.420 aan NOW-steun en een eenmalige uitkering van EUR 4.000 onder de TOGS regeling.
39. Wanneer alleen het vierde kwartaal van 2019 wordt vergeleken met het vierde kwartaal van 2020, is het verschil nog schrijnender. Waar voor Q4 in 2019 nog een aangifte omzetbelasting van EUR 270.167 werd gedaan (**Productie 7**), ging het over Q4 2020 slechts om EUR 113.477 (**Productie 8**). Een omzetsdaling van maar liefst circa 58%. [...] heeft in totaal EUR 135.404 aan openstaande schulden over 2020, te weten:

- | | |
|--------------------------|------------|
| • Huurachterstand | EUR 44.009 |
| • Belastingdienst | EUR 73.444 |
| • Terug te betalen TVL | EUR 2.591 |
| • Terug te betalen NOW 1 | EUR 13.749 |
| • Terug te betalen NOW 3 | EUR 1.611 |

Van het totaalbedrag van EUR 135.404 staat EUR 62.879 (het netto verlies) als schuld open bij de Belastingdienst en de huurbaas).

Overige omstandigheden

40. [...] is door haar verhuurder in rechte betrokken ten aanzien van de huurachterstand. De verhuurder vordert in die procedure onder meer volledige

¹³ Zie voor een recent interview met [...]: [...].

betaling van de achterstallige huur, en ontbinding van de huurovereenkomst met ontruiming van het gehuurde. Het behoeft geen nader betoog dat toewijzing van die vorderingen het einde van [...] zou betekenen. Inmiddels heeft de kantonrechter in een tussenvonnis van 24 februari jl. geoordeeld dat de door [...] in reconventie gevorderde huurprijsvermindering in beginsel toewijsbaar is (**Productie 9**), maar dat nog nadere gegevens dienen te worden aangeleverd. Het is voor [...] nog afwachten hoe deze procedure precies financieel zal uitpakken en welk bedrag hij nog aan de verhuurder zal moeten betalen. Hoe dan ook illustreert dit eens te meer dat horeca-ondernemers in hun bestaan worden bedreigd.

b. Restaurant [...] ([...]) – starter vóór 15 maart 2020

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

41. [...] ¹⁴ (**Productie 10**) is een restaurant en horecacomplex dat is gehuisvest in [...], [...]. Eigenaren [...] hebben hier hun horecadroom gerealiseerd. Na een verbouwing van meer dan 9 maanden is het complex feestelijk geopend op 10 december 2019 (sinds 28 maart 2019 heeft [...] een KvK-inschrijving, nr. [...]). Naast het restaurant en de kookstudio is er de mogelijkheid om de [...] te huren voor feesten, bruiloften en zakelijke bijeenkomsten.
42. [...] hebben EUR 3 miljoen geïnvesteerd in [...] (waarvan EUR 911.000 eigen geld en het overige bedrag door middel van leningen en een rekening-courant krediet). In aanvulling hierop hebben zij inmiddels sinds het begin de Covid-19 pandemie een bedrag van EUR 259.000 aan eigen vermogen in [...] moeten investeren. Zij hebben in de zomerperiode (juli t/m september) een beperkte management fee uit de onderneming kunnen halen van EUR 20.000 (voor 2 personen). Daarnaast heeft [...] schulden opgebouwd (zie ook hierna).

Omzet en verliezen

43. Aangezien [...] op 10 december 2019 is geopend heeft de onderneming slechts 20 dagen omzet kunnen realiseren in 2019. In december 2019 boekte [...] een omzet van EUR 88.849. Uit die omzet werd een netto verlies van EUR 78.243 behaald (**Productie 11**, p. 4-5). [...] heeft een prognose laten maken van de omzet in de eerste drie jaar (**Productie 12**).

¹⁴ Statutaire naam: [...] B.V.

Voor het eerste jaar, 2020, werd een omzet van EUR 2.231.900 EUR verwacht. In 2020 werd deze prognose bij lange na niet gehaald: de omzet bleef steken op een bedrag van EUR 934.038. Over 2020 werd uiteindelijk een negatief resultaat van EUR 281.239 behaald (**Productie 13**, p. 4). Dit verlies is geleden, ondanks de door [...] over 2020 ontvangen bedragen onder de steunmaatregelen van de Staat, EUR 53.892 aan NOW 1.0-steun (o.b.v. voorlopige afrekening) en een eenmalige uitkering van EUR 4.000 onder de TOGS-regeling. De onderneming heeft geen recht op TVL Q4 2020 op basis van de herberekening.

44. Wanneer alleen december 2019 wordt vergeleken met december 2020, is het verschil nog schrijnender. Waar voor december 2019 een aangifte omzetbelasting van EUR 88.849 werd gedaan voor slechts 20 dagen (van 10 tot en met 31 december) (**Productie 14**), ging het in 2020 slechts om EUR 38.944 over de gehele maand, inclusief omzet voor de detachering naar de zorg van enkele medewerkers (**Productie 15**). Dit is een omzetsdaling van bijna 44% ten opzichte van december 2019, terwijl [...] in die maand maar 20 van de 31 dagen was geopend. De gigantische impact van de sluiting blijkt ook uit een vergelijking tussen de omzetcijfers van het derde en vierde kwartaal van 2020. Waar [...] in het derde kwartaal van 2020 een omzet van EUR 440.005 boekte (**Producties 16, 17, 18**), kelderde de omzet in het vierde kwartaal van 2020 naar EUR 98.326 (**Producties 19, 20, 15**). Een daling van 78%. Ook het resultaat van [...] verslechterde zeer: waar in het derde kwartaal van 2020 het resultaat EUR 11.759 bedroeg, kwam het verlies in het vierde kwartaal van 2020 uit op EUR 128.794 (**Productie 21**).

45. De uitstaande schulden van [...] zijn tot en met maart 2021:

• Huurschuld	EUR 145.000;
• Belastingenschuld	EUR 73.895;
• Niet betaalde management fee	EUR 100.000;
• Achterstanden leveranciers waarmee afspraken zijn gemaakt	EUR 13.275;
Totaal:	EUR 332.170

46. De financiële gevolgen van de steun die [...] *niet* heeft ontvangen zijn tot en met maart 2021:

• NOW 3.0 – okt/nov/dec 2020 toegewezen op herberekening:	EUR 0,00
(had EUR 60.121 moeten zijn, o.b.v. werkmaatschappij)	

- TVL Q4 2020 toegewezen: EUR 0,00
(had EUR 66.512 moeten zijn o.b.v. omzet referteperiode
3^e kwartaal 2020, gelijk aan startersregeling vanaf 1-1-2020)
- TVL Q1 2021 toegewezen: EUR 0,00
(had EUR 62.800 moeten zijn o.b.v. omzet referteperiode
3^e kwartaal 2020, gelijk aan startersregeling vanaf 1-1-2020)
- Totaal aan misgelopen steun: EUR 189.433

47. **NOW** - [...] maakt onderdeel uit van een concern, waaronder ook [...] valt. Van de eerste ronde NOW kon [...] slechts deels gebruik maken (58% in plaats van 90%), omdat het omzetverlies op concernniveau moest worden doorgegeven en het omzetverlies van het uitzendbureau verhoudingsgewijs minder was. [...] kon geen gebruik maken van de tweede ronde NOW, omdat de zaken naar omstandigheden redelijk goed liepen. Ondanks de beperkende maatregelen had [...] in september het omzetverlies van de eerste lockdown weten te compenseren. Door aanpassing van de NOW-regeling heeft [...] de derde ronde NOW op werkmatschappij niveau aangevraagd. Voor [...] werd geen NOW aangevraagd, omdat het geschatte omzetverlies van 16% te laag was voor steun. Achteraf gezien blijkt echter dat [...] het voorschot moet terugbetalen en dat [...] ten onrechte geen NOW heeft aangevraagd (het geschatte omzetverlies op concernniveau bleek hoger in de praktijk, namelijk 30%). Het is niet meer mogelijk om alsnog een aanvraag voor [...] te doen. Per saldo betekent dit dat [...] het voorschot moet terugbetalen, terwijl vanuit concernniveau gezien wel degelijk recht zou hebben bestaan op deze steun.
48. **TVL** - Bij de TVL over het vierde kwartaal van 2020 en het eerste kwartaal van 2021 valt [...] buiten de boot. Dit vanwege de referentieperiode. De TVL houdt geen rekening met de startdatum van de bedrijfsuitoefening, maar hanteert de datum van inschrijving in de Kamer van Koophandel. Dit is een verschil met de NOW, waarbij de 'aanvang bedrijfsuitoefening' wordt vermeld als startdatum. Zou dit ook voor de TVL als regel worden gehanteerd dan zou dit voor [...] leiden tot steun voor de vaste lasten. Door de verbouwing van het Rijksmonument is de ondernemer immers negen maanden later gestart. Wanneer als datum de aanvang bedrijfsuitoefening zou gelden, valt [...] als startende ondernemer ook onder de startersregeling en mag als referentieperiode het derde kwartaal van 2020 worden gebruikt.

Overige omstandigheden

49. Niet alleen de financiële, maar ook de niet-financiële impact is groot. Mentaal proberen [...] positief vooruit te kijken, maar dat is lastig nu er geen perspectief wordt geboden. Alleen omdat zij de door hen opgebouwde reserves in hun holding kunnen aanspreken en de mogelijkheid hebben om geld te lenen gaan zij het volhouden. [...] voelen echter veel onrecht en onmacht. Zij hebben er slapeloze nachten van, mede doordat zij hier geen enkele invloed op hebben.
50. Daarnaast moet ook de impact op het personeel niet worden onderschat. Hoewel de werknemers worden doorbetaald, hebben ook zij last van alle onzekerheid. Van de twaalf personeelsleden in vaste dienst zijn er vier gedetacheerd naar de zorg, hierdoor ontvangt de onderneming enige compensatie voor personeelslasten. Dit is echter niet 'de baan' waar het personeel gelukkig van wordt. Hoe langer de huidige situatie duurt, hoe onzekerder het wordt of al het personeel in dienst kan blijven.

c. B&B en restaurant [...] – geopend na 15 maart 2020, KvK-inschrijving begin 2018

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

51. [...] ¹⁵ (**Productie 22**) is een bed & breakfast (met vier kamers) en horecakas (een restaurant voor koffie, ontbijt, lunch, borrel, feesten en vergaderingen) op een erf van 5.000 m² in [...]. Eigenaren [...] wonen hier ook. [...] is voor gasten geopend op 1 juni 2020. De heer [...] hebben lange tijd naar dat moment toegewerkt: al in 2017 hebben zij de kavel waarop [...] staat gekocht en sinds begin 2018 zijn zij begonnen aan de (voorbereidende) werkzaamheden voor [...] (de onderneming is in 2018 officieel opgericht via een inschrijving in de KvK). Ten tijde van het aanschaffen van de kavel, het (ver)bouwen en het vergunningentraject konden zij uiteraard niet voorzien dat hun geplande openingsdatum (1 april 2020) midden in een pandemie zou vallen. Het aan starters wel gemaakte verwijt dat zij er toch zelf voor gekozen hebben om te starten in een pandemie gaat voor [...] dan ook niet op ¹⁶ – de voorbereidingen en alle financiële verplichtingen (investerings, aflossen) dateren immers al van ver voor de pandemie.

¹⁵ Statutaire naam: [...]

¹⁶ En overigens vermoedelijk evenmin voor het gros van de starters; een horecaonderneming begint men over het algemeen niet van de één op de andere dag. Zeker niet als een pand moet worden gebouwd of grondig moet worden verbouwd.

52. De heer [...] hebben ongeveer EUR 1,5 miljoen geïnvesteerd in [...] (waarvan EUR 350.000 eigen geld (geleend van een andere onderneming van de heer [...]) en het overige bedrag door middel van leningen bij de bank en private partijen). In aanvulling hierop hebben zij inmiddels sinds het begin de Covid-19 pandemie een bedrag van EUR 40.000 aan belastingenschuld opgebouwd en is EUR 60.000 extra geleend om de maandelijkse kosten te kunnen betalen, zodat het risico op direct (persoonlijk) faillissement wordt beperkt. Daarnaast hebben zij logischerwijs geen inkomen uit de onderneming kunnen halen.

Omzet en verliezen

53. Aangezien [...] in juni 2020 is geopend (het eerst mogelijke openingsmoment nadat de horeca weer open mocht), is er in 2019 geen omzet gerealiseerd en zijn er derhalve ook geen omzetcijfers beschikbaar. De impact van de sluiting van de horeca is echter ook bij [...] duidelijk zichtbaar: waar [...] in het derde kwartaal van 2020 een omzet van EUR 63.177 boekte (**Productie 23**), kelderde de omzet in het vierde kwartaal van 2020 naar EUR 10.799 (**Productie 24**¹⁷). Een daling van 82,91% - de daling was geen 100%, omdat [...] tot 14 oktober 2020 open is gebleven. Ook het resultaat van [...] verslechterde fors: waar in het derde kwartaal van 2020 het verlies EUR 36.693,53 bedroeg (**Productie 25**) verdubbelde het verlies in het vierde kwartaal van 2020 naar EUR 62.678,09 (**Productie 26**). Over 2018 en 2019 zijn overigens wel BTW-aangiftes, IB-aangiftes en door een administratiekantoor samengestelde jaarrekeningen 2018 en 2019 beschikbaar.
54. De heer [...] hebben ten behoeve van het ondernemingsplan diverse scenario's laten doorrekenen. In 2020 werd zelfs het slechtste scenario¹⁸ bij lange na niet gehaald: de omzet bleef steken op een bedrag van EUR 88.501,84 (**Productie 29**, p. 6). Over 2020 werd een netto verlies van EUR 272.560,17 geleden (**Productie 29**, p. 6). Nu [...] ná 15 maart 2020 is geopend, kan de onderneming in het geheel geen aanspraak maken op overheidssteun, behalve een eenmalige uitkering van EUR 4.000 onder de TOZO-regeling.

Overige omstandigheden

¹⁷ De aangifte laat nog een bedrag van EUR 1550 zien dat niet bij de omzet is meegeteld, omdat het hier gaat om een vooruitbetaling die is opgenomen als schuld op de balans. Dit bedrag behoort daarom financieel technisch niet tot de omzet van Q4 2020.

¹⁸ Voor wat betreft de bed & breakfast ging dit scenario uit van een bezetting van 40%, voor de horecakas is alleen een algemene prognose gemaakt (**Productie 27**, p. 8 en 12 en **Productie 28**).

55. [...] heeft drastische maatregelen genomen om de corona-pandemie te (proberen te) overleven. Inmiddels heeft [...] alle medewerkers laten gaan en is de onderneming in "slaapstand" gebracht. In deze situatie heeft [...] een *cashoutflow* van circa EUR 10.250 per maand (o.a. aan rente en aflossing, elektra en huur van apparatuur), terwijl geen inkomsten worden gegenereerd.
56. Wat het voor de heer [...] financieel en mentaal extra zwaar maakt is de in hun ogen ongelijke behandeling ten opzichte van andere horeca-ondernemers. Ondanks dat [...] evenveel te lijden heeft onder de maatregelen van de Staat (met name de sluitingen) als andere horeca-ondernemingen, kunnen zij geen aanspraak maken op overheidssteun onder de TVL en NOW. Zij voelen zich door uitlatingen van de Staat¹⁹ weggezet als potentiële fraudeurs terwijl zij integriteit juist hoog in het vaandel hebben staan.

d. [...] – hotel – starter vóór 15 maart 2020

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

57. [...] ²⁰ (**Productie 30**) is een hotel in het centrum van [...], aan [...]. Het is een in 2018-2019 ontwikkeld en per december 2019 nieuw geopend hotelbedrijf dat in een drietal rijksmonumenten is gevestigd. [...] is een viersterren superior hotel bestaande uit 38 luxekamers, 3 suites (en nog 7 appartementen in aanbouw), 2 restaurants voor 60 resp. 30 personen en 2 zalen voor besloten bijeenkomsten tot 100 personen. [...] beschikt over een inpandige parkeergarage voor 30 auto's. Het pand is eigendom van twee verenigingen voor eigenaren, een voor de suites en een voor de horeca. Zij verhuren het pand aan een exploitant (zie nr. 58). De stichtingskosten voor het pand en de inventaris bedroegen EUR 10,5 miljoen. Er werkten tot oktober 2020 28 medewerkers, maar inmiddels zijn dat er nog maar 14. Het hotel prognosticeert voor een regulier exploitatiejaar een omzet van EUR 2,3 miljoen, bij een hotelbezetting van 75% gedurende het jaar. [...] is aangesloten bij [...] en bij [...] om de verhuur van kamers en suites te optimaliseren.
58. Eigenaar van de exploitatie is sinds april 2017 [...]. [...] heeft in 2019 een bedrag van EUR 400.000 aan eigen spaargeld in [...] geïnvesteerd, en is

¹⁹ Zie bijvoorbeeld de volgende passage over de uitlatingen van minister Koolmees: "Starters lijken tussen wal en schip te vallen. De coronasteun is gebaseerd op omzet van een jaar geleden en die hebben zij niet. Het is dan ook niet gelukt om een "eerlijke en uitvoerbare" regeling op te tuigen. "Er is een groot risico op fraude en dat wil ik niet", zei Koolmees.", zie: www.nu.nl/politiek/6095572/kabinet-trekt-miljarden-uit-voor-met-name-horeca-evenementen-en-sportclubs.html.

²⁰ Statutaire naam: [...]

in 2018 een BMKB-lening bij Rabobank aangegaan van EUR 1.000.000. Tot nu toe heeft hij logischerwijs geen inkomen uit de onderneming kunnen halen. [...] was tot en met 2017 10 jaar lang in loondienst directeur van [...] alvorens hij de stap zette naar eigen ondernemerschap. [...] is tot nu toe het enige bedrijf dat hij uitbaat. Na 12 maanden corona zit hij er mentaal redelijk doorheen. Van nature een optimist ziet hij nu niet alleen zijn levenswerk, maar ook zijn persoonlijke voortbestaan bedreigd worden. Zonder inkomen (maar wel een minimum dga vergoeding) leeft hij privé nu van een rekening-courant verhouding met [...]. Er zit nog voor drie maanden kasstroom in het bedrijf. Dan is de koek per 1 juli 2021 op en staan de medewerkers op straat. De heer [...], na dertig jaar werken en sparen, staat dan met lege handen. Buiten zijn schuld om.

Omzet en verliezen

59. [...] behaalde in 2019 – over 26 dagen (!) exploitatie – een omzet van EUR 72.176. Uit die omzet werd een netto verlies van EUR 23.794 geleden (**Productie 31**, p. 11). Over 2020 kwam de omzet uit op EUR 1.045.455, waarvan EUR 602.082 in drie maanden (juli, augustus en september) (**Productie 32**), met een netto verlies van EUR 716.489. [...] heeft in april 2020 NOW-1 aangevraagd voor EUR 122.000 en mogen ontvangen, waarna medio 2020 bericht volgde dat dit ten onrechte was toegekend daar er geen referentieomzet uit 2019 aantoonbaar was. Daarop is afgezien van het aanvragen van NOW-2. In december 2020 heeft [...] wel formeel NOW-3 aangevraagd op het minimum instapniveau van 20% om in ieder geval deelname op termijn veilig te stellen, dan wel in een later stadium terug te betalen. Voor de TVL heeft [...] gedurende geheel 2020 geen aanvraag kunnen indienen, vanwege het ontbreken van referentieomzet in Q1 van 2019. Wel is een bedrag van EUR 4.000 TOGS ontvangen. De ontvangen steun is niet meegerekend in de cijfers over 2020.
60. Wanneer het derde en het vierde kwartaal van 2020 worden vergeleken wordt de enorme impact van de maatregelen nog beter zichtbaar. Waar [...] in het derde kwartaal van 2020 een omzet van EUR 602.082 boekte (Productie 32), kelderde de omzet in het vierde kwartaal van 2020 naar EUR 145.447 (Productie 32). Een geschatte omzetzdaling van maar liefst circa 75,8%. Ook het resultaat van [...] verslechterde fors: waar in het derde kwartaal van 2020 het verlies EUR 96.806 bedroeg (Productie 32) verdrievoudigde het verlies in het vierde kwartaal van 2020 naar EUR

293.196 (Productie 32).

61. Naast het verlies van EUR 716.489 dat de heer [...] zelf zal moeten dragen, heeft [...] diverse openstaande schulden over 2020. Het gaat om een openstaande schuld aan de Belastingdienst voor uitgestelde loonbelasting over de periode februari 2020 t/m februari 2021 ter hoogte van circa EUR 180.000. Extrapoleert men dit bedrag naar 1 juli 2021, het moment waarop naar verwachting van de heer [...] weer enige vorm van omzet significant lijkt te worden, dan loopt die schuld verder op tot circa EUR 230.000. De onderneming verwacht per juli 2021 de maandelijkse lasten loonbelasting weer te kunnen dragen, mits de maatregelen worden versoepeld en de restaurants per 1 juli weer open mogen. Verder is [...] huurpenningen verschuldigd aan de verhuurders over 2020 ter hoogte van EUR 330.000. Er wordt momenteel besproken of en in welke mate er sprake kan zijn van kwijtschelding of uitstel van betaling. Daarnaast heeft [...] ook een schuld van EUR 122.000 van de ontvangen NOW-gelden in 2020 aan het UWV. In totaal staat een schuld aan derden uit van ruim EUR 600.000.

Overige omstandigheden

62. In oktober 2020 was [...], met de komst van de alcohol-avondklok en daarmee uitval van hotel- en restaurantreserveringen, genoodzaakt (gedeeltelijk) ontslag aan te vragen voor alle 28 medewerkers. Van het team hebben 13 medewerkers middels een beëindigingsovereenkomst ingestemd met het verlies van hun volledige betrekking en hebben de andere 14 medewerkers als zodanig ingestemd met het verlies van gemiddeld 40% van het aantal werkuren. Eén medewerker heeft zijn ontslag via het UWV laten verlopen en [...] heeft hem per eind januari 2021 ontslag mogen verlenen.
63. Zoals in nr. 61 aan de orde kwam, is [...] met de verhurende partijen in gesprek over de huur van 2020 en 2021. Niet alle individuele eigenaren lijken bereid om (gedeeltelijke) kwijtschelding over 2020 te accepteren. Voor 2021 is het nog maar de vraag wanneer de huur kan worden voldaan, een verplichting die niet kan worden nagekomen zo lang de horecasector door de Staat op slot wordt gehouden.
64. De heer [...] verwacht dat zijn omzet en rendement zullen aantrekken als de restaurants weer open mogen. De schulden aan de Belastingdienst, het UWV en mogelijk ook de eigenaren blijven dan echter openstaan. Deze schulden zouden volgens de heer [...] door het toekennen van een starter-

status moeten komen te vervallen, zodat deze gelden kunnen worden aangewend om overige betalingsverplichtingen aan werknemers, leveranciers en verhuurder te voldoen.²¹

e. Grand café restaurant hotel [...] ([...]) – hotel

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

65. [...] ²² (**Productie 34**) is een grand café, restaurant en hotel in [...]. [...] is opgericht in 2006 door [...] en [...]. In eerste instantie bestond [...] uit een restaurant met 150 zitplaatsen binnen en een terras met 120 zitplaatsen buiten. Daarnaast was er een feestruimte voor 200 personen. In 2009 werd [...] ook een hotel met 18 kamers. [...] bedient veelal de zakelijke markt, aangezien de onderneming aan de rand van een groot industrieterrein is gevestigd. Van september tot en met mei bezoekt 70% van de klanten [...] in verband met zakelijke doeleinden (en 30% toerisme) en van juni tot en met augustus bestaat 70% van de klanten uit vakantiegangers (en 30% uit klanten met zakelijke doeleinden).
66. Sinds 2018 is [...] volledig in eigendom van [...] en [...]. Zij hebben de aandelen in [...] van [...] overgenomen. Dit was een behoorlijke investering die hun liquiditeit behoorlijk omlaag heeft gebracht. Gezien de opwaartse economie hadden zij echter het volste vertrouwen in hun onderneming. In 2019 hebben zij ook het volledige onroerend goed aangekocht (zie ook onder "overige omstandigheden"). Sinds het begin de Covid-19 pandemie heeft de B.V. met een bedrag van EUR 32.999 moeten interen op het eigen vermogen (zie hierna). [...] heeft inkomen ontvangen (zij staat op de loonlijst) en [...] heeft een managementvergoeding ontvangen ([...] heeft de vergoeding éénmalig niet uitgekeerd).

Omzet en verliezen

67. [...] behaalde in 2019 een omzet van EUR 1.923.988. Uit die omzet werd een resultaat / netto winst van EUR 112.202 behaald (**Productie 35**, p. 5). In 2020 is deze omzet gekelderd naar EUR 1.284.002. Een omzetsdaling van circa 33%. Over 2020 werd een netto verlies van EUR 32.999 geleden (**Productie 36**, p. 12). Dit verlies is ondanks de door [...] over 2020 ontvangen bedragen onder de steunmaatregelen van de staat, te weten EUR 39.836 aan TVL-subsidie, EUR 145.927 aan NOW-steun en een eenmalige uitkering van EUR 4.000 onder de TOGZ-regeling.

²¹ Zie ook **Productie 33**.

²² Statutaire naam: [...] B.V.

68. Wanneer alleen het vierde kwartaal van 2019 wordt vergeleken met het vierde kwartaal van 2020, is het verschil nog schrijnender. Waar voor Q4 in 2019 nog een aangifte omzetbelasting van EUR 489.817 werd gedaan (Productie 36, p. 25), ging het over Q4 2020 slechts om 224.714 (Productie 36, p. 23). Een omzetsdaling van maar liefst circa 54%.
69. Naast het voornoemde verlies van EUR 32.999 (waarmee het eigen vermogen van de B.V. is verminderd) heeft [...] over 2020 de volgende uitstaande schulden:
 - Per 31 december 2020 is EUR 54.278 te veel aan NOW-steun en TVL-subsidie ontvangen. Dit bedrag zal terugbetaald moeten worden aan de betreffende instanties.
 - Per 31 december 2020 is er een belastingschuld van EUR 68.459.

Overige omstandigheden

70. [...] hebben inmiddels vier medewerkers moeten laten gaan. Zonder nadere tegemoetkoming vanuit de Staat (financieel dan wel door middel van een versoepeling van de maatregelen) zullen zij tot hun spijt nog meer medewerkers moeten ontslaan.
71. Zoals kort aan de orde kwam, hebben [...] in 2019 het volledige onroerend goed ten behoeve van [...] aangekocht. Het pand is aangekocht via een aparte B.V. ([...]) waarvan [...] 100% aandeelhouder is. Hiervoor is een lening van EUR 2.000.000 gekregen van de bank, waarvan de aflossing hoog is (EUR 10.833,33 per maand). Er is tijdens de eerste lockdown uitstel van aflossingen gekregen voor de duur van 6 maanden, maar de renteverplichtingen liepen gewoon door. [...] betaalt voor het pand huur aan [...]. [...] heeft tijdens de eerste lockdown drie maanden kwijtschelding van de huur ontvangen van [...]. Dit betreft een bedrag van EUR 55.000. Als de huur wel betaald had moeten worden was het verlies van [...] EUR 55.000 groter geweest. Tijdens de tweede lockdown lopen de aflossingen en de rentebetalingen gewoon door. Indien [...] de aflossingen nogmaals wil opschorten wordt de financiering ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer van de bank, hetgeen betekent dat het in de toekomst niet of in ieder geval zeer lastig wordt om additionele financiering kunnen verkrijgen. Er is gekozen om de aflossingen voorlopig door te laten lopen en [...] de huur voorlopig te laten betalen. Tot en met augustus 2021 is er voldoende vermogen om dit vol te houden. Daarna zullen [...] bij de belastingdienst en de bank wederom om uitstel moeten verzoeken. Door de huidige omstandigheden is het leven van [...] verandert

in een achtbaan. Zij zijn uitgeput van alle stress, slapeloosheid, spanningen, teleurstellingen en uitzichtloosheid.

f. [...] – café

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

72. [...] (**Productie 37**) is een laagdrempelig dorpscafé in [...] waar veel ondernemers en jongeren komen. [...] is een eenmanszaak, eigendom van [...]. [...] is het café [...] geleden begonnen. Als enige café in [...] wordt [...] zeer gewaardeerd in het dorp. [...] bestaat uit een café voor 75 personen en een aparte zaal met een capaciteit van 400 personen. De zaal wordt gebruikt voor onder meer musicals, bijeenkomsten van dorpsverenigingen en optredens van bands.
73. Door de Corona-pandemie heeft [...] logischerwijs geen inkomen uit de onderneming kunnen halen. Zij houdt het door middel van andere activiteiten als online bingo en crowdfunding vol om niet meer dan EUR 10.000 rood te staan.

Omzet en verliezen

74. [...] behaalde in 2019 een netto omzet van EUR 189.046. Uit die omzet werd een resultaat / netto winst van EUR 29.133 behaald (**Productie 38**). In 2020 is daarvan nog geen derde over, de netto omzet daalde naar EUR 61.510; een omzetzak van circa 67,5%. Over 2020 werd een netto verlies van EUR 2.291 geleden (**Productie 39**). Dit verlies is ondanks de door [...] over 2020 ontvangen bedragen onder de steunmaatregelen van de Staat, te weten EUR 4.000 aan TOGS-regeling en EUR 17.363 aan TVL-subsidie.

Overige omstandigheden

75. [...] verhuurt kamers boven [...]. De inkomsten hiervan zijn bedoeld als pensioen voor haar en haar man, zij hebben voor hun pensioen geen andere voorzieningen getroffen. Alle (financiële) problemen raken [...] zeer, terwijl zij van nature juist een positief persoon is.

g. [...] ([...]) – café

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

76. [...] ²³ (**Productie 40**) is een buurtcafé dat al 46 jaar bestaat en is gevestigd in een woonwijk van [...]. Het café is een eenmanszaak, eigendom

²³ Officiële naam: [...].

van [...]. [...] draaien het café al 10 jaar. Het café is klein qua oppervlakte; de ruimte is zo'n 30 m² (exclusief de toiletten en een keukentje).

77. [...] heeft inmiddels sinds het begin de Covid-19 pandemie een bedrag van EUR 8000 aan spaargeld in [...] moeten investeren. Daarnaast heeft hij logischerwijs geen inkomen uit de onderneming kunnen halen. [...] hebben het mentaal erg zwaar. Zij hebben moeten bij lenen (zo'n EUR 3000 bij vrienden) en belastingteruggaves moet gebruiken (zo'n EUR 9.096) om de rekeningen te blijven kunnen betalen, terwijl zij eigenlijk in de zaak en hun thuis hadden willen investeren. [...] weten niet hoe lang zij dit nog kunnen volhouden. Het geld is op, en zij kunnen natuurlijk niet eeuwig bij blijven lenen. Zij voelen een groot gevoel van onmacht nu zij hun levenswerk op deze manier uit hun handen zien glippen.

Omzet en verliezen

78. [...] behaalde in 2019 een netto omzet van EUR 34.876,17. Uit die omzet werd een netto verlies van EUR 15.274,04 behaald (**Productie 41**, p. 4). In 2020 is van deze omzet nog geen kwart over, de netto omzet daalde naar EUR 9.275,13; een omzetsdaling van 75%. Over 2020 werd een netto verlies van EUR 28.103,15 geleden (**Productie 41**, p. 4). [...] en haar uitbaters komen nauwelijks in aanmerking voor steun. [...] heeft alleen EUR 4000 aan TOGS ontvangen (deze uitkering is meegenomen in het resultaat). Daarnaast ontvangen meneer en [...] vanuit de TOZO-regeling een aanvullende uitkering van EUR 607 per maand als aanvulling op de WIA-uitkering van [...] (deze uitkering is niet meegenomen in het resultaat). Tevens heeft men gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot aanvragen van de TOZO-bedrijfslening van EUR 10.000, waarmee men een deel van de achterstallige huurtermijnen voor het café heeft kunnen voldoen.
79. Wanneer alleen het vierde kwartaal van 2019 wordt vergeleken met het vierde kwartaal van 2020, is de impact van de sluiting nog duidelijker. Waar voor Q4 in 2019 nog een aangifte omzetbelasting van EUR 9.194 werd gedaan (**Productie 42**), ging het over Q4 2020 slechts om EUR 360 (**Productie 43**). Een omzetsdaling van wel 96%.
80. [...] heeft door de huidige situatie schulden opgebouwd. Zo moet vanaf augustus 2021 een bedrag van EUR 277,78 per maand aan het TOZO krediet van in totaal EUR 10.000 aan TOZO krediet worden terugbetaald. [...] heeft nog geen idee hoe dat zal moeten gebeuren. Daarnaast is een

schuld opgebouwd bij de energieleverancier van EUR 392,76, ook dit bedrag kan [...] op dit moment niet missen (dit bedrag komt bovenop de normale termijnen). Vooralsnog heeft [...] uitstel gekregen van de gemeentelijke belastingen, maar ook deze belastingen zullen uiteindelijk moeten worden betaald. Hier komt ook nog bij dat zij geen korting van de huurbaas op de huur van het pand van [...] krijgen.

Overige omstandigheden

81. [...] heeft aangegeven de volgende maandelijkse vaste lasten te hebben:

Vaste lasten van	excl. BTW			
	<u>Per</u>	<u>maand</u>	<u>Per</u>	<u>jaar</u>
Huur pand	€ 1.011,10		€ 12.133	
Huur inventaris	€ 200,00		€ 2.400	
Overige kosten huurcontract	€ 54,13		€ 650	
Huur opslagunit	€ 123,79		€ 1.485	
Energiekosten	€ 231,40		€ 2.777	
Vitens	€ 24,75		€ 297	
GLBT Waterschapsbelast.	€ 75,00		€ 900	
Subtotaal		€ 1.720,17		€ 20.642
Bankkosten	€ 70,00		€ 840	
Abonnement tapservice	€ 34,71		€ 417	
Abonnement muziek	€ 55,00		€ 660	
Abonnement beveiliging	€ 26,21		€ 315	
Zakelijke rechtsbijstandsverzekering	€ 76,71		€ 921	
Overige verzekeringen	€ 42,99		€ 516	
Abonnement Horeca Nederland	€ 46,72		€ 561	
Abonnement zakelijk internet e.d. Ziggo	€ 68,81		€ 826	
Verzekering bestelauto	€ 93,39		€ 1.121	
Wegenbelasting bestelauto	€ 41,67		€ 500	
		€ 556,21		€ 6.674
Totaal		€ 2.276,38		€ 27.317
		totaal per kw.	€ 6.829	

82. Hoewel de onderneming derhalve EUR 2.276,38 excl. BTW aan vaste kosten per maand heeft (zijnde EUR 6.829,14 per kwartaal), komt [...] niet in aanmerking voor de TVL-regeling. Bij de invoering van de TVL-regeling heeft [...] telkens TVL aangevraagd. Deze aanvragen zijn echter steeds afgewezen. Ook op het bezwaar (zoals ingeval van de afwijzing op

de TVL juni-september 2020) is negatief beslist. Inmiddels loopt er ook een bestuursrechtelijke procedure over het mislopen van de TVL-subsidies.²⁴

83. [...] zou niet in aanmerking komen voor TVL in de periode van juni-september 2020 om de volgende reden. Op basis van de omzetcijfers is berekend dat "[...]" ([...]) een omzetverlies heeft van ruim 75%. De SBI-code 5630 ("Café") geeft aan dat gemiddeld genomen deze sector 25% van de omzet spendeert aan vaste lasten. Dit percentage is het uitgangspunt om te berekenen voor welk bedrag men in aanmerking komt voor een TVL-tegemoetkoming. Over de periode juni t/m september 2020 bedroeg het aangegeven omzetverlies EUR 10.086, waarbij men een aandeel van vaste lasten berekent van EUR 2.521,50. Nu dit bedrag lager is dan het gehanteerde grensbedrag van EUR 4.000, is de aanvraag afgewezen. Uit de opgave van [...] blijkt echter dat het aandeel van de vaste lasten in vergelijking tot zijn omzet uit de kleinschalige onderneming, geen 25%, maar ca. 66% bedraagt. Met de hantering van dit percentage komt hij boven het grensbedrag van EUR 4.000 uit, namelijk op EUR 6.656,76. Door van een percentage aan vaste lasten uit te gaan dat kennelijk het gemiddelde is voor de sector, in combinatie met het drempelbedrag, komt [...] niet in aanmerking voor TVL en ontvangt zij dus geen tegemoetkoming voor haar vaste lasten. Hetzelfde geldt voor de periode van oktober-december 2020. In die periode was sprake van een omzetverlies van EUR 8.479. Bij de berekening met een percentage van 25% komt [...] opnieuw niet in aanmerking voor TVL, terwijl haar vaste lasten feitelijk ca 66% bedragen van deze omzet, te weten EUR 5.596. Deze werkelijke lasten liggen ruim boven het drempelbedrag dat voor deze periode van drie maanden geldt (EUR 3.000), maar desondanks ontvangt [...] geen tegemoetkoming.

i. [...] – restaurant

Inleiding en persoonlijke omstandigheden

84. [...] ²⁵ (**Productie 44**) is een [...] restaurant op de [...]. [...] kenmerkt zich door het gebruik van biologische producten, en het feit dat alles ([...]) zelf wordt gemaakt. Bij [...] zijn 60 mensen werkzaam. In 2011 is, vijf jaar na

²⁴ Nr. [...].

²⁵ Statutaire naam: [...]

de opening van het bedrijf, het naastgelegen pand aan het bedrijf toegevoegd. Hierdoor verdubbelde het aantal vierkante meters.

85. Eigenaar [...] is al sinds zijn 16^e kok, en is in 2006 gestart met [...]. Zijn eerste restaurant startte hij in 2001 onder de naam [...], en in januari 2016 kwam daar restaurant [...] bij. [...] heeft sinds het begin van de Covid-19 pandemie een bedrag van EUR 90.000 aan spaargeld in [...] moeten investeren (zie hierna). Verder heeft hij zijn persoonlijke inkomen aanzienlijk verlaagd tot het minimum om de kosten te drukken. De verantwoordelijkheid voor het (in diensthouden van) het personeel drukt zwaar op [...], en ook de zorgen over de mentale gesteldheid van het personeel zijn groot. Dit alles heeft ook een aanzienlijke impact op de mentale gesteldheid van [...] zelf.

Omzet en verliezen

86. [...] behaalde in 2019 een omzet van EUR 1.667.043. Uit die omzet werd een netto verlies van EUR 12.597 geleden (**Productie 45**, p. 5). Omdat [...] in 2019 een hele maand dicht is geweest (zie nr. 90 hierna) zien deze getallen feitelijk op 11 maanden. In 2020 is deze omzet gekelderd naar EUR 920.255. Een omzetsdaling van circa 45% ten opzichte van de 11 maanden die [...] in 2019 open is geweest. Over 2020 werd een netto verlies van EUR 285.752 geleden (**Productie 46**). Dit verlies is ondanks de door [...] over 2020 ontvangen bedragen onder de steunmaatregelen van de Staat, te weten EUR 67.682 aan TVL-subsidie, EUR 238.607 aan NOW-steun en een eenmalige uitkering van EUR 4.000 onder de TOZO-regeling.
87. Wanneer alleen het vierde kwartaal van 2019 wordt vergeleken met het vierde kwartaal van 2020, is het verschil nog schrijnender. Waar voor Q4 in 2019 nog een aangifte omzetbelasting van EUR 477.652 werd gedaan, ging het over Q4 2020 slechts om EUR 118.946 (**Productie 47**). Een omzetsdaling van maar liefst ruim 75%.
88. In 2020 is daarnaast, door uitstel van de loonbelasting en omzetbelasting, een schuld aan de belastingdienst ontstaan ten bedrage van EUR 237.826. [...] heeft bovendien een banklening af moeten sluiten ten bedrage van EUR 187.500 met een rente van 3,85% en forse afsluitkosten/provisie.

Overige omstandigheden

89. [...] heeft in september 2019, na lang sparen, een grote verbouwing uitgevoerd. Naast het wijzigen van de inrichting is er een verduurzamingslag

gemaakt; zo is de keuken volledig 'van het gas af'. Door de verbouwing is [...] de gehele maand september 2019 gesloten geweest. Met de verbouwing was een bedrag van ruim EUR 785.000 gemoeid. In september 2019 was er nog geen sprake van Covid-19, maar toch wreekt deze verbouwing zich in de subsidietoekenning onder de TVL-regeling.

90. De toekenning van TVL-subsidie voor de periode Q3 2020 gaat uit van de referentieperiode Q3 2019. Vereist is dat er in Q3 2020 ten minste 30% omzetverlies is ten opzichte van Q3 2019. Vanwege de verbouwing is [...] echter in Q3 2019 één volledige maand gesloten geweest, en de referentieomzet is daarmee voor [...] niet representatief. Het omzetverlies komt daardoor voor [...] uit op 'slechts' 21%. Als echter voor de maand september 2019 wordt uitgegaan van een vergelijkbare omzet als in de maanden daarvoor of daarna, is duidelijk dat er in Q3 2020 wel degelijk sprake is van meer dan 30% omzetverlies, te weten ruim 45%. [...] heeft dit uitvoerig toegelicht bij de aanvraag voor de TVL, maar dit heeft niet mogen baten. De aanvraag van de TVL voor Q3 2020 is afgewezen, evenals [...]s bezwaar tegen die afwijzing. [...] is daarmee een fors bedrag aan subsidie misgelopen (bijna EUR 40.000). De maand die [...] in 2019 gesloten is geweest heeft bovendien een negatieve invloed op de vergoeding onder de NOW-regeling, die immers ook op 2019 is gebaseerd. [...] wordt daarmee in 2020 als het ware gestraft voor een (duurzame) investering die in 2019 is gedaan, terwijl van een pandemie toen nog geen sprake was.
91. Mede vanwege het mislopen van de TVL voor Q3 2020 en de NOW-subsidie heeft [...] serieuze zorgen over het voortbestaan van het bedrijf. De misgelopen subsidie voor TVL en NOW tezamen bedraagt reeds bijna EUR 75.000 en loopt nog verder op.²⁶ De druk op de liquiditeit neemt voorts toe door het feit dat de RVO nog niet het voorschot TVL Q1 2021 en de verhoging TVL Q4 2020 heeft uitbetaald. [...] was een goedlopende, gezonde onderneming, maar zij dreigt nu ten onder te gaan.

3.1.3 Steun ontoereikend

92. Gezien de hiervoor toegelichte enorme schade in de horeca-sector, is het terecht dat de Staat met diverse subsidie- en andere regelingen is bijgesprongen. KHN heeft verschillende malen zijn waardering uitgesproken voor het door de Staat opgetuigde brede pakket aan maatregelen. KHN heeft echter ook steeds aandacht gevraagd voor het feit dat de regelingen,

²⁶ Omdat voor de NOW het referentiejaar 2019 blijft gelden, en dit niet kan worden aangepast.

ook tezamen bezien, ontoereikend zijn om de werkelijke vermogensschade van de horeca te compenseren.²⁷ KHN c.s. licht dat hierna nader toe.

93. De belangrijkste subsidieregelingen zijn de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid ("NOW"), de Tegemoetkoming in de Vaste Lasten ("TVL") en zijn voorloper de Tegemoetkoming schade COVID-19 ("TOGS").

NOW

94. In de afgelopen periode golden verschillende NOW regelingen. Zoals in de toelichting op de eerste regeling werd omschreven, was het doel van de NOW om door middel van een subsidie voor de loonkosten een periode van substantiële omzetting te overbruggen om werkloosheid te voorkomen. Ter ondersteuning van dit doel – behoud van werkgelegenheid – is de werkgever die een beroep wil doen op de NOW verplicht in de periode waarvoor subsidie wordt verstrekt geen ontslag om bedrijfseconomische redenen aan te vragen voor zijn werknemers.²⁸ Zoals omschreven in de toelichting bij NOW 3, kan met *"de steun (...) ontslag worden voorkomen en kunnen werkgevers menskracht, ervaring en kennis behouden voor hun onderneming. De NOW komt dus uiteindelijk de werknemers ten goede."*²⁹ Door aan het toekennen van NOW de voorwaarde te verbinden dat geen ontslag wordt aangevraagd, was in feite sprake van een ontslagverbod,³⁰ terwijl ondertussen aan de Horeca-Ondernemers hiervoor geen volledige vergoeding werd geboden.
95. Van 1 april 2020 tot 1 juni 2020 konden werkgevers NOW 1.0 aanvragen.³¹ Onder NOW 1.0 konden werkgevers die voor een bepaald tijdsvak

²⁷ Zie voor een uitgebreide weergave van de correspondentie van KHN aan de Staat paragraaf 3.7 en paragraaf 7.2 hierna.

²⁸ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-0000046630, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt.* 2020, 19874 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-19874.html>).

²⁹ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 oktober 2020, 2020 000119847, tot vaststelling van de derde, vierde en vijfde tranche van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden en voorbereidingen op de nieuwe economische situatie te laten plaatsvinden (Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt.* 2020, 52209 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-52209.html>).

³⁰ Eerst onder NOW 3 werd toegestaan de loonsom te laten onder behoud van de NOW (oplopend in tranches van van 10%, tot 15% naar 20%).

³¹ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-0000046630, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt.* 2020, 19874 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-19874.html>).

van drie maanden te maken hadden met tenminste 20% verwacht omzetverlies een tegemoetkoming aanvragen. Bij een omzetsdaling van 100% was het maximumpercentage dat uiteindelijk zou worden uitbetaald 90% gerelateerd aan de loonsom.³² Voor compensatie van de werkgeverslasten werd volgens de toelichting "*omwille van de uitvoerbaarheid*" gekozen voor een forfaitaire opslag van 30% voor werkgeverslasten in plaats van het in aanmerking nemen van de precieze werkgeverslasten in individuele situaties.³³ De subsidie werd in beginsel gebaseerd op de loonsom van januari 2020. Doordat de NOW was gebaseerd op een te lage, niet-representatieve loonsom in januari 2020, kon de hoogte van de subsidie onvoldoende de werkelijke kosten compenseren. Bij regeling van 26 mei 2020 werd een alternatieve rekenmethode ingevoerd waarbij – indien de loonsom in de maanden maart tot en met april hoger was dan drie keer de loonsom in januari 2020 – bij de berekening die periode tot uitgangspunt werd genomen, maar waarbij de loonsom in de maanden april en mei evenwel werd gemaximeerd op het niveau van maart.³⁴ Op basis van de NOW regeling werd een voorschot van 80% verstrekt van het bedrag van subsidieverlening.

96. Voor de periode van 1 juni 2020 tot 1 oktober 2020 gold NOW 2.0.³⁵ Ook hierbij gold als voorwaarde ten minste een omzetverlies van 20%, een maximale subsidie van 90% van de loonsom en een voorschot van 80% van het bedrag van subsidieverlening. De forfaitaire opslag werd verhoogd van 30% naar 40% "*om zoveel mogelijk werkgelegenheid te behouden*." Nieuw was de inspanningsverplichting voor werkgevers om hun werknemers te stimuleren een ontwikkeladvies aan te vragen of scholing te volgen voor behoud van werk.
97. In NOW 3 werd de maximale subsidie verlaagd en verder afgebouwd, onder andere omdat de besmettingscijfers de goede kant op leken te gaan.³⁶

³² De tegemoetkoming was gebaseerd op maximaal twee maal het dagloon (opgeteld EUR 9.691 per maand).

³³ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-0000046630, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), Stcrt. 2020, 19874 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-19874.html>).

³⁴ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 26 mei 2020, 2020-0000073182, tot wijziging van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid, Stcrt. 2020, 29256 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-29256.html>).

³⁵ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2020, 2020-0000085008, tot vaststelling van de tweede tranche van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tweede tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), Stcrt. 2020, 34308 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-34308.html>).

³⁶ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 oktober 2020, 2020 000119847, tot vaststelling van de derde, vierde en vijfde tranche van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in

Bij een omzetverlies van 100% zou de subsidie per maand nog maximaal resp. 80%, 70% of 60% van de loonsom over juni 2020 bedragen, als tegemoetkoming in de loonkosten van de periode oktober tot en met december 2020 (derde tranche / 80%), januari tot en met maart 2021 (vierde tranche / 70%) en/of april tot en met juni 2021 (vijfde tranche / 60%). Het werd mogelijk gemaakt om de loonsom met een bepaald percentage te laten dalen, zonder dat dit van invloed is op de subsidie (in de tranches oplopend van 10%, tot 15% naar 20%). Hiermee werd beoogd bedrijven die langdurig omzetverlies draaien de kans te geven hun bedrijfsvoering daarop af te stemmen. Daarmee samenhangend werd een aanvullende verplichting ingevoerd voor werkgevers om zich in te zetten werknemers waarvan het dienstverband eindigt te begeleiden naar een andere baan. Er werd bewust gekozen om het loon van juni 2020 als uitgangspunt te nemen voor alle komende tranches. Uit de toelichting volgt dat bewust niet gecorrigeerd werd voor seizoensinvloeden, om geen onwenselijke prikkel voor overige ondernemers in te voeren.³⁷ Door de Britse variant bleken versoepelingen "*slechts zeer beperkt*" mogelijk, zodat besloten werd het vergoedingspercentage voor het tijdvlak januari tot en met maart 2021 te verhogen van 80 naar 85%.³⁸ Vervolgens werd ook besloten deze subsidie voorwaarden toe te passen op het tijdvak van april tot en met juni 2021.³⁹ Schematisch ziet de NOW 3 regeling er als volgt uit:

de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden en voorbereidingen op de nieuwe economische situatie te laten plaatsvinden (Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt. 2020, 52209* (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-52209.html>).

³⁷ Toelichting op NOW 3, Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 oktober 2020, 2020 000119847, tot vaststelling van de derde, vierde en vijfde tranche van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden en voorbereidingen op de nieuwe economische situatie te laten plaatsvinden (Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt. 2020, 52209* (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-52209.html>).

³⁸ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 januari 2021, 2021-0000003918, tot wijziging van de Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid in verband met het aanpassen van percentages van de vierde tranche en een wijziging in de verplichte aansluiting van omzetperiodes van opvolgende tranches en enkele andere wijzigingen in de Eerste, Tweede en Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid, *Stcrt. 2021, 5591* (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2021-5591.html>).

³⁹ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 8 maart 2021, 2021-0000034896, tot wijziging van de Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid in verband met het aanpassen van percentages van de vijfde tranche en enkele andere wijzigingen in de Eerste, Tweede en Derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid onder andere in verband met wijzigingen in de openstelling van de aanvraagtijdvakken voor de subsidievaststelling, *Stcrt. 2021, 12565* (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2021-12565.html>).

	NOW3 derde tranche	NOW3 vierde tranche	NOW3 vijfde tranche
Periode	Oktober t/m december 2020	Januari t/m maart 2021	April t/m juni 2021
Vergoedingspercentage	80%	85%	85%
Loonsomvrijstelling	10%	10%	10%
Minimaal omzetverlies	20%	20%	20%
Forfaitaire opslag	40%	40%	40%
Maximale vergoeding loon	2x dagloon	2x dagloon	2x dagloon

TOGS en TVL

98. De TOGS werd op 27 maart 2020 gepubliceerd en betrof een tegemoetkoming voor bedrijven die het hardst geraakt werden door de overheidsmaatregelen tegen het coronavirus, bijvoorbeeld omdat deze gedwongen moesten sluiten.⁴⁰ Onder andere hotels, restaurants en cafés konden een beroep doen op deze regeling en – als ze aan de voorwaarden voldeden – aanspraak maken op een eenmalig forfaitair bedrag van EUR 4.000. Als voorwaarde gold in elk geval het op 15 maart 2020 ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel met een aangewezen SBI-code, een omzetafdeling van minimaal EUR 4.000 en een verklaring van de onderneming dat deze minimaal EUR 4.000 aan vaste lasten heeft. De TOGS is vervolgens enkele malen uitgebreid naar andere sectoren die (indirect) werden getroffen.
99. Als opvolger van de TOGS werd de TVL regeling gepubliceerd, bedoeld om mkb-bedrijven en zelfstandigen die werden geraakt door de Covid-19 maatregelen te ondersteunen om hun vaste lasten te betalen.
100. De eerste TVL regeling had betrekking op de periode juni tot en met september 2020.⁴¹ Om in aanmerking te komen moest het bedrijf ten minste 30% omzetverlies hebben, waarbij het omzetverlies in beginsel voor de

⁴⁰ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 27 maart 2020, nr. WJZ/ 20077977, tot tegemoetkoming in de schade geleden door ondernemingen in bepaalde sectoren door de maatregelen ter bestrijding van de verdere verspreiding van COVID-19 (Beleidsregel tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren COVID-19), *Stcrt.* 2020, 19 159 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-19159.html>).

⁴¹ Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 26 juni 2020, nr. WJZ/ 20146069, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling om getroffen MKB-ondernemingen in staat te stellen hun vaste lasten te betalen in verband met de maatregelen ter bestrijding van de verdere verspreiding van COVID-19 (Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB COVID-19), *Stcrt.* 2020, 34 295 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-34295.html>).

relevante periode wordt vergeleken met dezelfde periode in 2019. Opnieuw gold dat ondernemingen pas in aanmerking kwamen als de vaste lasten meer bedragen dan EUR 4.000 in die periode. De hoogte van de subsidie werd gebaseerd op het omzetverlies en een berekende omvang van de hypothetische vaste lasten van de getroffen onderneming. Hierbij werd de omzet in de referentieperiode vermenigvuldigd met het gemiddelde aandeel vaste lasten in de omzet voor de branche waar de onderneming toe behoort. Voor logiesbedrijven (hotels, etc.) bedragen de vaste lasten gemiddeld 40% van de omzet en voor eet- en drinkgelegenheden 25% van de omzet. In de TVL wordt dus geabstraheerd van de werkelijke vaste lasten. De subsidie werd bovendien gemaximeerd op EUR 50.000 voor de gehele periode en gemaximeerd op 50% van de berekende vaste lasten.⁴² Ook bij deze subsidieregeling geldt dat een voorschot wordt verstrekt van 80% van de steun waarop de ondernemer recht heeft. Het restant wordt betaald na vaststelling van de hoogte van de aanspraak.

101. In de regeling TVL voor Q4 van 2020 gold wederom als voorwaarde een minimaal omzetverlies van 30%. Ook werd de subsidie gemaximeerd op 50% van de berekende vaste lasten.⁴³ De vaste lasten voor deze periode dienen minimaal EUR 3.000 te bedragen (i.p.v. EUR 4.000 gelet op de omstandigheid dat de periode één maand korter is). Op 9 december 2020 werd besloten dat het subsidiepercentage dient mee te stijgen met het omzetverlies. Bij een omzetverlies van 30% betreft het maximale percentage subsidie 50%, maar bij een omzetverlies van 100% is het subsidiepercentage gemaximeerd op 70% van de berekende vaste lasten.⁴⁴ Het maximale bedrag aan subsidie voor de gehele periode werd verhoogd naar EUR 90.000. Voor verplicht gesloten eet- en drinkgelegenheden werd een eenmalige een opslag toegepast op de TVL subsidie om te ondersteunen in de kosten vanwege de tweede lockdown (Eenmalige opslag voor Horeca Voorraad en Aanpassingen (HVA)). Deze opslag werd bepaald door de referentieomzet te vermenigvuldigen met het percentage omzetverlies en een percentage van 2,8%. Dit laatste percentage is gerelateerd aan een schatting van de (variabele) kosten die horeca-ondernemingen door de lockdown aanvullend hebben gemaakt (o.a. bederfelijke voorraad en niet

⁴² Artikel 4 van de Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB COVID-19.

⁴³ Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 20 november 2020, nr. WJZ/20225793, houdende wijziging en tweede openstelling van de Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB COVID-19, Stcrt. 2020, 61 730 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-61730.html>).

⁴⁴ TK 2020-2021, 35 420, nr. 237, Brief van de ministers van Economische Zaken en Klimaat, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van de staatssecretarissen van Economische Zaken en Klimaat, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 9 december 2020.

kunnen terugverdienen van investeringen samenhangend met de Covid-maatregelen). Ook de HVA werd gemaximeerd, namelijk op EUR 20.160.

102. In de regeling van 9 februari 2021 (inwerkingtreding 15 februari 2021) werd het eerder genomen besluit⁴⁵ vastgelegd om het vergoedingspercentage te laten meestijgen met de gedeelde omzet.⁴⁶ Die aanpassing werkte terug tot het vierde kwartaal van 2020, waarin de horeca nagenoeg geen omzet kon genereren als gevolg van de algehele sluiting vanaf 14 oktober.
103. Bij Kamerbrief van 21 januari 2021 werd het vergoedingspercentage gewijzigd, door deze niet langer te laten oplopen van 50% tot 70%, maar vast te zetten op 85% bij een omzetverlies vanaf 30%. Tevens werd de regeling ook opengesteld voor bedrijven met meer dan 250 medewerkers. Ook de maximale subsidiebedragen werden verhoogd. Voor het eerste kwartaal van 2021 werd het subsidiebedrag verhoogd van EUR 90.000 naar EUR 330.000. Voor bedrijven met meer dan 250 medewerkers werd de subsidie gemaximeerd op EUR 400.000.⁴⁷ Bij Kamerbrief van 24 februari 2021 zijn aanvullende wijzigingen doorgevoerd, waarbij voor mkb-bedrijven het maximale subsidiebedrag werd verhoogd naar EUR 550.000 per kwartaal en voor bedrijven met meer dan 250 medewerkers naar EUR 600.000 per kwartaal, geldend in zowel het eerste als tweede kwartaal van 2021.⁴⁸
104. De TVL wordt uitgevoerd door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland ("RVO") die ressorteert onder het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Bij ongedateerde email die op 25 februari 2021 door horeca-ondernemers werd ontvangen (**Productie 48**), kondigde de RVO aan geen nader voorschot te verstrekken over het vierde kwartaal van 2020, ondanks de verhoging van de TVL met terugwerkende kracht tot dat kwartaal en de ondubbelzinnige toezegging dat betaling van de verhoging

⁴⁵ TK 2020-2021, 35 420, nr. 237, Brief van de ministers van Economische Zaken en Klimaat, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van de staatssecretarissen van Economische Zaken en Klimaat, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 9 december 2020.

⁴⁶ Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 9 februari 2021, nr. WJZ/21022026, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling om getroffen ondernemingen in staat te stellen hun vaste lasten te betalen in verband met de maatregelen ter bestrijding van de verdere verspreiding van COVID-19 en ter vervanging van de Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB-COVID-19 (Regeling subsidie vaste lasten financiering COVID-19), *Stcrt 2021*, 6893 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2021-6893-n1.html>).

⁴⁷ EK 2020-2021, 35 420, nr. AB (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35420-AB.html>), Kamerbrief Uitbreiding economisch steun- en herstellepakket, 21 januari 2021.

⁴⁸ EK 2020-2021, 35 420, nr. AF (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-970700>), Kamerbrief Tegemoetekomende Vaste Lasten, 24 februari 2020.

"eind februari" kon worden verwacht. De RVO deelde mede dat zij eerst "ingrijpende syteemwijzigingen" moest implementeren en er om die reden voor koos om de verhoging niet als voorschot te betalen, maar pas na de vaststelling. Dat was in strijd met de gewijzigde TVL en met de toezeggingen die de Staat heeft gedaan.

105. De vertraging is aanmerkelijk. Voor vaststelling staat een termijn van 16 weken die pas gaat lopen, nadat de RVO de ondernemers een formulier heeft verstrekt. Over het moment van verzending van dat formulier was de RVO onduidelijk, zodat ook onduidelijk is wanneer de verhoogde TVL wordt uitbetaald. De portée is dat de Staat de liquiditeitsnood van ondernemers onderkent, met terugwerkende kracht de TVL verhoogt, maar de betaling ervan niet tijdig voor elkaar weet te krijgen. Juist vanwege de sluiting van de horeca, zijn horeca-ondernemers op de verhoging over het vierde kwartaal 2020 aangewezen. KHN heeft in kortgeding nakoming van de toezeggingen gevorderd. Bij vonnis van 19 maart 2021 heeft de voorzieningenrechter KHN niet-ontvankelijk verklaard.⁴⁹ De RVO heeft echter op dezelfde dag, onder druk van een hoger beroep en 19.000 individuele bezwaarschriften, alsnog toegezegd de uitkering te zullen versnellen.⁵⁰ Het is echter maar zeer de vraag of de RVO deze toezegging gaat nakomen. Zo kreeg [...] op 22 maart 2021 bericht van de RVO (**Productie 49**) dat de RVO niet in staat is binnen het verstrijken van de wettelijke termijn een beslissing te nemen op het reeds door [...] op 18 januari 2021 (dus ruim twee maanden eerder) ingediende bezwaarschrift met betrekking tot de TVL over het vierde kwartaal 2020. Sterker nog, de RVO merkt alvast op dat zij mogelijk ook niet in staat is te reageren binnen de met zes weken verlengde termijn, die op 11 mei 2021 zal aflopen.
106. Daargelaten de vertraging waarmee de TVL wordt betaald, volgt uit deze percentages inzake de NOW en de TVL al dat er een fors 'gat' overblijft tussen de steun en de actuele lasten gerelateerd aan het omzetverlies. Onder de NOW wordt in elk geval 10% van de loonsom niet vergoed. Bovendien geldt dat de werkelijke kosten voor de werkgever hoger zijn dan de loonsom. Voor werkgeverslasten werd in eerste instantie een forfaitaire toeslag toegepast van 30% (NOW 1), welke werd verhoogd naar 40% (NOW 2 e.v.), maar ook dit dekt de werkelijke werkgeverslasten

⁴⁹ ECLI:NL:RBDHA:2021:2552.

⁵⁰ <https://www.khn.nl/nieuws/toch-snellere-uitbetaling-tvl-subsidie-voor-ondernemers-door-intensieve-lobbyinspanningen-khn>.

niet. Van de vaste lasten wordt thans in elk geval 30% niet vergoed. Door de gekozen referentieperiodes sluiten de bedragen bovendien niet aan op de werkelijke kosten. Voorts wordt niet uitgegaan van de werkelijke vaste lasten maar een berekening op basis van een gemiddelde in de branche. Voor kleinere Horeca-ondernemers (zoals [...]) leidt dat er in combinatie met het drempelbedrag toe dat zij in het geheel niet in aanmerking komen voor een vergoeding. Ook leidt de strikte toepassing van het moment waarop een aanvraag ingediend behoort te zijn tot problemen, vooral voor concerns (zoals [...]). Voor de Horeca-ondernemers leidt dat ertoe dat zij geen toereikende tegemoetkoming ontvangen. Dat zou wellicht voor een korte(re) periode nog wel te dragen zijn geweest door de sector, maar de hele situatie duurt inmiddels al meer dan twaalf maanden. Nogmaals, daarin is nog niet meegerekend het wegvallen van het ondernemersinkomen, waarvan de horeca-ondernemers moeten leven.

107. Voor grotere horeca-ondernemers leidt de maximering van de TVL op EUR 90.000 per kwartaal in 2020 ertoe dat het overgrote deel van hun kosten voor hun eigen rekening blijven en kwam een deel van de horeca-ondernemers in die periode niet voor vergoeding in aanmerking vanwege het aantal medewerkers (boven 250). Ook de verhoogde maximum bedragen in Q1 en Q2 van 2021 zijn voor horeca-concerns niet toereikend.
108. Kortom, de door de Staat opgetuigde steunmaatregelen zijn meer dan welkom en worden zeer gewaardeerd, maar ze zijn helaas verregaand ontoereikend. Door KHN en de horeca-sector is hier meermaals aandacht voor gevraagd middels brieven aan de verantwoordelijke Minister(s) en landelijke acties (zie paragraaf 3.7 hierna). Dit heeft echter tot op heden niet geleid tot een steunpakket dat recht doet aan de onevenredige, onvoorzien en landurige offers van de horeca-ondernemers, waaronder eisers, ten bate van de gemeenschap.

3.2 Beleid van de Staat ten aanzien van de horeca, zwalkend beleid

Eerste sluiting eet- en drinkgelegenheden (15 maart t/m 31 mei 2020)

109. In dit hoofdstuk behandelen eisers het corona-beleid van de Staat voor zover het hen aangaat. Nederland verkeert sinds eind februari 2020 in de greep van het coronavirus Covid-19. In maart 2020 heeft de Staat steeds ingrijpendere maatregelen ter bestrijding van de Covid-19 uitbraak aangekondigd. Die maatregelen zijn erop gericht om de ziekenhuisopnamecurve af te vlakken totdat de vaccinatiegraad hoog genoeg is. Een sequeel daarvan is dat ook de druk op de IC-afdelingen beheersbaar blijft. Eisers

zullen laten zien dat dat zij door dat beleid onevenredig worden getroffen.

110. Zo werden mensen in Nederland opgeroepen thuis te werken, gingen de scholen en kinderdagverblijven dicht en werd de horeca gesloten. Eet- en drinkgelegenheden moesten op zondag 15 maart om 18.00 uur de deuren sluiten.⁵¹ Op 16 maart 2020 volgde een kleine aanpassing; bezorgen en afhalen bleef mogelijk mits met inachtneming van onder andere de afstandsmaatregelen. De sluiting van eet- en drinkgelegenheden zou aanvankelijk tot 6 april 2020 duren, maar werd tot drie keer toe verlengd tot uiteindelijk maandag 1 juni 2020, 12.00 uur.
111. De sluiting had grote financiële gevolgen voor vrijwel alle horeca-ondernemers (zie par. 3.1 hiervoor). Op 6 mei 2020 kondigde de Staat aan voornemens te zijn de corona-maatregelen te versoepelen in vijf fasen, waaronder een gedeeltelijke heropening van de eet- en drinkgelegenheden per 1 juni 2020.⁵² Vanuit de Tweede Kamer en vanuit de horeca kwam de oproep de gedeeltelijke heropening van de horeca met één tot enkele dagen te vervroegen, omdat de genoemde streefdatum van 1 juni 2020 de maandag van het pinksterweekend betrof. De horeca-ondernemers hoopten met een gedeeltelijke heropening aan het begin van het pinksterweekend een klein beetje omzetverlies goed te maken. Minister-president Rutte merkte op 15 mei 2020 tijdens zijn wekelijkse persconferentie⁵³ hierover op dat de datum van 1 juni arbitrair was gekozen, "*gewoon de eerste van de maand*". Hij bevestigde dat als versoepelingen rond 1 juni zouden kunnen plaatsvinden, dat ook 30 of 31 mei, of 2 juni zou kunnen zijn. Maar het is ook een vraagstuk van handhaving, aldus Rutte.
112. Een paar dagen later bleek de oproep tevergeefs. In de Kamerbrief van 20 mei 2020 merkte het kabinet op dat het zich realiseerde dat de horeca had gehoopt op een eerdere opening, maar dat het in overleg met de veiligheidsregio's had gekozen vast te houden aan 1 juni "*vanwege de te verwachten grote drukte en daarmee samenhangende handhaafbaarheid*".⁵⁴ De gezondheidsrisico's waren dus niet de primaire reden voor een gedeeltelijke heropening op pinkstermaandag, in plaats van een of enkele dagen

⁵¹ Persbericht Rijksoverheid, 'Aanvullende maatregelen onderwijs, horeca, sport', 15 maart 2020, zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/03/15/aanvullende-maatregelen-onderwijs-horeca-sport.

⁵² Kamerbrief 'COVID-19 Update stand van zaken' <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/06/kamerbrief-covid-19-update-stand-van-zaken>

⁵³ Persconferentie minster-president Rutte van 15 mei 2020. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediatekst/2020/05/15/letterlijke-tekst-persconferentie-na-ministerraad-15-mei-2020>.

⁵⁴ Kamerbrief 20 mei 2020 met de stand van zaken Covid-19. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/20/kamerbrief-stand-van-zaken-covid-19> (pagina 14).

eerder.

113. Het pinksterweekend van 2020 was zomers en na tweeënhalve maand intelligente lockdown trokken veel mensen erop uit. In plaats van een gecontroleerde verspreiding van mensen op terrassen door middel van de door KHN uitgewerkte en door de Horeca-ondernemers geïmplementeerde protocollen,⁵⁵ verzamelden de Nederlanders zich op stranden en in parken. Ook daar moest worden gehandhaafd.⁵⁶

Gedeeltelijke heropening eet- en drinkgelegenheden (1 juni t/m 13 oktober 2020)

114. Vanaf 1 juni 2020, 12.00 uur mochten de eet- en drinkgelegenheden onder strikte voorwaarden weer klanten ontvangen. De belangrijkste voorwaarden waren:
- Binnen maximaal 30 gasten per horecagelegenheid
 - Reserveren
 - Vaste zitplek
 - Hygiëne maatregelen
 - Triage
 - Anderhalve meter afstand (binnen en buiten)
115. Ruim drie weken na de gedeeltelijke heropening gaf de Staat een update over de toenmalige stand van zaken.⁵⁷ De Staat concludeerde dat de genomen inspanningen om het virus onder controle te krijgen, resultaat hadden. De cijfers lieten een flinke verbetering van de situatie zien. Er werd besloten tot verdere versoepelingen per 1 juli 2020, waaronder voor kleinere ruimtes een maximum van 100 bezoekers per ruimte en voor grotere ruimtes geen maximum aantal personen, op voorwaarde dat de overige maatregelen zoals een vaste zitplaats en anderhalve meter afstand in acht kunnen worden genomen. Reservering en triage waren niet langer verplicht. Daarnaast werd het toegestaan om op buitenterrassen zogenoemde kuchschermen te plaatsen. Voor personen die zich aan weerszijden van de schermen bevinden, gold niet langer de anderhalvemeter-regel.⁵⁸ De Staat benadrukte nogmaals dat de ondernemers en bedrijven/organisaties zelf zorg dragen voor de naleving van de regels.

⁵⁵ Brief KNH aan Ministerie van J&V t.a.v. minister Grapperhaus van 25 mei 2020 ([Productie 57](#))

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld <https://www.nu.nl/rotterdam/6054979/rotterdamse-parken-in-avond-en-nacht-op-slot-na-excessen-en-enorme-drukke.html>

⁵⁷ Kamerbrief van 24 juni 2020 met een Covid-19 update stand van zaken. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/06/25/covid-19-update-stand-van-zaken>.

⁵⁸ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/06/30/instructie-kuchschermen>.

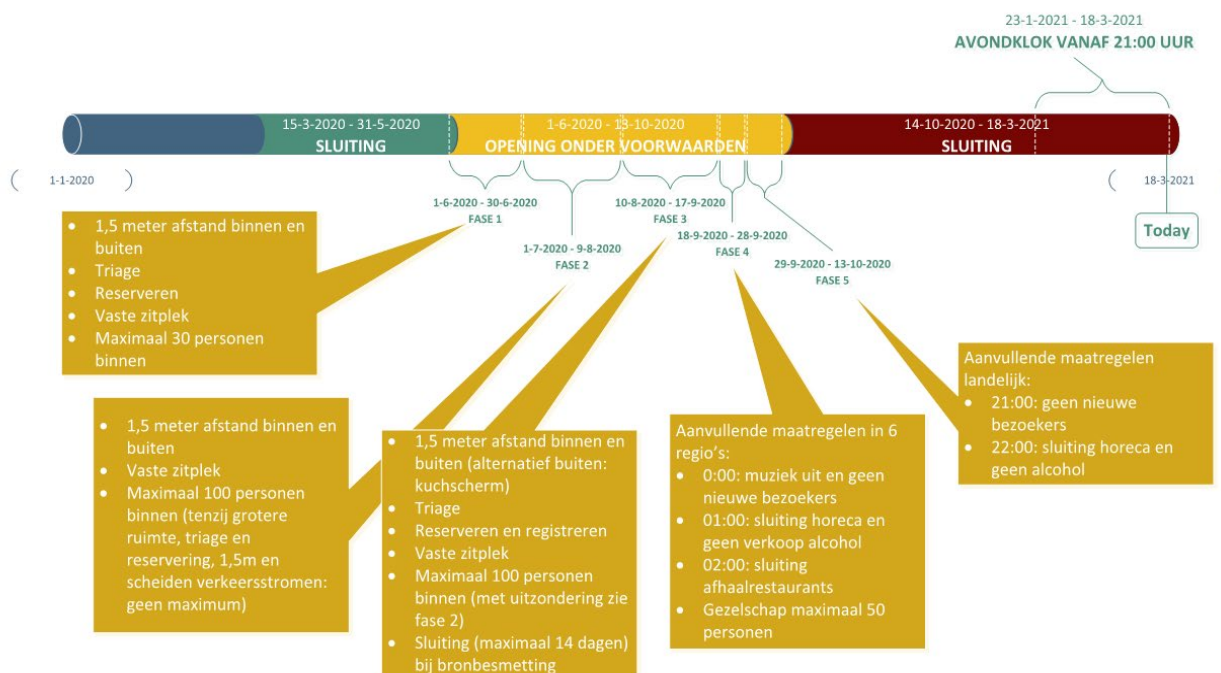
116. Vanaf begin juli nam het aantal besmettingen weer toe, omdat de mensen zich onvoldoende aan de basisregels hielden. De Staat kondigde op 6 augustus 2020⁵⁹ een aantal aanvullende maatregelen aan voor de horeca. Zo gold vanaf 10 augustus 2020 weer de reserveringsplicht en triage. In aanvulling daarop werd een registratieplicht ingevoerd om contactonderzoek mogelijk te maken.
117. In zijn advies van 17 augustus 2020 gaf het OMT als grootste gemene deler ter verklaring van een belangrijk deel van de recente toename van besmettingen, de samenkomsten van familie of anderszins.⁶⁰ De Staat informeerde de Tweede Kamer op 18 augustus 2020 over dit advies van het OMT. Ook informeerde hij de Kamer over de uitkomst van een Bestuurlijk Afstemmingsoverleg op 17 augustus 2020, waarin onder meer aan de orde was gekomen dat veel horecagelegenheden zich aan de regels hielden.⁶¹
118. Desondanks kondigde de Staat op 18 september 2020 extra regionale maatregelen aan voor (onder andere) de horeca in zes veiligheidsregio's.⁶² Om 00.00 uur moest de muziek uit en mocht niemand meer naar binnen en een uur later moesten alle horecagelegenheden sluiten. Verder werden gezelschappen, waaronder besloten feesten in bijvoorbeeld een horecagelegenheid, beperkt tot 50 personen.
119. Op 29 september 2020 werden landelijk de maatregelen wederom aangescherpt. Eet- en drinkgelegenheden (inclusief terrassen) mochten vanaf 21.00 uur geen nieuwe bezoekers toelaten en moesten om 22.00 uur de deuren sluiten. Afhalen mocht tot 02.00 uur en na 22.00 uur mocht geen alcohol meer worden verstrekt.
120. Visueel zien de maatregelen er als volgt uit:

⁵⁹ Kamerbrief van 7 augustus 2020 over ontwikkelingen Covid-19. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/08/06/ontwikkelingen-covid-19>.

⁶⁰ Advies 74^e OMT Covid-19. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/08/18/advies-nav-74e-omt-covid-19>.

⁶¹ Kamerbrief over adviezen OMT en maatregelen Covid-19 van 18 augustus 2020. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/08/18/kamerbrief-over-adviezen-omt-en-maatregelen-covid-19>.

⁶² Het betrof de veiligheidsregio's Amsterdam-Amstelland, Haaglanden, Hollands-Midden, Kennemerland, Utrecht en Rotterdam-Rijnmond. Zie Kamerbrief van 18 september 2020 over "OMT advies 14 september en maatregelen coronavirus" <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/09/18/omt-advies-14-september-en-maatregelen>.



Tweede sluiting eet- en drinkgelegenheden (14 oktober 2020 t/m heden)

121. Sinds 14 oktober 2020, 22.00 uur zit Nederland in een "gedeeltelijke lockdown". Vanaf dat moment zijn eet- en drinkgelegenheden weer volledig gesloten, op afhaal- en bezorgfuncties na (met een verbod op afhalen of bezorgen van alcohol tussen 20.00 uur en 07.00 uur). De Staat motiveerde deze tweede sluiting als volgt:⁶³

"Het sluiten van eet- en drinkgelegenheden is voor velen een harde boodschap. Hoewel het aantal clusters van besmettingen in de horeca relatief beperkt is gaat het hierbij vaak wel meteen om grote groepen en om veel reisbewegingen."

122. De sluiting van de horeca werd dus wederom ingezet als middel om andere doelen te bereiken, zoals minder reisbewegingen en minder groepsvorming (vergelijk het pinksterweekend). Dit blijkt ook duidelijk uit de beantwoording van de vragen na de persconferentie van 13 oktober 2020.

⁶³ Kamerbrief 13 oktober 2020: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/10/14/stand-van-zaken-brief-covid-19>.

Zo merkte Minister De Jonge op, in antwoord op een vraag waarin werd gerefereerd aan de cijfers van het RIVM waaruit blijkt dat 1,8% van de herleidbare bestemmingen in de horeca plaats vond:⁶⁴

"Dus er zijn wel degelijk redenen om aan te nemen dat een deel van de besmettingen in de horeca plaatsvindt, maar dat is eigenlijk niet het argument waarom we vandaag de maatregel treffen zoals we die treffen. Die treffen we om een hele andere reden, namelijk dat de horeca met name heel veel bewegingen op gang brengen. En die bewegingen wil je niet hebben."

123. Vanuit het perspectief van de bescherming van de volksgezondheid lijkt dit wellicht een valide argument. Maar het gebruik van de horeca als middel om andere doelen te bereiken, zonder de getroffen ondernemers daarvoor volledig te compenseren, is onrechtmatig jegens de Horeca-ondernemers. Daar komt bij dat de tweede sluiting, die aanvankelijk vier weken zou duren, inmiddels nog steeds voortduurt. Op 27 oktober 2020 kondigde de Staat tijdens een persconferentie al aan dat het in ieder geval tot in december zou duren.⁶⁵ En ook daarna werden de maatregelen ten aanzien van (onder andere) de horeca steeds weer verlengd.
124. Sterker nog, de maatregelen werden steeds strenger. Zo werden met ingang van 14 december 2020 ook de eet- en drinkgelegenheden in hotels, die aanvankelijk nog voor eigen hotelgasten open mochten zijn, gesloten. En bovendien is daar op 23 januari 2021 de avondklok bijgekomen. Vanaf die datum moet iedereen tussen 21.00 uur en 04.30 uur binnenblijven, behoudens uitzonderingen. Dat betekende voor afhaalfuncties dat de sluitingstijd vervroegde van 01.00 uur naar 20.45 uur. De avondklok beperkte de mogelijkheden die horeca-ondernemers nog hadden om althans enige omzet te behalen dus nog verder.
125. Op 2 februari 2021 presenteerde de Staat een nieuwe routekaart met daarin de coronamaatregelen per risiconiveau.⁶⁶ Ondanks toezeggingen vanuit het Ministerie van VWS om de routekaart op te stellen in samenwerking met werkgeversorganisaties en brancheorganisaties, zoals KHN,

⁶⁴ Persconferentie minister-president Rutte en minister De Jonge 13 september 2020: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/10/13/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-13-10-2020>.

⁶⁵ Persconferentie minister-president Rutte en minister de Jonge van 27 oktober 2020. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/10/27/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-27-10-2020>.

⁶⁶ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/02/02/routekaart-coronamaatregelen>.

werd de routekaart gepresenteerd zonder de sectoren hierin te kennen.

126. Op 4 februari 2021 vond een Kamerdebat plaats over de ontwikkelingen rondom het coronavirus, waaronder over de routekaart. De Kamer heeft in dit debat aandacht gevraagd voor de positie van het bedrijfsleven, waaronder specifiek de horeca. Daarop is een motie ingediend door Dijkhoff (VVD), samen met de overige coalitiepartijen, SGP en PVV. In de motie wordt geconstateerd dat veel sectoren schade lijden door de coronamaatregelen en dat het niet wenselijk is, wanneer weer ruimte bestaat voor versoepelingen, dat de ene sector volledig opengaat terwijl de andere dicht moet blijven. De indieners constateren dat diverse sectoren slimme plannen hebben klaarliggen om voorzichtig te versoepelen. Zij verzoeken de regering dan ook om, in samenspraak met deze sectoren, te bezien hoe de ruimte voor versoepelingen eerlijk over deze sectoren kan worden verdeeld. De motie is aangenomen.⁶⁷
127. De Jonge⁶⁸ reageerde tijdens het debat als volgt op de motie van Dijkhoff:

"Daarbij neem ik dan ook de vraag van de heer Dijkhoff mee. Ik had al voorspeld dat het niet de laatste update van de routekaart zou zijn. Nou, dat gaat het zeker niet zijn. Zeker niet met de suggestie van de heer Dijkhoff. Hij zegt eigenlijk: als je volgende stappen kunt zetten op die routekaart, kun je dan niet beter kleine stapjes zetten binnen meerdere sectoren, in plaats van de ene sector wel te openen en de andere sector niet? Het verstandige van die lijn zou zijn dat men wat minder een gebrek aan solidariteit voelt. Als je als horecabaas de Koopgoot vol ziet staan, dan denk je toch: waarom zij wel en wij niet? Als je in verschillende sectoren kleine stapjes kunt zetten, dan is dat qua solidariteit beter uit te leggen en kun je de pijn beter verdelen. Maar het moet dan allemaal ook wel kunnen qua beweging. Dat vindt u natuurlijk ook. We zullen kijken of we een aanpassing kunnen doen die daaraan tegemoet komt."

128. En Rutte⁶⁹ merkte hierover het volgende op:

"Dan de moties. De motie-Dijkhoff c.s. op stuk nr. 952: oordeel Kamer."

⁶⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 25 295, nr. 952 (<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/stem-mingsuitslagen/detail?id=2021P03285>).

⁶⁸ https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/detail/ec73a6b1-2ca3-4c48-83f1-c1da765554fc.

⁶⁹ Idem.

Ik wil daarbij wel benadrukken dat het belangrijk is dat we ons realiseren dat het eerlijk verdelen van ruimte complex zal zijn, aangezien de hoeveelheid contacten en de mobiliteit per sector natuurlijk enorm verschillen. Maar niettemin snap ik wat de motie beoogt en steunen wij dat ook van harte."

129. Er is vervolgens een werkgroep samengesteld door VNO-NCW/MKB-Nederland en EZK, samen met de brancheverenigingen van de gesloten sectoren (o.a. horeca, retail, evenementen/congressen, kunst & cultuur, de reisbranche etc). Zij hebben uitgebreid gesproken over de wensen en mogelijkheden per branche om de activiteiten op verantwoorde wijze in (kleine) stapjes te kunnen oppakken.
130. Desondanks werd op 23 februari 2021 slechts voor een klein aantal sectoren versoepelingen aangekondigd, waaronder retail en contactberoepen. Uit het OMT-advies van 22 februari 2021⁷⁰, waarop de Staat zijn besluiten van 23 februari 2021 heeft gebaseerd, blijkt dat de Staat in zijn adviesaanvraag concreet heeft gevraagd om te adviseren over de eventuele ruimte die er is om te versoepelen met betrekking tot onderwijs, onderdelen van de detailhandel, binnensport en niet-medische contactberoepen. Uit het advies blijkt niet of door de Staat ook gevraagd is te adviseren over de eventuele ruimte voor versoepelingen voor de horeca.
131. De maatregelen voor onder andere de horeca bleven op 23 februari 2021 dus wederom volledig ongewijzigd in stand. De Staat merkte uitsluitend op, met een verwijzing naar de 'motie Dijkhoff', dat een nieuw moment van besluitvorming was voorzien voor 8 maart 2021, om te bezien of en welke aanvullende kleine stappen gezet kunnen worden ter openstelling van de culturele sector, het onderwijs (hbo en wo), de horeca en sport.⁷¹
132. Op 8 maart 2021 kondigde de Staat enkele "kleine correcties" aan (o.a. zwemlessen voor kinderen en winkelen op afspraak). Voor de horeca veranderde er nog steeds niets. De voorzetting van de sluiting van de horeca is beperkt gemotiveerd. In de Kamerbrief van 8 maart 2021 onderbouwde Minister De Jonge het besluit om de terrassen nog niet te openen met een

⁷⁰ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/02/23/advies-vws-na-omt-101>.

⁷¹ Kamerbrief 23 februari 2021 over stand van zaken Covid-19. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/02/23/kamerbrief-inzake-stand-van-zaken-covid-19>.

verwijzing naar het 103^e OMT-advies, dat ook geen inhoudelijke onderbouwing kent⁷²: *"het openen van de terrassen geeft – door grotere groepen mensen in combinatie met gebruik van alcohol – meer risico op nauwe contacten, transmissie van coronavirus en mogelijk minder goed te beheersen situaties."*

133. Op 8 maart 2021 werd wel een klein vooruitzicht gegeven op een beperkte opening van de buitenterrassen. Minister De Jonge zei hierover tijdens de persconferentie: *"En als dat ons lukt, als het lukt om de R rond of liefst onder de 1 te krijgen, en als de ziekenhuizen dus niet verder onder druk komen te staan - dan komen we rond Pasen op een punt dat we weer een nieuw risico durven te nemen. Dan durven we het aan om vanaf 31 maart de buitenterrassen van de horeca weer te openen. Wel onder voorwaarden, met een maximaal aantal personen per tafel en per terras."*⁷³ En ook in de Kamerbrief van 8 maart 2021 kondigde het kabinet aan dat zij een veilig en verantwoorde opening van terrassen van eet- en drinkgelegenheden buiten en onder strikte voorwaarden als eerste stap zag naar heropening van de horeca, maar ook daarin werd het duidelijke voorbehoud gemaakt dat of en wanneer dat kan afhangt van de ontwikkeling van de epidemie.⁷⁴ Er werd dus enig perspectief geboden op een klein stapje, onder heel veel restricties en voorwaarden.
134. Ondertussen voerde KHN gesprekken met de Minister van J&V, de Minister van EZL en de Staatssecretaris van EZK over een 'afsprakenkader', om te waarborgen dat op en rondom de terrassen de naleving en handhaving van de coronaregels voldoende is geborgd. Op 18 maart 2021 hebben KHN en de Staat hierover overeenstemming bereikt.
135. Helaas mag dit alles niet baten. Op 21 maart 2021 is na het Catshuisbeeraad via de media naar buiten gekomen dat er hoogstwaarschijnlijk nog geen versoepelingen volgen en dat de terrassen dus niet op 31 maart 2021 weer open mogen. De eet- en drinkgelegenheden zijn dus ruim vijf maanden na het begin van de tweede lockdown nog steeds gesloten.

⁷² Kamerbrief 'Coronamaatregelen 8 maart 2021', pagina 10. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/03/08/coronamaatregelen-8-maart-2021>. En advies naar aanleiding van het 103^e OMT, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2021/03/07/advies-nav-103e-omt>.

⁷³ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021>.

⁷⁴ Kamerbrief 'Coronamaatregelen 8 maart 2021', pagina 21. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/03/08/coronamaatregelen-8-maart-2021>. De Staat presenteerde op die datum ook een geactualiseerde routekaart, met daarin een aantal nieuwe (kleine) tussenstappen. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/03/08/routekaart-coronamaatregelen>

Evenementenbranche

136. Ondertussen ligt ook de evenementenbranche al een jaar stil. Op 12 maart 2020 besloot het kabinet om bijeenkomsten met meer dan 100 personen in heel Nederland af te gelasten. Vervolgens werden op 23 maart 2020 alle bijeenkomsten verboden tot 1 juni 2020, ook met minder dan 100 mensen. Dit verbod is sindsdien meerdere keren verlengd en geldt nog steeds.
137. De Staat heeft weliswaar op 20 januari 2021 ingestemd met de eerste praktijktesten (zogeheten "fieldlabs"), maar enig concreet zicht op een (gedeeltelijke) herstart van evenementen ontbreekt.

Volledige sluiting nachtclubs en discotheken sinds 15 maart 2020

138. De situatie voor nachtclubs en discotheken is zo mogelijk nog slechter. In de op 2 februari 2021 gepresenteerde gewijzigde routekaart is opgenomen dat deze horeca, die een jaar geleden op 15 maart 2020 gedwongen de deuren sloot nadat op 12 maart 2020 de groepsgrootte al naar maximaal 100 personen was teruggebracht, gedurende alle risiconiveaus gesloten blijft.⁷⁵

Tussenconclusie

139. De maatregelen die de Staat heeft genomen zijn zeer ingrijpend voor de horeca, terwijl vraagtekens te plaatsen zijn bij zowel de onderbouwing van de besluitvorming als de effecten van de maatregelen. Dit wordt verder uitgediept in de volgende paragrafen.

3.3 Besluitvorming oktober 2020 (tweede lockdown) nader beschouwd

140. Zoals hiervoor aan de orde kwam, heeft de Staat na aanvankelijke versoepelingen vanaf juni 2020, in september 2020 de teugels weer aangetrokken (zie alinea's 118 e.v. hiervoor). De Staat had verwacht dat de genomen maatregelen van 29 september 2020 effect zouden hebben door eerst de curve af te laten vlakken en daarna de curve om te buigen. Deze trendbreuk was half oktober nog niet zichtbaar. Dat vormde aanleiding voor de Staat om zich door het OMT te laten adviseren over de effecten van de genomen maatregelen en te nemen maatregelen.
141. Het OMT constateerde in zijn advies dat aan de oproep tot beperkingen in beweeglijkheid minder gehoor was gegeven dan in juni 2020 het geval

⁷⁵ Routekaart coronamaatregelen. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/02/02/routekaart-coronamaatregelen>.

was.⁷⁶ Ook merkte het OMT op dat het effect van de meest recente metingen nog niet duidelijk was, maar mogelijk minder werd vanwege afgenomen compliance. De gegevens van de gedragsunit van het RIVM lieten volgens het OMT namelijk zien dat er een aanzienlijke discrepantie is tussen het geadviseerd gedrag en het daadwerkelijke gedrag van een niet onaanzienlijk deel van de bevolking. In de week voor de besluitvorming was het percentage besmettingen dat terug te voeren was op de horeca 2,9%.⁷⁷

142. Het OMT stelde een serie maatregelen voor gericht op het terugbrengen van contractmomenten en mobiliteit, waaronder thuiswerken, het vermijden van hotspots en beperken van reizen, het winkelen buiten de levensmiddelenbranche zou kunnen worden ontmoedigd, het aantal contacten thuis en buitenshuis zou moeten worden beperkt. Het OMT adviseerde (alleen) cafés, eetcafés en drinkgelegenheden te sluiten. Voor restaurants adviseerde het OMT geen sluiting, maar was het van mening dat onderzocht zou moeten worden of eigenstandige restaurants open kunnen blijven.⁷⁸

"Het OMT is van mening dat onderzocht zou moeten worden of eigenstandige restaurants (die niet een primaire bijkomende functie van drinkgelegenheid hebben) open kunnen blijven, mits de gezondheidscheck, registratie en placering en 1,5 m afstand goed geregeld zijn, en bedienend personeel gebruik maakt van faceshields of mondneuskapjes. Het aantal gasten per tafel is dan gelimiteerd tot 4, en het aantal plaatsen per tafel per avond tot één. Bij voorkeur wordt de sluitingstijd vervroegd, bijv. om 22.00 uur. In alle gevallen dienen onbeperkte groepsvorming en onbeheersbare vervoersbewegingen voorkomen te worden. Hotels kunnen open blijven voor logies, waarbij de restauratie conform bovenstaande geregeld is."

143. In dit advies wordt het belang van de Horeca-ondernemers door het OMT niet (zichtbaar) meegewogen. Dat is anders voor het onderwijs. Ofschoon het OMT constateert dat jongeren regelmatig besmet worden en zouden kunnen bijdragen aan de verspreiding en een stijgend aantal infecties

⁷⁶ 80e OMT Covid-19, 13 oktober 2020, TK 2020-2021, 25 295, nr. 656 (bijlage), <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-954112>.

⁷⁷ Epidemiologische situatie Covid-19 in Nederland, RIVM, 6 oktober 2020, https://www.rivm.nl/sites/default/files/2020-10/COVID-19_WebSite_rapport_wekelijks_20201006_1159_metRt.pdf.

⁷⁸ 80e OMT Covid-19, 13 oktober 2020, TK 2020-2021, 25 295, nr. 656 (bijlage), <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-954112>.

wordt gezien onder jongeren en jongvolwassenen, is het OMT van mening dat "gezien het grote belang van onderwijs voor het welzijn, de ontwikkeling en de gezondheid van kinderen en jongeren" het voortgezet onderwijs open kan blijven op de wijze waarop dat georganiseerd was.

144. De Staat heeft besloten om ook de restaurants te sluiten per 14 oktober 2020, ondanks de omstandigheid dat het OMT dat niet adviseerde. Aan het advies van het OMT om onderzoek te doen om de restaurants open te kunnen houden is geen adequate opvolging gegeven.
145. In reactie op kamervragen berichtte Minister De Jonge van VWS op 23 oktober 2020 dat in samenwerking met de horeca werd onderzocht of het met inachtneming van de maatregelen mogelijk is een segmentering aan te brengen, die handhaafbaar is, zonder dat groepsvorming en reisbewegingen te veel toenemen.⁷⁹ De voortgang daarvan was onduidelijk. Om zeker te stellen dat dit onderzoek daadwerkelijk zou plaatsvinden, diende Kamerlid Krol een motie in. Op 28 oktober 2020 werd de motie van Krol aangenomen,⁸⁰ om te bezien of restauranthouders, die hun zaak corona-proof hebben ingericht, vrijgesteld kunnen worden van de lockdown:⁸¹

*"overwegende dat er een mogelijk verlengde lockdown voor de horeca is afgekondigd;
overwegende dat dit de doodklap zal zijn voor veel ondernemers;
overwegende dat hotels en hotel-restaurants open mogen blijven;
verzoekt de regering om te bezien of restauranthouders die hun zaak coronaproof hebben ingericht, vrijgesteld kunnen worden van de lockdown,"*

146. Op dit moment zijn evenwel de restaurants nog steeds gesloten (zie ook hierna). Volgens het OMT zou een combinatie van versoepeling ten aanzien van restaurants en het toestaan van 100 (i.p.v. 30) personen in culturele instellingen, leiden tot 140 extra IC opnames. Echter, hoe dit effect moet worden verdeeld tussen de restaurants en culturele instellingen is onduidelijk.⁸² Als verruiming voor restaurants wordt toegestaan, is het volgens het OMT van groot belang dat aan alle genoemde voorwaarden wordt voldaan en dat deze worden gehandhaafd. Het OMT overweegt:

⁷⁹ TK 2020-2021, 35526, nr. G (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35526-G.html>), Nota naar aanleiding van het verslag Tijdelijke wet maatregelen covid-19, 23 oktober 2020.

⁸⁰ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/moties/detail?id=2020Z19924&did=2020D42844>.

⁸¹ TK 2020-2021, 25 295, nr. 678 (link), 28 oktober 2020.

⁸² 90e OMT Covid-19, 7 december 2020 (TK 2019-2020, 25 295, nr. 3, 771 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-965435>)).

"Er is al veel voorbereid in de sector, er zijn veel voorwaarden gesteld in het voorstel, waardoor de kans van overdracht verminderd wordt."

3.4 Discussie over effect sluiting horeca

147. Ook in brede zin werd gediscussieerd over het effect dat de sluiting van de horeca (inclusief cafés, eetcafés en drinkgelegenheden) had op de beperking van de risico's voor de volksgezondheid. Minister De Jonge stelde dat aannemelijk is dat de horecamaatregelen van 13 oktober 2020 "een effect" hebben gehad. Hij stelde hierbij dat het aannemelijk is dat de herfstvakantie heeft bijgedragen aan de vermindering van de besmettingen en dat aannemelijk is dat (de sluiting van) de horeca heeft bijgedragen, omdat *"de horeca geen variëteit in compliance toelaat."* Op basis daarvan concludeerde Minister De Jonge dat het *"dus aannemelijk [is] dat de horeca een behoorlijk forse bijdrage heeft geleverd."* Waarop die stellige mededelingen waren gebaseerd, heeft KHN overigens nooit van Minister De Jonge vernomen. De Minister benadrukte evenwel dat het heel moeilijk te zeggen is wat exact op welk moment heeft bijgedragen (aan het verlagen van de R-waarde).⁸³
148. In een notitie van Economische Zaken en Klimaat begin december 2020⁸⁴ werd geconcludeerd dat heropening van de eetgelegenheden geen negatief effect zal hebben en zelfs denkbaar is dat bij heropening van de horeca de R-waarde zal dalen, door vermindering van onveilige thuissituaties. Deze conclusies waren o.a. gegrond op de omstandigheid dat de R-waarde op dat moment nagenoeg gelijk was aan de R-waarde vlak voor de algehele sluiting van de horeca, terwijl het aantal besmettingen bij bezoek thuis door vrienden, familie of kennissen ten opzichte van de week voor sluiting was verdriedubbeld (van 1.046 naar 3.261).⁸⁵ Heropening van de gecontroleerde omgeving van de eetgelegenheden/restaurants zou volgens de opsteller(s) van de notitie het *"onveilige thuisbezoek flink doen beperken"*. In de notitie werd ook overwogen dat door de recentelijke opschaling van het BCO (bron- en contactonderzoek) *"het effect van de opening van de horeca goed gemonitord [kan] worden"*. Voorts vestigde de notitie van Economische Zaken en Klimaat aandacht op de omstandigheid dat horecabestemmingen in eetgelegenheden voorafgaand

⁸³ TK 2020-2021, 25 295, nr. 799 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25295-799.html>), Verslag van een notaoverleg, 11 december 2020.

⁸⁴ In de notitie wordt ingegaan op de "laatste rapportage van het RIVM over het epidemiologisch beeld (1 december)" en op 8 december 2020 werd door diverse media aandacht besteed aan de notitie.

⁸⁵ TK 2020-2021, 25 295, nr. 1000, nr. 872 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-963703>) "Bijlage notitie RIVM-berekeningen horeca".

aan de sluiting reeds "een zeer beperkt aandeel" hadden in het totaal aantal besmettingen. Volgens mediaberichtgeving zou de notitie op 8 december 2020 door Minister Wiebes en Staatssecretaris Keijzer van Economische Zaken en Klimaat worden ingebracht in de kabinetsvergadering.⁸⁶

149. Door Kamerleden werd verontwaardigd gereageerd en werd verzocht om opheldering over de in de notitie opgenomen mogelijkheid voor heropening van restaurants.⁸⁷ De Ministers van Economische Zaken en Klimaat en Volksgezondheid informeerden de Tweede Kamer per brief dat de notitie alleen een concept van een gedachtelijn betreft, welke niet wordt gedragen door het kabinet en niet in lijn is met het OMT-advies.⁸⁸
150. Van Dissel reageerde hierop dat door het sluiten van de horeca per definitie de andere besmettingsbronnen procentueel zullen toenemen.⁸⁹ Hij verklaart hierover:

"Het frustrerende is nu dat het beeld stabiliseert terwijl de horeca dichtblijft. Dat wil niet zeggen dat het dichthouden van de horeca niet nog steeds een potentieel gunstig effect heeft. Ik denk dat ieders waarneming toch wel zal zijn – dat heb ik hopelijk ook geïllustreerd met het inzicht in het aantal contacten – dat het gewoon drukker wordt op de weg. Ik hoor 's ochtends weleens dat er weer files staan. Dat zijn toch allemaal dingen die we eerder, in maart, niet zagen. Het aantal contacten neemt momenteel gewoon weer toe."

151. Op dit moment neemt de bereidheid af van personen om zich aan de maatregelen te houden. Niet blijkt dat de Staat heeft onderzocht welk effect heropening van de horeca bij die stand van zaken zou hebben en wat de omvang is van "het potentieel gunstig effect" van een voortduring van de sluiting van de horeca.

3.5 Mogelijke alternatieven zijn niet (adequaat) onderzocht

152. Diverse landen in Europa laten zien dat minder vergaande opties mogelijk zijn dan een volledige sluiting van de eet- en drinkgelegenheden (met

⁸⁶ RTL Nieuws, Notitie Economische Zaken: opening horeca leidt tot minder besmettingen, 8 december 2020 (<https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/artikel/5201895/corona-horeca-wiebes-keijzer>).

⁸⁷ Tweet Geert Wilders (@geertwilderspvv) op 8 december 2020 ("Opening horeca - minder besmettingen! Zijn we al die tijd voor de gek gehouden door het kabinet? Zijn horeca-ondernemers voor niks geslachttofferd? Waarom zijn ze nog steeds gesloten? Snel opheldering kabinet! Morgen Kamerdebat."); Tweet Jesse Klaver (@jesseklaver) op 8 december 2020 ("De horeca wordt kei- en keihard geraakt. Nu blijkt uit een gelekte notitie dat het sluiten van de horeca misschien wel slechter uitpakt voor de besmettingen dan openhouden. Ik wil dat deze notitie onmiddellijk met de Kamer wordt gedeeld.").

⁸⁸ TK 2020–2021, 25 295, nr. 872, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25295-872.html>.

⁸⁹ Verslag van technische briefing (TK 2020–2021, 25 295, nr. 837 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25295-837.html>)).

slechts een afhaalmogelijkheid). Naast beperkingen om afstand te houden en een maximering van de groepsgrootte, zoeken andere landen naar andere maatregelen om de schade voor de Horeca-ondernemers te beperken tot hetgeen strikt noodzakelijk is, zoals:

- een verbod om alcohol te schenken na een bepaalde tijd (om 00.00 uur, 22.00 uur of 18.00 uur);
- een vervroeging van de sluitingstijd (om 20.30 uur of om 18.00 uur); of
- opening van eet- en drinkgelegenheden afgestemd op het besmettingscijfer in een bepaalde regio (eventueel aangevuld met voor-noemde restricties).

153. Uit de officiële publicaties blijkt niet dat de Staat heeft onderzocht of de horeca met risico-beperkende maatregelen heropend kon worden, althans welke risico's bij het treffen van dergelijke maatregelen nog zouden bestaan. Tevens blijkt niet dat een afweging heeft plaatsgevonden waarbij de belangen van de Horeca-ondernemers zijn afgezet tegen de eventueel bestaande risico's bij heropening onder voorwaarden.

154. Bovendien geldt als een voor de hand liggend alternatief het (alleen) toestaan om de terrassen te openen. Op 24 februari 2021 werd door de Tweede Kamer unaniem een motie van de leden Heerma en Dijkhof aangenomen om te bezien hoe terrassen veilig en verantwoord open kunnen.⁹⁰ In de motie werd als volgt geconstateerd en overwogen:

"(...) constaterende dat het voorjaarsweer mensen naar buiten brengt; constaterende dat op dit moment horeca en terrassen gesloten zijn en alleen afhalen mogelijk is;

overwegende dat terrassen kunnen bijdragen aan het gereguleerd spreiden van drukte en het voorkomen van opeenhopingen van wachtende mensen bij afhaallocaties;

constaterende dat eerder protocollen voor veilig openen van terrassen zijn vastgesteld en veel gemeenten reeds tijdelijk toestemming hebben gegeven voor extra terrasruimte;

verzoekt de regering, om in overleg met Koninklijke Horeca Nederland te bezien hoe terrassen veilig en verantwoord open kunnen en dit mee te nemen bij het volgende besluitvormingsmoment op 8 maart."

⁹⁰ TK 2020–2021, 25 295, nr. 1003, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25295-1003.html>.

155. Er heeft sindsdien weliswaar overleg met KHN plaatsgevonden en dat heeft op 8 maart 2021 geleid tot de aankondiging dat mogelijk op 31 maart 2021 de terrassen open mogen onder een groot aantal restricties en voorwaarden, maar inmiddels heeft het er alle schijn van dat dat niet gaat gebeuren.

3.6 Ontbreken van perspectief

156. Op dit moment bestaat vrijwel geen enkel uitzicht op (gedeeltelijke) opening van de eet- en drinkgelegenheden. Mogelijk kunnen op enig moment de buitenterassen weer open, maar dat zal dan waarschijnlijk uitsluitend zijn onder hele strikte voorwaarden. Voor de horeca een druppel op de gloeiende plaat. Niet alle horecabedrijven hebben een terras. En ook de regels van anderhalve meter afstand – waarvan de effectiviteit in een buitenruimte discutabel is, zo concludeerde de door KHN ingeschakelde onderzoeksgroep CrisisLab⁹¹ "*Al het beschikbare onderzoek geeft aan dat de kans om in buitenruimten besmet te worden met het coronavirus zonder fysiek contact zo goed als afwezig is.*" (**Productie 50**) - gecombineerd met een maximum van twee personen aan een tafel en mogelijk ook nog een maximum toelaatbaar aantal personen per terras, maken een rendabele exploitatie eigenlijk onmogelijk. Het is meer bezigheidstherapie voor het personeel en weer contact met de gasten dan dat het echt financieel zoden aan de dijk zet. Daar waar in ons omringende landen stappenplannen zijn voorgesteld om op verantwoorde wijze maatregelen te versoepelen (o.a. het Verenigd Koninkrijk), biedt de Staat de Horeca-ondernemers geen concreet perspectief.

3.7 Sector heeft zich steeds coöperatief en proactief opgesteld, tevergeefs

157. KHN en de horeca-sector als geheel hebben zich vanaf het begin van de pandemie coöperatief en proactief opgesteld. Zo heeft KHN steeds de dialoog gezocht met (onder meer) de verantwoordelijke Ministers en Ministeries, waarbij het enerzijds aandacht heeft gevraagd voor de (financiële) gevolgen voor de horeca en de oplossingen daarvoor, en anderzijds concrete plannen heeft uitgewerkt om verantwoorde opening van horeca mogelijk te maken.

⁹¹ Rapport Crisislab, 'Beantwoording vragen Koninklijke Horeca Nederland op grond van wetenschappelijke inzichten', prof. Dr. Ira Helsloot, dr. Jelle Groenendaal en Jacco Vis MSc. Crisislab is de onderzoeksgroep die het onderzoek van de leeropdracht Besturen van Veiligheid van de Radboud Universiteit Nijmegen ondersteunt.

158. Hierna volgt een verkorte weergave van de communicatie door en initiatieven van KHN:

- 15 maart 2020 – brief KHN aan Ministerie van Financiën t.a.v. Minister Hoekstra, Ministerie van VWS t.a.v. Minister Bruins en Ministerie van EZK t.a.v. Staatssecretaris Keijzer (Productie 51)

Deze brief volgt op de op 15 maart 2020 bekendgemaakte maatregelen, waaronder de sluiting van de eet- en drinkgelegenheden van 15 maart 18.00 uur tot en met in ieder geval 6 april 2020. KHN vraagt aandacht voor de financiële gevolgen van deze sluiting. Bij de brief is een memo gevoegd waarin is uitgewerkt welke financiële en andere steun de sector op korte termijn nodig heeft.

- 16 maart 2020 – brief KHN aan de Tweede Kamer t.a.v. de fractievoorzitters (Productie 52)

In deze brief vraagt KHN wederom aandacht voor de financiële gevolgen van de sluiting van de eet- en drinkgelegenheden. Daarnaast doet het 3 concrete suggesties voor maatregelen op de kortst mogelijke termijn: (i) toestaan dat hotelgasten gebruik maken van restaurant-ruimte in hotels, (ii) het percentage dat via Werkijdverkortings vergoed kan worden verhogen van 75% naar 100% en (iii) regelen dat de Belastingdienst direct 'cash upfront' aan ondernemers kan teruggeven, om de liquiditeit van ondernemers te verbeteren.

- 31 maart 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Staatssecretaris Keijzer (Productie 53)

KHN vraagt aandacht voor en maatregelen tegen het laakbare gedrag van bepaalde hotelboekingsplatforms en verhuurders. KHN onderstreept uitdrukkelijk het door Minister Hoekstra op 25 maart gedane moreel appel op de samenleving om op een redelijke manier met elkaar om te gaan en solidariteit te tonen.

- 10 april 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en aan Ministerie van SZW t.a.v. Minister Koolmees (Productie 54)

In deze brief licht KHN toe waarom het op dat moment geldende steunpakket voor de horeca onvoldoende is. Kernpunten zijn dat

(i) de NOW-regeling onvoldoende is omdat in het gunstigste geval slechts 75% van de loonkosten worden gedekt, (ii) liquiditeitsmaatregelen (zoals de TOGS) slechts tijdelijk respijt geven en geen structurele oplossing bieden en (iii) er geen structurele, duurzame oplossing is voor vaste lasten. KHN voegt bij de brief tevens een door haar opgesteld protocol voor het heropenen van de horeca met het waarborgen van een onderlinge afstand van 1,5m. Daarbij wordt wel opgemerkt dat het protocol weliswaar technisch uitvoerbaar is, maar dat het in de meeste gevallen voor de horeca niet economisch rendabel zal zijn.

- 15 april 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en aan Ministerie van SZW t.a.v. Minister Koolmees (Productie 55)

Deze brief is een geüpdatete en aangevulde versie van de brief van 10 april. KHN vraagt (nogmaals) uitdrukkelijk om aandacht voor de schrijnende situatie van de Horeca-ondernemers, en signaleert dat deze roep om aandacht vooralsnog niet beantwoord wordt met adequate (financiële) maatregelen en handelen.

- 28 april 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en Staatssecretaris Keijzer (Productie 56)

In deze brief herhaalt KHN de eerder reeds gemaakte punten omtrent de financiële schade voor de sector, het tekortschieten van het steunpakket, en het niet-rendabel zijn van een opening op 1,5m afstand. KHN voegt bovendien bij (i) een noodplan waarin uitgebreid en specifiek wordt toegelicht welke aanvullende steunmaatregelen nodig zijn en welke bestaande maatregelen aanpassing behoeven, en (ii) een verbeterd concept protocol voor het heropenen van de horeca. Ook de eerdere brieven van 10 en 15 april 2020 worden bijgevoegd.

- 25 mei 2020 – brief KHN aan Ministerie van J&V t.a.v. Minister Grapperhaus (Productie 57)

KHN reageert in deze brief op een (vermeende) onduidelijkheid ten aanzien van de toepassing van de Covid19-maatregelen in de horeca, en benadrukt dat het onverminderd gecommitteerd blijft aan een zo soepel mogelijke, verantwoorde heropening van de horeca.

- 27 mei 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en Staatssecretaris Keijzer, Ministerie van SZW t.a.v. Minister Koolmees en aan Ministerie van Financiën t.a.v. Minister Hoekstra (Productie 58)

KHN reageert op het door het kabinet gepresenteerde aanvullende steunpakket, en vraagt aandacht voor een aantal tekortkomingen in dat pakket omtrent de NOW, de TVL-regeling, de belastingkwijtschelding, de transitievergoedingen bij ontslag en de hoge premie WW en oproepbepalingen Wab. Een groot deel van deze pijnpunten was reeds signaleerd in het noodplan van KHN van 28 april 2020.

- 4 juni 2020 – brief KHN aan Ministerie van J&V t.a.v. Minister Grapperhaus (Productie 59)

In deze brief reageert KHN op een brief van Minister Grapperhaus van 3 juni over door KHN in een televisieprogramma gedane uitspraken omtrent het overnemen van juridische boetetractaten van zijn leden. KHN benadrukt dat het zijn leden en horecagasten oproept zich vooral aan alle regels te houden, maar dat het tevens zijn taak is om leden juridisch bij te staan en breed te inventariseren wat er goed en fout gaat op het gebied van de Covid19-maatregelen. KHN benadrukt dat het onbegrip bij zijn leden over de Covid19-maatregelen steeds groter wordt, en dat daar oog voor moet zijn.

- 9 juni 2020 – brief KHN aan Ministerie van J&V t.a.v. Minister Grapperhaus en aan Ministerie van EZK t.a.v. staatssecretaris Keijzer (Productie 60)

KHN reageert op de gedeeltelijke heropening van de eet- en drinkgelegenheden per 1 juni 2020. KHN signaleert dat het opvallend is dat de horeca als een van de weinige sectoren een protocol opgelegd heeft gekregen, waar andere sectoren met (veel soepelere) vrijwillige protocollen mogen werken, en deelt het gevoel van zijn leden dat de horeca onevenredig hard wordt getroffen ten opzichte van andere sectoren. KHN benadrukt dat het belangrijk is om perspectief te bieden aan de horeca-sector, en stelt voor dat een werkgroep van vertegenwoordigers van KHN en de Ministeries van J&V, VWS en EZK een roadmap ontwikkelen voor de horeca. KHN benoemt de volgende concrete punten die

in de roadmap aan de orde zouden moeten komen: (i) aantal mensen aan tafel of personen per vierkante meter, (ii) van 30 personen opschalen naar 100 personen en later meer (iii) van reserveren naar inchecken bij binnenkomst en (iv) perspectief specifiek voor clubs en discotheken.

- 19 juni 2020 – brief KHN aan Ministerie van J&V t.a.v. Minister Grapperhaus en aan Ministerie van EZK t.a.v. staatsecretaris Keijzer (Productie 61)

KHN schort zijn deelname aan het bestuurlijk overleg op. Het mist wederkerigheid in zijn gesprekken met de Ministeries, en heeft niet het idee dat zijn inbreng leidt tot verandering van beleid: *"Kortom; als KHN zijn we van mening dat er mogelijkheden zijn om versneld verantwoord te versoepelen. Daar hebben we concrete voorstellen voor gedaan, daar gaan we graag verder over in overleg. Totnutoe krijgen we echter nul op het rekest. Geen versoepelingen die verder gaan dan al aangekondigd, maar wel handhaving. Dat kan een keuze zijn, maar dan moet er ruimhartig gecompenseerd worden en dat gebeurt ook niet. Dit kunnen we zoals gezegd niet langer verantwoorden aan onze leden."* KHN benadrukt dat zij altijd bereid is om de gesprekken te hervatten, maar dat er dan sprake dient te zijn van een concreet perspectief voor de horeca.

- 7 juli 2020 – brief advocaat KHN aan Ministerie van VWS, Ministerie van J&V en Ministerie van EZK (Productie 62)

Middels deze brief van zijn toenmalige advocaat verzoekt KHN (nogmaals) om enerzijds een versoepeling van de regels die op dat moment gelden voor de horeca en anderzijds om objectieve criteria die de basis kunnen vormen voor versoepelingen voor de horeca in de toekomst en het opstellen van een concrete roadmap.

- 21 september 2020 – brief KHN aan Ministerie van VWS t.a.v. Minister De Jonge (Productie 63)

KHN reageert op de op 18 september 2020 door het kabinet afgekondigde nieuwe maatregelen voor de horeca, waaronder de maatregel dat er vanaf 0:00u niemand meer mag worden toegelaten, de muziek uit moet en dat om 1:00u de zaak moet worden gesloten. KHN vindt deze maatregel disproportioneel, gezien het

beperkte aantal op de horeca te herleiden besmettingen en de enorme economische impact. KHN onderbouwt zijn standpunt onder meer met verwijzing naar de RIVM cijfers ten aanzien van besmettingen in de horeca, en vraagt om onderbouwing van de genomen maatregelen. KHN vraagt onder meer om de cijfers, wetenschappelijke rapporten of inzichten en adviezen die aan het nemen van de maatregelen ten grondslag liggen.

- 23 oktober 2020 – WOB-verzoek KHN (Productie 64)

KHN doet een verzoek onder de Wet openbaarheid van bestuur ("WOB") teneinde boven tafel te krijgen – kort gezegd – de informatie en rapporten die ten grondslag liggen aan de maatregelen jegens de horeca (zie hierna nader over het WOB-verzoek alinea's 281 e.v.).

- 27 oktober 2020 – brief KHN aan Ministerie van VWS t.a.v. Minister De Jonge (Productie 65)

Naar aanleiding van de sluiting van de eet- en drinkgelegenheden per 14 oktober 2020 vraagt KHN, onder verwijzing naar zijn brief van 21 september 2020, opnieuw om een onderbouwing van de genomen maatregelen.

- 12 november 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en aan Ministerie van SZW t.a.v. Minister Koolmees (Productie 66)

In deze brief vraagt KHN specifiek aandacht voor de problematiek van 'starters'. Deze starters komen, door het ontbreken van een referentieomzet van voor 1 maart 2020, niet of nauwelijks in aanmerking voor steunmaatregelen als de NOW of TVL, terwijl zij wel vaste lasten en langlopende verplichtingen hebben. KHN draagt een concrete oplossing voor het probleem aan, in de vorm van (i) een maandelijks nominale vergoeding (SBI-code afhankelijk) aan tegemoetkoming in vaste lasten en (ii) een vergoeding van een vast te stellen percentage van de loonkosten van dienstverbanden die voor 15 maart 2020 (eerste lockdown) zijn aangegaan.

- 17 november 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en aan Ministerie van SZW t.a.v. Minister Koolmees (Productie 67)

Naar aanleiding van het debat in de Tweede Kamer op 3 november over het (aanvullende steunpakket), vraagt KHN opnieuw aandacht voor de zeer zorgelijke situatie waarin de bedrijfstak horeca zich bevindt en de noodzaak om de geldende steunmaatregelen niet af te bouwen maar juist te verruimen. KHN verwijst naar concrete cijfers ter onderbouwing van de financiële mailaise in de sector, en stelt de volgende concrete maatregelen voor: (i) TVL-vergoeding omhoog naar 100% zonder maximum, (ii) geen afbouw NOW-vergoeding van 90% naar 80%, (iii) transitievergoedingen rechtstreeks door UWV laten vergoeden aan werknemers, om liquiditeit van ondernemers niet verder te belasten, en (iv) deeltijdontslag mogelijk maken, gekoppeld aan deeltijd WW. KHN pleit daarnaast voor een tweesporenbeleid: enerzijds extra financiële steun en anderzijds samen werken aan meer perspectief voor de sector door een slim plan voor een gefaseerde horeca-opening op een veilige manier met zo min mogelijk restricties.

- 4 december 2020 – brief KHN aan de leden van het Kabinet, fractievoordvoers en coronawoordvoers van de Tweede Kamer, tevens verzonden aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes en Staatssecretaris Keijzer, Ministerie van Financiën t.a.v. Minister Hoekstra, Ministerie van J&V t.a.v. Minister Grapperhaus, Ministerie van SWZ t.a.v. Minister Koolmees, Ministerie van VWS t.a.v. Minister De Jonge en aan premier Rutte (Productie 68)

KHN doet met deze brief een dringende oproep om in actie te komen om de horeca-sector te redden, onder verwijzing naar de landelijke campagne "*#Black Monday: final sale horeca*" waarin horeca-ondernemers aandacht vragen voor hun ernstige financiële situatie. KHN vraagt, onder verwijzing naar een bijgevoegde cijfermatige onderbouwing op basis van CBS-cijfers en een enquête onder KHN-leden, om twee dingen: (i) concreet perspectief voor opening en de voorwaarden waaronder dit mogelijk is en (ii) gerichte aanvullende steun. KHN vraagt opnieuw om een wetenschappelijke onderbouwing van de maatregelen jegens de horeca, en licht opnieuw specifiek en onderbouwd toe welke aanvullende maatregelen de sector nodig heeft.

- 14 december 2020 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes (Productie 69)

KHN vraagt in deze brief uitleg over door Minister Wiebes gedane uitspraken op een persconferentie van 9 december 2020. Minister Wiebes stelt op die persconferentie dat de horeca naar schatting voor 20% verantwoordelijk is voor de verspreiding van het virus. KHN verwijst naar de cijfers van het RIVM die een heel ander beeld laten zien, en vraagt Minister Wiebes om een wetenschappelijke cijfermatige onderbouwing van zijn uitspraken.

- 26 januari 2021 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Staatssecretaris Keijzer (Productie 70)

KHN vraagt aandacht voor het feit dat, anders dan wellicht gedacht, lang niet alle brouwerijen ruimhartig zijn in het (financieel) meedenken met hun horeca-afnemers.

- 9 februari 2021 – brief KHN aan Tweede Kamer der Staten-Generaal t.a.v. de Commissie voor Economische Zaken en Klimaat (Productie 71)

In deze brief biedt KHN aan de Commissie EZK van de Tweede Kamer een petitie en een routekaart "*Horeca route naar verantwoorde opening*" aan. In de petitie wordt de Tweede Kamer opgeroepen om (i) de steunpakketten te verstevigen en (ii) concreet perspectief te bieden voor heropening van de horeca. In de routekaart presenteert KHN een plan om op grond van slimme maatregelen de horeca stapsgewijs weer veilig te heropenen.

- 18 februari 2021 – brief KHN aan Ministerie van EZK t.a.v. Minister Wiebes (Productie 72)

Deze brief is een reminder van het bij brief van 26 januari 2021 gedane verzoek aan Minister Wiebes om cijfermatige onderbouwing van zijn uitspraken over de besmettingsrisico's in de horeca. Ondanks verschillende contactmomenten met de Centrale Unit Burgercorrespondentie en toezeggingen over een reactie, heeft het KHN nog geen reactie ontvangen. Het verzoekt Minister Wiebes opnieuw om snel te reageren.

159. Op al deze brieven en initiatieven heeft KHN slechts zeer beperkt inhoudelijke reacties van de Staat gekregen. Ook daarvan volgt hieronder een korte weergave:

- 30 april 2020 – e-mail medewerker Ministerie van EZK aan KHN (Productie 73)

In deze e-mail wordt door het Ministerie van EZK commentaar gegeven op het door (o.a.) KHN opgestelde protocol voor de horeca.

- 24 mei 2020 – brief Ministerie J&V aan KHN (Productie 74)

In deze brief verwijst de Minister naar het door KHN publiceren van het protocol Heropening Horeca, en wijst hij op een (vermeende) onduidelijkheid in de interpretatie van de uitgangspunten van het kabinet.⁹²

- 26 mei 2020 – brief Ministerie J&V aan KHN (Productie 75)

Deze brief is een reactie op Productie 57, en gaat eveneens over de (vermeende) onduidelijkheid in de interpretatie van de uitgangspunten van het kabinet.

- 3 juni 2020 – brief Ministerie J&V aan KHN (Productie 76)

De Minister reageert op door KHN in een televisieprogramma gedane uitspraken omtrent het overnemen van juridische boetetracten van haar leden. De Minister stelt dat de 'oproep' van KHN het volksgezondheidsbeleid van het kabinet ondermijnt.⁹³

- 9 juni 2020 – brief Ministerie J&V aan KHN (Productie 77)

Deze brief is een reactie op Productie 59, en gaat eveneens over de door KHN in een televisieprogramma gedane uitspraken omtrent het overnemen van juridische boetetracten van zijn leden.

- 20 juli 2020 – brief Ministerie J&V aan KHN (Productie 78)

De Minister reageert op de brief van de advocaat van KHN van 7 juli 2020 (Productie 62) en het door KHN opschorten van zijn deelname aan het bestuurlijk overleg (Productie 61). De Minister stelt dat het kabinet bij de besluitvorming over te nemen maatre-

⁹² Zie voor de reactie van KHN op deze brief Productie 57.

⁹³ Zie voor de reactie van KHN op deze brief Productie 59.

gelen ter bestrijding van het virus zich in de eerste plaats laat adviseren door het OMT, maar dat daarnaast ook de maatschappelijke en economische consequenties in zijn afweging worden betrokken.

- 10 november 2020 – brief namens Minister van Volksgezondheid aan KHN (Productie 79)

Deze brief betreft een ontvangstbevestiging van het door KHN ingestelde WOB-verzoek (Productie 64). In de brief wordt toege- licht dat het WOB-verzoek via een afwijkende werkwijze behan- deld zal worden (zie alinea's 281 e.v. hierna).

160. Uit het voorgaande volgt dat de reacties van de Staat met name zien op specifieke onderwerpen of details, zoals een onduidelijkheid over de uit- gangspunten van het kabinet t.a.v. de horeca, of door KHN in een lokaal televisieprogramma gedane uitspraken. Op de vele verzoeken om een in- houdelijke onderbouwing van de genomen maatregelen zijn geen inhou- delijke reacties gekomen.
161. Naast de voornoemde schriftelijke correspondentie heeft KHN vele (digi- tale) besprekingen gehad met de verschillende Ministeries, Ministers en Staatssecretarissen. KHN heeft er kortom alles aan gedaan om aandacht te vragen voor de horeca-sector. Daarbij heeft het zich niet beperkt tot het (passief) vragen om financiële steun, maar heeft het ook (actief) onder- bouwde en uitgewerkte plannen gemaakt voor een verantwoorde herope- ning van de horeca. KHN en zijn leden hebben zich daarbij steeds aange- past aan nieuwe werkelijkheden en nieuwe maatregelen van de Staat.
162. Op enig moment heeft KHN echter moeten constateren dat zijn moeite te- vergeefs is geweest, en dat het bij de Staat (steeds) nul op het rekest kreeg. De horeca is nog steeds gesloten, en KHN heeft na meer dan een jaar Covid-19 nog steeds geen onderbouwing van deze (volledige) slui- ting gezien.

3.8 Conclusies ten aanzien van het beleid

163. Zoals reeds in de inleiding werd gesteld⁹⁴ is de lange sluiting van de ho- reca niet een rechtstreeks gevolg van de corona pandemie, maar in ieder geval mede van keuzes die de overheid heeft gemaakt. De overheid heeft haar beleid er vooral op gericht de ziekenhuisopnamecurve af te vlakken

⁹⁴ Onder 1 tot en met 11.

totdat het vaccin zijn zegenende werk zal hebben gedaan. In dat kader heeft zij ernaar gestreefd de "R" net onder de 1 te brengen onder meer door de som van de bewegingen enigszins te beperken en contacten tussen mensen en groepsvorming terug te brengen. Bij de keuze welke mobiliteit dan wel werd toegestaan en welke niet stond de horeca achteraan in de rij. Deze aanpak heeft ertoe geleid dat de horeca onevenredig zwaar is getroffen.

164. De overheid heeft voor de sluiting van de horeca mede als reden aangevoerd dat in de horeca een verhoogde besmettingsgraad zou gelden. De overheid noemt in dat verband percentages van 1,8-2,9%, maar onderbouwt die percentages niet. Wellicht was sluiting op die grond aanvankelijk misschien nog wel als noodvoorziening verdedigbaar, maar naar gelang de tijd verstreek is dat argument zonder adequate wetenschappelijke en feitelijke onderbouwing steeds minder houdbaar. KHN heeft steeds om die onderbouwing gevraagd en die niet gekregen. Het was aan de overheid - in samenwerking met buitenlandse overheden en internationale organisaties - onderzoek te doen naar de parameters die bepalend zijn voor de besmetting. Voor zover geen toereikend onderzoek heeft plaatsgevonden of buitenlandse wetenschappelijke bronnen bij de besluitvorming zijn betrokken, valt dat de overheid te verwijten. Daarbij zou het overigens niet alleen moeten gaan om de besmetting die in de horeca zou kunnen ontstaan, maar ook om het waterbed-effect dat optreedt als gevolg van de sluiting van de horeca. In ieder geval is niet gebleken dat onderzoek is gedaan naar dit waterbed-effect, dus de negatieve gevolgen van sluiting van de horeca, die – naar men moet aannemen – potentiële horeca bezoekers tot bezoek aan huis en thuisfeestjes aanzet of hen naar parken en stranden drijft. Ook die activiteiten leiden tot beweging en groepsvorming. Het zou beter geweest zijn als ontmoetingen hadden plaatsgevonden in een gereguleerde horeca dan op thuisfeestjes en illegale oploopies. Met name valt niet in te zien waarom na de zomer de horeca of grote delen daarvan niet konden openblijven met gebruikmaking van de door de horeca ontwikkelde protocollen. Ook het OMT was in september 2020 niet van mening dat de horeca geheel gesloten moest worden. Het gebrek aan deugdelijke bronnen die op besmettingsgevaar in het kader van de horeca zelf wijzen, zal allicht verklaren dat de Staat steeds sterker lijkt te leunen op het argument, dat sluiting van de horeca tot minder reisbewegingen (contacten en groepsvorming) leidt. Tegelijkertijd wijst de voor-

zichtig aangekondigde opening van de terrassen er weer op dat een toename van het aantal reisbewegingen verantwoord wordt geacht, dan wel door de Staat eindelijk wordt ingezien dat door de horeca juist een verantwoorde invulling kan worden gegeven aan de sterk gedaalde bereidheid om thuis te blijven. Kortom: de Staat dwarrelt en dat geeft voeding aan de veronderstelling dat het beleid niet goed is onderbouwd en ook niet valt te onderbouwen.

165. De keuzes van de overheid te detrimente van de horeca brengen met zich dat het geheel of gedeeltelijk gesloten houden van de horeca onrechtmatig is of dat althans volledige nadeelcompensatie betaald dient te worden. Zulks klemmt te meer nu de besmettingsgraad, in elk geval bij de thans beschikbare kennis, niet als argument voor het gesloten houden van de horeca kan gelden.

4 VORDERINGSGRONDSLAGEN

4.1 (On)rechtmatige overheidsdaad

166. De onevenredige, onvoorziene en langdurige offers van de horeca-ondernemers ten bate van de gemeenschap kunnen niet meer worden gerekend tot een maatschappelijk risico dat rechtens moet worden geduld. Zoals gezegd, zijn deze offers het gevolg van keuzes die de Staat heeft gemaakt, die de Staat ook anders had kunnen maken en die in toenemende mate veel meer berusten op een generieke beperking van mobiliteit dan op een besmettingsgevaar binnen de horeca. Iedereen in Nederland is getroffen door het coronavirus, maar verreweg de meeste ondernemingen hebben kunnen doorwerken terwijl slechts een aantal sectoren zoals de horeca door de Staat compleet is stilgelegd om de verspreiding van het virus in te dammen.
167. Specifieke sectoren krijgen daarmee de rekening gepresenteerd voor besmettingen die in belangrijke mate zijn veroorzaakt buiten hun invloedssfeer, terwijl deze bemettingen ook zouden kunnen worden voorkomen door naleving en handhaving van de basisregels of door generieke vermindering van het aantal reisbewegingen (zoals geografische beperkingen). Voor zover de maatregelen wel zijn ingegeven door verspreidingsrisico's binnen de horeca, zijn die risico's onvoldoende onderzocht om als deugdelijk basis voor het beleid te kunnen gelden. Het gaat slechts in zeer beperkte mate om 'gevaarzetting' door de horeca-activiteiten zelf, mede

gelet op alle prudente maatregelen die de horeca vanaf 2020 heeft genomen ter voorkoming van besmettingen. De minstgenomen beperkte en in elk geval zeer onzekere 'voordelen' van de maatregelen leggen extra gewicht in de schaal waarom de horeca-ondernemers, waaronder eisers, onevenredig worden getroffen.

168. De keuze van de Staat voor de zéér ingrijpende maatregelen ten laste van de horeca berust niet op een evenredige verdeling van verantwoordelijkheden voor de corona-pandemie en de gevolgen daarvan. Een horeca-ondernemer heeft geen grotere verantwoordelijkheid dan een advocatenkantoor, een bouwbedrijf, een winkel, een school of universiteit, de rechterlijke macht en alle andere sectoren in de samenleving. De sluiting van de horeca berust op een keuze van de Staat voor een bepaalde uitruil van beperkingen en vrijheden bij schaarste van maatschappelijke bewegingsruimte. De Staat kan alleen daarom al rechtens niet volstaan met beperkte subsidieregelingen en flankerende maatregelen (zie hierover hierboven par. 3.1 en nader par. 4.3), maar zal over de brug moeten komen met een compensatieplan dat de werkelijke onevenredige schade voor de horeca-ondernemers adresseert.
169. In de gegeven omstandigheden laat het recht niet toe dat de overheid kan besluiten om, zonder rechterlijk correctief, de financiële coronalasten eenzijdig en onevenredig af te wentelen op een smaldeel in de samenleving. De rechter heeft hier een taak, om rechtsbescherming te verlenen aan de aldus onevenredig getroffen horeca-ondernemers. Daaraan doet niet af dat het hier gaat om een substantiële groep van belanghebbenden die, ondanks verschillen, in essentie gelijkelijk zijn en worden getroffen door de sinds maart 2020 getroffen coronamaatregelen. De compensatievordering van eisers past naadloos in het leerstuk van nadeelcompensatie, zoals dat op de grondslag van art. 6:162 en 6:168 BW en art. 1 Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ("EP") ook gestalte heeft gekregen.
170. Eisers menen dat de besluitvorming van de Staat over maatregelen ten laste van de horeca ondeugdelijk en onrechtmatig is, althans aanleiding geeft tot het toekennen van volledige schadevergoeding. Deze besluitvorming is volgens eisers een relevante factor bij de beoordeling van de compensatievordering. Immers, juist als die besluitvorming zelf niet onrechtmatig wordt bevonden of de rechter daarin niet wil treden, is er te meer grond om dan wél te voorzien in een behoorlijke schadevergoeding

(vgl. art. 6:168 BW). De keuze van de Staat om onzekerheden over de noodzakelijkheid, proportionaliteit en effectiviteit van de horeca-sluiting en andere beperkende maatregelen voor lief te nemen, vormen een integraal onderdeel van de beoordeling die art. 6:162 BW van de civiele rechter vergt. Hetzelfde geldt voor het ontbreken van een adequaat feitelijk en wetenschappelijk onderzoek naar de besmettingsrisico's in de horeca, reisbewegingen in verband met opening van de horeca en substitutiebesmettingen indien de horeca gesloten is (waterbed-effect) en het schenden van het gelijkheidsbeginsel. De schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die in dit verband aan de orde zijn vormt het onderwerp van paragraaf 4.4.

4.2 Nadeelcompensatie: art. 6:162 BW en art. 1 Eerste protocol bij het EVRM

4.2.1 Inleiding

171. Hierboven in par. 3.1 is uiteengezet dat de horeca-ondernemers onevenredig zwaar worden getroffen door de corona-maatregelen. Daarbij gaat het om een bijzondere combinatie van omstandigheden:

- i) de horeca-ondernemers lijden vaststaande, zeer substantiële schade – op zichzelf beschouwd en in verhouding tot de meeste andere ondernemers en de maatschappij als geheel – als gevolg van keuzes die de Staat heeft gemaakt met het oog op de bestrijding van de pandemie;
- ii) deze onevenredige schade valt terug te voeren op de keuze van de Staat voor een beleid gericht op afvlakking van de curve, en niet op een zo snel mogelijke uitbanning van de pandemie; daarmee heeft de Staat gekozen voor een verloop van de pandemie waarin publieksintensieve sectoren zoals de horeca ingrijpend worden geraakt;
- iii) de door de Staat gemaakte prioritering leidt, gegeven de schaarste van bewegingsruimte, tot een directe uitruil van beperkingen en vrijheden: wat aan de horeca wordt ontnomen kan aan anderen worden gegund, omdat het gaat om de optelsom van besmettingsrisico's;
- iv) een deugdelijke wetenschappelijke en feitelijke onderbouwing en verantwoording van de noodzakelijkheid, proportionaliteit en effectiviteit van de zeer ingrijpende en langdurige maatregelen ten laste van de horeca ontbreekt nog steeds, ondanks alle informatieverzoeken van KHN, terwijl de verplichting om de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen bij de overheid

berust (artikel 3:2 Awb);

- v) er bestaat minstgenomen grote onzekerheid over de werkelijke epidemiologische 'voordelen' van de maatregelen, terwijl het in toemende mate bovendien niet zozeer gaat om de vrees voor besmettingen binnen de horeca, maar om beperking van bewegingen van en naar de horeca.

172. De subsidieregelingen en andere maatregelen die door de Staat zijn en worden genomen zijn veruit onvoldoende om de onrechtmatigheid wegens het ontbreken van adequate en tijdige compensatie weg te nemen (zie par. 3.1 hierboven). Het is ook niet voor niets dat in de samenleving stemmen opgaan om de verdeling van de lasten van de corona-pandemie eerlijker te maken.⁹⁵ Het feit dat het hier gaat om een gehele sector, en niet om individuele ondernemers binnen die sector, doet daar niet aan af (zie hierna par. 4.2.4).

De Staat is gehouden de onevenredige schade van de horeca-ondernemers te compenseren. Die vergoedingsplicht baseren eisers op het beginsel van *égalité devant les charges publiques* en art. 1 EP.

4.2.2 Het beginsel van *égalité devant les charges publiques* en de plicht tot nadeelcompensatie

173. Het beginsel van *égalité devant les charges publiques* brengt met zich dat lasten niet in onevenredige zin meer op de een mogen drukken dan op de ander. Het beginsel is een verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel, zoals ook verwoord in artikel 1 van de Grondwet. Het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, wanneer bepaalde individuen of groepen die door op zichzelf gerechtvaardigde overheidsmaatregelen in vergelijking met anderen onevenredig worden gedupeerd, terwijl zij daarvoor geen compensatie krijgen.⁹⁶ Zie bijvoorbeeld *Staat/Lavrijsen*:⁹⁷

"Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, - dat wil zeggen: buiten het normale maat-

⁹⁵ Uit de laatste meting van het RIVM (10-14 februari 2021) blijkt dat 42,9% van de ondervraagden het (helemaal) oneens was met de stelling "de Nederlandse overheid verdeelt de lasten van de coronacrisis eerlijk". Slecht 26,3% was het (helemaal) eens met deze stelling. Zie www.rivm.nl/gedragsonderzoek/maatregelen-welbevinden/communicatie-en-vertrouwen.

⁹⁶ T. Barkhuysen, J.E. van den Brink, C. de Kruif e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, achtste druk, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 365-36. Vgl. R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Rechtsbescherming overheidsaansprakelijkheid*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1045.

⁹⁷ HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003, 615 m.nt. M. Scheltema (*Staat/Lavrijsen*), r.o. 3.8.

schappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende - gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 8 januari 1991, nr. 14.096, NJ 1992, 638, ABRvS, 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb)."

174. Het beginsel van *égalité devant les charges publiques* is inmiddels in wetgeving vastgelegd (en zal op korte termijn leiden tot wijziging van de Awb).⁹⁸ Op 2 maart 2021 heeft de Eerste Kamer ingestemd met de wet Wijziging Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht. Bij inwerkingtreding van deze wet kan ook Titel 4.5 Awb in werking treden en bestaat er een wettelijk recht op nadeelcompensatie. Voor beoordeling van deze vordering kan worden aangesloten bij dit beoordelingskader. Art. 4:126 (nieuw) Awb⁹⁹ bepaalt dat een bestuursorgaan schade, veroorzaakt bij de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, moet vergoeden.
175. In algemene zin is de maatstaf voor compensatie op grond van het beginsel van *égalité devant les charges publiques* dat iemand onevenredig zwaar wordt getroffen door overheidshandelen dat voor hem een last inhoudt die: (1) abnormaal is (d.w.z. uitstijgt boven hetgeen maatschappelijk gebruikelijk is en dus boven wat normaal gesproken te verwachten valt en (2) speciaal is (d.w.z. een enkeling of een groep bijzonder zwaar treft).¹⁰⁰ Onder omstandigheden heeft dit tweede criterium echter minder onderscheidende betekenis en wordt de compensatieplicht gebaseerd op het eerste criterium:¹⁰¹

"Beide vereisten hangen met elkaar samen. In sommige gevallen zal met name het vereiste van de speciale last bijdragen aan de conclusie dat

⁹⁸ De relevante bepaling (art. 4:126 Awb) is in 2013 al aangenomen, de aanpassingswetgeving die voor inwerkingtreding relevant was, is in maart 2021 aangenomen. Art. 4:126 Awb en de aanpassingswetgeving zullen in werking treden, maar de datum daarvoor is nog niet gepubliceerd.

⁹⁹ Wet van 31 januari 2013, *Stb.* 50.

¹⁰⁰ R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Rechtsbescherming overheidsaansprakelijkheid*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1045. De basis is ontwikkeld in HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, AB 1991/241 m.nt. F.H. van der Brug, NJ 1992/638 (Leffers) en HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003, 615 m.nt. M. Scheltema (Staat/Lavrijsen).

¹⁰¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32621, 3, p. 23-24.

aanspraak bestaat op een vergoeding (denk aan de in de paragraaf II.1 genoemde zaak van varkensmester Leffers, die in vergelijking met anderen onevenredig zwaar werd getroffen), terwijl in andere situaties in de eerste plaats sprake is van schade die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico, terwijl het vereiste van de speciale last minder onderscheidende betekenis heeft."

4.2.3 De horeca draagt een abnormale last

176. De overheidsmaatregelen die sinds maart 2020 zijn genomen leveren een abnormale last op voor de horeca-ondernemers. Deze last stijgt uit boven het normale ondernemersrisico (normaal maatschappelijk risico), dat wil zeggen boven de nadelen waarmee iedere ondernemer in zijn bedrijfstak rekening moet houden omdat die inherent zijn aan het ondernemen in een dichtbevolkte en sterk gereguleerde samenleving en die iedere ondernemer dan ook zelf zal moeten dragen.¹⁰² De situatie waarin de horeca-ondernemers zich bevinden is zonder precedent. Niettemin voldoet de compensatievordering zonder meer aan de vereisten voor nadeelcompensatie.
177. Ondernemers moeten er, onder omstandigheden, bijvoorbeeld rekening mee houden dat zij overlast kunnen ervaren door reguliere infrastructuurle werkzaamheden en verkeersmaatregelen. Nadelen als gevolg van overheidsoptreden in dat kader vallen dan ook onder het normale ondernemersrisico.¹⁰³ Het behoeft geen nadere toelichting dat de omvang en duur van de overheidsmaatregelen, en in het bijzonder de (algehele) sluiting van de horeca, naar aanleiding van de corona-pandemie van een totaal andere orde zijn en niet tot het normale ondernemersrisico behoren. Een maandenlange staking van (vrijwel) alle bedrijfsactiviteiten was voor de horeca-ondernemers niet voorzienbaar (zeker niet voor en aan het begin van de corona-pandemie) en is eenvoudigweg geen risico waarop de horeca-ondernemers zouden kunnen hebben anticiperen.¹⁰⁴ Daarbij komt dat de algehele sluiting, ook zeker gezien de huidige omstandigheden, tot de meest vergaande categorie van maatregelen behoort.
178. De abnormaliteit van de door de Horeca-ondernemers ten behoeve van de

¹⁰² Dit vereiste komt ook terug in art. 4:126 Awb. Zie ook *Kamerstukken II 2010-2011*, 32621, 3, p. 13 en 23. R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Rechtsbescherming overheidsaansprakelijkheid*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1046.

¹⁰³ R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Rechtsbescherming overheidsaansprakelijkheid*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1046.

¹⁰⁴ Vgl. R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Rechtsbescherming overheidsaansprakelijkheid*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1046.

gemeenschap gedragen onevenredige lasten heeft een temporele dimensie. Indien en voor zover de rechtbank zou menen en kunnen verantwoorden dat de horeca-ondernemers de gevolgen van de corona-maatregelen in de 'eerste golf' (voorjaar 2020) nog als een van buiten komend onheil moeten dulden, dan geldt dat in elk geval niet meer naarmate de beperkingen voortduren en zeker niet meer vanaf 14 oktober 2020, toen de Staat opnieuw tot algehele sluiting overging van de horeca. Het abnormale karakter wordt bovendien in toenemende mate gekleurd door het feit dat de horeca aantoonbaar effectieve risicobeperkende maatregelen binnen bijvoorbeeld de restaurants of op de terrassen kan nemen en de voortdurende, bijzonder ingrijpende maatregel van sluiting in toenemende mate erop berust de bewegingen van en naar de horeca te beperken in het belang van de volksgezondheid.

4.2.4 Het criterium van de speciale last heeft geen onderscheidende betekenis

179. In de onderhavige zaak heeft het criterium van de speciale last geen onderscheidende betekenis. Dit vindt steun in de (codificerende) regeling van art. 4:126 Awb.¹⁰⁵ Bij schade die wordt geleden door grotere groepen als *collateral damage* van maatregelen in het algemeen belang zou het criterium van de speciale last tot het onwenselijke gevolg leiden dat deze groepen verstoken zouden blijven van compensatie.¹⁰⁶

"Een lastige vraag is hoe de speciale last moet worden toegepast in situaties waarin grote groepen min of meer vergelijkbare ernstige schade – bijvoorbeeld hinder door werkzaamheden aan de infrastructuur – ondervinden. Duidelijk is dat de genoemde strenge invulling van de speciale last ertoe zou leiden dat grote groepen burgers van een recht op nadeelcompensatie verstoken blijven. In de praktijk krijgt de speciale last in zulke gevallen geen concrete invulling. In regelingen voor nadeelcompensatie die zien op een concreet infrastructureel project (de aanleg van de Noord-Zuidlijn, Betuweroute, HSL-Zuid, uitbreiding van Schiphol etc.) zien we dat de speciale last niet genoemd wordt, in de veronderstelling dat de groep

¹⁰⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32621, 3, p. 13 en 23-24. Art. 4:126 Awb is in 2013 al aangenomen, de aanpassingswetgeving die voor inwerkingtreding relevant was, is in maart 2021 aangenomen. Art. 4:126 Awb en de aanpassingswetgeving zullen in werking treden, maar de datum daarvoor is nog niet gepubliceerd.

¹⁰⁶ T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 38.4 De strikte én soepele invulling van de speciale last.

als geheel 'speciaal' getroffen wordt ten opzichte van een niet nader aangedeude groep niet-getroffenen. Echt bezwaarlijk is dat niet, nu de andere criteria voor nadeelcompensatie, in het bijzonder het normaal maatschappelijk risico, in zulke gevallen zonder problemen kunnen worden toegepast."

180. In regelingen voor nadeelcompensatie voor grotere groepen gelaedeerden wordt de speciale last vaak helemaal niet genoemd. Hiervoor kan bijvoorbeeld worden gewezen op de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute, de Nadeelcompensatieverordening HSL-Zuid, A16 en A4, de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn en de Verordening Schadecompensatieregeling HOV-baan.¹⁰⁷ Ook bij de Tijdelijke wet Groningen¹⁰⁸ wordt de schade van een grote groep huiseigenaren vergoed. Waar een grote groep onevenredig wordt getroffen door overheids-optreden, wordt niet of nauwelijks belang toegekend aan het criterium van de speciale last. Ook in de rechtspraak wordt het criterium van de speciale last flexibel toegepast.^{109 110}
181. In de huidige corona-tijd zien wij deze benadering terug in de compensatie van pelsdierhouders op grond van de Wijziging van de Wet verbod pelsdierhouderij in verband met een vervroegde beëindiging van de pelsdierhouderij. In de memorie van toelichting bij deze regeling bepaalt de Nederlandse wetgever zelfs expliciet dat het vereiste van de speciale last helemaal niet wordt gesteld:¹¹¹

"Opgemerkt wordt dat in het voorgestelde artikel 8 niet is opgenomen dat schade wordt vergoed voor zover de pelsdierhouder onevenredig wordt getroffen in vergelijking met anderen (de zogeheten «speciale last»). Dit omdat in het licht van artikel 1 EP EVRM het in deze uitzonderlijke situatie een gegeven is dat de voorgestelde vervroegde beëindiging grote impact heeft op de pelsdierhouders en dat de rechtstreekse gevolgen van de vervroegde beëindiging niet volledig voor rekening en risico van de getroffen

¹⁰⁷ M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 394.

¹⁰⁸ Voluit: Tijdelijke maatregelen inzake een publiekrechtelijke aanpak van de gevolgen van bodembeweging door gaswinning uit het Groningenveld en de gasopslag bij Norg.

¹⁰⁹ M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 395-396. Tjepkema verwijst naar ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9040, JB 2008/125 JT en ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8464, JB 2009/177, waarin het ging om respectievelijk een appellant die behoorde tot een groep van bewoners van ongeveer 15.000 woningen rond Schiphol en een groep van bewoners rond coffeeshops.

¹¹⁰ M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 396-397.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2020-2021, 35 633, nr. 3, p. 5.

pelsdierhouders horen te blijven. Een toets aan de vraag in hoeverre de ene getroffen pelsdierhouder in vergelijking tot andere getroffen pelsdierhouders onevenredig wordt geraakt, is dan niet meer aan de orde. Dat betekent voor de toepassing van dit wetsvoorstel dat schade uitsluitend voor vergoeding in aanmerking komt voor zover deze het rechtstreeks gevolg is van de vervroegde beëindiging en uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico."

182. Zoals uit deze memorie van toelichting blijkt, is het niet zinvol om het vereiste van een 'speciale last' te stellen: de hele sector wordt immers geraakt door de overheidsmaatregelen en heeft daarom recht op nadeelcompensatie. De wetgever ziet hoogstens de samenleving of het bedrijfsleven als geheel als referentiegroep, maar zet de speciale last van individuele pelsdierhouders in ieder geval niet af tegen de pelsdierhouderij als sector. De juridische verantwoording door de wetgever geeft blijk van de rechtsovertuiging dat voor groepsgewijze compensatie voor de ernstig uitwerkende coronamaatregelen een rechtsgrondslag bestaat in het leerstuk van nadeelcompensatie.
183. Als de situatie van pelsdierhouders wier onderneming als gevolg van de vatbaarheid van nertsen voor het Covid 19 virus vier jaar eerder dan de uiterste datum volgens de overgangstermijn van tien jaar moest worden gesloten tot deze laatste categorie behoort, dan geldt dat zeker voor de situatie van de horeca-ondernemers. Natuurlijk is er een verschil: de bedrijven van de pelsdierhouders worden vervroegd gesloten. Maar bedacht moet worden dat het in beide gevallen om een in de tijd beperkt tijdvak gaat. Beide sectoren worden echter op onevenredige wijze getroffen door en zijn *collateral damage* bij overheidsmaatregelen in het belang van de volksgezondheid. Ook de horeca-ondernemers worden ten diepste geraakt door de vrijwel volledige staking van hun bedrijfsactiviteiten, en er is een zeer reële kans dat een substantieel deel van hen de deuren zal moeten sluiten en zelfs zal failleren. Bovendien wisten de pelsdierhouders dat de sector zou ophouden te bestaan en hebben zij daar rekening mee kunnen houden, zij het dat de beëindiging is vervroegd. De Horeca-ondernemingen zijn bedrijven met een toekomst en konden in het geheel geen rekening houden met dan wel anticiperen op een langdurige sluiting en de andere beperkende maatregelen.
184. Tot slot moet een belangrijk verschil tussen de pelsdierhouderij en de ho-

reca niet uit het oog worden verloren: bij de pelsdierhouderij lag de specifieke reden voor de sluiting in besmettingen bij/door de pelsdieren. Bij de horeca-sluiting ontbreekt zo'n specifieke reden, zie ook hierna onder par.4.4.2, zodat er juist voor de horeca nog minder reden is om als groep uitzonderlijk hard te worden getroffen.

4.2.5 Eigendomsbescherming

185. Het sluiten van de horeca en de overige beperkende maatregelen vormen een inbreuk op het eigendomsrecht (in de zin van art. 1 EP,¹¹² art. 17 lid 1 EU-Handvest¹¹³ en art. 14 Gw¹¹⁴) van de Horeca-ondernemers. De sluiting van de horeca vormt een tijdelijke absolute beperking, een ingrijpende regulering, van het eigendomsrecht van de horeca-ondernemers. Uit *Vékony/Hongarije* volgt dat de economische belangen als 'eigendom' gelden in de zin van artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM,¹¹⁵ en de horeca-ondernemers worden door de sluiting en de overige beperkende maatregelen duidelijk in hun economische belangen geschaad. Het ontbreken van adequate compensatie voor het onevenredig nadeel dat zij als gevolg van de door de Staat gemaakte keuzes lijden, maakt dat geen sprake is van een fair balance tussen de door de overheidsmaatregelen geschaadde belangen van de horeca-ondernemers en de daarmee gediende belangen van de volksgezondheid.
186. De beperking van het eigendomsrecht moet een wettelijke basis hebben, die overeenstemt met "the rule of law" en die niet in strijd is met verbod

¹¹² Art. 1 EP: "Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren."

¹¹³ Art. 17 lid 1 EU-Handvest: "Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij de wet voorzover het algemeen belang dit vereist."

¹¹⁴ Art. 14 Gw: "1. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.

2. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.

3. In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt."

¹¹⁵ EHRM 13 januari 2015, nr. 65681/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113 (*Vékony t Hongarije*), punt 29. Zie eerder: EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/848 (*Tre Traktörer Aktiebolag tegen Zweden*).

op willekeur. Deze wettelijke basis moet bovendien voldoende "accessible, precise and foreseeable" zijn.¹¹⁶ Van de Staat mag worden verwacht dat hij "due diligence" in acht neemt.¹¹⁷ De inbreuk moet daarnaast corresponderen met een legitiem doel en een dwingend maatschappelijk belang.¹¹⁸ Uit de EHRM-rechtspraak volgt een vereiste van effectiviteit of geschiktheid, in die zin dat een maatregel niet toelaatbaar is als deze niet blijkt bij te dragen aan het verwezenlijken van het doel, maar wel een grondrechtenbeperking oplevert. Ook behoort de aangevoerde rechtvaardiging relevant en voldoende ('relevant and sufficient') te zijn en een wezenlijke bijdrage aan een belangrijk maatschappelijk doel te leveren.¹¹⁹

187. Beperkingen van grondrechten zoals het recht op eigendom moeten dus noodzakelijk zijn om het nagestreefde legitieme doel te kunnen realiseren, en daarnaast moet er een redelijke verhouding ('fair balance') bestaan tussen het maatschappelijke belang dat wordt gediend met de beperking, en het recht dat daardoor wordt aangetast.¹²⁰ De fair balance test omvat een proportionaliteits- en evenredigheidsvereiste, dat impliceert dat de Staat een redelijke afweging moet hebben gemaakt tussen de belangen-aantasting die door een maatregel wordt veroorzaakt, en het doel dat ermee wordt gediend. Daarnaast mag de maatregel zijn doel niet voorbij schieten, in die zin dat geen zwaardere middelen mogen worden gebruikt dan strikt noodzakelijk zijn om het doel te bereiken (subsidiariteitsvereiste).¹²¹ Hierbij is volgens het EHRM ook relevant:¹²²

"whether it would have been possible to achieve the same objective by less invasive interference with the applicant's rights and whether the authorities examined the possibility of applying these less intrusive solutions (OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, §§ 651-654; Vaskrsić v. Slovenia, § 83)."

¹¹⁶ EHRM, 'Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights', 31 augustus 2020, nrs. 112-113.

¹¹⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.3 en EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Önerildiz/Turkije*), punt 128.

¹¹⁸ J.H. Gerards, *EVRM - algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 142. Vgl. ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: Het Straatsburgse perspectief* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 63 en EHRM, 'Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights', 31 augustus 2020, nr. 125.

¹¹⁹ Gerards 2011, p. 142.

¹²⁰ Zie ook Gerards 2011, p. 140-141. EHRM 23 september 1982, nrs. 7151/75 en 7152/85, Series A, Vol. 52 (*Sporrong & Lönnroth t. Zweden*).

¹²¹ Gerards 2011, p. 142.

¹²² EHRM, 'Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights', 31 augustus 2020, nr. 152.

188. In de rechtspraak van het EHRM ligt bovendien in toenemende mate de nadruk op de vraag in hoeverre sprake is van een zorgvuldige voorbereiding van grondrechtenbeperkende maatregelen.¹²³ Is sprake van een botsing van grondrechten – in casu met de uit art. 2 en 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot bescherming van de gezondheid van burgers, met inbegrip van het zgn. voorzorgsbeginsel – dan komt met name ook gewicht toe aan het subsidiariteitsvereiste.¹²⁴ Beperkingen van het recht op eigendom mogen, mede gelet op art. 14 EVRM, niet discriminatoir zijn.
189. De toetsing aan art. 1 EP vindt daarbij plaats op twee niveaus: in abstractie op het niveau van de maatregel als zodanig en in concreto waarbij het aankomt op het bestaan van een '*individual and excessive burden*'.¹²⁵ In dit kader weegt het EHRM ook mee of en, zo ja, in hoeverre schadevergoeding is aangeboden.¹²⁶ Bij die toetsing laat het EHRM een *margin of appreciation* aan de verdragssluitende staten. Dit betreft uitsluitend de verhouding tussen EHRM en de lidstaten en niet de verhouding tussen nationale rechter en de nationale autoriteiten.¹²⁷ De abstracte toetsing wordt in de praktijk ook in collectief verband toegepast. Wederom wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij de Wijziging van de Wet verbod pelsdierhouderij in verband met een vervroegde beëindiging van de pelsdierhouderij waaruit een collectieve toepassing van art. 1 EP blijkt.¹²⁸
190. De overheidsmaatregelen ten laste van de horeca kunnen de toets aan art. 1 EP niet doorstaan, zo lang de Staat geen adequate compensatie biedt

¹²³ Gerards 2011, p. 169 e.v.

¹²⁴ Gerards 2011, p. 177 e.v.

¹²⁵ Vgl. Gerards 2011, p. 146 en 160.

¹²⁶ T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: Het Straatsburgse perspectief* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 63. Zie ook EHRM, 'Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights', 31 augustus 2020, nr. 179.

¹²⁷ Zie o.m. HR 20 december 2019, [ECLI:NL:HR:2019:2006](#) (*Urgenda*), r.o. 5.3.2 en 5.3.3 en Conclusie plv. P-G en A-G bij *Urgenda*, [ECLI:NL:PHR:2019:887](#), par. 2.69. In zijn advies van 25 mei 2020 ("[Voorlichting over grondwettelijke aspecten van \(voor\)genomen crisismaatregelen](#)") verwijst de Afdeling advisering van de Raad van State voor het bestaan van een aanzienlijke margin of appreciation naar het arrest *Shelley t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 4 januari 2008, nr. 23800/06, [ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006](#)), maar dat arrest betreft niet de afweging tussen maatregelen in het belang van de volksgezondheid en de schade aan andere grondrechtelijk beschermde belangen. Het ging in die zaak om de vraag óf een gevangene aanspraak mocht maken op een beleid dat het risico van HIV mitigeerde. Het bestaan van een margin of appreciation, ook als die in voorkomend geval ruimer is, laat onverlet dat statelijk beleid behoorlijk moet kunnen worden verantwoord. Overigens bevat de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State geen kenbare concrete analyse en motivering voor de daarin vervatte conclusie dat de Covid19 maatregelen de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoetsing doorstaan, behalve dan deze verkeerde verwijzing naar *Shelley t. Verenigd Koninkrijk*.

¹²⁸ *Kamerstukken II* 2020-2021, 35 633, nr. 3, p. 5. Zie hiervoor nr. 181.

voor het disproportionele nadeel van de horeca-ondernemers. De subsidieregelingen en flankerende maatregelen zijn veruit onvoldoende om deze disproportionaliteit en het ontbreken van een fair balance op te heffen (zie hierover ook par. 3.1). Dat is a fortiori het geval, indien de rechtbank oordeelt dat, zoals uiteengezet in par. 4.4.2 hieronder, de Staat niet de benodigde "due diligence" in acht heeft genomen bij het nemen van de maatregelen, de besluitvorming rondom de horeca niet op zorgvuldige wijze is geschied (er lijkt in het geheel geen onderzoek naar de effecten te zijn gedaan) en onvoldoende is gemotiveerd, en de maatregelen ook los van de compensatievraag de fair balance test niet kunnen doorstaan (zie ook hierna over de beginselen van behoorlijk bestuur par 4.4), mede omdat de Staat met de sluiting niet voor de minst belastende maatregel heeft gekozen, althans daarnaar in ieder geval onvoldoende onderzoek heeft gedaan (zie ook par. 3.5 en 4.4.3).

4.2.6 Conclusie

191. De horeca wordt abnormaal belast door het afvlakkingsbeleid van de overheid waarbij de horeca bovendien systematisch achteraan in de rij wordt geplaatst. Deze last stijgt ver uit boven het normale ondernemersrisico. Zeker in het licht van de gebrekkige feitelijke en wetenschappelijke onderbouwing en het ontbreken van adequaat onderzoek waardoor de effectiviteit van de sluiting onzeker is, leveren de sluiting en de overige beperkende maatregelen door het ontbreken van (voldoende) compensatie een onrechtmatige daad jegens de horeca-ondernemers op en een schending van art. 1 EP, die de Staat tot schadevergoeding verplicht.
192. Deze schadevergoeding is eens te meer geboden, indien de zaak wordt geplaatst in een breder aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief.

4.3 Een breder aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief

193. Het gaat in deze zaak om een relatief grote groep ondernemers die een individueel en collectief te begroten nadeel lijdt dat verband houdt met door de Staat genomen maatregelen ter bestrijding van de corona-pandemie. Het feit dat deze horeca-ondernemers in dat nadeel veruit onvoldoende tegemoet gekomen worden in de vorm van subsidies en flankerende maatregelen (zie ook par. 4.2), is onrechtmatig, en verdient dan ook een voorziening van de rechter, althans is volledige nadeelcompensatie geboden.

4.3.1 De bestrijding van Covid-19: overheidsmaatregelen ten behoeve van

onzeker voordeel

194. De Staat neemt uit hoofde van zijn publieke taak maatregelen in verband met de risico's verbonden aan de corona-pandemie. Met het nemen van deze maatregelen geeft de Staat ook invulling aan een zorgvuldigheidsnorm. Ingeval van dreigend gevaar behoort degene die verantwoordelijkheid draagt voor het voorkomen of mitigeren van die dreiging maatregelen te nemen om het gevaar zo veel mogelijk af te wenden. Deze zorgplicht vloeit onder meer voort uit de artikelen 2 en 8 EVRM en de zgn. kelderluik-rechtspraak. In dit geval ligt die verantwoordelijkheid bij de Staat. De Staat draagt verantwoordelijkheid voor de volksgezondheid. Voor de invulling van die verantwoordelijkheid is relevant dat het gaat om maatregelen die noodzakelijk en effectief zijn en in een redelijke verhouding staan tot de dreiging.
195. Eisers onderkennen dat onzekerheid over de noodzakelijkheid, proportionaliteit en effectiviteit van maatregelen op zichzelf niet aan een verplichting van de overheid in de weg hoeft te staan. In het kelderluik-arrest wordt gesproken van "*de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht*" resp. "*de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan*", zonder dat de aard van die onzekerheid resp. kans wordt benoemd.¹²⁹ Ook het mensenrechtelijke voorzorgsbeginsel kan ertoe leiden dat de Staat ondanks bestaande onzekerheid maatregelen moet nemen ter bescherming van het recht op leven en het privéleven.¹³⁰
196. Zoals in par. 4.2 en 4.4 aan de orde komt, maakt de onzekerheid over de noodzakelijkheid, proportionaliteit en effectiviteit van de vergaande maatregelen ten laste van de horeca wél dat de Staat eens te meer gehouden is tot compensatie van het onevenredige nadeel geleden door de horeca-ondernemers. Een overheid die een deelgroep van ondernemers of burgers op perfecte wetenschappelijke gronden belast met schadeveroorzakende maatregelen in het belang van de gemeenschap, heeft ook een compensatieplicht. Maar bij onzekerheid of de maatregelen wel nodig en effectief zijn en of zij proportioneel zijn gelet op het daarmee gediende belang van de volksgezondheid, is de onevenredige belasting van die deelgroep nog eerder onrechtmatig, indien adequate compensatie ontbreekt. Dit geldt des te meer indien de onevenredige belasting blijft

¹²⁹ Zie HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966, 136 m.nt. G.J. Scholten. Vgl. bijvoorbeeld ook HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (*Cijsouw I*).

¹³⁰ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

voortduren terwijl de tijd verstrijkt en de Staat de noodzaak, effectiviteit en proportionaliteit van de maatregelen niet of onvoldoende onderzoekt en onderbouwt.

197. Het voorgaande laat onverlet dat de Staat, juist ook gelet op de zekere en ernstig onevenredige schade voor de horeca-ondernemers, structureel deugdelijk behoort te (laten) onderzoeken en te verantwoorden of de maatregelen nog wel geschikt, proportioneel en effectief zijn gelet op het onzekere 'voordeel' ervan voor de volksgezondheid. Ook in een crisissituatie dient de Staat te handelen in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Eisers willen niets liever dan een spoedige, verantwoorde en structurele openstelling, juist om te vermijden dat hun schade verder oploopt en zij daarvoor compensatie moeten vorderen. Bovendien gaat het natuurlijk niet alleen om geld. Voor de meeste horeca-ondernemers heeft hun onderneming een fundamentele sociale betekenis in het leven van henzelf, hun personeel en hun klanten. Geldelijke compensatie laat de schade aan deze fundamentele waarde onverlet. Ook daarom is er alle aanleiding de besluitvorming door de Staat kritisch te bezien, ook los van de financiële schade die daarvan het gevolg is. Verwezen wordt naar paragraaf 4.4 hieronder.

4.3.2 De overheidsmaatregelen ten behoeve van *onzeker* voordeel veroorzaken *zeker* nadeel

198. Horeca-ondernemers zoals eisers lijden als gevolg van de aan hen opgelegde maatregelen schade, zoals hierboven in par. 3.1 is uiteengezet. Deze schade is voldoende concreet, precies en betrouwbaar te begroten althans te schatten, zowel individueel als collectief. Ondernemers kunnen met voldoende zekerheid begroten welke omzet zij seizoensmatig maken. Dat geldt voor ondernemers die reeds een aantal jaren werkzaam zijn. Meestal zal het voldoende zijn de kosten en omzet die *ceteris paribus* behaald zouden zijn door extrapolatie van historische gegevens te bepalen. Voor startende ondernemers geldt doorgaans dat een solide exploitatieplan aan de opening van het bedrijf ten grondslag ligt. Aldus kan berekend worden wat de omzet- en winstderving is die de horeca-ondernemers sinds maart 2020 hebben geleden en bij ongewijzigd beleid de komende tijd zullen lijden, ondanks de subsidieregelingen en flankerende maatregelen die de Staat in het leven heeft geroepen. Over het bestaan van deze schade bestaat geen onzekerheid. De schade is substantieel en in veel gevallen levensbedreigend, in de zin dat het voortbestaan van veel

horecabedrijven op het spel staat (zie hierover ook par. 3.1).

199. Het bestaan van zekere en goed te begroten substantiële schade, die het voorzienbare en vaststaande gevolg is van de overheidsmaatregelen ten laste van de horeca, is een wezenlijk vertrekpunt voor de vraag welke verplichtingen de Staat jegens eisers heeft. Er is geen sprake van geringe schade of schade waarvan onzeker is of deze toerekenbaar is aan overheidsmaatregelen en waarvan nog kan worden gezegd dat die behoort tot het ondernemersrisico of het maatschappelijke risico dat iedereen zelf moet dragen (zie ook hierna nr. 178 e.v.). Bovendien reflecteert de zekerheid van de schade ook de ernst van de door de overheidsmaatregelen in het belang van de volksgezondheid geschade fundamentele rechten en vrijheden, waaronder de ondernemersvrijheid (art. 8 EVRM en art. 16 EU-Handvest), de eigendom (art. 1 EP en art. 17 EU-Handvest) en de mogelijkheid om daarmee inkomen te genereren en te voorzien in een bestaan.

4.3.3 Onvoldoende compensatie van horeca-ondernemers is onrechtmatig

200. Het is onredelijk en onrechtmatig dat horeca-ondernemers, waaronder eisers, niet door de Staat worden gecompenseerd boven het niveau van de subsidieregelingen en flankerende maatregelen.
201. De corona-pandemie en de gevolgen daarvan vormen voor de horeca-ondernemers geen normaal voorzienbaar ondernemersrisico (zie ook hiervoor nrs. 176 e.v.). De maatregelen die de Staat heeft getroffen en treft zijn niet vergelijkbaar met eerdere maatregelen waarmee zij rekening konden houden. De door de Staat getroffen maatregelen zijn uitzonderlijk en worden – voor zover überhaupt (nog steeds) noodzakelijk, proportioneel en effectief, waarover par. 4.4 hieronder - gelegitimeerd door de uitzonderlijke situatie waarin de gemeenschap zich bevindt. Door de afgedwongen sluiting en de overige beperkende maatregelen worden de horeca-ondernemers in bijzondere belangen geschaad en worden hun grond- en verdragsrechtelijk gewaarborgde rechten en vrijheden, waaronder de ondernemersvrijheid (art. 8 EVRM en art. 16 EU-Handvest), de eigendom (art. 1 EP en art. 17 EU-Handvest), ingrijpend beperkt
202. Eisers lijden als gezegd met zekerheid een onevenredig nadeel ten bate van de gemeenschap als geheel, als gevolg van keuzes die de Staat heeft gemaakt en die voortvloeien uit de keuze voor afvlakking van de curve met alle gevolgen van dien. De onzekerheid over de voordelen van de door de Staat genomen maatregelen (zie hiervoor par. 3.4) betekent juist

dat er eens te meer grond bestaat om horeca-ondernemers voor hun onevenredige schade te compenseren. Bovendien kenmerkt deze zaak zich door het onmiddellijke verband dat bestaat tussen de offers van de een en ten behoeve van de ander. Het gehele pakket aan coronamaatregelen bestaat uit keuzes bij een schaarste van maatschappelijke (bewegings)ruimte. Wat de horeca wordt ontzegd, kan dáárdoor aan anderen worden gegund. De basisscholen konden per 8 februari 2021 open, juist omdat andere coronamaatregelen in stand bleven. Bovendien zijn de overheidsmaatregelen in belangrijke mate niet ingegeven doordat bij de horeca besmettingen ontstaan, maar doordat de Staat (i) het aantal bewegingen wil beperken en (ii) een keuze maakt welke bewegingen wel belemmerd moeten worden en welke niet. Het gaat hier dus slechts in beperkte mate om 'gevaarzetting' door de horeca-activiteiten zelf, ook gelet op alle prudente maatregelen die de horeca al in 2020 heeft genomen ter voorkoming van besmettingen. Zie hierover nader nrs. 166 en 235.

203. De directe uitruil van beperkingen en mogelijkheden ten bate van een belangengemeenschap als geheel, geeft sinds lange tijd een in rechte afdwingbare grondslag voor een compensatieplicht tot herstel van een daardoor ontstane onevenredige verdeling van lasten en baten. De averijgrosse biedt daarvan waarschijnlijk het oudste voorbeeld. Al sinds de Lex Rhodia de iactu worden de individuele onevenredige offers van schip en lading naar evenredigheid van ieders belang in schip en lading omgeslagen. Wie die offers brengt is in zekere zin 'arbitrair': het totale gewicht van lading en scheepstoebehoren moet worden verminderd om het schip en zo veel mogelijk van de lading te redden. De vergoedingsplicht berust op de onmiddellijke verbinding tussen het opgeofferde individuele nadeel en het daarmee verkregen voordeel voor de belanghebbenden bij schip en lading.¹³¹
204. Zoals hierboven in nrs. 181-183 is uiteengezet, heeft de Staat blijk gegeven van de rechtsovertuiging dat de bestaande kaders van nadeelcompensatie, het eigendomsprotocol en de Grondwet een toereikende grondslag vormen voor compensatie ten gunste van een grotere groep van getroffen en die als gevolg van de corona-maatregelen onevenredige schade lijden. Dat behoort dan ook te gelden voor de horeca. Uit onderzoek van het RIVM blijkt dat de maatschappij overwegend vindt dat de lasten van de corona-crisis ongelijk zijn verdeeld en dat die verdeling minder ongelijk

¹³¹ Ook L. van den Berge, 'Solidariteit en corona: lessen uit het verleden', *AA* 2021-2, p. 109.

zou moeten zijn.¹³² De Staat erkent dat de horeca de meest getroffen sector van alle sectoren is. Tekenend was de opmerking van Minister De Jonge tijdens de persconferentie van 8 maart 2021 op:¹³³

"Kijk, ik denk juist dat van alle sectoren de horeca de meest getroffen sector is. Dat is gewoon omdat de horeca bij uitstek de sector is die contactmomenten organiseert. Dat is namelijk de kern van het werk van de horeca. En contactmomenten, ja die kunnen leiden in potentie tot een besmetting."

En ook premier Rutte heeft bevestigd hoe zwaar de horeca is getroffen:¹³⁴

"Kijk, we hebben ook in het Kamerdebat de vorige keer zijn er twee prioriteiten ook door de Kamer benoemd, ik denk ook logisch. En dat is inderdaad om de reden die Hugo de Jonge noemt, de horeca die heel zwaar getroffen is en al heel erg lang dicht is."

Er is alle aanleiding voor een ruime compensatie van horeca-ondernemers.

4.4 Schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

4.4.1 De Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 en haar voorlopers kunnen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst

205. Algemeen verbindende voorschriften,¹³⁵ in deze zaak: de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, kunnen worden getoetst aan geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur. Alle¹³⁶ handelen van de Staat (Minister) wordt genormeerd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Overheidshandelen kan daaraan worden getoetst, zo volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad.¹³⁷ Hierbij gold lange tijd een sterk terughoudende toetsing door de rechter, waarbij een algemeen verbindend voorschrift, vanwege de scheiding der machten, enkel onverbindend werd verklaard als dit een 'willekeurtoets' niet kon doorstaan. Be-

¹³² Het onderzoek (RIVM-meting van 10-14 februari 2021) wees uit dat 42,9% van de ondervraagden het (helemaal) oneens was met de stelling "de Nederlandse overheid verdeelt de lasten van de coronacrisis eerlijk". Slechts 26,3% was het (helemaal) eens met deze stelling. Zie www.rivm.nl/gedragsonderzoek/maatregelen-welbevinden/communicatie-en-vertrouwen.

¹³³ Persconferentie 8 maart 2021, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021.

¹³⁴ Persconferentie 8 maart 2021, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021.

¹³⁵ Voor zover die niet zijn neergelegd in een wet in formele zin, hetgeen hier niet het geval is.

¹³⁶ Zie art. 3:1 lid 2 Awb.

¹³⁷ HR 16 mei 1986, NJ 1987/251 (*Landbouwwvliegers*).

langrijk is echter te vermelden dat de strikte toetsing in de loop van de jaren is losgelaten. Dit heeft primair te maken met de rechtsontwikkeling van de (bestuurs)rechtspraak, die in de loop van de afgelopen 25 jaar dat de Algemene wet bestuursrecht van kracht is, is geëvolueerd van een zeer terughoudende rechtmatigheidstoetsing van besluiten, naar een minder terughoudende toetsing aan het kader van rechtsnormen die gevormd worden door de grond- en mensenrechten, de onrechtmatige daads-normen en de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en de plicht van de overheid om de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen en de plicht om die belangen zorgvuldig af te wegen. Deze rechtsontwikkeling van de hoogste bestuursrechter (Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, "Afdeling") was aanleiding om staatsraad advocaat-generaal Widdershoven te vragen te concluderen over de toetsing die de bestuursrechter dient toe te passen wanneer bij de beoordeling van een besluit (in de zin van art. 1:3 Awb) moet worden getoetst of een algemeen verbindend voorschrift waarop dat besluit gebaseerd is, in strijd is met hoger recht of algemene beginselen van behoorlijk bestuur (de zogenaamde 'exceptieve toetsing'). Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven concludeerde dat de sterk terughoudende toetsing door de rechter (willekeurtoets) losgelaten zou moeten worden. Naarmate het voorschrift dieper ingrijpt in het leven en in fundamentele rechten van de burger moeten, nog steeds volgens Widdershoven in zijn conclusie, de materiële toetsing en de toetsing aan artikel 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel intensiever zijn. De (bestuurs)rechter dient het algemeen verbindende voorschrift ook te toetsen aan *"het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging (art. 3:4, tweede lid, Awb). Aan de doel-middeltoetsing die door dat laatste beginsel wordt voorgeschreven moeten de bestuursrechters door toepassing van de in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde drietraps-toets aan geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid meer structuur geven, waardoor die toetsing ook voorspelbaarder wordt."*¹³⁸

206. In de zaak Producenten Organisatie Varkenshouderij / Mill en Sint Hubert¹³⁹ oordeelt de Afdeling dat bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften artikel 3:4 Awb (het beginsel dat het bestuursorgaan de belangen dient af te wegen en het evenredigheidsbeginsel), ongeschreven

¹³⁸ Conclusie Staatsraad A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, par. 9.

¹³⁹ ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 6.

materiële beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel en formele beginselen zoals het beginsel van een zorgvuldige besluitvorming en het beginsel van een deugdelijke motivering, een rol kunnen spelen. Deze ruimere toetsingsmaatstaven¹⁴⁰ dienen (ten behoeve van de rechtseenheid en rechtszekerheid) ook door de civiele rechter te worden toegepast.

207. De ontwikkeling in de civiele rechtspraak weerspiegelt dit. Uit zijn *Binnenvaart*-arrest volgt dat de Hoge Raad ruimte ziet voor toetsing aan het hele spectrum van geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee op dezelfde lijn zit als de Afdeling.¹⁴¹
208. De Hoge Raad heeft met zijn *Urgenda*-arrest van 20 december 2019¹⁴² een duidelijk signaal gegeven dat overheidshandelen of -nalaten, ook als dat onderwerp is van een verdeeld politiek debat en ook als recht moet worden gedaan aan conflicterende belangen, toetsbaar is door de rechter. Daarbij komt onder meer gewicht toe aan de mate waarin de wetgever of het bestuur het beleid kan *rechtvaardigen*, in het licht van behoorlijk onderzoek naar de effecten van maatregelen (of het ontbreken ervan) op de daarbij betrokken belangen.¹⁴³
209. De besluitvorming rondom de algehele sluiting van de horeca, zowel die in het voorjaar van 2020 als de sluiting vanaf 14 oktober 2020, de andere beperkende maatregelen en de verlenging en/of handhaving van deze maatregelen is niet in overeenstemming met een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In deze procedure zijn, naast het hiervoor reeds genoemde beginsel van *égalité devant les charges publiques*, de volgende (met elkaar samenhangende) algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder van belang:
 - Het beginsel dat de overheid de nodige kennis omtrent de feiten en de af te wegen belangen dient te vergaren en deze in de besluitvorming dient te betrekken;
 - Het evenredigheidsbeginsel, inhoudende dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen;

¹⁴⁰ Dus: ruimer dan de strikte 'willekeurtoets' van het hierna te bespreken *Landbouwwliegers*-arrest.

¹⁴¹ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*), r.o. 3.9.1.

¹⁴² HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

¹⁴³ Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.3.

- Het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur.

210. KHN benadrukt dat zij zich realiseert dat de corona-pandemie de Staat voor grote uitdagingen stelt. Echter ook in deze uitzonderlijke tijden dient de Staat in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te handelen.

4.4.2 Schending van het beginsel dat de overheid de nodige kennis omtrent de feiten en de af te wegen belangen dient te vergaren en deze in de besluitvorming dient te betrekken ¹⁴⁴

211. Art. 3:1 jo. art. 3:2 Awb verplicht een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een algemeen verbindend voorschrift de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. De schending van dit zogenaamde zorgvuldigheidsbeginsel is gelegen in het feit dat de Staat de sluitingen en andere genomen maatregelen niet zorgvuldig heeft voorbereid. In algemene zin geldt dat hoe ingrijpender maatregelen zijn, hoe meer zorgvuldigheid moet worden betracht in de informatievergaring en besluitvorming voorafgaand aan het treffen van de maatregelen.¹⁴⁵ De Staat heeft echter daarentegen verzuimd de nodige feitelijke en wetenschappelijke kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, zowel in de voorbereiding van de besluitvorming als daarna. De sluiting van de horeca is een dermate verstrekkende maatregel, dat van de Staat, ook in de huidige omstandigheden en zeker nu al ruim een jaar is verstreken sinds het begin van de corona-pandemie, in ieder geval mag worden verwacht dat hij de nodige zorgvuldigheid in zijn besluitvorming betracht. Dit geldt in steeds zwaarder wegende mate waar de maatregelen steeds zonder nader onderzoek zijn verlengd.

212. De sluitingen van de horeca en de overige beperkende maatregelen zijn niet gebaseerd op (wetenschappelijk) onderzoek waaruit blijkt dat de verstrekkende maatregel van sluiting van de horeca noodzakelijk is dan wel wat de effecten van de horeca, de sluiting en de andere maatregelen zijn op de besmettingscijfers. Daarbij had betrokken moeten worden (i) welke risico's gepaard gingen met het openhouden van (delen van) de horeca zelf, ook bij hantering van adequate protocollen, (ii) in hoeverre het openhouden van horeca zou leiden tot toenemende reisbewegingen en in hoeverre daaraan besmettingsgevaar verbonden was en (iii) welke besmettingsrisico's door het openhouden van horeca verkleind zouden worden

¹⁴⁴ Vgl. art. 3:2 Awb.

¹⁴⁵ H.D. Tolsma, *Sdu Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, art. 3:2 aant. C.3.

(waterbed-effect).

213. De sluiting met ingang van 14 oktober 2020 is terug te voeren op een OMT-advies van 13 oktober 2020 (zie ook nr. 142) waarin wordt geadviseerd om cafés, eetcafés en drinkgelegenheden te sluiten en om te onderzoeken of restaurants open kunnen blijven.¹⁴⁶ De enkele regels die in het OMT-advies zijn gewijd aan de gedeeltelijke horeca-sluiting kunnen de sluiting van de gehele horeca niet dragen en vormen in het algemeen geen zorgvuldige voorbereiding op dit besluit. Hoewel het Hof Den Haag recent oordeelde dat de Staat in beginsel op adviezen van het OMT met betrekking tot de avondklok mocht afgaan,¹⁴⁷ moet het verschil met de onderhavige situatie niet uit het oog worden verloren. Daar waar het OMT nauwelijks 12 regels wijdde aan het advies over de gedeeltelijke sluiting van de horeca en aan het advies om nader onderzoek te doen tezamen, bracht het OMT met spoed advies uit over de mogelijke effecten van de avondklok. Hiertoe heeft het OMT bijvoorbeeld gekeken naar literatuurstudies over de invloed van de avondklok op het R-getal, naar de effecten van de avondklok in rechtsvergelijkend perspectief en naar de effecten van alternatieven voor de avondklok.¹⁴⁸ Het OMT-advies over de avondklok toont aan dat het verkrijgen van een nader advies op (zeer) korte termijn mogelijk was. De Staat was ook gehouden tot het doen van (een verzoek tot) nader onderzoek of tot het vergaren van relevante (buitenlandse) informatie. Immers: in gevallen waarin een bestuursorgaan wordt geadviseerd bij de besluitvorming, moet het bestuursorgaan nagaan of het advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Hiervan maakt onderdeel uit of het advies is gebaseerd op de juiste stukken, of voldoende onderzoek is gedaan naar de feiten en omstandigheden en of er geen tegenstrijdigheden in het advies zitten.¹⁴⁹ Gezien het zeer beperkte OMT-advies kan in redelijkheid niet worden gezegd dat deze drempel is gehaald. Mede gezien de immense impact van de sluiting van de horeca op de Horeca-ondernemers en de onzekerheid die, zoals ook bleek uit een interne notitie van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat van begin december 2020,¹⁵⁰ heerst over de effecten van de sluiting, getuigt het (tot op heden) uitblijven van een dergelijk verzoek aan het OMT van de zijde van de Staat dan

¹⁴⁶ 80e OMT Covid-19, 13 oktober 2020, TK 2020-2021, 25 295, nr. 656 (bijlage), p. 5, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-954112>.

¹⁴⁷ Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, r.o. 6.9.

¹⁴⁸ 96e OMT Covid-19, 19 januari 2021, bijlage bij Brief minister De Jong van 20 januari 2021.

¹⁴⁹ H.D. Tolsma, *Sdu Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, art. 3:2 aant. C.5.

¹⁵⁰ Zie eerder nr. 191.

wel enige vorm van ander nader onderzoek van een onzorgvuldige besluitvorming (zie hierover ook nr. 148 e.v.).

214. Voor zover toch zou worden geoordeeld dat de Staat mocht vertrouwen op het OMT-advies, wijst KHN erop dat de Staat dan toch in ieder geval niet aan cherry picking mag doen: het OMT adviseerde enkel de sluiting van cafés, eetcafés en drinkgelegenheden en uitdrukkelijk niet de sluiting van restaurants.¹⁵¹ Het staat dan ook buiten kijf dat dit advies de sluiting van de restaurants op geen enkele wijze kan dragen. Uit het advies kan al helemaal niet worden afgeleid dat het openhouden van de horeca zou leiden tot verhoging van het besmettingsgetal R.
215. De Staat ging half oktober 2020 desalniettemin over tot sluiting van *alle* eet- en drinkgelegenheden, ondanks het feit dat werd erkend dat "het aantal clusters van besmettingen in de horeca relatief beperkt is".¹⁵² De Staat gaf de volgende redenen voor de maatregelen in de horeca:¹⁵³
 - De meeste besmettingen vinden plaats in de leeftijdscategorie 20-24, daarom zijn de maatregelen met name op deze leeftijdsgroep gericht. "Uit navraag bij het RIVM" zou zijn gebleken dat in deze leeftijdscategorie vooral de settings horeca en werksituatie als bron worden geregistreerd.
 - Er was sprake van een stijging van horecamedewerkers met een positieve testuitslag (in week 40 was dit 13,6% van de afgenomen testen).
 - Op 5 oktober 2020 waren, van de 633 actieve clusters die niet aan de thuissituatie waren gerelateerd, 54 clusters gerelateerd aan de horeca.
 - Besmettingen in het huishouden vinden hun oorsprong daarbuiten, waarbij de horeca een belangrijke rol zou spelen.
 - Er zou een afname van de onderlinge afstand in de horeca zijn geweest.
216. Deze motivering is niet alleen vaag, maar geeft bovendien op geen enkele wijze aan waarom volledige sluiting van de horeca noodzakelijk was. Het feit dat 54 van de 633 actieve clusters waren gerelateerd aan de horeca,

¹⁵¹ 80e OMT Covid-19, 13 oktober 2020, TK 2020-2021, 25 295, nr. 656 (bijlage), p. 5, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-954112>.

¹⁵² Bijlage Kamerbrief 13 oktober 2020.

¹⁵³ Bijlage Kamerbrief 13 oktober 2020.

betekent dat slechts 8,5% van de clusters aan de horeca kon worden gereleerd. Daarbij komt dat in de week vóór de besluitvorming het percentage besmettingen dat terug te voeren was op de horeca zelfs maar 2,9% was (zie ook hiervoor nr. 141). De cijfers met betrekking tot de horeca gaven aldus geen aanleiding tot een sluiting van de horeca.

217. De Staat gaf zelf ook toe dat de besmettingen in de horeca niet de aanleiding waren om de horeca te sluiten, waarmee de motivering van de maatregelen ook nog innerlijk tegenstrijdig is. Zoals al aan de orde kwam in nrs. 121-122, motiveerde de Staat deze tweede sluiting ook als volgt:¹⁵⁴

"Het sluiten van eet- en drinkgelegenheden is voor velen een harde boodschap. Hoewel het aantal clusters van besmettingen in de horeca relatief beperkt is gaat het hierbij vaak wel meteen om grote groepen en om veel reisebewegingen."

218. Minister De Jonge lichtte tijdens de beantwoording van de vragen na de persconferentie van 13 oktober 2020 de daadwerkelijke reden voor de sluiting van de horeca toe:¹⁵⁵

"Dus er zijn wel degelijk redenen om aan te nemen dat een deel van de besmettingen in de horeca plaatsvindt, maar dat is eigenlijk niet het argument waarom we vandaag de maatregel treffen zoals we die treffen. Die treffen we om een hele andere reden, namelijk dat de horeca met name heel veel bewegingen op gang brengen. En die bewegingen wil je niet hebben."

Dit onderstreept dat, zoals hierboven al aan de orde kwam in nrs. 121-122, de grondslag voor de sluiting niet berust op besmettingen binnen de horeca-ondernemingen zelf. Daarom is er, ook los van de ondeugdelijkheid van de besluitvorming, juist te meer reden voor een compensatieplicht van de Staat.

219. Tijdens de persconferentie van 8 maart 2021 bleek overigens wederom dat de motivering van de sluiting van de horeca niet sluitend is. Zo antwoordde Minister De Jonge op een vraag tijdens de persconferentie:¹⁵⁶

¹⁵⁴ Kamerbrief 13 oktober 2020: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/10/14/stand-van-zaken-brief-covid-19.

¹⁵⁵ Persconferentie minister-president Rutte en minister De Jonge 13 september 2020: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/10/13/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-13-10-2020>.

¹⁵⁶ Persconferentie 8 maart 2021, www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021.

"Neem de terrassen. Daar zeggen we: ja de horeca open nu, dat kan eigenlijk niet. Maar als je het alleen op de terrassen doen, dus alleen buiten doet en als je het met een maximum doet van laten we zeggen 50. En als je het twee aan twee doet. Dan zijn op zichzelf genomen het aantal bewegingen en daarmee ook het risico bij een heropening van de terrassen ook op zichzelf genomen overzichtelijk."

Dit roept toch de vraag op waarom de horeca in eerste instantie volledig is gesloten *vanwege* de reisbewegingen en waarom de reisbewegingen nu *niet* meer problematisch zijn. Een reisbeweging blijft immers een reisbeweging en is niet anders van karakter voor horeca-activiteiten die 'binnen' dan wel 'buiten' plaatsvinden. Ook van een cumulatief effect van reisbewegingen kan geen sprake zijn: de afgelopen maanden waren vanwege de herfst en de winter de terrassen immers toch al (grotendeels) gesloten.

220. Maar ook het besmettingsrisico van relevante reisbewegingen die zijn gerelateerd aan de horeca en de effecten van de maatregelen op de (hoeveelheid) *relevante* reisbewegingen wordt op geen enkele wijze gestaafd door deugdelijk (wetenschappelijk) onderzoek. Niet kan worden volstaan met de simpele constatering dat, als mensen niet meer naar eet- en drinkgelegenheden mogen, er ook geen reisbewegingen meer zijn. Nog los van het feit dat mensen als alternatief ongecontroleerd bij elkaar zullen komen en daarvoor reisbewegingen zullen maken (het reeds verscheiden malen genoemde "waterbed"-effect), is bovendien niet iedere reisbeweging even risicovol. Er bestaan relevante verschillen tussen enerzijds reizen met het openbaar vervoer en anderzijds reizen te voet, met de fiets en met de auto. En ook hier ontbreekt enige vorm van onderzoek of analyse naar mogelijke alternatieven die wél de relevante reisbewegingen zouden beperken terwijl de rigoureuze sluiting van de horeca had kunnen worden voorkomen en enige vorm naar de effecten van de sluiting.
221. Voor zover de initiële besluitvorming niet in strijd zou zijn met het zorgvuldigheids- en/of het motiveringsbeginsel, dan geldt dat in ieder geval voor de besluiten om de sluiting van de horeca en de andere beperkende maatregelen te continueren (zie hierover nr. 123). De argumenten met betrekking tot de initiële besluitvorming gelden in nog sterkere mate voor de continuering van de maatregelen voor de horeca. Tot op heden is er geen (wetenschappelijk) onderzoek naar de effecten en noodzaak van de sluiting van de horeca gedaan en is geen deugdelijke motivering voor de

sluiting gegeven. Gezien het steeds verder verstrijken van de tijd (de sluiting dateert al weer van oktober 2020) en de enorme economische en psychologische schade die de sluiting met zich brengt voor de Horeca-ondernemers, is de besluitvorming van de Staat in steeds verder toenemende mate onzorgvuldig.

222. Mocht overigens worden geoordeeld dat het gebrek aan deugdelijk (wetenschappelijk) onderzoek en de daarmee gepaard gaande onzekerheid ten aanzien van de werking van de maatregelen geen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en/of het motiveringsbeginsel oplevert, dan bestaat er des te meer reden om het nadeel geleden door de Horeca-ondernemers te compenseren, die op deze manier onevenredig worden gedupeerd door maatregelen waarvan onzeker is of zij gelegitimeerd zijn in het algemeen belang (zie hiervoor nr. 196).

4.4.3 Schending van het evenredigheidsbeginsel

223. Bovendien zijn de horeca-maatregelen in strijd met het evenredigheidsbeginsel.
224. Dit beginsel brengt met zich dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:1 jo. 3:4 lid 2 Awb). De zwaarte van de maatregel ten behoeve van het algemeen belang moet in verhouding staan tot de (negatieve) gevolgen daarvan voor individuele belangen¹⁵⁷ Daaruit volgt dat moet worden gekozen voor de minst belastende maatregel waarmee het doel kan worden bereikt.¹⁵⁸
225. Het evenredigheidsbeginsel is ook expliciet neergelegd in art. 58b lid 2 Wet publieke gezondheidszorg (Wpg). Dit artikel is, tezamen met een groot aantal andere artikelen, op 1 december 2020 toegevoegd aan de Wpg met de inwerkingtreding van de Tijdelijke Wet Maatregelen Covid-19. De betreffende artikelen bieden de basis voor het sluiten van de horeca.¹⁵⁹ Art. 58b lid 2 Wpg bepaalt dat de bevoegdheden slechts gebruikt mogen worden als deze noodzakelijk en evenredig zijn in het licht van het doel van de genomen maatregelen.

¹⁵⁷ Zie ook A. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona. Maar moeten we ons ook zorgen maken over onze rechtsstaat?', *NJB* 2020-14, p. 951.

¹⁵⁸ H.D. Tolsma, *Sdu Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, art. 3:4 aant. C.6.

¹⁵⁹ Art. 58h Wpg bepaalt dat bij ministriële regeling publieke plaatsen kunnen worden aangewezen die niet of slechts onder in die regeling gestelde voorwaarden voor publiek mogen worden opengesteld. De sluiting van de horeca is neergelegd in art. 4.4 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19.

226. Vanzelfsprekend maakt de Staat in zijn corona-beleid voortdurend (impliciete) belangenafwegingen. Het belang van de Horeca-ondernemers wordt daarbij echter op dusdanige wijze achtergesteld bij andere belangen, dat in redelijkheid niet (meer) kan worden gesproken van een zorgvuldige belangenafweging en zulks te minder waar de achterstelling van de horeca-ondernemers niet gepaard gaat met volledige schadevergoeding.
227. De onzorgvuldige belangenafweging heeft mede zijn oorsprong in het ontbreken van een zorgvuldige voorbereiding van de besluitvorming (zie hiervoor par. 4.4.2). De belangen van de Horeca-ondernemers zijn zonder afdoende onderbouwing, en in ieder geval zonder afdoende compensatie, terzijde geschoven. De belangen van de Horeca-ondernemers worden bovendien onvoldoende (kenbaar) meegenomen in de besluitvorming. Zo is, ondanks toezeggingen vanuit het Ministerie van VWS om de routekaart voor heropening op te stellen in samenwerking met werkgeversorganisaties en brancheorganisaties, de routekaart gepresenteerd zonder KHN hierin te kennen (zie ook hiervoor nr. 125). Ook het onderzoeken van de belangen van de horeca had en heeft voor de Staat geen prioriteit: uit het OMT-advies van 22 februari 2021¹⁶⁰ blijkt dat de Staat in zijn adviesaanvraag concreet heeft gevraagd om te adviseren over de eventuele ruimte die er is om te versoepelen met betrekking tot onderwijs, onderdelen van de detailhandel, binnensport en niet-medische contactberoepen. Ondanks de ingediende motie in de Tweede Kamer en de toezeggingen van Minister De Jonge en premier Rutte om te kijken naar eerlijk verdeelde versoepelingen, is deze vraag kennelijk niet, althans toen nog niet, aan het OMT voorgelegd (zie ook hiervoor nrs. 127-129). Door de belangen van de horeca en de mogelijkheden tot versoepeling niet of nauwelijks te onderzoeken en af te wegen kan niet worden gezegd dat nog sprake is van een zorgvuldige belangenafweging.
228. Daarbij komt dat de zwaarte van de maatregelen niet (meer) in verhouding staat tot het te bereiken doel: de continuering van de sluiting zorgt ervoor dat het water Horeca-ondernemers tot de lippen komt, terwijl de toenemende natuurlijke groepsimmunitet, toenemende vaccinatiegraad en de cijfers van de ziekenhuisopnames ervoor zorgen respectievelijk weerspiegelen dat de dreiging voor de volksgezondheid minder wordt. Daarbij speelt ook een rol dat kan worden betwijfeld of de sluiting van de

¹⁶⁰ Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/02/23/advies-vws-na-omt-101.

horeca überhaupt een positieve bijdrage aan de volksgezondheid levert: het is niet meer evenredig om maatregelen te treffen die de horeca dusdanig hard raken, terwijl het Vondelpark vol zit en bovendien onduidelijk is in welke mate de horeca bijdraagt aan *relevante* reisbewegingen (in aanmerking nemend dat de waterbedeffecten dan grotendeels wegblijven). Als de Staat in deze omstandigheden Horeca-ondernemers gebiedt om hun bedrijfsactiviteiten vrijwel volledig te staken, dan dient daar ook afdoende compensatie tegenover te staan.

229. Tot slot kan niet worden gezegd dat de Staat voor de minst belastende maatregel heeft gekozen. Om te beginnen blijkt (uit officiële publicaties) niet dat de Staat heeft onderzocht of minder belastende maatregelen mogelijk zijn (zie ook hiervoor par. 3.5). Het gaat te ver om, zonder onderzoek naar de invloed van de horeca op de *relevante* reisbewegingen, de horeca volledig te sluiten of toch in elk geval deze gesloten te houden. Ook tijdens de persconferentie van 8 maart 2021 bleek dat er minder vergaande maatregelen mogelijk zijn. Zo antwoordde Minister De Jonge op een vraag tijdens de persconferentie:¹⁶¹

"Neem de terrassen. Daar zeggen we: ja de horeca open nu, dat kan eigenlijk niet. Maar als je het alleen op de terrassen doet, dus alleen buiten doet en als je het met een maximum doet van laten we zeggen 50. En als je het twee aan twee doet. Dan zijn op zichzelf genomen het aantal bewegingen en daarmee ook het risico bij een heropening van de terrassen ook op zichzelf genomen overzichtelijk."

Oplossingen liggen niet alleen in (gedeeltelijke) opening, maar zouden bijvoorbeeld ook in geografische beperkingen of beperkingen van openings-tijden kunnen worden gezocht.

230. In ieder geval heeft te gelden dat de Staat het evenredigheidsbeginsel schendt door Horeca-ondernemers niet afdoende te compenseren voor de door hen als gevolg van de gekozen maatregelen geleden verliezen. Zeker nu de bijdrage van de horeca-sluiting onduidelijk is en niet is of wordt onderzocht, staat de schade geleden door Horeca-ondernemers en de beperkte vorm van compensatie niet in verhouding tot het te bereiken doel. De Staat geeft bovendien zelf ook aan dat de horeca de meest getroffen

¹⁶¹ Persconferentie 8 maart 2021, www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021.

sector is. Zo antwoordde Minister De Jonge op een vraag tijdens de persconferentie van 8 maart 2021:¹⁶²

"Kijk, ik denk juist dat van alle sectoren de horeca de meest getroffen sector is. Dat is gewoon omdat de horeca bij uitstek de sector is die contactmomenten organiseert. Dat is namelijk de kern van het werk van de horeca. En contactmomenten, ja die kunnen leiden in potentie tot een besmetting."

231. En ook premier Rutte heeft bevestigd hoe zwaar de horeca is getroffen:¹⁶³

"Kijk, we hebben ook in het Kamerdebat de vorige keer zijn er twee prioriteiten ook door de Kamer benoemd, ik denk ook logisch. En dat is inderdaad om de reden die Hugo de Jonge noemt, de horeca die heel zwaar getroffen is en al heel erg lang dicht is."

232. Om het onevenredige nadeel op te heffen, is versoepeling van de maatregelen of nadere schadevergoeding noodzakelijk.

4.4.4 Schending van het verbod op willekeur en het gelijkheidsbeginsel

233. Tot slot zijn de maatregelen voor de horeca in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur.

234. Het gelijkheidsbeginsel brengt met zich dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld en dat ongelijke gevallen navenant ongelijk dienen te worden behandeld.¹⁶⁴ Zonder versoepelingen of nadere compensatie te bieden aan de Horeca-ondernemers schendt de Staat het gelijkheidsbeginsel.

235. Het is discriminerend om de horeca met de schade te laten zitten, omdat de overheidsmaatregelen in belangrijke mate niet zijn ingegeven doordat bij de horeca besmettingen ontstaan, maar doordat de Staat (i) in het algemeen het aantal reisbewegingen wil beperken; en (ii) een keuze maakt welke reisbewegingen wel belemmerd moeten worden en welke niet. Zoals aan de orde kwam in nrs. 217-218, gaat het de Staat immers niet of nauwelijks om gevaarstelling door de horeca-activiteiten zelf. Specifieke sectoren zoals de horeca krijgen op deze manier de rekening gepresenteerd voor besmettingen veroorzaakt buiten hun invloedssfeer, terwijl deze besmettingen ook zouden kunnen worden voorkomen door beter toe

¹⁶² Persconferentie 8 maart 2021, www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021.

¹⁶³ Persconferentie 8 maart 2021, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/03/08/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-8-maart-2021.

¹⁶⁴ Als beginsel of grondrecht (art. 1 Gw, art. 26 IVBPR) is het gelieerd aan het verbod van discriminatie.

te zien op het naleven van de "basisregels" (bijvoorbeeld in de supermarkten) of door het verminderen van het aantal reisd Bewegingen aan de hand van algemene regels (zoals geografische beperkingen). Bovendien geldt: het besmettingsrisico dat gepaard gaat met een reisd Beweging verandert niet naarmate het doel van de reisd Beweging verandert. Een reisd Beweging is en blijft een reisd Beweging, het maakt geen verschil of de reiziger op weg is naar een restaurant, kantoor, familie, vrienden, een winkel of de supermarkt. Op basis van de reisd Bewegingen *an sich* kan aldus geen gerechtvaardigd onderscheid tussen sectoren worden gemaakt. Ook het aantal *relevante* reisd Bewegingen vormt geen onderscheidende factor. De Staat heeft dit niet alleen niet onderzocht, maar bovendien is zonder nader onderzoek onaannemelijk dat (de reisd Bewegingen die gepaard gaan met) de horeca op basis hiervan zou kunnen worden onderscheiden van bijvoorbeeld winkels (waarvoor de regels steeds verder worden versoepeld terwijl zij reisd Bewegingen veroorzaken) dan wel de reisd Bewegingen die gepaard gaan met woon- werkverkeer.

236. Als het gaat om de compensatie van de horeca, dringt de verhouding met de pelsdierhouders zich (wederom) op. De Wijziging van de Wet verbod pelsdierhouderij in verband met een vervroegde beëindiging van de pelsdierhouderij voorziet in een regeling voor nadeelcompensatie, blijven de vergoedingen voor de horeca achter (zie eerder al par. 3.1). Pelsdierhouders krijgen de volgende posten vergoed:¹⁶⁵

- "1. Vergoeding inkomensschade, gebaseerd op het aantal fokteven dat mag worden gehouden op de betreffende locatie;*
- 2. Vergoeding ter overbrugging van de benodigde periode voor het vinden van vervangende arbeid, voor de ondernemer(s) en ondernemende gezinsleden;*
- 3. Vergoeding hogere afvloeiingskosten personeel, gebaseerd op de transitievergoeding die de ondernemer aan zijn werknemer dient uit te keren;*
- 4. Vergoeding waardeverlies fokteven in verband met het geldende vervoersverbod."*

237. Op het totaalbedrag aan compensatie wordt 15% korting toegepast vanwege het normaal maatschappelijk risico. In aanvulling op deze regeling

¹⁶⁵ Zie Brief Minister Schouten van 19 november 2020 inzake Nadeelcompensatieregeling bij het vervroegd verbod op de pelsdierhouderij, p. 2, www.rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/nadeelcompensatie-vervroegd-verbod-pelsdierhouderij en voor de tekst van de beleidsregel: wetten.overheid.nl/BWBR0044778/2021-02-03.

moet nog een nieuwe regeling worden opgesteld voor sloop- en ombouwkosten.¹⁶⁶ Tegenover de Covid-19 maatregelen in het belang van de volksgezondheid zet de Staat dus uit eigen beweging compensatie van zowel gedeerde inkomsten als kosten gepaard met de vervroegde sluiting van pelsdierhouderijen. De Staat is tot slot gehouden om de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen (art. 3:1 jo. 3:4 lid 1 Awb). Op dit punt geldt dat het nemen en continueren van de maatregelen, zonder deugdelijk de nodige kennis te vergaren, waarbij de horeca-ondernemers zonder goede grond de lasten van de keuzes van de overheid in onevenredige mate dragen en zonder dat zij volledig schadeloos gesteld worden, willekeurig is.

5 SCHADE EN CAUSALITEIT

5.1 Inleiding

238. De horeca-ondernemers hebben schade geleden (en lijden schade) als gevolg van de overheidsmaatregelen die de horeca raken. Dat deze schade bestaat lijkt geen twijfel. De hotels zijn weliswaar open, maar gasten mogen eten alleen afhalen of tot de deur bezorgd krijgen. Eet- en drinkgelegenheden zijn gedurende twee periodes volledig gesloten geweest (met uitzondering van bezorgen en afhalen), en in de tussenliggende periode golden er beperkende maatregelen. En clubs en discotheken zijn al ruim een jaar volledig gesloten.
239. De gevolgen van de overheidsmaatregelen ten laste van de horeca zijn concreet, precies en betrouwbaar te begroten, zowel individueel als collectief. Ondernemers weten immers vanuit het verleden welke omzet en welk resultaat zij plegen te behalen. Door die omzet en dat resultaat te extrapoleren naar het jaar 2020 kunnen zij heel goed schatten welke omzet en welk resultaat zij in 2020 zouden hebben behaald, de overheidsmaatregelen weggedacht. Die omzet en dat resultaat kunnen zij vergelijken met de omzet die en het resultaat dat zij daadwerkelijk hebben behaald, in aanmerking genomen de subsidieregelingen en flankerende maatregelen die door de overheid in het leven zijn geroepen. Waar nodig kan voor seizoensinvloeden worden gecorrigeerd, want ook die zijn vanuit het verleden heel goed te schatten. De schade die de Horeca-ondernemers hebben geleden is gelijk aan het verschil in resultaat in de hypothetische situatie

¹⁶⁶ Brief Minister Schouten van 19 november 2020 inzake Nadeelcompensatieregeling bij het vervroegd verbod op de pelsdierhouderij, p. 2-4.

zonder overheidsmaatregelen en de werkelijke situatie.

240. De schade die eisers vorderen is niet een-op-een gelijk aan de schade die eisers hebben geleden. Zoals hiervoor toegelicht (Hoofdstuk 4) vorderen eisers immers compensatie voor de *onevenredige* schade die zij hebben geleden. Die onevenredigheid bestaat ten opzichte van andere sectoren, die niet of in mindere mate zijn beperkt door de Staat. Eisers onderkennen dat, ook wanneer de Staat andere keuzes zou hebben gemaakt in de bestrijding van de pandemie, zij enige nadelige gevolgen zouden hebben ondervonden. De Horeca-ondernemers zijn echter veel harder getroffen dan andere sectoren, als gevolg van door de Staat gemaakte keuzes, die de Staat ook anders had kunnen maken.
241. De schade van de horeca-ondernemers die wordt gevorderd bestaat daarmee uit het verschil tussen de nadelige gevolgen die zij zouden hebben ondervonden in de hypothetische situatie van een evenredige verdeling van de verantwoordelijkheden voor en gevolgen van de corona-pandemie en de nadelige gevolgen die zij feitelijk ondervinden als gevolg van het huidige beleid (de "**Onevenredigheidsdelta**").
242. Er zijn verschillende benaderingswijzen (principeel en temporeel) om de Onevenredigheidsdelta vast te stellen. Eisers hebben daarom hierna gekozen voor een gelaagde schadebegroting, waarbij verschillende benaderingswijzen worden toegepast. De meest subsidiaire vordering van eisers is een verwijzing naar de schadestaat. Eisers kunnen zich echter ook voorstellen dat (eerst) een nader debat zal plaatsvinden over de wijze van berekening van de Onevenredigheidsdelta.
243. Eisers hebben er nu om praktische redenen voor gekozen om de benaderingen van de schade temporeel te beperken tot en met 31 december 2020). Dat is voor alle horeca-ondernemers het einde van hun boekjaar. Bovendien loopt ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding de periode van tweede volledige sluiting nog door en is nog niet duidelijk wanneer die zal eindigen. Eisers behouden zich het recht voor om, wanneer duidelijk is wanneer de horeca weer volledig open kan, hun vordering aan te vullen met de daadwerkelijk geleden schade tot aan die datum van volledige heropening.
244. Daarbij zij vast opgemerkt dat daarbij waarschijnlijk in voorkomende gevallen ook (volledige) insolventieschade gevorderd zal worden voor ondernemingen, als die als gevolg van de door de Staat gemaakte keuzes failliet zullen zijn gegaan. Indien en voor zover horeca-ondernemers in de

loop van deze procedure als gevolg van de overheidsmaatregelen in staat van faillissement geraken, is het niet langer redelijk om de schadeverdering te beperken tot de Onevenredigheidsdelta. Zij zijn dan door de overheid over de rand geduwd en lijden schade die in volle omvang in causaal verband staat tot de gedragingen van de overheid.

5.2 Schade

Primair – boekjaar 2019 als referentiekader; vergelijking met gehele coronaperiode

245. Eisers menen dat de Onevenredigheidsdelta primair dient te worden vastgesteld met het boekjaar 2019 als referentiekader. Eisers zoeken daarbij aansluiting bij de TVL, waarbij ook het boekjaar 2019 als referentiekader geldt.
246. Dat wil zeggen dat de schade bestaat uit de sinds 15 maart 2020 t/m 31 december 2020 geleden vermindering van het resultaat van de ondernemers vergeleken met dezelfde periode in 2019, waarbij een correctie dient te worden toegepast voor ondernemersrisico van 3,8% althans een door de rechtbank redelijk geacht percentage.¹⁶⁷
247. Dit percentage is door eisers gebaseerd op het feit dat de Nederlandse economie als geheel in 2020 een krimp van 3,8% heeft doorgemaakt.¹⁶⁸ Dat is daarmee kennelijk het gemiddelde negatieve effect dat de maatschappij heeft te dragen. De correctie dient als volgt te worden toegepast. Voor de berekening van de schade van de horeca-ondernemers wordt de door hen in 2020 behaalde omzet met 3,8% verhoogd¹⁶⁹ tot een fictieve omzet 2020, en op basis van die fictieve omzet 2020 wordt dan een fictief resultaat 2020 berekend dat vergeleken wordt met het in 2019 behaalde resultaat.¹⁷⁰ Met deze opslag van 3,8% op de omzet 2020 is verdisconteerd het ondernemersrisico dat bestaat uit het voornoemde gegeven dat de ondernemers ook in de hypothetische situatie van een evenredige verdeling van de verantwoordelijkheden voor en gevolgen van de coronapandemie, enige nadelige gevolgen zouden hebben ondervonden.
248. De schade kan dus ook negatieve inkomsten omvatten. Indien immers de

¹⁶⁷ Al dan niet met toepassing van de schattingsbevoegdheid van de rechtbank, ex artikel 6:97 BW.

¹⁶⁸ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/07/economie-krimpt-met-0-1-procent-in-vierde-kwartaal-2020#:~:text=Bbp%20krimpt%20met%203%2C8,nog%20met%201%2C7%20procent>.

¹⁶⁹ Dat gedeelte van de daling van de omzet in 2020 is dan immers niet te wijten aan de door de Staat gemaakte keuzes.

¹⁷⁰ Zie hierna Hoofdstuk 6 voor een berekening conform deze benadering.

kosten – na demping als gevolg van de subsidiemaatregelen – groter waren dan de omzet, leed de ondernemer een verlies, waar hij/ zij voorheen winst behaalde. De Onevenredigheidsdelta omvat de gehele resultaatsverandering (absolute waarde), gecorrigeerd met 3,8% op de wijze als in de vorige paragraaf beschreven.

249. Overigens geldt voor [...], [...] en [...] dat zij, als starters, geen referentie-omzet 2019 hebben (zie par. 3.1.2 hiervoor). Voor deze drie eisers geldt daarom de hiernavolgende subsidiaire benadering als primaire benadering.

Subsidiair – periode van opening onder voorwaarden als referentiekader; vergelijking met eerste en tweede volledige sluiting

250. Subsidiair menen eisers dat de Onevenredigheidsdelta dient te worden vastgesteld met de periode van opening onder voorwaarden als referentiekader. De horeca is van 1 juni t/m 13 oktober 2020 open geweest onder strikte voorwaarden (zie alinea's 114 t/m 120 hiervoor). De schade van de ondernemers bestaat in deze benadering uit de tijdens de eerste volledige sluiting (15 maart 2020 t/m 31 mei 2020) en tweede volledige sluiting (14 oktober t/m 31 december 2020) geleden winstderving vergeleken met de maanden van openstelling onder voorwaarden.
251. In deze benadering is er geen reden voor het toepassen van een afslag voor ondernemersrisico. Er wordt immers al vergeleken met de hypothetische situatie van een (meer) evenredige verdeling van de verantwoordelijkheden voor en gevolgen van de corona-pandemie, namelijk de periode van openstelling onder voorwaarden. Waar nodig kan er op individueel niveau nog worden gecorrigeerd voor seizoensinvloeden.

Meer subsidiair – periode van opening onder voorwaarden als referentiekader; vergelijking alleen met tweede volledige sluiting

252. Meer subsidiair nemen eisers opnieuw de periode van opening onder voorwaarden als referentiekader, maar beperken eisers de vaststelling van de Onevenredigheidsdelta tot de periode van de tweede volledige sluiting (14 oktober 31 december 2020).
253. De schade van de ondernemers bestaat in deze benadering uit de tijdens de tweede volledige sluiting (14 oktober t/m 31 december 2020) geleden winstderving vergeleken met de maanden van openstelling onder voorwaarden. Ook in deze benadering is er geen reden voor het toepassen van

een afslag voor ondernemersrisico, maar kan er waar nodig op individueel niveau nog worden gecorrigeerd voor seizoensinvloeden.

Meest subsidiair – verwijzing naar schadestaat

254. Meest subsidiair vorderen eisers een verwijzing naar de schadestaat-procedure voor berekening van de Onevenredigheidsdelta.

5.3 Causaliteit

255. De causaliteit tussen de door de Staat ingestelde maatregelen en gemaakte keuzes en de schade van de ondernemers is evident, en volgt uit de hoofdstukken 3 en 4 hiervoor.
256. In de definiëring van de Onevenredigheidsdelta is rekening gehouden met de negatieve gevolgen die de ondernemers zouden hebben geleden in de hypothetische situatie dat de Staat andere keuzes zou hebben gemaakt.

6 PROVISIONELE VORDERINGEN EX ARTIKEL 223 RV

6.1 Provisionele vordering I: heropening, onder voorwaarden, van eet- en drinkgelegenheden

257. Zoals hiervoor uitgebreid is toegelicht, maakt de Staat met de langdurig gedwongen sluiting van de horeca een ongeoorloofde inbreuk op het eigendomsrecht en op de vrijheid van ondernemerschap van horeca-ondernemers. De getroffen maatregelen zijn buitenproportioneel, terwijl de effectiviteit daarvan niet vast staat en de noodzaak van het continueren van de maatregelen, in ieder geval in de huidige vorm, ter discussie staat. Ondertussen groeit de groep gevaccineerden, terwijl tegelijkertijd de nood voor horeca-ondernemers steeds groter wordt. Ook neemt het draagvlak voor de corona-maatregelen onder de Nederlanders steeds meer af. Uit onderzoek van I&O research van 3 maart 2021¹⁷¹ blijkt dat op dat moment nog maar 62% van de Nederlanders achter de coronamaatregelen staat, terwijl dat vorig jaar maart nog 91% was. De roep om versoepelingen neemt toe. Daar komt bij dat de lente in aantocht is en de bevolking zich niet langer zal laten weerhouden van sociaal contact in de buitenlucht: de vraag is niet óf dat gaat gebeuren, maar hoe: gereguleerd of "wild".
258. In de hoofdprocedure vorderen KHN c.s. openstelling van de horeca en

¹⁷¹ <https://www.ioresearch.nl/wp-content/uploads/2021/03/rapportage-corona-draagvlak-februari-2-2021-ieno-research.pdf>.

vergoeding van de schade bestaande in het onevenredige nadeel dat horeca-ondernemers is toegebracht. De uitkomst van deze vorderingen kan echter niet worden afgewacht. De rek is eruit, zowel financieel als sociaal-maatschappelijk. De schade voor de Horeca-ondernemers (ook in immateriële zin) neemt alsmaar toe, terwijl de maatschappelijke winst, als die er al is, steeds verder afneemt. Het voortzetten van de vrijwel volledige lockdown in de huidige vorm is dusdanig onrechtmatig jegens de horeca, dat onmiddellijk ingrijpen geëigend is.

259. Sinds 18 november 2020 zijn alle eet- en drinkgelegenheden als bedoeld in artikel 1.1 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 (de "**Tijdelijke regeling**") gesloten op grond van art. 4.4 lid 1 Tijdelijke regeling, behoudens enkele in art. 4.1 lid 2 Tijdelijke regeling opgenomen uitzonderingen. Zo mogen eet- en drinkgelegenheden nog wel open zijn voor het afhalen van etenswaren of dranken, zij het dat tussen 20.00 en 06.00 uur geen alcoholhoudende dranken mogen worden verkocht (art. 4.7 Tijdelijke regeling).

6.1.1 Primair: heropening alle eet- en drinkgelegenheden

260. KHN c.s. vorderen primair als onmiddellijke voorziening de Staat te gebieden een gedeeltelijke heropening van alle eet- en drinkgelegenheden toe te staan, onder de voorwaarden zoals hierna in paragraaf 6.1.3 uiteengezet. Toewijzing van deze provisionele vordering stelt niet alleen de ondernemers in staat een gedeelte van hun nog te lijden schade enigszins te beperken, maar het geeft ze bovenal weer enig perspectief op een toekomst en voortbestaan van hun ondernemingen.
261. De opening van de eet- en drinkgelegenheden kan ertoe bijdragen dat minder samenscholing plaatsvindt op (publieke) plaatsen, omdat een alternatief beschikbaar is. Een alternatief in een omgeving waarin horeca-ondernemers verantwoordelijk zijn voor de naleving en handhaving van de corona maatregelen. Het door KHN opgestelde Protocol Heropening Horeca¹⁷² (het "**KHN Protocol**") voorziet onder andere in het waarborgen van anderhalve meter afstand, de registratie van contactgegevens met het oog op bron- en contactonderzoek, een vaste placering en de naleving van hygiënevoorschriften. Tijdens de versoepelingen van de maatregelen in de zomerperiode van 2020 is gebleken dat horeca-ondernemers in het algemeen de regels goed naleefden (zie alinea 117 hiervoor). Dat is ook

¹⁷² <https://www.khn.nl/tools/protocol-heropening-horeca>.

begrijpelijk, zij hebben er zelf immers groot belang bij dat de besmettingen niet toenemen en de versoepelingen moeten worden teruggedraaid. En als zich een negatieve uitzondering voordoet, dan hebben de lokale overheden mogelijkheden om in te grijpen door het uitschrijven van een boete of, na herhaalde overtredingen, het sluiten van de horecagelegenheid.

262. Nergens blijkt uit dat de Staat deze afwegingen heeft meegenomen in zijn besluit de eet- en drinkgelegenheden nog steeds gesloten te houden. Het nog langer gesloten houden van deze horecagelegenheden, zonder dat het negatieve effect van het opheffen van die specifieke maatregel aannemelijk is gemaakt, is onrechtmatig en dient per direct ongedaan te worden gemaakt.

6.1.2 Subsidiair: heropening buitenterrassen

263. Subsidiair, voor het geval de vordering tot heropening van alle eet- en drinkgelegenheden niet wordt toegewezen, vorderen KHN c.s. de Staat te gebieden om de openstelling van buitenterrassen toe te staan. Zoals hiervoor in alinea's 133 en 134 aan de orde kwam, was op 8 maart 2021 nog een heropening van de terrassen per 31 maart 2021 in het vooruitzicht gesteld, maar uit de uitgelekte berichten in de media van het Catshuisoverleg van 21 maart 2021 lijkt de kans klein dat dit gaat gebeuren.
264. Uit onderzoek van I&O Research van 3 maart 2021 blijkt dat zes op de tien Nederlanders het eens is met de stelling dat het veilig genoeg is om terrassen weer volledig te openen.¹⁷³ De opening van de terrassen is niet alleen in het belang van de horeca, maar komt ook tegemoet aan een sterke maatschappelijke behoefte. Mensen willen naar buiten, de sluiting van de horeca houdt ze niet tegen. Integendeel, mensen drommen samen op publiek toegankelijke plekken zonder doorlopend toezicht op het naleven van de basismaatregelen zoals het houden van anderhalve meter afstand. Tijdens de eerste zachte lentedagen in februari 2021¹⁷⁴ was sprake van grote drukte op publieke plekken zoals parken en stranden. Er moest wederom worden ingegrepen (vergelijk het pinksterweekend van 2020, alinea's 111 t/m 113 hiervoor). Zo waren parkeerplaatsen in Noordwijk en Wassenaar vol¹⁷⁵, zag de boulevard van Scheveningen zwart van de

¹⁷³ <https://www.ioresearch.nl/wp-content/uploads/2021/03/rapportage-corona-draagvlak-februari-2-2021-ieno-research.pdf>. Zie voor het nieuwsbericht: <https://www.ioresearch.nl/actueel/de-terrassen-kunnen-wel-open-vinden-meeste-nederlanders/>

¹⁷⁴ <https://www.knmi.nl/over-het-knmi/nieuws/alweer-zeer-zachte-lentedagen-in-februari>.

¹⁷⁵ <https://www.omroepwest.nl/nieuws/4364219/Warmste-21-februari-ooit-mensen-genieten-van-lenteweer>.

mensen¹⁷⁶ en moest het Vondelpark diverse keren worden ontruimd en afgesloten.¹⁷⁷

265. In reactie op de drukte in onder andere het Vondelpark, merkte OMT-lid De Jong (viroloog bij het Amsterdam UMC) op dat als er een garantie zou zijn dat het openstellen van terrassen zou leiden tot minder samenscholingen en er een garantie is dat de terrassen goed gereguleerd zijn, bijvoorbeeld qua afstand houden, hij voorstander is van het openen van terrassen.¹⁷⁸ KHN heeft hierover met de Minister van J&V, de Minister van EZK en de Staatssecretaris van EZK een afsprakenkader vastgesteld waarbinnen naleving en handhaving van de coronaregels is gewaarborgd (zie ook alinea 134 hiervoor).

6.1.3 Voorwaarden voor heropening

266. KHN c.s. realiseren zich dat de huidige pandemie noopt tot het treffen van diverse voorzorgsmaatregelen. Zij beperken hun primaire en subsidiaire vordering tot openstelling dan ook door daaraan de volgende voorwaarden te verbinden:
- a. Eet- en drinkgelegenheden (inclusief de buitenterassen) zullen gesloten zijn tussen 21:00 en 07:00 zolang de zogenaamde avondklok van kracht is en tussen 01:00 en 07:00 ingaande op de dag volgende op de dag dat de avondklok niet langer van kracht is;
 - b. Eet- en drinkgelegenheden zullen zowel in een binnenruimte als op de buitenterassen uitsluitend etenswaren en dranken verstrekken aan het publiek indien en voor zover dat gezeten is aan een tafel of bar, behoudens voor zover het activiteiten betreft als bedoeld in art. 4.4 lid 2 Tijdelijke maatregel;
 - c. Eet- en drinkgelegenheden zullen in een binnenruimte niet meer dan vijf gasten per 10 m² verkoopoppervlakte toelaten; en
 - d. Eet- en drinkgelegenheden zullen alle redelijke maatregelen nemen om de verspreiding van covid-19 te beperken, zoals nader uitgewerkt in het KHN Protocol.

6.2 Provisionele vordering II: voorschot op te betalen schadevergoeding

¹⁷⁶ <https://imgw.rgcdn.nl/064e9e5af7b24b99ab0e9fe08a505a5b/opener/Drukke-op-de-boulevard-op-Scheveningen-Foto-District8.jpg?v=yM22R4zwwg66OtHRVNr8jYg2>

¹⁷⁷ <https://www.parool.nl/amsterdam/vondelpark-opnieuw-gesloten-wegens-drukke-b709c22c/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

¹⁷⁸ <https://www.at5.nl/artikelen/207698/omt-lid-de-jong-als-terrassen-leiden-tot-minder-samenscholingen-dan-ben-ik-voor-openen>, vanaf 23:55 min.

267. De omvang van de schade voor de horeca in het algemeen en voor de Horeca-ondernemers in het bijzonder is toegelicht in paragraaf 3.1. De financiële situatie is inmiddels dusdanig precair, dat zonder aanvullende financiële compensatie zelfs faillissementen dreigen. De Horeca-ondernemers vorderen dan ook bij wege van voorlopige voorziening de Staat te veroordelen tot betaling ten titel van voorschot een bedrag bestaande uit 25% van de naar het voorlopig oordeel van de rechtbank als schade als gevolg van de covid-19 maatregelen aan te merken resultaatsvermindering over de periode van 15 maart 2020 tot en met 31 december 2020 (de Onevenredigheidsdelta zoals nader uitgewerkt in hoofdstuk 5).
268. Dit betreft per individuele Horeca-ondernemer de volgende bedragen, overeenkomstig de in paragraaf 3.1 opgenomen schadebegroting (alle bedragen in euro):

Eiser	Omzet 2020 + 3,8%	Resultaat 2020 o.b.v. omzet + 3,8%	Resultaat 2019	Verschil re- sultaat 2019 en resultaat 2020 o.b.v. omzet + 3,8%	Voorschot van 25%
[...]	729.234	-/- 36.183	93.220	-/- 129.403	32.350
[...]	1.332.794	15.793	112.202	-/- 96.409	24.102
[...]	63.847	46	29.133	-/- 29.087	7.271
[...] ¹⁷⁹	9.627	-/- 27.751	-/- 15.274	-/- 12.477	3.119
[...]	955.224	-/- 250.783	-/- 12.597	-/- 238.186	59.546

Eiser	Resultaat Q3 '20	Resultaat Q4 '20	Verschil resul- taut Q3-Q4	Voorschot van 25%
[...]	11.759	-/- 128.794	-/- 140.553	35.138
[...]	-/- 36.694	-/- 62.678	-/- 25.984	6.496
[...]	-/- 96.806	-/- 293.196	-/- 196.390	49.098

6.3 Samenhang met hoofdvorderingen

269. Art. 223 Rv biedt partijen de mogelijkheid om tijdens het aanhangige geding een voorlopige voorziening te vorderen. Volgens vaste rechtspraak

¹⁷⁹ De TOZO-uitkering die [...] in privé ontvangt, is niet meegenomen in de cijfers over 2020.

is sprake van een open stelsel van voorlopige voorzieningen.¹⁸⁰ Art. 223 lid 2 Rv stelt uitsluitend de eis dat de voorlopige voorziening moet samenhangen met de hoofdvordering.

270. Er is een duidelijke samenhang tussen de hoofdvorderingen en de provisionele vorderingen. Dat de provisionele vorderingen mede strekken tot gedeeltelijke toewijzing van hetgeen in de hoofdzaak wordt gevorderd, staat aan toewijzing van die vorderingen niet in de weg.¹⁸¹
271. Naarmate de horeca langer gesloten blijft, zal de schade hoger oplopen. Door, voor de duur van het geding, alvast een gedeeltelijke opening toe te staan en een voorschot op de schade van de Horeca-ondernemers uit te keren, wordt de ernstigste disproportionaliteit ongedaan gemaakt en kunnen de horeca-ondernemers hun toekomstige schade nog enigszins beperken. De samenhang tussen de hoofdvorderingen en de provisionele vorderingen is daarmee gegeven.

6.4 Spoedeisend belang

272. Het zeer spoedeisende belang van de eet- en drinkgelegenheden om op korte termijn weer gedeeltelijk open te kunnen is evident, namelijk het beperken van het almaar oplopende omzetverlies en het voorkomen van onnodige faillissementen. In alinea's 25 t/m 28 zijn recente onderzoeken van het CBS aangehaald, waaruit blijkt dat bij een groot aantal horeca-ondernemers het water aan de lippen staat. Hoe langer wordt gewacht met (gedeeltelijke) heropening, hoe groter de schade. KHN en de Horeca-ondernemers kunnen niet wachten totdat in de hoofdprocedure onherroepelijk wordt geoordeeld over een vergoeding van de geleden schade. Bovendien valt te verwachten dat tegen de tijd dat in de hoofdprocedure een onherroepelijke uitspraak is verkregen, hetgeen mogelijk meerdere jaren duurt (rekening houdend met eventueel appel en cassatie), de corona-crisis reeds is bezworen, althans de economische beperkingen goeddeels zijn opgeheven.
273. Eisers verzoeken uw rechtbank dan ook conform art. 209 Rv eerst en vooraf op hun provisionele vorderingen te beslissen, voordat de vorderingen in de hoofdzaak inhoudelijk worden behandeld. Zoals hiervoor toegelicht brengen zowel de inhoud van de provisionele vorderingen als het spoedeisend belang mee dat de vorderingen aanstonds worden behandeld

¹⁸⁰ HR 23 februari 1990, *NJ* 1991/147. Zie ook HR 13 oktober 2017, *NJ* 2017/397.

¹⁸¹ HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113.

en dat daarop wordt beslist.¹⁸²

6.5 Belangenafweging en restitutierisico

274. Hiervoor is toegelicht dat de Horeca-ondernemers een evident belang hebben bij hun provisionele vordering tot betaling van een voorschot. Dat belang is zwaarwegend: het gaat over het voortbestaan van hun onderneming. Ook het bestaan van schade is evident, en is hiervoor voor de Horeca-ondernemers ook uitvoerig toegelicht. Tot nu toe is die schade steeds gedragen door de ondernemers, in veel gevallen door vanuit privévermogen bij te storten en zichzelf inkomen te ontfangen. De Horeca-ondernemers menen dat in het licht van voornoemde omstandigheden niet te veel waarde dient te worden gehecht aan een eventueel bestaand restitutierisico.
275. Het restitutierisico is bovendien beperkt. De situatie van de Horeca-ondernemers is immers op dit moment wel precair, maar de verwachting is dat de maatschappij, door het vorderen van het vaccinatieprogramma, nu op relatief korte termijn weer (verder) zal gaan openen. Het nu gevorderde voorschot helpt de Horeca-ondernemers de periode tot aan volledige opening te overbruggen. De horecaondernemingen zijn voor het overgrote deel in de kern gezond, en zullen dus weer een positieve exploitatie kunnen draaien wanneer zij open mogen. Het restitutierisico is daarmee beperkt. De Horeca-ondernemers zijn er bovendien op gericht het restitutierisico zo beperkt mogelijk te houden; zij willen immers niets liever dan - conform provisionele vordering I - zo snel mogelijk weer (verantwoord) open.
276. De Horeca-ondernemers wijzen er voorts op dat de Staat een directe invloed heeft op de grootte van het restitutierisico, middels de keuzes die hij maakt bij het heropenen van de maatschappij en het afschalen van de beperkende maatregelen. Als de Staat ervoor zou kiezen de horeca nog langer volledig gesloten te houden creëert hij als het ware een restitutierisico dat er bij andere keuzes van de Staat niet of in veel mindere mate zou zijn. Ook deze omstandigheid maakt dat niet te veel waarde gehecht dient te worden aan een eventueel bestaand restitutierisico.

7 INCIDENTELE VORDERING EX ARTIKEL 843A RV

7.1 Inleiding

¹⁸² Vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533, *NJ* 2016/261 en HR 2 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8176, *NJ* 2012/158.

277. Hiervoor is toegelicht dat de Staat onrechtmatig handelt jegens KHN c.s. Dit onrechtmatig handelen is onder meer erin gelegen dat de Staat (kort gezegd) de jegens de horeca genomen maatregelen niet of onvoldoende zorgvuldig heeft onderbouwd. Teneinde deze stelling nader te kunnen bewijzen is het noodzakelijk dat KHN c.s. inzicht krijgt in de informatie en documentatie die de Staat ten grondslag heeft gelegd aan (zijn onderbouwing van) de maatregelen jegens de horeca. Daarom stelt KHN c.s. deze incidentele vordering ex 843a Rv in. Zoals gezegd: deze vordering wordt ingesteld zowel door KHN als door eisers sub II t/m IX.

7.2 Eerdere informatieverzoeken

278. KHN heeft getracht de hierna genoemde bescheiden op andere wijze te verkrijgen. Zij heeft herhaaldelijk bij de betreffende Ministeries en bij het kabinet om de informatie en de documenten verzocht (zie paragraaf 3.7 hiervoor en alinea's 279 en 280 hierna), en heeft ook middels een WOB-verzoek gepoogd de bescheiden te verkrijgen (zie alinea's 281 t/m 283 hierna). Al deze pogingen zijn tevergeefs geweest. KHN heeft tot op de dag van vandaag nog geen enkele onderbouwing van de beperkende maatregelen die gelden ten aanzien van de horeca ontvangen van de Staat.

Informatieverzoeken per brief

279. Op 21 september 2020 vraagt KHN voor het eerst schriftelijk om een onderbouwing van de op de horeca gerichte maatregelen ([Productie 63](#)). In besprekingen en overleggen zijn dan al eerder mondelinge verzoeken gedaan. Het verzoek is gericht aan Minister De Jonge, en volgt op de door het kabinet op 18 september 2020 afgekondigde extra maatregelen voor de horeca. KHN verwijst in de brief naar de cijfers van het RIVM, die een laag besmettingsrisico in de horeca laten zien, en vraagt dan om een onderbouwing van de extra maatregelen. Er wordt (onder meer) specifiek gevraagd om de (besmettings-)cijfers en de wetenschappelijke inzichten of onderzoeken die ten grondslag liggen aan het besluit om de extra maatregelen in te stellen. Een reactie blijft uit, ondanks een herhaling van het verzoek bij brief van 27 oktober 2020 ([Productie 65](#)).
280. Op 14 december 2020 stuurt KHN een brief aan Minister Wiebes ([Productie 69](#)). De aanleiding voor deze brief is een uitspraak van Minister Wiebes op een persconferentie van 9 december 2020. De Minister zegt op die persconferentie dat de horeca naar schatting verantwoordelijk is voor zo'n 20% van de verspreiding van het virus. KHN heeft Minister Wiebes

bij voornoemde brief verzocht om een cijfermatige onderbouwing van deze stelling, en heeft daarbij verwezen naar de officiële besmettingscijfers van het RIVM, waaruit een veel lager percentage besmettingen in de horeca volgt. Ook op deze brief krijgt KHN geen respons, ondanks toezeggingen van de Centrale Unit Burgercorrespondentie een herhaling van het verzoek door KHN bij e-mail van 8 februari 2021 en bij brief van 18 februari 2021 (Productie 72).

WOB-verzoek

281. In de tussentijd heeft KHN ook nog met een beroep op de Wet Openbaarheid Bestuur (WOB) getracht een onderbouwing van de door de Staat genomen maatregelen te verkrijgen. KHN heeft daartoe op 23 oktober 2020 een WOB-verzoek ingediend (Productie 64). Directe aanleiding voor het verzoek is de kamerbrief van Minister De Jonge van 13 oktober 2020 (de "**Kamerbrief**").¹⁸³ In de Kamerbrief wordt door de Minister onder meer ingegaan op het op 22 september 2020 door kamerlid Wilders gedane verzoek om een onderbouwing van de besmettingen die zijn te herleiden tot de horeca. In de Kamerbrief worden verschillende redenen gegeven voor de maatregelen die zijn genomen voor de horeca. KHN heeft op basis van en met verwijzing naar die redenen in het WOB-verzoek om specifieke informatie en documentatie verzocht.
282. Op 10 november 2020 kwam er een eerste reactie op het WOB-verzoek (Productie 79). In die reactie werd toegelicht dat het Ministerie van VWS een 'afwijkende werkwijze' hanteerde voor WOB-verzoeken gerelateerd aan het coronavirus. Die afwijkende werkwijze houdt in dat in plaats van ieder WOB-verzoek afzonderlijk te behandelen, de informatie over de verschillende in de WOB-verzoeken genoemde onderwerpen fazonderlijk en gefaseerd openbaar wordt gemaakt. Volgens het Ministerie van VWS maakt dit proces het mogelijk dat er "*eerder informatie wordt geopenbaard dan wanneer ieder WOB-verzoek afzonderlijk wordt behandeld*." De termijn voor het nemen van een besluit op het WOB-verzoek werd verlengd met vier weken.
283. Uiteindelijk is er op 5 februari 2021 een besluit genomen (**Productie 80**). Dit besluit ziet alleen op het deelonderwerp "*scenarios en maatregelen*" in de periode februari 2020. De openbaar gemaakte informatie beslaat

¹⁸³ Kamerbrief 13 oktober 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/10/14/stand-van-zaken-brief-covid-19>.

200 pagina's.¹⁸⁴ In de openbaar gemaakte informatie staat niets dat specifiek betrekking heeft op de horeca. Gezien de beperking tot de maand februari 2020 staat er uiteraard niets in dat als onderbouwing kan worden gezien van de stellingen in de Kamerbrief, die immers van 13 oktober 2020 dateert. Verdere besluitvorming t.a.v. het WOB-verzoek laat nog op zich wachten.

7.3 Vordering ex artikel 843a

7.3.1 Inleiding

284. Zoals al volgt uit het voorgaande is KHN c.s. van mening dat de Staat onrechtmatig handelt jegens haar, en is KHN c.s. (onder meer) onderhavige bodemprocedure gestart. Teneinde haar stellingen in deze procedure te onderbouwen heeft KHN c.s. ex artikel 843a Rv recht op en belang bij inzage in dan wel afschrift van verschillende bescheiden waarover de Staat beschikt.

7.3.2 De bescheiden

285. KNH c.s. vordert afschrift van dan wel inzage in de volgende bescheiden waarover de Staat beschikt (de "**Bescheiden**"):

Bescheiden algemeen

- a. Alle documentatie (rapporten, overzichten, gespreksverslagen, beleidsnotities, opinies etc.) die ten grondslag ligt aan of in de afweging is betrokken met betrekking tot de door de Staat in verband met de pandemie genomen maatregelen ten aanzien van de horeca, in de periode van maart 2020 tot en met heden.
- b. Alle correspondentie tussen (i) de Staat en het RIVM, (ii) de Staat en het OMT en (iii) de Staat en GGD'en, over de pandemie in relatie tot de horeca, in de periode van maart 2020 tot en met heden.

Bescheiden naar aanleiding van Kamerbrief

De volgende bescheiden zijn steeds gerelateerd aan passages uit de Kamerbrief (zie alinea 281 hiervoor).¹⁸⁵

¹⁸⁴ <https://wobcovid19.rijksoverheid.nl/publicaties/a89de70f832112daf6b6cad242f215ff/>

¹⁸⁵ De bescheiden genoemd onder 'bescheiden naar aanleiding van Kamerbrief' worden in beginsel reeds bestreken door de bescheiden genoemd onder 'bescheiden algemeen'. De categorie 'bescheiden naar aanleiding van Kamerbrief' is dan ook slechts opgenomen om waar mogelijk zo specifiek mogelijk aan te geven welke bescheiden de KHN (in elk geval) wil zien, maar dient geenszins als een beperking of limitering van de verzochte bescheiden onder 'bescheiden algemeen' te worden gezien.

- c. De achterliggende documentatie (rapporten, overzichten, gespreksverslagen, beleidsnotities, opinies etc.) met daarin de geregistreerde bronnen van besmetting in de leeftijdscategorie 20-24, inclusief gespreksverslagen en/of (e-mail)correspondentie tussen de Staat en de RIVM over dit onderwerp. Dit verzoek is gerelateerd aan de volgende passage uit de Kamerbrief:

*"In het RIVM-rapport staat dat de meeste besmettingen plaatsvinden in de leeftijdscategorie 20-24. Vandaar dat de maatregelen gericht op deze leeftijdsgroep het grootste effect hebben. Uit navraag bij het RIVM blijkt dat in deze leeftijdscategorie vooral de settings horeca en de werksituatie als bron worden geregistreerd. Dat betekent dat in deze groep een infectie in het huishouden binnenkomt voornamelijk via horeca of werk."*¹⁸⁶

- d. De achterliggende informatie (rapporten, overzichten, gespreksverslagen, beleidsnotities, opinies etc.) die ten grondslag ligt aan de getallen en percentages uit het RIVM-rapport¹⁸⁷ die worden geciteerd in de volgende passage uit de Kamerbrief:

"Daarnaast staat in dit rapport dat sprake is van een stijging van horecamedewerkers die een positieve testuitslag krijgen. In week 40 (30 september tot 6 oktober) is dit percentage 13,6%. Dit is na de groep mensen die zich laat testen in het kader van BCO, het hoogste percentage van alle geregistreerde beroepen (zoals zorgmedewerkers, onderwijzers of mensen in een contactberoep).

*Van de ongeveer 633 actieve clusters op 5 oktober jl. die niet aan de thuissituatie zijn gerelateerd, zijn er 54 gerelateerd aan de horeca. Het aandeel van clusters dat is gerelateerd aan de horeca nam tot eind september toe. De gemiddelde grootte van de clusters in de horeca (14,9 besmettingen per cluster) ligt hoger dan die in andere settings, zoals de thuissituatie (3,6), werksituatie (4,5) of het verpleeghuis (11,7). Van alle clusterbesmettingen is ongeveer 10% gerelateerd aan de horeca."*¹⁸⁸

- e. De achterliggende documentatie (rapporten, overzichten, gespreksverslagen, beleidsnotities, opinies etc.) die ten grondslag ligt aan de volgende passage in de Kamerbrief:

¹⁸⁶ Kamerbrief, p. 23.

¹⁸⁷ Bron Epidemiologische situatie COVID-19 in Nederland, RIVM, d.d. 13-10-2020.

¹⁸⁸ Kamerbrief, p. 23.

*"Besmettingen in het huishouden vinden hun oorsprong daarbuiten, waarbij de horeca een belangrijke rol speelt."*¹⁸⁹

- f. De rapportage van het onderzoek van de gedragsunit van het RIVM waaraan wordt gerefereerd in de hiernavolgende passage in de Kamerbrief, en de achterliggende documentatie (rapporten, overzichten, gespreksverslagen, beleidsnotities, opinies etc.) daarbij:

*"In de horeca is er, evenals in de thuissituatie, ook sprake van een afname in het onderling afstand houden ten opzichte van de eerdere meeting in april. Die afname gaat samen met het moment waarop het aantal toegestane bezoekers werd verruimd van 30 naar 100 personen. Dit blijkt uit onderzoek van de gedragsunit van het RIVM."*¹⁹⁰

- g. De RIVM-gegevens waarop de volgende passage uit de Kamerbrief is gebaseerd, alsmede de correspondentie tussen de Staat en de RIVM over deze gegevens:

*"De heer Wilders vroeg eveneens na in welk type horecagelegenheden de besmettingen het meest plaatsvinden. Uit navraag bij het RIVM blijkt dat de meeste horecacusters gerelateerd zijn aan cafés (49%) en restaurants (27%). In mindere mate zijn deze clusters gerelateerd aan andere horecagelegenheden zoals speelhallen/casino's."*¹⁹¹

- h. De achterliggende documentatie (rapporten, overzichten, gespreksverslagen, beleidsnotities, opinies etc.) die ten grondslag ligt aan de stellingen in de volgende passage uit de Kamerbrief, alsmede de correspondentie tussen de Staat en de GGD'en over dit onderwerp:

"Van de GGD'en begrijp ik dat, ondanks dat het merendeel van de horeca het goed op orde heeft, er knelpunten zijn bij het BCO. Zo willen enkele horecagelegenheden niet meewerken aan het BCO en worden mensen met klachten niet geweerd op de werkvloer. Daarnaast vindt registratie van contactgegevens van de bezoekers niet altijd volledig plaats wat het BCO door de GGD bemoeilijkt. Tot slot kan de ander-

¹⁸⁹ Kamerbrief, p. 23.

¹⁹⁰ Kamerbrief, p. 23.

¹⁹¹ Kamerbrief, p. 23.

*halve meter niet altijd gegarandeerd worden (bijvoorbeeld in de bediening of in de keuken)."*¹⁹²

7.3.3 De vereisten van artikel 843a Rv

286. Om ongeclausuleerde, ongespecificeerde informatieverzoeken te voorkomen, schrijft artikel 843a Rv voor dat aan drie cumulatieve voorwaarden moet worden voldaan: (i) eiser moet een *rechtmatig belang* hebben bij zijn vordering, (ii) het moet gaan om *bepaalde bescheiden* en (iii) de bescheiden moeten zien op een *rechtsbetrekking waarbij eiser partij is*. Wanneer aan deze drie vereisten is voldaan is diegene die de bescheiden voorhanden heeft desalniettemin niet gehouden aan de inzage- of afschriftvordering te voldoen indien daarvoor (a) *gewichtige redenen* zijn of indien (b) ook zonder de gevraagde gegevens een *behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd*. De rechter zal derhalve een afweging moeten maken van de wederzijds betrokken belangen.¹⁹³
287. Hierna zal per voorwaarde (i) t/m (iii) worden toegelicht dat daaraan wordt voldaan (alineas 291 t/m 302). Bovendien zal worden toegelicht dat geen sprake is van een situatie waarin de Staat niet gehouden is aan de vordering te voldoen op een van de voornoemde gronden (a) of (b), en dat een belangenafweging in het voordeel van KHN c.s. dient uit te vallen.
288. In het hiernavolgende is voorts van belang het op 17 juni 2020 ingediende wetsvoorstel 'Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht'¹⁹⁴ (het "**Wetsvoorstel**"). Dit Wetsvoorstel komt voort uit (onder meer) een advies van de Expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, waarvan A. Hammerstein de voorzitter was. Hammerstein schrijft over het Wetsvoorstel in een artikel in Themis¹⁹⁵ (het "**Themis-artikel**") het volgende:

"Het wetsvoorstel beoogt een snellere en doelmatige civiele procedure tot stand te brengen, waarbij de waarheidsvinding in een vroeg stadium een belangrijke rol speelt. Bewijsvoering moet niet pas in de loop van een procedure plaatsvinden, maar zoveel mogelijk vooraf of aan het begin, zodat partijen weten op welke feitelijke grondslagen geprocedeerd

¹⁹² Kamerbrief, p. 23.

¹⁹³ HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251, r.o. 3.4.1.

¹⁹⁴ 35498 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht).

¹⁹⁵ A. Hammerstein, *Rechtsgeleerdheid Magazijn THEMIS* 2020-6, p. 272 e.v.

wordt. Dit impliceert voor beide partijen een verplichting tot informatieverstrekking meteen aan het begin van de procedure die voor de beoordeling van het geschil van belang kan zijn. Dat heeft tot direct gevolg dat het belang van de voorlopige bewijsverrichtingen toeneemt, dus ook het daartoe gerekende inzagerecht."

289. In de memorie van toelichting op het Wetsvoorstel staat over de positie van het inzagerecht het volgende:

*"Het inzagerecht is een van de mogelijkheden om opheldering te verkrijgen over nog niet bekende of omstreden feiten en om de eigen rechtspositie in een ontstaan of potentieel geschil nader te bepalen. Daarmee vormt het inzagerecht een goedkoop, eenvoudig, snel en betrouwbaar alternatief voor bijvoorbeeld een getuigenverhoor of een deskundigenbericht."*¹⁹⁶

290. Op basis van de nieuwe positionering van het inzagerecht en de doelen van het Wetsvoorstel concludeert Hammerstein in het Themis-artikel dat dat "de drempel voor het inzagerecht niet te hoog mag zijn".¹⁹⁷

(i) Rechtmatig belang

291. Een eisende partij heeft een rechtmatig belang als de 843a-vordering wordt ingezet met het oog op bewijslevering door middel van de opgevraagde bescheiden. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 843a Rv (oud) blijkt dat rechtmatig belang aanwezig werd geacht wanneer de exhibitie van bescheiden nodig is voor het bepalen van de rechtspositie van eiser.¹⁹⁸
292. In de lagere rechtspraak is overwogen dat voor de aanwezigheid van een rechtmatig belang in beginsel toereikend is dat de juistheid van relevante stellingen slechts aan de hand van de inhoud van bescheiden kan worden vastgesteld,¹⁹⁹ bescheiden relevant kunnen zijn voor de beoordeling van

¹⁹⁶ MvT onder 5.4.

¹⁹⁷ A. Hammerstein, *Rechtsgeleerdheid Magazijn THEMIS* 2020-6, p. 275.

¹⁹⁸ Parl. gesch. Nieuw Bewijsrecht, 1988, p. 415-416. Zie ook de rechtspraak: Hof Arnhem 15 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8041, r.o. 5.21; Rb. Utrecht 18 augustus 2010, LJN BN5864, r.o. 3.5. Zie over het bewijsbelang bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 december 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK7639, r.o. 4.7.5.

¹⁹⁹ Rb. Amsterdam 24 augustus 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU4935 (*A en B/C*); Rb. Rotterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0225 (*F.G. Detectietechnieken/L.G.H. Verhuur Hijsmateriaal*); Rb. Dordrecht 19 december 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BC1176 (*X/Y*).

het geschil,²⁰⁰ een partij kan hopen met de gevraagde bescheiden zijn gelijk aan te tonen²⁰¹ en/of dat niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat de vordering ten gronde daadwerkelijk bestaat²⁰² of de bescheiden relevant zijn voor een niet op voorhand als kansloos aan te merken vordering of verweer.

293. KHN c.s. vraagt de Bescheiden op teneinde haar stellingen in de onderhavige procedure tegen de Staat (nader) te onderbouwen en/of te bewijzen. Daarmee heeft KHN c.s. een rechtmatig belang bij haar 843a-vordering.
294. Overigens geldt dat alle opgevraagde Bescheiden overheidsinformatie betreffen. Voor overheidsinformatie geldt dat deze per definitie openbaar is of dient te worden gemaakt, tenzij er een wettelijke grond is om deze informatie niet openbaar te maken.²⁰³ Het belang van de burger bij openbaarheid van overheidsinformatie is (daarmee) een gegeven. Zo bepaalt de WOB dat bestuursorganen dienen uit te gaan van het "*algemeen belang van openbaarheid van informatie*" (artikel 2 lid 1 WOB) en hoeft de verzoeker bij zijn verzoek geen belang te stellen (artikel 3 lid 3 WOB).

(ii) Bepaalde bescheiden

295. De Hoge Raad heeft in de Molenbeek-uitspraak²⁰⁴ nadere invulling gegeven aan het criterium 'bepaalde bescheiden' in het kader van bewijsbeslag. De Hoge Raad overweegt dat de bescheiden zo precies dienen te worden omschreven als in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een eiser kan worden verwacht.²⁰⁵ In een recent arrest van 19 februari 2021 heeft de Hoge Raad deze maatstaf tevens van toepassing verklaard

²⁰⁰ Rb. Maastricht (Vzr.) 12 maart 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC6796 (*X/Rabobank Stein en Beek*); Rb. Rotterdam 19 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC9708 (*AdicomSlotboom c.s.*); Rb. Zwolle (Vzr.) 20 december 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC1286 (*X/LJsselmeerziekenhuizen*); Rb. Amsterdam 2 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BC9315 (*Cargill c.s./KPN c.s.*); Rb. Haarlem 18 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD6490 (*Broersma Transportdiensten/Biogen Idec c.s.*); Rb. Haarlem 16 juli 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD7632 (*X/Y*); Ktr. Haarlem 7 januari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2081 (*Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen/X*); Hof Arnhem 25 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC9246 (*Gawain/X*); Rb. Rotterdam 24 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL5639 (*X/Van Galen q.q.*).

²⁰¹ Ktr. Middelburg 28 september 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL1904 (*Sociale Verzekeringsbank /Koninklijke Schelde Groep*).

²⁰² Rb. Zutphen 7 mei 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AI1718; *NJ* 2003/480; *JBPr* 2003/66, m.nt. J.G.A. Linsen (*Rabobank/F & B Leisure c.s.*); Rb. Breda 14 januari 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AO6162; *JOR* 2004/70 (*BVR/Ho-Cla*); Rb. Middelburg (vzr.) 6 juli 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0501; *S&S* 2007/43 (*CdMR/Scheldepoort*); Hof 's-Hertogenbosch 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6845 (*Comepsa/X*); Hof Amsterdam 9 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL3701; *NJF* 2010/122 (*DB Schenker Rail Nederland c.s./ProRail*) en Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4910 (*Grolo/X*), r.o. 4.2.

²⁰³ Enige wettelijke grond om de Bescheiden niet openbaar te maken is KHN c.s. niet bekend.

²⁰⁴ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (*Molenbeek/Investment*).

²⁰⁵ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (*Molenbeek/Investment*), r.o. 3.7.1.

op 843a-verzoeken.²⁰⁶

296. Uit de eerder door de Hoge Raad gewezen arresten *X/Theodoor Gilissen Bankiers* en *ISG/Cornefruit* kunnen vervolgens de (buiten)grenzen van het bepaaldheid-criterium worden afgeleid. Zo volgt uit het *X/Theodoor Gilissen Bankiers* dat bescheiden niet exact omschreven hoeven te worden, nu de eiser in een voorkomend geval niet precies weet (of hoeft te weten) wat voor soort bescheiden het betreft.²⁰⁷ Derhalve is niet vereist dat de eiser bekend is met de stukken of de inhoud daarvan. Voldoende is dat de gevorderde bescheiden betrekking hebben op een onderwerp dat voldoende nauwkeurig is afgebakend. In het arrest *ISG/Cornefruit* is door de Hoge Raad vastgesteld dat de bescheiden dusdanig nauwkeurig moeten worden omschreven dat geen sprake is van fishing expedition.²⁰⁸
297. Dat ook (zeer) omvangrijke 843a-verzoeken door de beugel van de bepaaldheid kunnen passen volgt uit voornoemd recent arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2021.²⁰⁹ In dat arrest sauveerde de Hoge Raad, onder verwijzing naar het voornoemde criterium uit de Molenbeek-uitspraak, het oordeel van het hof dat in een zeer omvangrijk 843a-verzoek (en bewijsbeslag) desalniettemin sprake was van voldoende bepaald omschreven bescheiden.
298. KHN c.s. heeft de Bescheiden waarvan zij afschriften althans inzage vordert voldoende bepaald omschreven. Hoewel de omschrijving op punten ruim kan lijken, heeft KHN c.s. haar vordering steeds beperkt tot bescheiden die specifiek zien op de horeca, en waar mogelijk haar vordering toegespitst op concrete passages uit de Kamerbrief. Het onderwerp is daarmee voldoende nauwkeurig afgebakend.
299. Van een *fishing expedition* is dus geen sprake, en overigens geldt ook hier dat overheidsinformatie per definitie openbaar dient te worden gemaakt, tenzij er wettelijke weigeringsgronden bestaan. De beperking van *fishing expeditions* heeft (daarom) vooral belang in de relatie tussen privaatrechtelijke ondernemingen onderling, en kan geen afwijzingsgrond zijn in de relatie tussen burger en staat. Dit volgt ook uit artikel 3 lid 4 WOB, dat voorschrijft dat wanneer een verzoek te algemeen geformuleerd is, het bestuursorgaan de verzoeker behulpzaam is bij het preciseren daarvan.

²⁰⁶ HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

²⁰⁷ HR 26 oktober 2012, LJN BW9244, NJ 2013/220 (*X/Theodoor Gilissen Bankiers*), r.o. 3.8.2.

²⁰⁸ HR 19 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1706 (*ISG c.s./Cornefruit c.s.*).

²⁰⁹ HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

(iii) Rechtsbetrekking

300. De Hoge Raad heeft in het Semtex-arrest²¹⁰ toegelicht dat (ook) in het kader van een 843a-vordering vereist is dat het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet, "voldoende aannemelijk" moet zijn. Volgens de Hoge Raad stelt deze maatstaf de rechter in staat "een evenwicht te vinden tussen het belang van eiser of verzoeker om de waarheid te kunnen achterhalen en zijn bewijspositie te versterken, en het belang van verweerder om geen vertrouwelijke informatie prijs te hoeven geven en om verschoond te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelfden is", en om rekening te houden met de "aard van het onderliggende geschil en de overige omstandigheden van het geval".
301. In het onderhavige geval is evident dat de door de Hoge Raad genoemde belangenafweging in het voordeel van KHN c.s. dient uit te vallen. Hiervoor is reeds opgemerkt dat alle opgevraagde Bescheiden overheidsinformatie betreffen, en dus per definitie openbaar dienen te worden gemaakt (al dan niet na WOB-verzoeken daartoe).²¹¹ Anders dan bij een commercieel bedrijf zijn de door de Hoge Raad genoemde belangen om geen vertrouwelijke informatie prijs te geven of verschoond te blijven van de ingrijpende maatregel van exhibitie dus niet of slechts zeer beperkt van toepassing op de Staat.
302. De rechtsbetrekking waarop de inzagevordering betrekking heeft is de onrechtmatige daad van de Staat jegens KHN c.s. Zoals hiervoor in par. 4.4.2 toegelicht bestaat het onrechtmatig handelen van de Staat uit treffen van maatregelen jegens de horeca zonder (deugdelijke) onderbouwing. De Bescheiden waarvan KHN c.s. afschrift vordert hebben allen betrekking op de onderbouwing of de afwezigheid daarvan. Alle bescheiden hebben dus betrekking op het gestelde onrechtmatig handelen van de Staat, en daarmee op een rechtsbetrekking waarbij KHN c.s. partij is. De rechtsbetrekking is op grond van het voorgaande, ook gezien de aard van het geschil en de omstandigheden van de zaak zoals in de vorige paragraaf omschreven, voldoende aannemelijk.

Geen gewichtige redenen

²¹⁰ HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251.

²¹¹ Overigens bepleit Hammerstein in het Themis-artikel dat er (ook) voor private partijen in beginsel een plicht bestaat om materiaal aan de wederpartij te verschaffen: "Een partij heeft immers in beginsel altijd de plicht om dit materiaal, voor zover het niet vertrouwelijk is, aan de wederpartij te verschaffen als dit past in de context van de waarheidsvinding. Er bestaat geen recht om verschoond te blijven van bewijslevering in een procedure als die er eenmaal is. Waarom dan wel voorafgaand aan een procedure?".

303. Er bestaan aan de zijde van de Staat geen gewichtige redenen om de gevorderde Bescheiden niet te verstrekken. Zoals gezegd betreft het hier overheidsinformatie, en geldt er een algemeen belang van openbaarheid van dergelijke informatie. Ten aanzien van KHN c.s. geldt specifiek dat het hier informatie betreft die ten grondslag ligt of zou moeten liggen aan de maatregelen die jegens haar zijn genomen, en die ervoor hebben gezorgd dat een hele sector het water aan de lippen staat.
304. De Staat heeft overigens ook geen gewichtige redenen aangedragen om de informatie niet te verstrekken. Hij heeft simpelweg niet gereageerd op de informatieverzoeken van de KHN (zie alinea's 279 en 280 hiervoor). Bij het door de KHN gedane WOB-verzoek is de gevraagde informatie evenmin aangeleverd (zie alinea 283 hiervoor).
305. Voor zover de Staat zal aanvoeren dat in bescheiden opgenomen 'persoonlijke beleidsopvattingen' de (volledige) verstrekking van bepaalde bescheiden in de weg staan, merkt KHN c.s. het volgende op. Allereerst geldt dat deze weigeringsgrond in de WOB is opgenomen, maar niet een-op-een gelding heeft bij een verzoek ex artikel 843a Rv. Voorts geldt dat de Hoge Raad een hoge drempel hanteert voor het aannemen van vertrouwelijkheid of geheimhouding als gewichtige reden:
- "Gewichtige redenen kunnen een weigering van een partij om aan de verplichting [tot het overleggen van stukken] te voldoen rechtvaardigen. Voor dit laatste is het bestaan van een wettelijke verplichting van deze partij tot geheimhouding van de van haar verlangde inlichtingen of stukken, op zichzelf niet voldoende, omdat slechts van gewichtige redenen sprake kan zijn indien in de concrete omstandigheden van het geval de belangen waarop de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de verlange inlichtingen of stukken zich in het bijzonder richt, zwaarder wegen dan het – zwaarwegende – maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt."*²¹²
306. Hieruit volgt dat het belang van waarheidsvinding zeer hoog wordt aangeschreven, en dat er dus hoge eisen worden gesteld wanneer dit belang moet wijken voor vertrouwelijkheid (van in dit geval persoonlijke beleidsopvattingen).
307. Daarbij komt nog dat uit de toeslagenaffaire is gebleken dat de Staat een (veel) te ruime invulling van het begrip 'persoonlijke beleidsopvattingen'

²¹² HR 11 juli 2008, NJ 2009/451, m.nt. E.J. Dommering.

hanteert waarbij vrijwel gehele documenten worden 'zwartgelakt' – ook wel de 'Rutte-doctrine' genoemd. Dit heeft er zelfs toe geleid dat demissionair premier Rutte publiekelijk beterschap heeft toegezegd en beloofde de uitzonderingsgrond uit de WOB te verwijderen.²¹³ Hoewel deze belofte niet is waargemaakt,²¹⁴ illustreert het dat er reden is om een beroep van de Staat op 'persoonlijke beleidsopvattingen' scherp te beoordelen.

Zonder bescheiden rechtsbedeling onvoldoende gewaarborgd

308. KHN c.s. wil duidelijkheid over de onderbouwing van de maatregelen die de horeca nu al meer dan een jaar ernstige schade toebrengen. Zij heeft verschillende malen en via verschillende ingangen om die onderbouwing verzocht, maar de Staat geeft niet thuis. KHN c.s. is daarom uiteindelijk deze procedure tegen de Staat gestart, omdat zij meent dat de Staat jegens haar onrechtmatig handelt. KHN c.s. vermoed dat er geen onderbouwing is, althans dat de documenten en informatie die ten grondslag liggen aan de maatregelen deze niet rechtvaardigen. Er is voor KHN c.s. geen andere manier om aan de Bescheiden te komen, zoals ook wel volgt uit de vermeende pogingen die zij daartoe al heeft ondernomen. Er is bovendien geen andere, gelijkwaardige (zie de volgende paragraaf), manier om te bewijzen dat de onderbouwing van de Staat niet deugt. Daarmee staat vast dat indien KHN c.s. geen afschrift krijgt van de gevraagde Bescheiden, de rechtsbedeling onvoldoende is gewaarborgd.
309. KHN c.s. had ook kunnen besluiten tot het horen van getuigen (bijvoorbeeld de betrokken bewindslieden en leden van het OMT) als middel om te trachten te bewijzen dat de onderbouwing van de Staat niet deugt. Hammerstein schrijft over de verhouding tussen een voorlopig getuigenverhoor en een inzagevordering in het Themis-artikel het volgende:²¹⁵

" Het inzagerecht is in de afgelopen jaren een belangrijk wapen geworden in de voortdurende strijd van partijen om de noodzakelijke informatie te verkrijgen waarmee een standpunt in de civiele procedure kan worden onderbouwd. Het is naar mijn inschatting belangrijker dan de verklaring van getuigen omdat veel relevante informatie op een of andere manier is vastgelegd (in geschrift of in digitale gegevensdragers) en daarmee betrouwbaarder is dan het geheugen van een getuige. Het is niet erg goed uit te leggen dat een bewijsaanbod door getuigen alleen

²¹³ <https://www.villamedia.nl/artikel/informatievoorziening-overheid-op-de-schop>.

²¹⁴ <https://www.villamedia.nl/artikel/persoonlijke-beleidsopvattingen-blijven-toch-in-de-wob>.

²¹⁵ A. Hammerstein, *Rechtsgeleerdheid Magazijn THEMIS* 2020-6, p. 279.

onder uitzonderlijke omstandigheden mag worden gepasseerd en dat een inzagerecht een soort van ultimum remedium zou zijn. Eigenlijk is het dat nooit geweest en de wetgever van 2020 maakt aan dit misverstand dan ook uitdrukkelijk een einde. Het is ook goed dat de wetgever het inzagerecht schaaft onder de middelen waarmee voorlopig bewijs kan worden verzameld voor de aanvang van de procedure en de maatstaven voor alle voorlopige bewijsverrichtingen gelijk heeft geschakeld. Een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor heeft dezelfde strekking als een verzoek tot inzage en is zeker zo belastend."

310. KHN c.s. heeft (vooralsnog) besloten niet over te gaan tot het middel van het voorlopig getuigenverhoor. Allereerst vanwege de aard van het onderhavige verzoek, dat immer nu juist ziet op het verkrijgen van de *documenten* die de schriftelijk vastgelegde onderbouwing bevatten van het door de Staat gevoerde beleid danwel in de afweging zijn betrokken, zodat deze onderbouwing en afweging beoordeeld kan worden door KHN c.s. en de rechter. Dit doel kan beter bereikt worden met een 843a-vordering dan met een voorlopig getuigenverhoor. Daarnaast onderkent KHN c.s. dat de bewindslieden en leden van het OMT hun tijd hard nodig hebben voor het, kort gezegd, bestrijden van de pandemie. KHN c.s. meent dat het 843a-verzoek daarom minder belastend is voor de Staat dan een voorlopig getuigenverhoor met oproeping van de betrokken bewindslieden en leden van het OMT als getuigen. Mocht KHN c.s. de gevraagde bescheiden echter om welke reden dan ook niet verkrijgen, dan zal zij zich wellicht alsnog genoodzaakt zien de betrokken bewindslieden en leden van het OMT op te roepen voor een voorlopig getuigenverhoor.

Belangenafweging

311. Tot slot dient een weging van de belangen in het voordeel van KHN c.s. uit te vallen. Het belang van de horeca bij afschrift van de Bescheiden is hiervoor reeds toegelicht. Zoals gezegd gaat het om maatregelen die een gehele sector al meer dan een jaar ernstig schaden, en die hebben geleid tot een situatie waarbij een groot deel van de sector kopje onder dreigt te gaan. Niet is in te zien dat de Staat enig belang zou hebben bij het niet verstrekken van de Bescheiden, laat staat dat dit belang zou opwegen tegen het zwaarwegende belang van KHN c.s. en het belang van openbaarheid van overheidsinformatie.

7.4 Conclusie vordering ex artikel 843a Rv

312. De KHN concludeert dat aan alle vereisten van artikel 843a Rv voor de

verstrekking van de gevorderde Bescheiden is voldaan, en dat de vordering voor toewijzing gereedligt.

8 BEKENDE VERWEREN VAN DE STAAT

313. De door de Staat in de fase voorafgaand aan deze dagvaarding tegen de eis aangevoerde verweren en gronden daarvoor, zijn hiervoor reeds aan de orde gekomen (zie in het bijzonder alinea's 159 t/m 162).

9 KOSTEN

9.1 Kosten

314. KHN c.s. vordert bij de kosten van deze procedure (deels onder voorwaarde op grond van art. 3:296 lid 2 BW) tevens de volgens het liquidatietarief Rechtbanken en Hoven verschuldigde nakosten (EUR 157, te vermeerderen met EUR 82 in geval van betekening), een en ander als in het petitum nader omschreven.

9.2 Buitengerechtelijke kosten

315. In de periode voorafgaand aan deze procedure heeft KHN c.s. verschillende kosten moeten maken gericht op het verkrijgen van voldoening buiten rechte, onder andere door het voeren van schriftelijke correspondentie, het voorbereiden en bijwonen van vele (digitale) besprekingen met verschillende Ministeries, Ministers en Staatssecretarissen, het uitzetten van diverse enquêtes onder de leden en het onderbouwen en uitwerken van diverse plannen en protocollen, waarvoor onder andere CrisisLab (zie paragraaf 156) is ingeschakeld. KHN c.s. vordert dan ook eveneens vergoeding van de door haar gemaakte buitengerechtelijke incassokosten op grond van artikel 6:95 jo. 6:96 lid 2 sub c BW, ingevolge de Wet normering buitengerechtelijke incassokosten en de staffel opgenomen in het bijbehorende Besluit begroot op EUR 6.775.

10 BEWIJSSTUKKEN, BEWIJSAANDRAAGPLICHT EN BEWIJS-AANBOD

316. De in deze dagvaarding genoemde bewijsstukken zullen, voorafgegaan door een inhoudsopgave, op de roldatum in het geding worden gebracht.
317. In aanvulling op de hiervoor genoemde bewijsstukken biedt KHN c.s., zonder geacht te willen worden onverplicht enige bewijslast op zich te hebben genomen die niet rechtens op haar rust, aan haar stellingen - voor zover deugdelijk betwist - te bewijzen door alle middelen rechtens, in het

bijzonder door middel van het horen van getuigen, waaronder de bestuurders van KHN en de bestuurders van de Horeca-ondernemers.

318. KHN c.s. biedt tevens reeds nu aan tegenbewijs te leveren door alle midelen rechtens, in het bijzonder door het doen horen van getuigen, tegen stellingen van de Staat, voor zover (i) de rechtbank op enig moment in de procedure zodanige stellingen in beginsel bewezen acht en (ii) KHN c.s. deze stellingen heeft betwist. KHN c.s. wijst erop dat de specificatie-eis niet geldt voor het aanbieden van tegenbewijs.

11 BEVOEGDHEID VAN DE RECHTBANK DEN HAAG

319. De Rechtbank Den Haag is bevoegd van het verzoek van KHN c.s. kennis te nemen, nu de Staat statutair gevestigd is te Den Haag.

DE EIS

KHN c.s. vordert dat de Rechtbank Den Haag op de gronden die hiervoor zijn uiteengezet, bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Bij wege van provisionele voorzieningen voor de duur van het geding:

I.

De Staat gebiedt om:

Primair: toe te staan eet- en drinkgelegenheden, als bedoeld in Artikel 1.1. van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 van 19 november 2020, in afwijking van artikelen 4.4 en 4.7 van die Tijdelijke regeling, voor publiek open te stellen onder de navolgende voorwaarden:

- a. Eet- en drinkgelegenheden (inclusief de buitenterrassen) zullen gesloten zijn tussen 21:00 en 07:00 zolang de zogenaamde avondklok van kracht is en tussen 01:00 en 07:00 ingaande op de dag volgende op de dag dat de avondklok niet langer van kracht is;
- b. Eet- en drinkgelegenheden (inclusief de buitenterrassen) zullen uitsluitend etenswaren en dranken verstrekken aan het publiek indien en voor zover dat gezeten is aan een tafel of bar;
- c. In de eet- en drinkgelegenheden zullen per binnenruimte niet meer dan vijf gasten per 10 m² verkoopoppervlakte worden toelaten;
- d. Eet- en drinkgelegenheden zullen alle redelijke maatregelen nemen om de verspreiding van covid-19 te beperken, zoals nader uitgewerkt in het KHN

Protocol;

Subsidiair: toe te staan eet- en drinkgelegenheden, als bedoeld in Artikel 1.1. van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 van 19 november 2020, in afwijking van artikelen 4.4 en 4.7 van die Tijdelijke regeling, voor publiek open te stellen onder de navolgende voorwaarden:

- a. De openstelling strekt uitsluitend tot verstrekking van etenswaren en dranken in de buitenlucht (buitenterrassen) en uitsluitend indien en voor zover het publiek gezeten is aan een tafel of bar;
- b. Eet- en drinkgelegenheden zullen gesloten zijn tussen 21:00 en 07:00 zolang de zogenaamde avondklok van kracht is en tussen 01:00 en 07:00 ingaande op de dag volgende op de dag dat de avondklok niet langer van kracht is;
- c. Eet- en drinkgelegenheden zullen alle redelijke maatregelen nemen om de verspreiding van covid-19 te beperken, zoals nader uitgewerkt in het KHN Protocol;

II.

De Staat veroordeelt om ten titel van voorschot te betalen aan elk van de Horeca-ondernemers (eisers sub 2 t/m 9), 25% van de naar het voorlopig oordeel van de rechtbank als schade als gevolg van de covid-19 maatregelen aan te merken winstderving over de periode van 15 maart 2020 tot en met 31 december 2020 overeenkomstig de in het lichaam van deze dagvaarding onder 3.1.2 opgenomen schadebegrotingen, als per individuele eiser begroot op de bedragen in de volgende tabel (alle bedragen in euro):

Eiser	Omzet 2020 + 3,8%	Resultaat 2020 o.b.v. omzet + 3,8%	Resultaat 2019	Vershil re- sultaat 2019 en resultaat 2020 o.b.v. omzet + 3,8%	Voorschot van 25%
[...]	729.234	-/- 36.183	93.220	-/- 129.403	32.350
[...]	1.332.794	15.793	112.202	-/- 96.409	24.102
[...]	63.847	46	29.133	-/- 29.087	7.271
[...]	9.627	-/- 27.751	-/- 15.274	-/- 12.477	3.119
[...]	955.224	-/- 250.783	-/- 12.597	-/- 238.186	59.546

Eiser	Resultaat Q3 '20	Resultaat Q4 '20	Vershil resul- taut Q3-Q4	Voorschot van 25%
-------	---------------------	---------------------	------------------------------	----------------------

[...]	11.759	-/- 128.794	-/- 140.553	35.138
[...]	-/- 36.694	-/- 62.678	-/- 25.984	6.496
[...]	-/- 96.806	-/- 293.196	-/- 196.390	49.098

II. In het art. 843a Rv-incident:

de Staat gebiedt binnen 14 dagen na vonnis in het incident, althans binnen een door de Rechtbank redelijk geachte termijn, de Bescheiden te verstrekken aan eisers

III. In de hoofdzaak:

- a. voor recht te verklaren dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld en handelt jegens de Horeca-Ondernemers (eisers sub 2 t/m 9) en aan hen volledige na-deelcompensatie dient te betalen, en aldus de schade dient te vergoeden die zij als gevolg van de sluitingen en beperkende maatregelen hebben geleden en zullen lijden;
- b. de Staat veroordeelt tot schadevergoeding aan de Horeca-ondernemers (eisers sub 2 t/m 9), over de periode van 15 maart 2020 tot en met 31 december 2020 begroot overeenkomstig de in het lichaam van deze dagvaarding onder 3.1.2 opgenomen schadebegrotingen en zoals hieronder weergegeven, en vanaf 1 januari 2021 nader op te maken bij staat, en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening:

Eiser	Vordering over de periode 15 maart 2020 t/m 31 december 2020 (verschil resultaat 2019 en resultaat 2020 o.b.v. omzet + 3,8%)
[...]	-/- 129.403
[...]	-/- 96.409
[...]	-/- 29.087
[...]	-/- 12.477
[...]	-/- 238.186
[...]	-/- 140.553
[...]	-/- 25.984
[...]	-/- 196.390

- c. voor recht te verklaren dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld en handelt jegens alle horeca-ondernemers voor wie KHN op de voet van art. 3:305a BW in de procedure opkomt, en aan hen volledige nadeelcompensatie dient te betalen, en aldus de schade dient te vergoeden die zij als gevolg van de sluitingen en beperkende maatregelen hebben geleden en zullen lijden
- d. de Staat veroordeelt tot schadevergoeding aan alle horeca-ondernemers voor wie KHN op de voet van art. 3:305a BW in de procedure opkomt, op te maken bij staat en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- e. de Staat gebiedt per direct een volledige heropening van de horeca toe te staan;
- f. de Staat veroordeelt in de kosten van deze procedure, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen, althans vanaf een door de rechtbank redelijk geachte termijn, na het te dezen te wijzen vonnis, indien en voor zover de Staat deze kosten niet voordien heeft voldaan;
- g. de Staat veroordeelt in de nakosten ten bedrage van EUR 163, te vermeerderen met de wettelijke rente indien en voor zover de Staat dit bedrag niet binnen 14 dagen na aanschrijving heeft voldaan en - indien dat het geval is en vervolgens betekening van het vonnis plaatsvindt - voorts te vermeerderen met een bedrag van EUR 85 en de kosten van bedoelde betekening, de twee laatstgenoemde bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente, indien en voor zover de Staat deze niet binnen (de wettelijk vereiste termijn van) twee dagen, althans binnen een door de rechtbank redelijk geachte termijn, na betekening van het te dezen te wijzen vonnis voldoet.

De kosten van dit exploit zijn, exclusief btw, EUR

Hierbij verklaart ondergetekende dat bovenstaande verschotten zijn gemaakt voor de goede verrichting van de ambtshandelingen en dat zij noodzakelijk waren, alsmede dat hij/zij geen rechtstreeks of middellijk belang heeft in de onderneming of derde die bovenstaande verschotten factureert.

Gerechtsdeurwaarder

Deze zaak wordt behandeld door de advocaat mrs. P.D. Olden en F.E. Vermeulen, NautaDutilh N.V., Beethovenstraat 400 (1082 PR) te Amsterdam, T +31 20 71 71 619/ +31 20 71 71 885, F +31 20 71 71 347/ +31 20 71 71 347, E Paul.Olden@nautadutilh.com en Freerk.Vermeulen@nautadutilh.com. Dossiernummer: 50115127
Alle berichtgeving in verband met rolhandelingen richten aan:
Bureau Proceskwaliteit NautaDutilh N.V., Postbus 7113, 1007 JC Amsterdam,
T 020-71 71 788/790/836/414/890, F 020-71 71 392, E bureauproceskwaliteit@nautadutilh.com.