

heb ik,

Erwin Heuker of Hoek, als toegevoegd
gerechtsdeurwaarder werkzaam op het
kantoor van Antonius Adrianus Gerardus
Johannes Petrus van Dongen, gerechts-
deurwaarder met als vestigingsplaats
Oosterhout (NB) en aldaar kantoor-
houdende aan het Bouwlingplein 44

Krachtens de daartoe verstrekte last van de voorzieningenrechter IN KORT GEDING GEDAGVAARD

DE OPENBARE RECHTSPERSOON DE STAAT DER NEDERLANDEN, in het bijzonder het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Directie Rechtsbestel Afdeling Rechtspraak & Geschiloplossing, waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage, ex artikel 48 Rv. aan het parket van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden gevestigd te 2514 EK Den Haag aan de Korte Voorhout 8 mijn exploit doende en afschrift dezès latende aan:

Voormeld adres in een gesloten enveloppe met
daarop de vermelding als wettelijk voorgeschreven,
omdat ik' aldaar niemand aantrof aan wie rechtsgeldig
afschrift kon worden gelaten

OM:

Op dinsdag 5 januari tweeduizendeenentwintig, des voormiddags te 11.00 uur, in persoon of vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen in kort geding ten overstaan van de Voorzieningenrechter bij de Rechtbank Den Haag, locatie Den Haag aan het adres Prins Clauslaan 60;

AANZEGGINGEN

Daarbij heb ik gedaagde het volgende aangezegd:

- a. indien een gedaagde niet in persoon en evenmin vertegenwoordigd door een advocaat op de terechtzitting verschijnt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem of haar onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
- b. indien ten minste één van de gedaagden in persoon of bij advocaat ter terechtzitting is verschenen, tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als één vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;
- c. bij verschijning in het geding van ieder van de gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- d. 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 website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;

- 1) 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/haar zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel,
 - 2) een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel 3, van de Wet op de rechtsbijstand, waaruit blijkt dat zijn/haar inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet. Van gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijklopende conclusies nemen of gelijklopend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven.
- e. van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij/zij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
- f. Partijen hebben in eerste termijn een spreektijd van tien minuten.
- g. In verband met de beperkingen als gevolg van het coronavirus kunnen ter zitting in beginsel uitsluitend partijen en hun advocaten aanwezig zijn. Voor de aanwezigheid van anderen dient vooraf toestemming gevraagd te worden;

Inleiding

1. Eisers 2 tot en met 24 verblijven op dit moment in het buitenland. Tot hun verrassing besloten de ministers van VWS, Justitie en Veiligheid en Binnenlandse Zaken hierna te noemen: "de ministers", zonder enige vooraankondiging op 23 december 2020 dat het vanaf 29 december 2020 niet meer mogelijk is om naar Nederland te reizen zonder bij het instappen van de vlucht een negatieve "COVID-19-testuitslag" te tonen. Eisers worden hiermee gedwongen tegen hun wil een invasieve medische handeling te ondergaan. Daarbij zal van de uitkomst van de test afhangen of zij überhaupt naar Nederland mogen reizen. Dit terwijl in een eerder kort geding vast kwam te staan dat met de PCR-test geen diagnose voor COVID-19 gesteld kan worden en de test volgens de fabrikanten en de CE-certificering niet geschikt is om te gebruiken bij mensen zonder symptomen. Veel Nederlanders zijn door deze onverantwoorde besluitvorming in de problemen gekomen. De verplichting maakt op meerdere gronden een inbreuk op elementaire mensenrechten. De ministers handelt hiermee onrechtmatig jegens eisers. De voorzieningenrechter van uw rechtbank oordeelde op 31 december 2020 (C/09/604963/ KG ZA 20-1256) dat een specifieke wettelijke grondslag voor deze verplichting ontbreekt. De ministers heeft in dit vonnis geen aanleiding gezien de onrechtmatige regel in te trekken. Op zondagavond 3 januari 2021 publiceerde de ministers zonder vooraankondiging een ministeriële regeling die op maandag 4 januari 2021 in werking treedt. Deze treedt kennelijk niet in de plaats van maar is een aanvulling op de aanwijzing. Nu de ministers vasthoudt aan onrechtmatige maatregelen zijn eisers genoodzaakt zich tot de voorzieningenrechter te wenden. Eisers vorderen dat de aanpassingen van de ministeriële regeling alsmede

de aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's ingetrokken dan wel buiten toepassing gesteld worden.

Feiten

2. In het 85^e OMT-advies van 9 november 2020 werd gesteld dat de reizigers uit “hoogrisicogebieden” zich na aankomst in Nederland niet goed aan het quarantaine-advies zouden houden. De eis om een negatieve test voor of bij aankomst zou een deel van de besmette personen aan het licht brengen en het dringende advies niet naar het buitenland te reizen onderstrepen. Het OMT adviseerde derhalve om de mogelijkheid te verkennen om terugkerende Nederlanders en buitenlandse bezoekers uit oranje en rode gebieden te verplichten.¹
3. Kamerleden Jetten (D66) en Dijkhoff (VVD) eisen op 15 december 2020 in een motie om het overleggen van een negatieve coronatest zo spoedig mogelijk voorwaardelijk te maken om Nederland binnen te komen vanuit de Europese Economische Ruimte waarvoor een negatief reisadvies inclusief Nederlanders.
4. Tijdens het coronadebat op 15 december 2020 drongen een aantal Kamerleden aan op een snelle invoering van een algemene plicht tot overlegging van een negatieve coronatest bij binnenkomst. Rutte liet weten dat dit voor vliegen mogelijk realiseerbaar zou zijn zonder wetswijziging.² Op dezelfde dag voerde het kabinet een negatieve testuitslag en -verklaring voor reizigers per boot en vliegtuig uit “hoogrisicogebieden” van buiten de EU die uitgezonderd zijn van het inreisverbod. Bij brief van 18 december informeert het kabinet de Kamer dat deze verplichting uiteindelijk gaat gelden voor alle reizigers uit “hoogrisicogebieden”.
5. In een brief aan de Kamer laat het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat weten dat het verplicht stellen van een negatieve testuitslag voor alle reizigers naar Nederland een wetswijziging vereist. Wel zou het mogelijk zijn om de verplichting in te stellen voor reizigers per vliegtuig namelijk op basis van artikelen 53 en 54 Wpg. Deze bepalingen zouden de ministers de mogelijkheid geven om de voorzitters van de veiligheidsregio's een aanwijzing te geven voor alle reizigers ongeacht de plaats van vertrek.³ De verwachting is echter dat de maatregel eerst in januari 2021 kan ingaan in verband met de noodzakelijke voorbereidingstijd voor de reiziger.
6. In een Kamerbrief van 22 december 2020 meldt de minister dat in het Verenigd Koninkrijk sprake zou zijn van een nieuwe virusvariant. Deze zou eenvoudiger overdraagbaar zijn doch aanwijzingen dat dit virus ernstigere infecties veroorzaakt, ontbreken. Het kabinet is voornemens om een negatieve PCR-test als voorwaarde te stellen voor alle vliegpassagiers uit alle gebieden met een “hoog COVID-risico”, ook voor Nederlanders. Deze maatregel moet later ook gaan gelden voor bus, trein en autoverkeer.⁴

¹ Advies n.a.v. 85^e OMT, 9 november 2020

² Plenaire verslag Tweede Kamer, 15 december 2020, p.75.

³ Brief 18 december 2020 IENW/BSK-2020/252077

⁴ Brief 22 december 2020 1803952-216466-PDC19

7. Op 23 december 2020 komt de minister met een Kamerbrief waarin hij mededeelt dat het kabinet besloten heeft per 29 december 2020 alle luchtvaartmaatschappijen te verplichten om alle passagiers vóór het boarden te controleren op de aanwezigheid van een negatieve PCR-testuitslag. Als passagiers deze niet kunnen tonen, mogen zij niet aan boord van het vliegtuig. De test dient maximaal 72 uur voorafgaande voor de aankomst in Nederland afgenomen te zijn. Dezelfde verplichting zal via een ministeriële regeling gaan gelden voor de aanbieder van internationaal openbaar personenvervoer per bus en trein.⁵
8. De ministers volgen op 24 december 2020 met de afkondiging van een ministeriële regeling waarmee aanbieders van internationaal openbaar vervoer via de weg en het spoor eveneens verplicht worden passagiers de toegang te ontfangen indien zij geen negatieve testuitslag kunnen tonen. Deze regeling treedt eveneens 29 december 2020 in werking. De aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's is niet aangetroffen.

Productie 1: wijziging maatregel Tijdelijke wet COVID-19 van 23 december 2020

9. Op 30 december vond een kort geding plaats bij uw rechtbank van drie reizigers die in een identieke situatie verkeren als eisers onder 2 tot 24. De voorzieningenrechter wees een voorlopige voorziening toe waarmee zij zonder het overleggen van een negatieve PCR-test naar Nederland kunnen reizen (hierna te noemen: "het vonnis").

Productie 2: vonnis 31 december 2020

10. Het kabinet schreef naar aanleiding van het vonnis aan de Tweede Kamer het volgende:

"Het kabinet houdt vast aan de verplichting om een negatieve PCR-testuitslag te hebben voor alle reizigers die naar Nederland willen reizen, zoals ook aan de Kamer is toegezegd. Voor reizigers naar Nederland blijft de situatie dus ongewijzigd. Het kabinet bekijkt verder op korte termijn of er eventueel aanvullingen nodig zijn om een negatieve PCR-testuitslag bij dit type reizen zeker te stellen."

Productie 3: brief kabinet aan Tweede Kamer 31 december 2020

11. Bij brief van 1 januari 2021 sommeerden eisers de ministers om binnen 24 uur tot intrekking van de aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's en de gewijzigde ministeriële regeling.

Productie 4: sommatiebrief 1 januari 2021

12. De landsadvocaat reageerde op zaterdag 2 januari 2021 namens de minister dat geen gevolg gegeven wordt aan de sommatie. Vervolgens hebben eisers medegedeeld dat met spoed een kort geding volgt. Op zondagavond 3 januari komt de Staat met een persbericht dat "de juridische gaten gedicht zijn" en de verplichte coronatest in stand blijft. In een schrijven van de landsadvocaat deelt de Staat mede dat met een wijziging

⁵ Brief 22 december 2020 1803978-216478-PDC19

van de ministeriële regeling een tweede grondslag gevonden is voor de testverplichting.

Productie 5: antwoordbrief 2 januari 2021

Productie 6: brief landsadvocaat 3 januari 2021

Productie 7: Wijziging ministeriële regeling van 3 januari 2021

Vordering en rechtsgronden

13. Eisers vorderen primair buitenwerkingstelling van de aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's en de aanpassingen van de ministeriële regeling die op 29 december 2020 en 4 januari 2021 in werking traden en subsidiair dat Nederlandse ingezetenen uitgezonderd worden van de aanwijzing en deze regelingen. De aan de luchtvaart, bus- en spoorbedrijven opgelegde verplichting kan namelijk op meerdere gronden niet in stand blijven. Elke hierna beschreven grond is zwaarwegend genoeg om tot toewijzing van de vordering te leiden.

(1) Specifieke wettelijke grondslag bevoegdheid aanwijzing ontbreekt

14. In de Kamerbrief van 18 december 2020 stelt de minister dat zijn bevoegdheid gebaseerd is op artikelen 53 en 54 Wpg. Met een aanwijzing van de minister van VWS aan de voorzitters van de veiligheidsregio's zouden luchtvaartmaatschappijen verplicht kunnen worden passagiers voorafgaande aan het boarden te controleren op het bezit en de geldigheid van een negatieve testuitslag die bij aankomst in Nederland niet ouder is dan 72 uur.
15. Daarnaast traden op 29 december 2020 en 4 januari 2021 wijzigingen van de ministeriële regeling bij de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 in werking met een gelijkstreckende verplichting (hierna te noemen: "de ministeriële regelingen". Deze regelingen verwijzen naar artikel 58p Wet publieke gezondheid als grondslag. Beide grondslagen worden hierna besproken.
16. De ministers veronderstellen kennelijk dat artikel 58p Wpg wel een concrete wettelijke grondslag vormt. Zoals hierna toegelicht wordt, is dat allerm minst het geval.

Aanwijzing minister aan de voorzitters van de veiligheidsregio's

17. In het kort geding van 30 december 2020 voerden eisers aan dat artikelen 53 en 54 Wpg geen grondslag biedt voor de gepretendeerde bevoegdheid.
18. Artikel 53 lid 2 bepaalt dat de voorzitter van de veiligheidsregio ten aanzien van een schip of luchtvaartuig maatregelen kan nemen met betrekking tot de toelating wanneer deze is aangekomen. Vervolgens kunnen uitsluitend maatregelen genomen worden om de ernst van het gevaar vast te stellen.
19. De bevoegdheid ziet dus uitsluitend op een specifiek schip of luchtvaartuig dat bovendien al aangekomen is op de bestemming. Voor een algemene regel om de vervoersbedrijven te verplichten passagiers te weigeren in het land van herkomst omdat zij niet kunnen bewijzen dat zij geen COVID-19 hebben, biedt dit artikel geen grondslag. Ook eist de bepaling een melding van een gezagvoerder die een ernstig vermoeden heeft van de aanwezigheid van een ernstige ziekte of andere

omstandigheden die een ernstig gevaar voor de volksgezondheid kunnen meebrengen. Daarvan is evenmin sprake.

20. De maatregel is ook overigens onverenigbaar met het systeem van de wet. De Wpg voorziet uitsluitend in individuele maatregelen indien een arts vermoedt dat er sprake is van een ernstige infectieziekte. Een test is geen onderzoek door een arts. Aan een testresultaat mogen op basis van de Wpg geen gevolgen verbonden worden. Hiervoor zal eerst een ziekte vastgesteld moeten worden. Dat is zonder symptomen niet mogelijk.
21. Artikel 54 Wpg biedt evenmin een aanknopingspunt voor dit soort bevoegdheden. Artikel 54 sub a, c en d zien uitsluitend op besmettingen. Volgens de Wpg kunnen alleen gebouwen, goederen of transportmiddelen “besmet” zijn. Een mens kan uitsluitend “geïnfecteerd” zijn.

22. Artikel 54 sub b Wpg bepaalt het volgende:

De burgemeester dan wel de voorzitter van de veiligheidsregio kan de exploitant van een burgerhaven of burgerluchthaven dan wel de burgerexploitant opdragen om:

medewerking te verlenen aan door de burgemeester dan wel de voorzitter van de veiligheidsregio te nemen maatregelen van onderzoek van vertrekkende of aankomende reizigers naar de aanwezigheid van een ziekte van infectieuze aard die een ernstig gevaar voor de volksgezondheid kan opleveren,

23. Ook deze bepaling ziet op maatregelen voor aankomende en vertrekkende passagiers in Nederland, niet voor passagiers richting Nederland. Daarbij dient het onderzoek zich te richten op de *aanwezigheid van een ziekte*. Dit sluit een onderzoek naar reizigers zonder symptomen eveneens uit.

24. De voorzieningenrechter wees in het vonnis van 31 december 2020 de vordering van eisers toe op deze grond. De rechter overwoog dat het afnemen van een PCR-test inbreuk maakt op het grondrecht op onschendbaarheid van het lichaam. De artikelen 53 en 54 Wpg ontberen een specifieke grondslag voor deze maatregel.

Aanpassingen ministeriële regelingen

25. De aanpassing van de ministeriële regeling op basis van artikel 58p Wpg die op 4 januari 2021 in werking trad is gelijklopend als de eerdere aanpassing die op 29 december voor bus- en spoorbedrijven in werking trad. Deze kunstgrepen lijden aan dezelfde gebreken als de aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's. Dit artikel bepaalt volgende:

Artikel 58p. Personenvervoer

- 1. Bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat het aanbieden van bepaalde categorieën van personenvervoer geheel of gedeeltelijk verboden is.*
- 2. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de toegang tot en het gebruik van voorzieningen voor personenvervoer. Hierbij kan worden afgeweken van artikel 58f, derde lid, onder a.*

26. In de memorie van toelichting bij dit artikel is volgende te lezen:

“Artikel 58p bevat een grondslag om specifieke maatregelen te treffen met betrekking tot het personenvervoer. Dit begrip is breed en kan bijvoorbeeld betrekking hebben op het in de Wet personenvervoer 2000 bedoelde openbaar vervoer zoals personenvervoer per trein, metro, tram en bus. Maar ook andere vormen van personenvervoer vallen onder dit begrip, zoals besloten busvervoer, personenvervoer per taxi, leerlingenvervoer, vervoer van gehandicapten, het regionale zogenoemde collectieve vraagafhankelijk vervoer (de regiotaxi) en bepaalde vormen van vervoer van personen over water. De aanduiding van de relevante situatie van personenvervoer wordt in een eventuele ministeriële regeling op basis van artikel 58p geconcretiseerd en is uiteraard afhankelijk van de specifieke omstandigheden.

Omdat de capaciteit van allerlei voorzieningen in het openbaar vervoer beperkt is, kan het noodzakelijk zijn om regels te stellen voor de verdeling van die beperkte capaciteit. Gedacht kan worden aan het stellen van prioriteitsregels voor het gebruik van het openbaar vervoer of bijvoorbeeld aan het verplicht stellen van het vooraf reserveren van een reis met het openbaar vervoer.”

27. Deze bepaling biedt de ministers dus de mogelijkheid om maatregelen te treffen met betrekking tot het personenvervoer. Deze bevoegdheid biedt daarmee een grondslag voor maatregelen die zien op de wijze waarop personenvervoer plaatsvindt. Hieronder zouden bijvoorbeeld afstandsregels en regels met betrekking tot de verdeling van de beschikbare vervoerscapaciteit kunnen vallen. Ook dacht de wetgever kennelijk aan verplichte voorafgaande reserveringen. De plicht om een mondkapje te dragen zou ook een voorbeeld van een voorwaarde met betrekking tot het vervoer kunnen zijn (los van de vraag of dit wel rechtmatig is).

28. Een grondslag om het tonen van een negatief testresultaat is echter geen maatregel met betrekking tot het personenvervoer. De regeling stelt een voorwaarde aan personen om Nederland binnen te komen. Dit blijkt ook uit de toelichting bij de ministeriële regeling:

“Het gevolg voor personen die geen negatieve testuitslag krijgen of kunnen krijgen, is dat de mogelijkheid tot inreis in Nederland wordt belemmerd”

29. Hiermee bevestigt de minister dus dat het geen vervoersvoorwaarde maar een voorwaarde aan personen om Nederland binnen te komen. Feitelijk legt deze regeling een visumplicht op in de vorm van een negatief testresultaat aan iedereen die per trein, bus en vliegtuig naar Nederland wil reizen. Ook aan Nederlandse ingezetenen. Dit sluit aan bij plannen van het kabinet om dit uit te breiden naar een verplichting voor personen die met autoverkeer Nederland binnenkomen.

30. Artikel 58p Wpg voldoet daarmee allerm minst aan de eis van een concrete grondslag voor een plicht tot het tonen van een negatieve testuitslag. De situatie is daarmee niet anders dan het vonnis van 31 december 2020. Nu eisers 2 tot en met 24 en duizenden andere Nederlanders zich in een identieke situatie bevinden, ligt de vordering voor toewijzing gereed.

31. In de toelichting bij deze regeling melden de ministers terecht dat het niet toegelaten is om te discrimineren tussen Nederlanders en inwoners van andere lidstaten. Dit betekent dat de gehele regeling buiten werking gesteld dient te worden.
32. Ten overvloede voeren eisers nog drie nadere gronden aan die ieder op zichzelf zwaarwegend genoeg zijn voor toewijzing van de vordering en die niet meegenomen werden in het vonnis. Mocht de voorzieningenrechter aanleiding zien om af te wijken van het eerdere vonnis, dan beroepen eisers zich op de navolgende gronden:

(2) De verplichting is in strijd met elementaire grondrechten

33. De verplichting om een negatieve "COVID-19-test" te tonen als voorwaarde om naar Nederland te reizen, maakt inbreuk op meerdere elementaire grondrechten namelijk een schending van het recht van elke Nederlander om zijn grondgebied te betreden en het recht op onaantastbaarheid van de lichamelijke integriteit.
34. De minister ontzegt feitelijk Nederlanders de toegang tot hun eigen land indien zij geen negatieve PCR-test kunnen tonen. Om Nederland te kunnen betreden dienen zij immers toegang te krijgen tot hun vlucht. Volgens de minister dienen zij bij een positieve test in isolatie te blijven "totdat de klachten over zijn en zij negatief testen". Pas dan mogen zij naar Nederland reizen. Los van de willekeur die aan deze eis verbonden is – hierna wordt het misbruik van de PCR-test nader toegelicht – is dit een flagrante schending van de rechten van eisers.

Productie 8: Toelichting website Rijksoverheid

35. De aanwijzing is namelijk in strijd met het recht van elke Nederlands onderdaan om te allen tijde Nederlands grondgebied te betreden. In afwijking van andere in het EVRM geformuleerde rechten is deze bepaling ongeclausuleerd. Dit recht volgt uit artikel 2 lid 4 Grondwet en is vastgelegd in artikel 3 van het Vierde Protocol bij het Europese Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens:

Artikel 3 Verbod van uitzetting van onderdanen

- 1. Niemand mag, bij wege van een maatregel van individuele of collectieve aard, worden uitgezet uit het grondgebied van de Staat, waarvan hij een onderdaan is.*
- 2. Aan niemand mag het recht worden ontnomen het grondgebied te betreden van de Staat, waarvan hij een onderdaan is.*

36. De nieuwe ministeriële regeling was bij uitstek de gelegenheid om een toelichting te geven hoe deze regeling zich verhoudt tot artikel 3 van het 4^{de} Protocol bij het EVRM. De schending van dit grondrecht is immers in het vorige kort geding aangevoerd. De ministers beperken zich tot de vaststelling dat dit recht ingeperkt wordt.
37. Een schending van dit mensenrecht is kennelijk uiterst zeldzaam. Er is geen jurisprudentie bij het EHRM. De ministers scheppen hiermee dus een vrij uniek precedent. Het is namelijk een ongeclausuleerd mensenrecht. Dit betekent dat een inperking uitsluitend mogelijk is indien het voortbestaan van het land op het spel staat. De ministers hebben nagelaten toe te lichten op welke wijze Nederland ophoudt te bestaan. COVID-19 vormt in ieder geval geen bedreiging van deze orde of grootte.

38. Nederlanders hebben in tegenstelling tot niet-ingezetenen geen mogelijkheid af te zien van hun terugreis. Dit betekent dat de minister hen dwingt een PCR-test te ondergaan. Deze verplichting maakt inbreuk op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam zoals vastgelegd in het EVRM, IVBPR, het Handvest van Grondrechten van de EU en artikel 11 Grondwet. De minister erkent deze inperking. Onder paragraaf 4 van de toelichting op de ministeriële regeling waarin de inperkingen voor bus- en treinpassagiers is vastgelegd, is volgende te lezen:

“De maatregelen heeft gevolgen voor de bewegingsvrijheid, de lichamelijke integriteit (door het testen), en (bij het tonen van de testuitslag) de privacy van de personen die Nederland willen inreizen. Het gevolg voor personen die geen negatieve testuitslag krijgen of kunnen krijgen, is dat de mogelijkheid tot inreis in Nederland wordt belemmerd.”

39. Evenzo als de aanwijzing van de minister aan de luchtvaartmaatschappijen, legt deze regeling indirect een verplichting tot een invasieve medische handeling op. De Nederlandse wet biedt geen mogelijkheid om gezonde mensen te dwingen tot het ondergaan van een test.
40. Evenmin beschikt de minister over de bevoegdheid om middels een aanwijzing grondrechten in te perken. Hiervoor is een gedegen en specifieke wettelijke grondslag vereist. Zoals hierna toegelicht, ontbreekt deze. De regeling is dan ook een onaanvaardbare aantasting van de grondrechten van cliënten. Hiermee kan de aanwijzing niet in stand blijven.

(3) De PCR-test beschikt niet over de eigenschappen voor het ingezette doel

41. De minister noemt de PCR-test een “COVID-19-test”. Hiermee dicht de minister de test eigenschappen toe die deze niet heeft. “COVID-19” is namelijk de ziekte die veroorzaakt wordt door het SARS-Cov-2-virus. De minister gebruikt de test dus om een diagnose te stellen.
42. Dit terwijl de test volgens de CE-certificering en de gebruiksaanwijzingen van de fabrikanten niet gebruikt kan worden als diagnostisch instrument. Dit is voorbehouden aan een arts hetgeen bevestigd is in het vonnis van 9 december 2020 tussen Viruswaarheid en de Staat.

Productie 9: vonnis 9 december 2020

43. Hierin is volgende te lezen:

“4.9. De voorzieningenrechter stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat de diagnose Covid-19 gesteld moet worden door een arts. Daar gaat ook de Staat van uit. De PCR-test kan bij het stellen van die diagnose ondersteunend zijn. Anders dan Viruswaarheid c.s. menen wordt de PCR-test in het testbeleid van de Staat niet in strijd met dit uitgangspunt gebruikt.”

44. Een PCR-test doet niets anders dan het traceren van DNA-fragmenten die mogelijk van het SARS-Cov-2-virus afkomstig zijn. De test is niet in staat om vast te stellen of

iemand COVID-19 heeft of zelfs reproduceerbaar virus bij zich draagt. In de gebruiksaanwijzingen van de fabrikanten zijn onder andere volgende gebruiksbependingen aangebracht De test is:

- (a) Uitsluitend bedoeld voor onderzoeksdoeleinden (research use only);
- (b) Uitsluitend geschikt als onderdeel differentiaaldiagnose
- (c) Mag niet gebruikt worden voor personen zonder symptomen

Productie 10: gebruiksaanwijzingen

45. Deze bependeringen worden hier nader toegelicht.

(a) Uitsluitend bedoeld voor onderzoeksdoeleinden (research use only);

46. Een aanzienlijk deel van de op de markt aangeboden PCR-testen een CE-certificering hebben met als Intended Use RUO (Research Use Only). Dit betekent dat het product ook uitsluitend daarvoor bedoeld is, namelijk onderzoek. Deze producten mogen geen medische doeleinden nastreven. De Richtlijn 98/79/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 1998 betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek maakt hierover volgende overweging:

“(8) Overwegende dat instrumenten, apparaten, toestellen, materialen en andere artikelen, met inbegrip van de programmatuur, die bestemd zijn om voor onderzoek te worden gebruikt zonder dat medische doeleinden worden nagestreefd, niet beschouwd worden als voor doeltreffendheidsonderzoek bestemde hulpmiddelen;”

47. De IVD Guidance: “Research Use Only products, a Guide for Manufacturers and Notified Bodies” van de Europese Commissie uit 2004 (MEDDEV. 2.14/2 rev.1) bepaalt in samenhang met de hiervoor geciteerde Richtlijn 98/79/EC de gebruiksbependeringen van dit CE-certificeringsdoel. De onderhavige PCR-test valt onder volgende RUO-toepassing:

“RUO products used for a better identification and quantification of individual chemical substances or ligands in biological specimens: These products usually react with substances in a specimen through specific bindings or chemical reactions e.g. monoclonal or polyclonal antibodies. The RUO products are not sold by the manufacturers with an intended use within the definition of an IVD as defined by the IVD Directive in article 1 2(b). They may more appropriately fall under the category of products for general laboratory use. They may be used as an element in a home brew diagnostic testing plan to determine the possibility of their potential future use as IVD’s.”

48. Het gebruik van PCR-testen met een RUO-certificering heeft volgens deze richtlijn geen Intended Use die valt onder de IVD-richtlijn. De mogelijke inzet beperkt zich tot experimenteel gebruik in diagnostische procedures om toekomstig gebruik als IVD's te onderzoeken.

49. Aanvankelijk vielen alle op de markt aangeboden SARS-Cov-2 PCR-testen in deze categorie. Dit is bij een substantieel van de aanbieders, waaronder die van de door de voorzieningenrechter in het vonnis geciteerde gebruiksaanwijzing van AssayGenie,

nog steeds het geval. Elke medische toepassing is immers uitgesloten. Ten onrechte negeert de voorzieningenrechter het gebruik van testen met een RUO-toelating.

(b) Uitsluitend geschikt als onderdeel differentiaaldiagnose

50. De fabrikanten van PCR-testen die over een CE-certificering volgens de IVD Richtlijn beschikken, brengen in de gebruiksaanwijzingen duidelijke beperkingen aan:

- *Uitsluitend geschikt voor analytisch gebruik in combinatie met de medische geschiedenis en conditie van de geteste persoon in kwestie en andere laboratoriumonderzoeken;*
- *De test mag niet gebruikt worden als basis voor een klinische diagnose;*
- *Een positieve uitslag betekent niet zonder meer dat de persoon drager is van het virus en kan uitsluitend beschouwd worden als een indicatie voor ter zake betrokken medisch gekwalificeerd personeel;*
- *De test kan geenszins uitsluiten dat andere pathogenen (mede) de oorzaak kunnen zijn van een positief testresultaat.*

51. Deze gebruiksaanwijzingen maken duidelijk dat een testuitslag hoogstens richting geeft van de mogelijke oorzaak van symptomen. De test is daarmee op zijn best geschikt als onderdeel van een differentiaaldiagnose en mag nimmer de basis van een diagnose vormen.

52. Daarbij komt dat de symptomen van COVID-19 zo algemeen zijn dat deze ook kunnen wijzen op tal van andere ziekteverwekkers. De symptomen van COVID-19 zijn identiek aan die van de griep. Een onderzoek kan daarom niet beperkt worden tot een SARS-CoV-2 test. Op basis van de symptomen dient gezocht te worden naar rhino-, griep-, en coronavirussen maar ook bijvoorbeeld allergie dient uitgesloten te worden.

(c) De test mag niet gebruikt worden voor personen zonder symptomen

53. De fabrikanten wijzen er in hun gebruiksaanwijzingen nadrukkelijk op dat de test niet geschikt is voor symptoomvrije personen. Een WHO-bericht voor IVD-gebruikers van 14 december wijst op het volgende:

"Therefore, healthcare providers are encouraged to take into consideration testing results along with clinical signs and symptoms, confirmed status of any contacts, etc. Consider any positive result (SARS-CoV-2 detected) or negative results (SARS-CoV-2 not detected) in combination with specimen type, clinical observations, patient history, and epidemiological information."

Productie 11: WHO Information Notice 14 december 2020

54. Met dit bericht benadrukt de WHO dat de test uitsluitend afgenomen mag worden bij mensen met symptomen. De Staat beaamt dit en stelde ter zitting:

"Wel is het zo dat binnen het huidige testbeleid wordt geadviseerd alleen mensen met klachten zich laten testen."

55. De voorzieningenrechter neemt deze stelling in het vonnis over (r.o. 4.9):

“De vraag of de klachten die een geteste persoon heeft – tot nu toe is het uitgangspunt dat uitsluitend mensen met klachten zich laten testen – daadwerkelijk door het coronavirus worden veroorzaakt, wordt door alleen de test niet zonder meer beantwoord.”

56. Uit het vonnis en de hiervoor gegeven toelichting volgt dat de test niet gebruikt mag worden om een diagnose te stellen en niet geschikt is voor mensen zonder symptomen. Deze gebruiksbependingen komen voort uit de bependingen van de PCR-techniek die een hoog aantal foutpositieve en foutnegatieve testresultaten produceren.
57. Door de verplichting om een negatieve PCR-test als voorwaarde te stellen voor reizen naar Nederland, wordt de test ingezet in strijd met de CE-certificering en de gebruiksbependingen van de fabrikanten. De minister verbindt immers direct gevolgen aan een positieve of negatieve test zonder een nadere diagnosestelling door een arts. Daarmee gebruikt de minister de testuitslag als diagnose. Ook dwingt de minister symptoomvrije personen zich te laten testen.
58. De minister handelt dan ook onrechtmatig door het recht om te reizen afhankelijk te stellen van een test die gebruikt wordt voor een doel waarvoor de eigenschappen ontbreken. Ook op deze grond kan de aanwijzing niet in stand blijven.

(4) Gebrekkige en willekeurige besluitvorming

59. Het kabinet en het parlement lieten afgelopen jaar elke terughoudendheid varen met betrekking tot grondrechteninperkingen. Met de verplichte negatieve PCR-test als toegangsticket tot Nederlands grondgebied sneuvelen verdere elementaire grondrechten. De wijze waarop de onderhavige regeling tot stand kwam, is in een democratische rechtsstaat niet uit te leggen.
60. Dit beleid heeft vergaande gevolgen voor de bevolking en individuele burgers. Door de regeling raken overal ter wereld Nederlandse ingezetenen acuut in de problemen. Toch vond in het parlement nauwelijks debat plaats over deze consequenties. Door het uitblijven van een debat vallen in de besluitvorming dusdanige hiaten dat deze de rechtmatigheidstoets niet kan doorstaan.
61. De Staat wist het gehele weekeinde kennelijk al dat een nieuwe regeling in de maak was. Toch is er gekozen om tot zondagavond geen mededelingen te doen hierover. Alleen dit is al onrechtmatig tegenover eisers. Zij moeten hun rechtspositie kunnen inschatten en nemen op basis daarvan beslissingen. Dit is een van de pilaren van een rechtsstaat. Met de uitspraak van 31 december mochten Nederlandse ingezetenen immers ervan uitgaan dat zij het recht aan hun kant hebben.
62. Daarbij is er sprake van een ongeken­de misbruik van bevoegdheden. Ten onrechte is de regeling zonder inspraak van de Staten-Generaal direct in werking getreden. Er is geen aanknopingspunt te vinden voor een urgentie dat de ministers deze regeling met een beroep op 58c Wpg direct in werking konden laten treden. Deze mogelijkheid biedt de Tijdelijke wet in een zeer dringende omstandigheid waarvan ter beperking van direct gevaar moet worden gehandeld. Daarvan blijkt niet.

63. De regeling is immers gebaseerd op de adviezen naar aanleiding van het 85^e en 91^e OMT-overleg. Deze vonden op 9 november en 16 december plaats:

“91^e OMT:

Reizigers en testen Het OMT heeft vernomen dat er zogenaamde veilige corridors worden opgezet om vliegreizen tussen bepaalde bestemmingen mogelijk te maken. Het OMT wil benadrukken dat in het geval er een negatieve test vereist is voor reizigers uit hoogrisicogebieden, een negatieve testuitslag niet ouder dient te zijn dan 48 uur, waarbij de test niet eerder dan 72 uur voor het reizen is afgenomen. Hiervoor verwijs ik u naar de adviesbrief naar aanleiding van het 85^e OMT, d.d. 9 november 2020: Het OMT adviseert om de mogelijkheid voor het vereisen van een negatieve testuitslag bij binnenkomst in Nederland voor alle reizigers (zowel van terugkerende Nederlanders als buitenlandse bezoekers aan Nederland) uit oranje of rode gebieden, te verkennen. Deze negatieve PCR-testuitslag - of (antigeen)sneltest indien gevalideerd voor personen zonder klachten - mag niet eerder dan in de twee dagen voor binnenkomst in Nederland zijn verstrekt en de test dient door een geaccrediteerd laboratorium uitgevoerd te zijn.”

64. Deze adviezen verzoeken de ministers de mogelijkheden “te verkennen”. Van een uiterst dringende noodzaak om een direct gevaar af te wenden, maakt het OMT geen gewag.
65. Ook de zogenaamde mutatie van het virus, de VK-variant, werd al in september in het Verenigd Koninkrijk aangetroffen en blijkt niet meer of ernstiger ziekte te veroorzaken dan eerdere varianten. Los van de vraag of dit door de mutaties nog steeds het SARS-Cov-2-virus betreft – dit is het enige virus dat grondslag biedt voor maatregelen op basis van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 – hebben de ministers tot 23 december gewacht met maatregelen. Ook hieruit volgt dat geen sprake is van een hoge urgentie. Het aantal besmettingen van de afgelopen dagen biedt evenmin een aanknopingspunt voor een acute noodsituatie. De bevoegdheid is hier dus misbruikt om een rechterlijke uitspraak te omgaan. Ook op deze grond dient de regeling buiten effect gesteld te worden.
66. Van enig onderzoek naar de rechtmatigheid van deze inperkingen is niet gebleken. Het kabinet zegt op 22 december dat de mogelijkheden onderzocht moeten worden en dat dit enige tijd in beslag neemt. Op 23 december is aangekondigd dat de maatregel vanaf 29 december in werking treedt. Op 31 december wordt duidelijk dat de maatregel de noodzakelijk wettelijke grondslag ontbeert. Vervolgens is met het doel de rechterlijke uitspraak te omzeilen zonder parlementair overleg op 3 januari een maatregel afgekondigd die op 4 januari in werking trad.
67. Van een onderzoek en afweging over de gevolgen voor individuele reizigers van dit plotselinge besluit blijkt evenmin. Veel mensen zijn in de problemen gekomen. Door de feestdagen waren in veel landen de testlocaties gesloten. Mensen misten hierdoor hun terugvlucht of komen op andere manieren in de problemen. Uit de toelichting bij de regeling blijkt niet van enige overweging over deze mogelijke gevolgen voor Nederlandse burgers.

Productie 12: Print website Rijksoverheid

68. Ook ontbreekt elke ratio achter deze maatregel. Nederlanders in het buitenland moeten massaal reisbewegingen maken in de landen waar zij verblijven op zoek naar een testlocatie, vaak in een verder gelegen grotere stad. Dit gebeurt met overvolle bussen, treinen of taxi's. De kansen om "besmet" te raken vergroten hiermee aanzienlijk. Nadat mensen getest zijn lopen ze kans in de overvolle bussen of treinen op de terugweg van de testlocatie alsnog "besmet" te raken. Daarbij staat vast dat het aantal foutnegatieven zeer aanzienlijk is. De zin van deze maatregel is daarmee niet duidelijk. De ministers geven geen uitleg hoe deze maatregel kan bijdragen aan het terugdringen van het virus.
69. De reisadviezen lijken daarbij evenmin een afspiegeling van daadwerkelijk bedreigingen. Wie op de rijksoverheid de kleurcodes van landen bekijkt, stelt vast dat de hele wereld "oranje" is. Hier ligt geen zorgvuldige afweging aan ten grondslag.
70. Een negatief reisadvies voor Tanzania lijkt evenmin gebaseerd op een rationele afweging. Het laatste "besmettingsgeval" dateert van mei. In totaal zijn 509 mensen afgelopen jaar positief getest. Er stierven 21 mensen met COVID-19 op een bevolking van 56 miljoen mensen. In het land speelt COVID-19 niet en vormt daarmee een oase van rust in een wereld die de band met de realiteit verloor. In het kort geding wees de landsadvocaat op de urgente situatie in omliggende landen als Rwanda. Dat zouden brandhaarden zijn. Het genoemde land blijkt juist niet als onveilig aangemerkt te staan.
71. Uit het Kamerdebat van 15 december blijkt dat de inkleuring vooral politiek gemotiveerd is met het doel om mensen het reizen te bemoeilijken. Sterker, Rutte liet in het debat ontvallen dat reisbeperkingen permanent vastgelegd gaan worden middels een wetswijziging.⁶ Het recht om het land te verlaten zonder toestemming van een overheid is echter vastgelegd in de Grondwet. De overheid mag adviseren doch een burger bepaalt zelf of hij al dan niet op reis gaat en waarheen.
72. In het OMT-advies is te lezen dat een verplichte test de urgentie bij het publiek benadrukt. Ook hier overwegen psychologische argumenten boven een aantoonbare noodzaak.⁷ Dit kwamen we eerder tegen in het debat over mondkapjes (geen werking, wel een verplichting) Dit zijn geen valide argumenten om burgers op te zadelen met een ingrijpende grondrechteninperking.
73. Het coronadebat is voor veel mensen inmiddels aanleiding om eigen afwegingen te maken. De politieke narratief lijkt niet gesteund te worden door feiten. Volgens het RIVM is het virus voor 98% van de bevolking ongevaarlijk. De mortaliteit overstijgt volgens de WHO met 0,23% niet die van een gemiddelde griep. Dit zijn vaststaande feiten. De politiek weigert uitleg te geven waarom deze weg desondanks verder gevolgd wordt. Veel mensen zijn dan ook niet meer bereid hun grondrechten en vrijheden op te geven voor een politiek die met grote stappen in de richting van een medische dictatuur beweegt.

⁶ Zie p. 75 Plenaire verslag

⁷ 85^e OMT, p.6

Conclusie

74. De besluitvorming van dit kabinet onthecht zich steeds verder van democratisch rechtstatelijke beginselen. De aanwijzing is een ingrijpende inperking van elementaire grondrechten zonder dat een voorafgaande zorgvuldige besluitvorming plaatsvond. Op basis van het gewezen vonnis kan de aanwijzing geen stand houden. Verder leidt het gebruik van de PCR-test in strijd met de gebruiksbeperkingen van de CE-certificering en fabrikanten tot willekeur. Het recht om terug te reizen wordt afhankelijk gesteld van een test die daarvoor niet geschikt is. Van een belangenafweging is evenmin gebleken. De aanwijzing kan derhalve geen stand houden. Het is aan de rechtspraak hier corrigerend op te treden.

Ontvankelijkheid eisers

75. Eiser sub 1 komt op grond van artikel 3:305a BW op voor een algemeen belang, welk belang zij volgens haar statuten behartigt. Aan de eisen van artikel 3:305a BW is voldaan. Zij behartigt de belangen die hier in het geding zijn, op basis van toereikende statutaire doelomschrijvingen en ontplooit activiteiten op het gebied van bescherming van grondrechten en de rechtsstaat. Eiser sub 1 heeft ruim 300 duizend adhesieverklaringen van Nederlandse burgers en bedrijven die via de website het formulier hebben ingevuld.
76. Eisers hebben bij brief van 1 januari 2021 getracht in der minne het in deze procedure gevorderde te bereiken. Gedaagde heeft echter bij brief van 2 januari 2021 geweigerd de onrechtmatige aanwijzing in te trekken.
77. Eisers sub 2 tot 30 hebben ieder afzonderlijk een belang bij de ingestelde vorderingen. Nu zij Nederlandse ingezetenen zijn en deze of komende week terugreizen naar huis, hebben zij belang bij deze vordering.

Spoedeisend belang

78. Duizenden Nederlanders verblijven op dit moment tijdens de vakantieperiode in het buitenland. Het merendeel reist deze week terug en ziet zich overvallen door de maatregel die tijdens de Kerstdagen ingevoerd werd. Voor hen is een onverwijlde voorziening noodzakelijk.
79. Eisers 2 tot 30 vliegen op korte termijn terug naar Nederland. Eiser sub 19 vliegt terug op maandag 4 januari 2021, eisers sub 12 en 13 op dinsdag 5 januari 2021, eisers sub 22 en 23 op donderdag 7 januari 2021 (na eerder al geweigerd te zijn op de terugvlucht van 28 december 2020) evenals eiser sub 15, eiser sub 17 op vrijdag 8 januari 2021, eiser sub 16 op zaterdag 9 januari 2021, eisers sub 2 t/m 4 op 10 januari 2021, eisers sub 8 t/m 11 op 12 januari 2021. Eisers 27 tot en met 30 is op 3 januari 2021 de toegang tot hun vlucht geweigerd. Het testen neemt minimaal 48 uur in beslag zodat een voorlopige voorziening op kortst mogelijke termijn noodzakelijk is.

Bewijsaanbod

80. Zonder enige bewijslast op zich te willen nemen die rechtens niet op eisers rust, bieden zij bewijs aan van al hun stellingen door alle middelen rechtens.

MITSDIEN:

het U Edelachtbare Heer/Vrouwe Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, moge behagen bij vonnis in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad, de wijzigingen van de ministeriële regeling behorende bij de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 van 23 december 2020 en 3 januari 2021 buiten effect te stellen en gedaagde te bevelen de aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's onmiddellijk in te trekken althans deze aan te passen zodat de regeling niet geldt voor Nederlands ingezetenen, althans een in goede justitie beslissing te nemen met veroordeling van gedaagde in de kosten van de procedure.

De kosten dezes zijn voor mij deurwaarder, € 103,83 incl. BTW.

De kosten van dit exploit zijn verhoogd met een percentage gelijk aan de btw, nu eiser(es) niet btw-plichtig is en deze niet kan verrekenen.;

