

PLEITNOTITIES

Voorzieningenrechter

Rechtbank Den Haag, Civiel recht

van mr. drs. M.C. van Meppelen Scheppink

- i n z a k e -

Zitting van 14 april 2021 te 9.00 uur

**Centrale Vereniging voor de Ambulante
Handel,**

gevestigd te Zeewolde,

eiseres,

advocaat: mr. M.C. van Meppelen Scheppink

Rolnummer: **C/09/609319 KG ZA 21-268**

- t e g e n -

Staat der Nederlanden,

gevestigd te Den Haag,

gedaagde,

advocaat: mr. J. Bootsma

Algemeen

1. Waar gaat het in deze zaak om? Op dit moment is het slechts toegestaan om warenmarkten in de levensmiddelenbranche te organiseren. Dit is, zoals in de conclusie van antwoord van de Staat terecht is opgemerkt: zowel een uitzondering op het verbod van evenementen (artikel 5.1, lid 1 Tijdelijke regeling maatregelen Covid-19 (Trm)) als een uitzondering op de gesloten publieke plaatsen (artikel 4.a1, lid 1, sub f Trm).

Die uitzondering geldt alleen de levensmiddelen. Daarmee wordt een grote groep ambulante ondernemers in de non-food van de markten uitgesloten en hard getroffen.

2. Wat de CVAH betreft, staat niet ter discussie, dat:

- onverminderd sprake is van een zorgelijke epidemiologische situatie;

- het in beginsel aan de Staat is om alle maatregelen te treffen die noodzakelijk worden geacht in het belang van de bestrijding van de pandemie in het licht van de volksgezondheid;

- dat het vaste rechtspraak is, dat de Staat daarbij een grote mate van beleids-/beoordelingsvrijheid heeft;

- dat de Staat daarbij in beginsel ook af mag gaan op de adviezen van het OMT;

- dat primair sprake is van een bestuurlijke afweging, die door de rechter slechts terughoudend kan en mag worden getoetst.

3. Namens de CVAH betoog ik echter, dat de beperking van de warenmarkt door de Staat tot alleen de levensmiddelenbranche evident onjuist is en de Staat niet in redelijkheid voor deze maatregel heeft kunnen kiezen, zowel waar het gaat om de uitzondering op het verbod op evenementen als de uitzondering op de gesloten publieke plaatsen.

4. Ik zal hierna uitwerken, dat evident geen zorgvuldig onderzoek en geen zorgvuldige belangenafweging heeft plaatsgevonden, dat evident geen sprake is van een deugdelijke motivering en dat de maatregel evident in strijd is met de beginselen van evenredigheid en gelijkheid. Op basis daarvan komt de CVAH tot de conclusie, dat de Staat met de betreffende maatregel en de handhaving daarvan onrechtmatig handelt.

Onderzoek en afweging

5. Noch uit de conclusie van antwoord van de Staat, noch uit de adviezen van het OMT blijkt dat een zorgvuldig onderzoek heeft plaatsgevonden naar de aard en het karakter van de non-food op de warenmarkten en de vraag of en in hoeverre de beperking van de warenmarkt tot alleen levensmiddelen daadwerkelijk een bijdrage levert aan het beperken

van contacten en reisbewegingen. Dat is immers waar het beleid van de Staat en de daaraan ten grondslag liggende adviezen van het OMT op zijn gericht.

6. Het OMT en de Staat gaan er aan voorbij, dat de non-food-ondernemers op de markt maar een relatief bescheiden plaats op de warenmarkten innemen. De food is het fundament waarop de markten veelal zijn gebouwd. De non-food is vaak een kleiner gedeelte van de markt. De verhouding food en non-food is meestal 70/30, op kleinere markten vaak 80/20. Ik heb zowel de plattegrond van een grote warenmarkt op zaterdag in Groningen, als van een kleine warenmarkt in Haaksbergen in het geding gebracht (productie 9 en 10), waaruit blijkt, dat met het weglaten van de non-food-ondernemers de markten niet, althans niet wezenlijk kleiner van opzet worden.

De grootste drukte op de markten wordt veroorzaakt door de ondernemers in de food, die wachtrijen kennen. Daarvan is bij ondernemers in de non-food geen sprake.

7. Verder is volledig aan voorbijgegaan, aan het feit dat als een consument alle boodschappen op de markt kan doen, dit juist tot minder contacten en reisbewegingen leidt, doordat men niet én naar de warenmarkt gaat voor bepaalde levensmiddelen, én naar de supermarkt voor de overige boodschappen. De non-food op de markt zorgt juist voor minder verkeersbewegingen omdat de consument al voor de food op de markt komt en in één moeite ook de non-food artikelen meeneemt. Warenmarkten met een volledig aanbod leiden daardoor juist tot een betere verspreiding van het winkelend publiek en een beperking van contacten en reisbewegingen.
8. Er is ook niet onderzocht of de toelating van de non-food-ondernemers op de markten de door de Staat gestelde aanzuigende werking heeft en leidt tot een toename van mobiliteit. In de conclusie van antwoord wordt door de Staat ook toegegeven, dat men daar geen gegevens van heeft. Waarop is dan de stelling gebaseerd, dat het weer toelaten van de non-food-ondernemers op de markt tot extra mensen op de markt leidt? Ook de stelling van de Staat, dat toevoeging van de non-food-ondernemers er, anders dan in de huidige situatie, toe gaat leiden dat de consument gaat rondlopen over de markt en de markt als een uitje gaat zien, wordt niet onderbouwd. Daarvoor ontbreken specifieke gegevens. Bovendien wordt daarmee volledig voorbijgegaan aan de coronamaatregelen die door de CVAH in samenwerking met de gemeenten op de warenmarkten zijn getroffen

(informatieborden en folders, zie: productie 4). De CVAH is ervan overtuigd, dat het toelaten van de non-food-ondernemers op de warenmarkten niet tot extra drukte in de binnensteden gaat leiden.

9. Wat dat betreft, zij eraan herinnerd, dat de (vanwege corona aangepaste) warenmarkten met een volledige bezetting in het afgelopen jaar na de eerste lockdown hebben laten zien, dat de warenmarkten een veilige en sociale plaats bieden waar mensen boodschappen kunnen doen.
10. Daarmee ligt aan de maatregel naar de mening van de CVAH evident geen zorgvuldig onderzoek en evident geen zorgvuldige afweging ten grondslag.

Motivering

11. De warenmarkten worden niet of nauwelijks expliciet worden genoemd in de adviezen van het OMT. Er wordt voortdurend slechts gesproken over de algemene categorie detailhandel, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt, tussen de reguliere detailhandel en ambulante ondernemers op de warenmarkt.
12. Daarmee bieden de adviezen van het OMT geen steun aan de stelling van de Staat, dat de bestrijding van de coronacrisis het noodzakelijk maakt, dat de warenmarkten alleen beperkt worden tot ondernemers in de levensmiddelenbranches. Dat en welke bijdrage aan de bestrijding van het coronavirus door de uitsluiting van de non-food-ondernemers van de warenmarkten wordt geleverd, blijkt niet uit de adviezen van het OMT. Sterker nog, zoals ook in 5.10 en 5.11 van de conclusie van antwoord van de Staat wordt opgemerkt, was de inzet van de lockdown die per medio december vorig jaar werd afgekondigd, aanvankelijk dat de warenmarkten (zonder uitzondering) open zouden blijven. Dat staat zowel in de Kamerbrief van 14 december 2020 als in de toespraak van de minister-president van dezelfde datum.
13. Een uitzondering daarop vormt het advies van het OMT van 22 maart 2021, waarin de warenmarkten (inclusief non-food) naar aanleiding van een vraag expliciet worden genoemd, maar ook dan geldt, dat de warenmarkten in één adem worden genoemd met de reguliere detailhandel en er ten onrechte geen onderscheid wordt gemaakt.

14. Naar het oordeel van de CVAH is in de adviezen van het OMT ten onrechte niet meegenomen, dat de reguliere detailhandel plaatsvindt in winkels (binnenruimte) in smallere winkelstraten, waar de kans op besmetting veel groter is en waar veel meer sprake is van contacten en bewegingen vlak langs elkaar heen dan op een warenmarkt die op open plaatsen in de buitenruimte wordt georganiseerd. In dat verband is niet voor niets nog de aanvullende productie 11 met twee artikelen uit Het Parool overgelegd, waaruit blijkt van de geringe kans op besmetting in de buitenlucht.

Daarmee is de in deze zaak aan de orde zijnde en bestreden maatregel evident niet deugdelijk gemotiveerd. De evident niet beantwoorde vraag blijft immers: welke bijdrage wordt met het weren van de non-food ondernemers op de warenmarkt aan de bestrijding van de pandemie en het voorkomen van besmettingen geleverd?

Evenredigheid

15. In die zin is het ook maar de vraag of het toelaten van de non-food-ondernemers tot de warenmarkten wel als een versoepeling kan worden aangemerkt. Namens de CVAH ben ik van oordeel, dat in het licht van de bestrijding van de coronapandemie en gezien de aard en het karakter van de non-food op de warenmarkten niet of nauwelijks van een bijdrage aan de bestrijding van de coronapandemie kan worden gesproken. Wat levert de maatregel immers op?
16. Daar staat tegenover, dat de non-food-ondernemers door de uitsluiting van de warenmarkt onevenredig hard worden getroffen.
17. Zoals in de dagvaarding ook al uiteen is gezet, gaat het om relatief kleine ondernemers met nauwelijks reserves, die sinds medio december vorig jaar geen inkomsten meer uit hun marktondernemingen hebben.

Zij hebben ook weinig aan de steunmaatregelen van de overheid. Zonder loonkosten en vaste lasten komen zij niet in aanmerking voor NOW. Met een verdienende partner is de inkomenssituatie zodanig, dat zij ook niet in aanmerking komen voor TOZO. Zij dreigen echter wel hun ondernemingen te verliezen. Voor de TVL geldt als peilmoment de omzet in januari vorig jaar. De omzet in de wintermaanden, zeker in januari, is voor ambulante ondernemers, van wie de omzet erg weersafhankelijk is, een slechte vergelijking en net

te laag om aan de omzetgrens te komen. Bovendien kloppen de SBI-codes vaak niet en neemt de afhandeling van bezwaren van marktondernemers erg veel tijd in beslag.

18. Daarmee is de maatregel evident onevenredig. Er is sprake van een evident niet evenredige inperking van de ondernemersvrijheid.

Gelijkheidsbeginsel

19. Verder steekt het de CVAH, dat er sinds de lockdown van medio december vorig jaar diverse versoepelingen zijn doorgevoerd, maar daarbij niet of nauwelijks, althans niet kenbaar, aandacht is besteed aan de positie van de ambulante ondernemers in de non-food. "Waar is de markt?", zo heeft de CVAH zich bij de diverse persconferenties in de afgelopen periode afgevraagd.
20. Daarbij komt, dat de supermarkten met een volledig productaanbod ongewijzigd open bleven, terwijl voor de warenmarkten, supermarkten in de buitenlucht, gold dat daar alleen levensmiddelen mogen worden verkocht. Hetzelfde geldt voor de grotere winkelbedrijven, zoals IKEA die tot veel reisbewegingen en contactmomenten leiden. Voor hen is er wel versoepeling, maar niet voor de non-food ondernemers op de markt.
21. Belangrijker nog, is dat de reguliere detailhandel in de afgelopen periode mocht gaan werken met click & collect en winkelen op afspraak, terwijl dit niet voor de non-food-ondernemers op de warenmarkten ging gelden. Let op: ook voor hen is het goed mogelijk om op de warenmarkt te staan, de kraam af te sluiten, zodat je daar niet zomaar kunt binnenlopen, maar met click & collect, dan wel een bezoek op afspraak aan de kraam op afspraak te werken en enige omzet te behalen. In Harderwijk en op Urk wordt click & collect al toegestaan en heeft men daar prima ervaringen mee.
22. Het is naar het oordeel van de CVAH ten onrechte en evident onjuist, dat deze mogelijkheden niet worden geboden aan de ambulante ondernemers in de non-food op de warenmarkten.

Belang

23. De CVAH heeft, zeker na de persconferentie van gisteren, onverminderd belang bij een uitspraak in kort geding. Weliswaar heeft onlangs een goed gesprek plaatsgevonden met vertegenwoordigers van de Staat, maar dit heeft tot geen enkele toezegging geleid. De situatie duurt inmiddels zodanig lang, dat diverse non-food-ondernemers failliet dreigen te gaan en zij hun plaatsen op de markten opzeggen, waardoor onherstelbare schade voor de warenmarkten dreigt, die ondanks het primaire belang van de food-ondernemers op deze markten, belang hebben bij een gevarieerd productaanbod om de concurrentie met supermarkten te kunnen overleven. Naarmate de situatie van uitsluiting van non-food-ondernemers langer voortduurt, dreigt blijvende schade aan de markten die belangrijk zijn voor de leefbaarheid van de binnensteden, zeker gezien de leegstand die verwacht wordt na de corona-tijd.

Vordering/eiswijziging

24. De CVAH blijft bij de vordering, vervat in de dagvaarding, kort gezegd het bevel aan de Staat om toe te staan dan wel mogelijk te maken dat ook de non-food-branches weer tot de markten worden toegelaten, met veroordeling van de Staat in de kosten

25. De CVAH wenst deze vordering aan te vullen met een subsidiaire vordering, namelijk, dat, indien en voor zover de primaire vordering wordt afgewezen, de Staat wordt bevolen ook aan ambulante ondernemers met non-food toe te staan om op de warenmarkten te werken met click & collect en/of een bezoek aan de kraam op afspraak.

26. Ik dank u voor uw aandacht.