

PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 19 februari 2021, 10.00 uur

Zaaknummer 200.290.085/01

Staat der Nederlanden/1. Stichting Viruswaarheid.nl, 2. Willem Christiaan Engel, 3. Jeroen Sebastiaan Pols

Pleitnota R.W. Veldhuis en J. Bootsma

1 Inleiding

- 1.1 Vlak voor invoering van de avondklok klotste het water tegen de dijk. Hoge aantallen besmettingen – nu ruim 100.000 besmettelijke personen – die vanwege een reproductiegetal van rond de 1, ook hoog bleven en nauwelijks daalden. En met de introductie van de nieuwe meer besmettelijke Britse variant – 37 % hoger – waarschuwde het OMT voor een derde golf die op Nederland afkwam. Een golf die al over Ierland en Engeland was heen gespoeld. De beelden van de ziekenhuizen in Londen kunnen niemand zijn ontgaan. Prof. dr. J.T. van Dissel sprak van een donkere wolk waarop we ons moeten voorbereiden. De situatie was volgens het OMT “rondt zorgelijk”.
- 1.2 In die situatie heeft het kabinet gemeend noodmaatregelen in de vorm van een avondklok te moeten treffen. Om in de metafoor te blijven: de waterstand moest zo snel mogelijk naar beneden om ruimte te maken voor de nieuwe golf die op ons af komt. Om te voorkomen dat die derde golf boven op het al hoge water een dijkdoorbraak veroorzaakt. En de zorg zou overspoelen. Het advies van het OMT was het aantal besmettingen zo snel mogelijk, zo laag mogelijk te brengen, nu dat met een aanscherping in de vorm van een avondklok en bezoekbeperking nog kon. Voordat de verspreiding van de meer besmettelijke variant nog verdergaande maatregelen noodzakelijk zou maken. Als de dijk eenmaal is doorgebroken, is het lastig het water weer naar buiten te krijgen.
- 1.3 Na het OMT advies van 19 januari 2021 en een spoeddebat in de Tweede Kamer twee dagen later, heeft het kabinet, met instemming van de Tweede Kamer, op 22 januari 2021 gebruik gemaakt van de mogelijkheid op grond van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg), om de avondklok-bevoegdheid in werking te laten treden. De avondklok is de volgende dag ingegaan. Ook daarna nog heeft de

Tweede Kamer ingestemd met een verlenging van de avondklok tot 3 maart 2021. En ook met het wetsvoorstel tot voortdurende van avondklok (hierna: het Voortduringswetsvoorstel) die het kabinet conform de in de Wbbbg opgenomen procedure onverwijld na instelling van de avondklok heeft ingediend.

- 1.4 Tegen deze achtergrond heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de inzet van de avondklok niet legitiem is. Volgens de voorzieningenrechter zou geen sprake zijn van een situatie 'die letterlijk geen enkel uitstel kan dulden'. Voorts plaatst de voorzieningenrechter vraagtekens bij de noodzaak van de maatregel. De Staat kan zich met deze uitspraak niet verenigen en vraagt uw Hof zich hier opnieuw over te buigen.
- 1.5 Naar het oordeel van de Staat heeft de voorzieningenrechter een onjuist criterium toegepast voor het activeren van de avondklok-bevoegdheid in de Wbbbg. Ook heeft zij ten onrechte en in afwijking van het OMT de noodzaak voor de avondklok in twijfel getrokken. Het kabinet heeft op goede gronden tot het instellen van een avondklok besloten.

2 Zorgvuldige besluitvorming in tijden van crisis

- 2.1 Hoe is die beslissing tot stand gekomen? Hoe heeft het kabinet gewaarborgd dat het in een crisis goede en zorgvuldige besluiten neemt? Naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter van afgelopen dinsdag is het goed daar nader bij stil te staan.
- 2.2 Want we moeten ons niet vergissen: de coronapandemie duurt inmiddels ruim een jaar, maar dat verandert niets aan het gegeven dat wij ons nog steeds middenin een crisis bevinden. Van twee regio's is het niveau gisteren naar beneden bijgesteld, maar in 23 van de 25 veiligheidsregio's is het risiconiveau nog steeds "zeer ernstig" (het hoogste niveau)¹. Er geldt een landelijke lockdown, in ieder geval tot 2 maart 2021. Crisis betekent dat met het nemen van besluiten niet kan worden gewacht tot er zekerheid bestaat dat een besluit het goede is (als die zekerheid in normale omstandigheden al kan worden gegeven). Die luxe is er niet. Te meer omdat maatregelen pas later effect hebben. De zekerheid die er wel is, is dat wachten met beslissen geen optie is.

Zo ook: Afdeling advisering van de Raad van State, in het advies over de Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19, Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 35 732, nr. 4, blz. 2 en 3 (de nieuwe en actuele weging ten aanzien van de proportionaliteit waar de Afdeling advisering om heeft gevraagd, is toegevoegd aan de memorie van toelichting):

"Met het oog op de noodzakelijke slagkracht in de huidige crisissituatie komt aan de wetgever een grote mate van beoordelingsruimte toe bij de, soms op

¹ <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/veiligheidsregio>, 18 februari 2021.

korte termijn, te nemen maatregelen. (voetnoot weggelaten) Dit geldt des te meer vanwege het grillige en maar beperkt voorspelbare verloop van de ontwikkeling en verspreiding van het coronavirus. Daardoor moet de belangenafweging van de wetgever steeds plaatsvinden tegen de achtergrond van snel veranderende omstandigheden. In dat kader is van belang dat de effectiviteit van bepaalde maatregelen op voorhand (en vaak ook achteraf) niet met zekerheid en ook niet steeds op zichzelf kan worden bepaald. Het feit dat het verloop van de crisis en de effectiviteit van de te nemen maatregelen uit de aard der zaak slechts ten dele vaststaan, maakt dat de te verrichten belangafweging onvermijdelijk met aanzienlijke onzekerheden is omgeven.”

- 2.3 Het kabinet heeft zich hier vanaf het begin van de crisis rekenschap van gegeven. Nederland kent een vooraf uitgedachte structuur om een pandemie te bestrijden. Die is ook hier in werking getreden om in deze situatie met grote onzekerheden snel tot goede besluiten te komen.
- 2.4 De verantwoordelijkheid voor het te voeren beleid bij de bestrijding van een infectieziekte als COVID-19 ligt in geval van een nationale crisis bij de Staat. De bestrijding van infectieziektes valt binnen het werkterrein van het Ministerie van VWS. Bij de aanpak van bovenregionale uitbraken van infectieziektes coördineert het RIVM operationeel de bestrijding.

Bij een uitbraak van een zeldzame ziekte in het buitenland, waarvan het gevaar bestaat dat mensen deze naar Nederland overbrengen is het de taak van het Centrum Infectieziektebestrijding van het RIVM (CIb) om Nederland ten aanzien van het medisch-epidemiologische beleid zo goed mogelijk voor te bereiden. De directeur van het CIb kan in dergelijke gevallen het OMT bij elkaar roepen. Dat is ook hier gebeurd.

- 2.5 Het kabinet wordt op medisch-epidemiologisch terrein geadviseerd door het Outbreak Management Team (OMT). Daarin zijn dé deskundigen op de relevante terreinen verzameld.

De vaste leden betreffen de directeur RIVM-Cib, het hoofd van de Landelijke Coördinatie Infectieziektebestrijding (LCI) en vertegenwoordigers van het Nederlands Huisartsen Genootschap (NHG), het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB), de Nederlandse Vereniging voor Infectieziekten (VIZ), de Nederlandse Vereniging voor Internist-Infectiologen (NVII), de Nederlandse Vereniging van Medische Microbiologie (NVMM) en het Landelijk Overleg Infectieziektebestrijding (LOI).

Naast deze deskundigen, nemen, mede afhankelijk van de onderwerpen waarover geadviseerd moet worden, ook deskundigen uit specifieke vakgebieden deel. Deze experts zijn virologen, internisten, gynaecologen, kinderartsen, longartsen, epidemiologen en andere specialisten. Voor de bijeenkomsten in het kader van COVID-19 wordt een groot aantal vaste

experts uitgenodigd. Op de website van het RIVM is gepubliceerd wie aan de OMT-advisering deelnemen.

De deskundigen van het OMT betrekken bij hun adviezen steeds de laatste (wetenschappelijke) inzichten en publicaties in internationale wetenschappelijke tijdschriften. Ook betrekken zij in hun advisering de adviezen van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en het Europees Centrum voor ziektepreventie- en bestrijding (ECDC).

- 2.6 Het kabinet wordt vervolgens geadviseerd door vertegenwoordigers van het lokaal, sectoraal en nationaal bestuur in het Bestuurlijk afstemmingsoverleg infectieziektebestrijding (BAO)². Het BAO beoordeelt de door het OMT geadviseerde maatregelen op politiek-bestuurlijke haalbaarheid en wenselijkheid en adviseert de minister.
- 2.7 Overeenkomstig deze crisisstructuur adviseert het OMT doorlopend over de actuele epidemiologische situatie en heeft het OMT ook meermaals over de avondklok geadviseerd. De strekking van die adviezen is: de epidemiologische situatie in Nederland is fragiel en rondt zorgelijk; stel een avondklok in en houd de avondklok als maatregel in aanvulling op de landelijke lockdown.
- 2.8 Het is vervolgens aan het kabinet om te wegen wat op basis van dat advies wordt besloten. Daarbij heeft het kabinet ook de gevolgen van de maatregelen te betrekken.
- 2.9 Viruswaarheid heeft in de memorie van antwoord gesteld dat het kabinet die weging niet zou hebben gemaakt. Dat is niet juist. Dat blijkt ook uit de Catshuisstukken van de sessie van 8 februari 2021 die op de website van de Rijksoverheid zijn gepubliceerd. Daarvoor is voor een brede maatschappelijke weging de input verzameld om de effecten van een maatregel mee te kunnen nemen van onder andere de gedragsunit van het RIVM, het Sociaal en Cultureel Planbureau, het NKC, de Nationale Politie, de veiligheidsregio's, de VNG en de relevante vakdepartementen. Die input is samengevat in de sheets over de "dwarsdoorsnijdende toets".

Zie:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/vergaderstukken/2021/02/08/catshuisstukken-8-februari-2021>, presentatie NCTV t.b.v. Catshuissessie van 8 februari 2021 (de tweede set sheets), vanaf sheet 8.

- 2.10 Het kabinet weegt dus wel degelijk of een maatregel moet worden doorgevoerd. Daarbij neemt het kabinet echter – terecht – tot uitgangspunt dat het advies van het OMT is, waar volgens deskundigen op dit moment vanuit moet worden gegaan. Dat betekent ook wat voor de toets in kort geding. Het tot uitgangspunt nemen van het advies van de deskundigen van het OMT in deze crisissituatie, kan een regeling bezwaarlijk onmiskenbaar onverbindend maken. Ik kom daar zo op terug, maar licht

² Het BAO is ingesteld met het Instellingsbesluit Bestuurlijk afstemmingsoverleg infectieziektebestrijding.

eerst nog kort toe wat het OMT nu over de huidige epidemiologische situatie en het hanteren van een avondklok heeft geadviseerd.

3 De epidemiologische situatie en de noodzaak voor een avondklok

3.1 Het OMT heeft geconcludeerd dat de epidemiologische situatie in Nederland fragiel is:

- de huidige aantallen besmettingen zijn al hoog: circa 100.000 personen zijn op dit moment besmettelijk;
- de aantallen ziekenhuis- en IC-opnames zijn hoog. Ze zijn de afgelopen week iets gedaald; de prognose is dat deze aantallen bij de huidige maatregelen inclusief de avondklok vanwege de nieuwe varianten stabiel blijven of toenemen;
- nieuwe varianten zijn besmettelijker dan de klassieke varianten van het virus. Zo is het geschatte reproductiegetal voor de Britse variant op dit moment 1,13. Dat is 37% hoger dan de geschatte R_t van 0,82 van de klassieke variant³. Het geschatte reproductiegetal van de Zuidafrikaanse variant ligt 47% hoger dan van de klassieke variant.
- de nieuwe varianten nemen het over van de klassieke variant. Naar schatting 50% van de besmettingen met een eerste ziekte dag rond 31 januari 2021 betreft de Britse variant⁴. De nieuwe besmettelijkere varianten zullen naar verwachting in april de klassieke variant geheel verdringen.

Zie uitgebreider: memorie van grieven, hoofdstuk 6, o.a. vanaf 6.20.

3.2 Deze situatie is ronduit zorgelijk. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland leidde de besmettelijkere Britse variant tot aantallen besmettingen, ziekenhuisopnames en IC-opnames die vele malen hoger waren dan in Nederland. In Ierland ging het om een factor 10 hoger dan in Nederland. Ook in Portugal en Spanje zijn de ontwikkelingen zeer zorgelijk.⁵

3.3 Omdat de R-waarde rond de 1 ligt, zijn schattingen op langere termijn zeer gevoelig voor kleine veranderingen die de R-waarde of net boven of net onder de 1 drukken, met exponentiële groei of verdere afname van het aantal COVID-19-gevallen tot gevolg. Dat maakt dat zonder de aanvullende maatregelen van de avondklok en het advies om bezoek te beperken tot één persoon per dag het aantal ziekenhuis- en IC-opnames zal stijgen. Dat kan dus ook een heel stijle groei zijn.

Zie sheets 19 t/m 21 en 23 van de technische briefing van prof. dr. Van Dissel van 16 februari 2021 aan de MCC, overgelegd als productie 6,

³ Advies n.a.v. het 100e OMT van 15 februari 2021, productie 7.

⁴ Advies n.a.v. het 100e OMT van 15 februari 2021, productie 7.

⁵ De stellingen van geïntimeerden in de memorie van antwoord achter 1- 13 en verder die er op neerkomen dat het kabinet zich ten onrechte zorgen maakt over de verspreiding van het coronavirus in Nederland stuiten af op rov. 4.4 van het bestreden vonnis, waartegen geen grieven zijn gericht. De Staat wijst verder op zijn pleitnota in eerste aanleg achter 1 en 2.2 – 2.5.

besproken in hoofdstuk 6 van de memorie van grieven en afgelopen dinsdag door prof. dr. Van Dissel toegelicht.

Zie ook: het proces-verbaal van de zitting van afgelopen dinsdag in het incident, waar prof. dr. Van Dissel de urgentie van de situatie heeft toegelicht.

Op de website van het RIVM is een filmpje gepubliceerd waarin Jacco Wallinga van het RIVM kort gezegd uitlegt hoe de rekenmodellen worden opgesteld en toegepast⁶;

- 3.4 Hierbij moet bedacht worden dat een groot aantal personen in de bevolking is besmet. Daardoor vertaalt een reproductiegetal van rond de 1 besmetting per geval zich in een groot absoluut aantal nieuwe infecties per dag.
- 3.5 Daarom adviseerde het OMT om onmiddellijk maatregelen te treffen, en niet te wachten. Dan zijn meer mensen besmet, en kost het nog veel meer moeite om de golf omlaag te drukken, terwijl dat steeds lastiger wordt doordat de besmettelijkere varianten de overhand nemen.
- 3.6 Vanwege de donkere wolk die door deze combinatie van factoren op ons af komt, is het volgens het OMT van het grootste belang om het aantal besmettingen zo snel mogelijk zo laag mogelijk te brengen. Dat kan alleen als het aantal contacten dat mensen hebben, wordt teruggebracht. Want: hoe minder contacten, hoe minder kans op overdracht van het virus en hoe minder besmettingen. Het OMT heeft daartoe onder meer dringend geadviseerd om een avondklok in te stellen.
- 3.7 Op basis van studies over de avondklok in andere landen wordt daarvan een effect van een tussen de 8 – 13 % lager reproductiegetal verwacht. Lichtere maatregelen ziet het OMT niet.⁷ Het OMT heeft geadviseerd om ook de geadviseerde bezoekersregeling aan te passen naar één persoon per dag.
- 3.8 De beide maatregelen zijn pas kort geleden ingevoerd, terwijl de daadwerkelijke effecten pas later duidelijk te zien zouden moeten zijn. Desondanks stelt het OMT vast dat, binnen alle onzekerheden, de maatregelen tot een reductie van de gemiddelde R lijken te leiden van ongeveer 10%. Dat is in lijn met de reductie van 8 – 13 % die op grond van de zojuist genoemde literatuurstudie werd verwacht.
- 3.9 Het OMT baseert in het advies van 7 februari 2021 (productie 5) de reductie van 10% op de volgende onderdelen:
 - de zelfgerapporteerde naleving van de avondklok is zeer hoog: 94%⁸.

⁶ zie: <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/rekenmodellen>.

⁷ Advies n.a.v. het 96e OMT van 19 januari 2021, deel 2, p. 2.

⁸ Inmiddels blijkt uit als productie 9 overgelegde rapport dat het nu gaat om 92%.

Dit is hoger dan het draagvlak en de naleving van de aangepaste bezoekersregeling: de daling in draagvlak voor de bezoekersregeling daalde door de aanpassing van 2 naar 1 persoon 71% naar 52% en de naleving daalde van 91% naar 80%⁹. Op dit punt kunnen de effecten van de avondklok en de aangepaste bezoekersregeling wel separaat worden vastgesteld.

De volgende punten kunnen uitsluitend voor de beide maatregelen samen worden vastgesteld.

- het gemiddeld aantal contacten is afgenomen ten opzichte van de periode voorafgaand aan de invoering van de avondklok en de aangepaste bezoekersregeling, terwijl het advies ten aanzien van de bezoekersregeling minder wordt nageleefd dan de avondklok.
- Het is nog te kort na de invoering van de avondklok om vanuit de berekening van het reproductiegetal op grond van meldingen een uitspraak te doen over de grootte van het effect.
- Binnen alle onzekerheden volgen echter de aantallen opgenomen IC- en ziekenhuispatiënten de prognose die van een effect van de avondklok en het advies van de aangepaste bezoekersregeling uitgaat, beter dan bij een prognose waarbij deze maatregelen geen effect zouden hebben.
- Het gaat dan voor beide maatregelen samen om een reductie van circa 10% van de R-waarde.

3.10 Het advies van het OMT was dan ook: stel snel een avondklok in, en het advies van het OMT blijft: hou de avondklok.

4 De Staat neemt het advies van het OMT terecht tot uitgangspunt voor de besluitvorming; geen onmiskenbare onrechtmatigheid

4.1 Het is vervolgens aan het kabinet om dat advies te wegen: moet de vrijheid van personen om ook na 21 uur 's avonds de deur uit te kunnen gaan, zwaarder wegen of moeten de gevolgen van de derde golf die er bovenop de tweede golf aankomt, de doorslag geven? Dat is in de kern de weging die het kabinet heeft te maken. Daarbij is echter voor het kabinet het advies van het OMT een gegeven.

4.2 Het kabinet hoeft dat niet op te volgen, en kan aan andere belangen de doorslag geven. Maar het kabinet pretendeert niet dat zij het beter weet dan de deskundigen, en gaat dus bijvoorbeeld ook niet zelf zeggen dat de Britse variant niet besmettelijker is dan de klassieke variant, of dat er zonder extra maatregelen geen rekening moet worden gehouden met een exponentiële groei van het aantal besmette personen. Daar mag het kabinet vertrouwen op de deskundigheid van het OMT. De adviezen van het

⁹ (Bron: Resultaten Trendonderzoek Corona & Gedrag met focus op Avondklok, Testen en Sociale Contacten, 6 februari 2021, RIVM Corona Gedragsonderzoek)

OMT neemt het kabinet dan ook terecht tot uitgangspunt van de besluitvorming. Ook voor ons juristen geldt dat wij het op die punten niet beter weten dan de deskundigen van het OMT, en dus ook niet onze eigen mening in de plaats moeten stellen van de beoordeling van het OMT. Wij missen daarvoor de deskundigheid.

- 4.3 Dat is waar het mis gaat in het vonnis van afgelopen dinsdag.
- 4.4 Ik illustreer dat aan de hand van vier voorbeelden die in het vonnis aan de orde komen.¹⁰

Voorbeeld 1: de nieuwe varianten lijken niet alleen besmettelijker; zij zijn dat ook

- 4.5 De voorzieningenrechter overweegt dat de nieuwe varianten “besmettelijker *lijken* te zijn dan het oorspronkelijke virus” en dat de mate van besmettelijkheid “al weer naar beneden lijkt te zijn bijgesteld” (rov. 4.12). Dit is feitelijk onjuist. Het is ook geheel onduidelijk waar de voorzieningenrechter dit op baseert. Aan de adviezen van het OMT kan het in ieder geval niet worden ontleend.
- 4.6 Het OMT heeft in het advies van 7 februari 2021 overwogen dat er nog onzekerheid is over de “precieze” besmettelijkheid van de Britse variant (advies n.a.v. het 99e OMT van 7 februari 2021, blz. 3). Dát de Britse variant substantieel besmettelijker is, staat echter wel vast. In het advies van 7 februari 2021 wijst het OMT erop dat op 22 januari 2021 het geschatte reproductiegeval voor de oude variant uitkwam op 0,80, terwijl het reproductiegetal van de Britse variant *37 % hoger ligt*, te weten op 1,13.¹¹ De Britse variant is dus veel besmettelijker.¹²
- 4.7 De besmettelijkheid van de Britse variant is door het OMT niet naar beneden bijgesteld. Mogelijk ontleent de voorzieningenrechter de misvatting dat dat anders zou zijn aan het reproductiegetal, dat schommelt. Het reproductiegetal drukt uit hoeveel personen één besmet persoon besmet. Door de aanvullende maatregelen die leiden tot minder contacten kan dat getal omlaag worden gebracht. Dat betekent dat de maatregelen werken, niet dat de Britse variant minder besmettelijk is dan eerst gedacht.
- 4.8 Het OMT had eerst nog berekend dat de Britse variant 30% besmettelijker was¹³; inmiddels is het inzicht dat deze variant 37% besmettelijker is. Dit is dus juist naar boven bijgesteld.

¹⁰ In de memorie van grieven is op alle relevante punten ingegaan.

¹¹ Advies Outbreak Management Team van 7 februari 2021 n.a.v. 99e OMT, deel 2, p. 3. Zie ook het als productie 8 overgelegde NERVTAG onderzoek van Public Health Engeland, het Britse RIVM, achter 1-6.

¹² De besmettelijkheid van de Britse variant wordt als volgt berekend:
R-waarde Britse variant / R-waarde ‘oude’ variant. Dat komt nu uit op 1.37, dus vandaar de 37% hogere besmettelijkheid.

¹³ Advies n.a.v. het 99e OMT van 7 februari 2021, deel 2, p. 3.

Voorbeeld 2: 10% reductie van de R voor avondklok en advies over terugbrengen bezoek tot één persoon per dag samen is substantieel

- 4.9 De voorzieningenrechter merkt op dat, zoals het OMT ook zelf steeds vermeldt, de avondklok tegelijk is ingevoerd met het advies om nog maar één persoon per dag te ontvangen. Het effect van de maatregelen kan daarom niet geheel los van elkaar worden vastgesteld. Een reductie van 10% van de R zou dan niet overtuigend zijn.
- 4.10 Voorop staat dat duidelijk is dat de naleving van de avondklok hoger ligt dan de naleving van de geadviseerde bezoekenregeling. Uit alle gegevens waaruit effecten van maatregelen op contactmomenten afgeleid kunnen worden, blijkt ook dat de invoering van de avondklok een duidelijk effect gehad heeft op de niveaus voor contactmomenten:
- Er is sinds de invoering een duidelijke afname van mobiliteit in avondklokuren zichtbaar, zowel nationaal als grensoverschrijdend (rond 50-75% afname);
 - Pinbetalingen voornamelijk voor supermarkt, horeca en transport zijn afgenomen met 78%.

Voor het ingaan van de 2e lockdown eind 2020 bleek uit alle gegevens in de nalevingsmonitor van de NCTV waaruit effecten van maatregelen op contactmomenten afgeleid kunnen worden dat de naleving van de maatregelen sterk aan het afnemen was, o.a. vervoersbewegingen en pintransacties (toonbankbetalingen) namen sterk toe. Na afkondiging van de tweede lockdown was er op alle niveaus wel een sterk effect zichtbaar maar de afname van mogelijk contactmomenten bereikte niet het niveau van maart 2020 en bleef steken op het niveau van mei/ juni 2020.

- 4.11 Hier moet echter vooral worden benadrukt dat een reductie van ongeveer 10% aanzienlijk is. Bij het huidige hoge aantal besmette personen vertaalt elke besmetting zich in een groot absoluut aantal nieuwe infecties per dag. Als de R dan met 10% omlaag wordt gebracht, levert dat een zeer zinvolle bijdrage aan de bestrijding van het virus, die bovendien in de huidige ernstige epidemiologische omstandigheden niet kan worden gemist.

Voorbeeld 3: geen "onhoudbare situatie"

- 4.12 De voorzieningenrechter overweegt dat niet vast zou staan dat de mutaties tot een onhoudbare situatie zullen leiden.
- 4.13 Voorop staat dat de voorzieningenrechter hier een onjuiste toets aanlegt waar zij aangeeft dat eerst tot maatregelen zou mogen worden besloten als onomstotelijk

vaststaat dat een onhoudbare situatie ontstaat, waarmee in feite gewacht zou moeten worden totdat de ramp is voltrokken en men dus altijd te laat is met de maatregelen.

- 4.14 De voorzieningenrechter heeft zich hier ten onrechte laten leiden door het gegeven dat het aantal besmettingen en opnames op dit moment nog (licht) lijkt te dalen of op hetzelfde niveau blijft. In de memorie van grieven en op de zitting van afgelopen dinsdag is door prof. dr. Van Dissel uiteengezet dat wij ons daar niet in moeten vergissen. De opmars van de besmettelijkere varianten van het virus, met een hoger reproductiegetal, leidt bij de huidige hoge aantal besmettelijke personen – circa 100.000 personen – zonder verdere maatregelen tot een groei van het aantal besmettingen en ziekenhuis- en IC-opnames.¹⁴
- 4.15 Hierbij moet ook bedacht worden dat het OMT uit wetenschappers bestaat. Zij geven, overeenkomstig hun wetenschappelijke achtergrond, ook duidelijk weer waar onzekerheid over bestaat. In de wetenschap is dat juist zorgvuldig. Daarom is onder meer in de genoemde sheets een onzekerheidsmarge te zien. Dat is echter wat anders dan dat het OMT onzeker zou zijn over zijn advies, of over de gebruikte modellen.¹⁵ Het OMT geeft aan dat het niet precies kan weergeven hoeveel IC-opnames er over een maand zullen zijn en wat de IC-bezetting dan zal zijn. De analyse is echter wel dat als er nu geen maatregelen worden genomen, die bezetting zal toenemen. Dit alles maakt dat het OMT tot het advies is gekomen om onmiddellijk een avondklok in te stellen.

Voorbeeld 4: gevolgen voor de zorg

- 4.16 De voorzieningenrechter overweegt dat de druk op de zorg op dit moment minder groot is dan tijdens de eerste golf. Daarmee impliceert zij ten onrechte dat de druk op de zorg op dit moment acceptabel zou zijn:
- Tijdens de eerste golf werd de ziekenhuiszorg bijna geheel stilgelegd en werd al het personeel ingezet voor covid-zorg. In de huidige situatie wordt geprobeerd zo mogelijk (reguliere) zorg door te laten gaan, waardoor non-covid patiënten nog geholpen kunnen worden. Hierdoor is er minder personeel inzetbaar op de (acute en) covid-afdelingen.
 - In de eerste golf was het virus nog niet wijdverspreid in Nederland. Met name Zuid-Nederland was getroffen, waardoor ziekenhuizen uit de rest van Nederland – zoals in Groningen – ruimte hadden om bij te springen. In de tweede golf is dit niet het geval.

¹⁴ Dit blijkt ook duidelijk uit de adviezen van het OMT, zoals nader geïllustreerd in de sheets van de technische briefing van 16 februari 2021 (productie 6; opgenomen vanaf punt 6.21 van de memorie van grieven).

¹⁵ Evenmin geeft de weergegeven onzekerheidsmarge grond voor de stelling dat "het kan vriezen en het kan dooien". Zie in dit verband het proces-verbaal van de zitting van afgelopen dinsdag in het incident, waar prof. dr. Van Dissel dit heeft toegelicht.

- In de eerste golf zijn Nederlandse IC-patiënten naar Duitse ziekenhuizen gebracht. Tijdens de tweede golf is die mogelijkheid beperkt, omdat Duitsland zelf de bedden nodig heeft.
- Het ziekteverzuim onder het zorgpersoneel is tijdens de tweede golf veel hoger (8-12% gemiddeld) dan tijdens de eerste golf (<4% gemiddeld).
- Het totale aantal mensen dat vanwege Covid een beroep heeft moeten doen op de zorg is in de tweede golf per saldo veel hoger dan in de eerste golf. De eerste golf veroorzaakte met name druk op de ziekenhuizen (op de IC's) en verpleeginstellingen, terwijl de druk op de andere zorgsectoren toen beperkter bleef. In de situatie van de tweede golf is de druk in alle geledingen van de zorg aanwezig, dus ook op de huisarts, de revalidatiezorg, ambulancezorg, binnen de GGZ, de gehandicaptenzorg, de ouderenzorg, thuiszorg en wijkverpleging. Daardoor raken doorstroommogelijkheden eerder verstopt (bijvoorbeeld de uitstroom van ex-Covid patiënten uit het ziekenhuis naar een plek in een verpleeghuis of revalidatie-instelling) en worden ook de mogelijkheden minder om elkaar intersectoraal te helpen (bijvoorbeeld wijkverpleegkundigen die tijdelijk bijspringen in een verpleeghuis).
- Er is inmiddels veel meer kennis over het virus; de behandelmogelijkheden zijn sterk verbeterd. Dat heeft wel als bijkomend gevolg dat er meer mensen in zorgketen onder behandeling zijn (bij ziekenhuis, huisarts, wijkverpleging, thuiszorg).
- De tweede golf kent weliswaar een lagere IC-piek dan de eerste golf, maar houdt veel langer aan. Daarnaast is het aantal covid-patiënten op de klinische verpleegafdelingen in de ziekenhuizen ongeveer tweemaal zo hoog in vergelijking met de eerste golf.
- In de tweede golf – die dus veel langer aanhoudt – moet daardoor meer zorg worden uitgesteld en ook moet deze zorg langer worden uitgesteld (met daardoor een groter risico op verergering van klachten) dan na de eerste golf het geval was. Dit komt bovenop het stuwmeer gemiste verwijzingen dat al ontstaan was tijdens de eerste golf en die nog niet geheel weggewerkt was voordat de tweede golf begon. Het gaat op dit moment om 1,34 miljoen gemiste verwijzingen en vele duizenden uitgestelde behandelingen die allemaal op een later moment ingehaald moeten worden; en deze aantallen lopen dagelijks verder op zolang de tweede golf blijft voortduren.
- Het gaat dan op dit moment om het merendeel van de niet-kritieke planbare zorg, zoals knie- en heupoperaties, behandeling van liesbreuken of staaroperaties. Daarnaast is het voor een aantal ziekenhuizen niet altijd meer mogelijk om volgens plan kritiek-planbare zorg te leveren, zoals hartoperaties of het transplantatieprogramma.

- 4.17 De voorzieningenrechter gaat er bovendien ten onrechte aan voorbij dat niet alleen rekening moet worden gehouden met de bezetting nu, maar juist ook met de bezetting die met de Britse variant op ons afkomt.
- 4.18 Het kabinet heeft het advies van het OMT (wel) terecht tot uitgangspunt genomen voor de besluitvorming. Daaruit volgt dat sprake is van buitengewone omstandigheden. Het kabinet heeft vervolgens met inachtneming van dit alles te besluiten over het al dan niet instellen van de extra maatregel van de avondklok.

5 De avondklok is proportioneel

- 5.1 Met de avondklok wordt de uitoefening van het recht op bewegingsvrijheid en de persoonlijke levenssfeer beperkt. Het kabinet onderschrijft dat de avondklok een ingrijpende maatregel is. Dat geldt overigens evenzeer, of zo niet meer, voor maatregelen als de maatregelen die maken dat personen hun beroep niet meer kunnen uitoefenen of hun bedrijf moeten sluiten. Die maatregelen zijn door de Afdeling advisering van de Raad van State juist in overeenstemming met de grond- en mensenrechten geacht.¹⁶
- 5.2 Dat geldt ook voor de avondklok en de beperking die dat met zich meebrengt, zeker als daarbij de positieve verplichting van de overheid om het leven en de gezondheid van de inwoners van Nederland te beschermen, wordt betrokken.

Deze positieve verplichting volgt o.a. uit artikel 22 Grondwet en artikel 2 en 8 EVRM. Vgl. bijv.: EHRM 4 januari 2008, Shelley/VK, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006, waarin het EHRM ten aanzien van artikel 8 EVRM overwoog dat "(...) it is not excluded that a positive obligation might arise to eradicate or prevent the spread of a particular disease or infection", al was een positieve verplichting in die procedure niet aan de orde.

- 5.3 De maatregelen zoals die begin januari 2021 waren getroffen, volstaan niet. Zonder verder ingrijpen, zal de opkomst van de besmettelijkere varianten van het virus bij de huidige hoge aantallen besmettingscijfers leiden tot een onaanvaardbare druk op de zorg, en het verder verliezen van het zicht op de verspreiding van het virus.¹⁷ Denk daarbij aan de beelden van Londen rond de jaarwisseling, en bedenk daarbij ook hoe de druk op de zorg nu al is en voor hoeveel mensen dat uitstel van behandeling, zelfs van kritiek-planbare zorg zoals hartoperaties of transplantaties, betekent.
- 5.4 Nu ingrijpen zorgt er voor dat later niet nog steviger moet worden ingegrepen (denk aan een "avondklok" overdag) om dan de dan nog hogere besmettingscijfers verder

¹⁶ Zie de Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 (kenmerk: W04.20.0139/I/Vo, gepubliceerd op www.raadvanstate.nl).

¹⁷ Advies n.a.v. het 96e OMT van 19 januari 2021, deel 2, p. 1, Advies n.a.v. het 99e OMT van 7 februari 2021, deel 2, p. 2 en Advies n.a.v. 100e OMT van 15 februari 2021, p. 2.

terug te dringen, met alle gevolgen van dien, niet alleen voor de druk op de zorg, het uitstellen van andere dan covid-19-zorg, maar ook voor de samenleving als geheel.

Of zoals prof. dr. Van Dissel het afgelopen dinsdag zei: "Als we nu een geval voorkomen hoeven we straks niet honderden aantallen te bestrijden."¹⁸

- 5.5 Verdere maatregelen om de bewegingsvrijheid te beperken zijn noodzakelijk, teneinde daarmee de mogelijkheden voor onderling contact en daarmee voor verspreiding van het virus terug te dringen. Er is daarom gekozen voor een avondklok. Daarmee worden de mogelijkheden om overdag naar buiten te gaan voor bijvoorbeeld een wandeling, of het doen van essentiële boodschappen, niet verder beperkt, maar wordt wel de mogelijkheid om 's avonds bij elkaar op bezoek te gaan of andere niet-noodzakelijke reizen te ondernemen, uitgesloten. De regeling voorziet verder in noodzakelijke uitzonderingen, zoals voor essentieel werk. De maatregel voldoet dan ook aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁹ Zo lang verdere beperking van de sociale contacten nodig is om de verspreiding van het virus sterker tegen te gaan, is een avondklok aangewezen.

6 Activering Avondklok-bevoegdheid Wbbbg: superspoed niet vereist

- 6.1 Vanwege deze buitengewone situatie heeft het kabinet er voor gekozen tot het instellen van een avondklok. De bevoegdheid tot het instellen van een avondklok is neergelegd in artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg, welke bepaling ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken, op grond van artikel 1, eerste lid Wbbbg bij koninklijk besluit in werking kan worden gesteld.
- 6.2 De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat de avondklok niet op grond van de Wbbbg had mogen worden ingesteld. Dragend voor dat oordeel lijkt te zijn dat in de visie van de voorzieningenrechter door toepassing van de Wbbbg pas achteraf instemming van het parlement voor de avondklok wordt verkregen. Om die reden zou de Wbbbg alleen ingezet mogen worden in situaties die in de woorden van de voorzieningenrechter: letterlijk geen enkel uitstel kunnen dulden, zoals een onverwachte dijkdoorbraak. Dit standpunt – dat overigens in eerste aanleg niet door geïntimeerden is ingenomen – is in de visie van de Staat onjuist.
- 6.3 In de eerste plaats wordt hiermee miskend dat de mogelijkheid tot het activeren van de avondklok-bevoegdheid is neergelegd in een formele wet die dus is vastgesteld door de formele wetgever. Het parlement heeft dus – anders dan de voorzieningenrechter voor ogen lijkt te hebben gehad – reeds ingestemd met het bij koninklijk besluit in werking stellen van de avondklok-bevoegdheid ingeval sprake is

¹⁸ Zie het proces-verbaal van de zitting van afgelopen dinsdag in het incident, waar prof. dr. Van Dissel de urgentie van de situatie heeft toegelicht.

¹⁹ Zie in dit verband ook de pleitnota in eerste aanleg, achter 2.9 en conclusie van antwoord achter 5.11 – 5.15.

van buitengewone omstandigheden. Daarbij heeft de formele wetgever bepaald dat een dergelijk KB op grond van artikel 1, tweede lid Wbbbg onverwijld moet worden gevolgd door een voorstel van wet omtrent het voortduren van de avondklok. Bedoeld wetsvoorstel ligt inmiddels voor in de Eerste Kamer, nadat de Tweede Kamer daarmee op 11 februari 2021 heeft ingestemd.

- 6.4 Bij de modernisering van het staatsnoodrecht, waarmee de mogelijkheid tot separate inwerkingstelling van noodbevoegdheden door de formele wetgever mogelijk is gemaakt, is deze vorm van parlementaire betrokkenheid nadrukkelijk onder ogen gezien en voldoende bevonden. Daarbij moet worden bedacht dat ook als de avondklok-bevoegdheid zou zijn opgenomen in een reguliere wet – zoals de voorzieningenrechter kennelijk wenselijk acht – via een vergelijkbare systematiek moet zijn bepaald in welke gevallen de avondklok-bevoegdheid door het kabinet kan worden ingezet.²⁰ Alleen heeft dan geen voortduringswet te worden ingediend.

Zie Notitie "Uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden" d.d. 30 juni 1987 (Kamerstukken II 1986/87, 20028, nr. 2), p. 6:

"Een waarborg tegen een mogelijk te snel grijpen naar buitengewone bevoegdheden is dan ook niet gelegen in een detaillistische omschrijving van de buitengewone omstandigheden waarin een noodwet kan worden toegepast maar veeleer in de procedure die voor inwerkingstelling daarvan moet worden gevolgd. De in delen van de bestaande noodwetgeving voorkomende procedure, die de meeste waarborg op dit stuk biedt, is de inwerkingstelling van een noodwet bij Kb met terstond daaropvolgend een zgn. verlengingswet. Aldus staat aan het parlement mede ter beoordeling de vraag of de zich voordoende buitengewone omstandigheden van dien aard zijn dat zij het voortduren van de in werking gestelde noodwet rechtvaardigen." [onderstrp. adv].

Zie verder Nota na.v. verslag TK inzake notitie "Uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden" (ongedateerd, 1988) (Kamerstukken II 1987/88, 20028, nr. 4), p. 10:

"Wij menen de discussie met de Kamer te dienen door te stellen dat naar ons oordeel de meest effectieve drempel tegen een mogelijk te ruime separate toepassing van noodwetten gevonden moet worden in de controle van het parlement die kan worden uitgeoefend via het instrument van de zgn. verlengingswetten. Zoals in vraag 27 werd gesteld treden de Staten-Generaal hier op in hun functie van medewetgever. Hierbij moeten wij de kanttekening

²⁰ Zie in dit verband artikel 58b Wpg, waarin is bepaald wanneer de bevoegdheden op grond van onder meer artikel 58j Wpg kunnen worden ingezet, zoals nu met het voorstel van wet Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19 wordt beoogd. Indiening van dit spoedwetsvoorstel is noodzakelijk geacht als gevolg van de in dit hoger beroep bestreden uitspraak van de voorzieningenrechter. Ik kom hier nog verder over te bespreken.

maken dat uit de buitengewone omstandigheden voortvloeit dat de medewetgever zijn functie in overeenstemming daarmee zal uitvoeren. Het zal mogelijk zijn binnen enkele dagen na de separate afkondiging van een Noodwet de gehele verlengingswet af te ronden. Wij voegen hier aan toe, dat het de bevoegdheid van de Kamer blijft, los van deze verlengingsprocedure, de regering aanstonds na de inwerkingstelling bij k.b. van een noodwet op haar verantwoordelijkheid aan te spreken." [onderstrp. adv.]

p. 13-14:

(...) "Niet alleen is het parlement betrokken bij de instelling van die buitengewone rechtstoestand door de vereiste verlengingswet. Ook in de periode daarna kan het parlement toezien op de wijze waarop vervolgens van de toegekende buitengewone bevoegdheden gebruik wordt gemaakt. Hierbij moet voor ogen worden gesteld dat de buitengewone omstandigheden waarin sprake kan zijn van separate toepassing van enkele noodwetten nog zodanig «licht» zijn dat alle organen van de staat, waaronder niet in de laatste plaats het parlement, hun gewone werk voortzetten. Ook de schrijvende pers, radio en televisie - om enkele andere voorbeelden te noemen - functioneren normaal. Er zal dan geen beletsel zijn voor het parlement om, nadat bij verlengingswet het fiat is gegeven voor het hanteren van een aantal buitengewone bevoegdheden, daarop toe te zien en eventueel de regering ter verantwoording te roepen met de normale parlementaire bevoegdheden." [onderstrp. adv.]

- 6.5 Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter de inzet van noodbevoegdheden met een verwijzing naar de parlementaire betrokkenheid, dan ook beperkt tot de situaties, die letterlijk geen enkel uitstel kunnen dulden. De voorzieningenrechter noemt in dit verband een dijkdoorbraak, maar voor die situatie is nu juist in de Waterwet geregeld dat die noodbevoegdheden zonder nadere procedures kunnen werken en dus zonder de waarborgen van een KB en verlengingswet.²¹

Zie: Nota na.v. verslag TK inzake notitie "Uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden" (ongedateerd, 1988) (Kamerstukken II 1987/88, 20028, nr. 4), p. 5:

"We stelden ons derhalve op het standpunt dat in principe voor het separaat in werking stellen van noodwetbepalingen altijd een procedure van koninklijk besluit gevolgd door verlengingswet moet gelden. Uitzonderingen daarop moeten echter mogelijk blijven. Het gaat daarbij om twee soorten uitzonderingen. De eerste soort uitzonderingen vormen die gevallen waarin geen procedure kan worden voorgeschreven. Daarbij wordt gedacht aan de waterstaatswetgeving waar die gericht is op een situatie van watersnood. Deze waterstaatsnoodwetgeving moet zonder nadere procedures kunnen werken. De

²¹ Zie artikel 5:28 en 5:30 van de Waterwet.

tweede soort uitzonderingen wordt gevormd door die gevallen waarin een procedure van koninklijk besluit gevolgd door verlengingswet wel mogelijk zou zijn, maar waarin die procedure te zwaar zou zijn in relatie tot de in die bepalingen gegeven buitengewone bevoegdheden." [onderstrp. adv].

- 6.6 In Wbbbg noch in de wetsgeschiedenis kan dan ook een aanknopingspunt worden gevonden voor de door de voorzieningenrechter gehanteerde voorwaarde van 'superspoed'. Dit geldt te meer als wordt bedacht dat de wetgever aan het criterium van "buitengewone omstandigheden" geen zelfstandige, juridische betekenis heeft willen geven. Het gaat volgens de wetgever om een feitelijk begrip, waarbij de beoordeling van de feitelijke situatie doorslaggevend is. De rechter kan pas ingrijpen als de noodzaak voor noodmaatregel niet aanwezig *kan* zijn geweest.

Vgl. HR 30 oktober 1946, NJ 1946, 737:

(..) dat de beslissing of deze gebodenheid bestaat, betreft een vraag van beleid, die niet is ter beoordeling van den rechter, en deze slechts aan een zoodanigen maatregel van wetgeving verbindende kracht zou mogen ontzeggen, voorzover die gebodenheid niet aanwezig kan zijn geweest (...).

Zie verder MvG achter 5.1, laatste citaat: Kamerstukken II 1994/95, 23790, 5, p. 12-13. Zie verder Nota na.v. verslag TK inzake notitie "Uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden" (ongedateerd, 1988) (Kamerstukken II 1987/88, 20028, nr. 4), p 7:

(...) Door in de noodwetgeving de term «buitengewone omstandigheden» te gaan hanteren wordt kernachtig aangegeven dat het gaat om omstandigheden die afwijken van het normale en die zodanig ernstig zijn dat de normale wettelijke bevoegdheden niet meer toereikend zijn maar tot buitengewone bevoegdheden noodzaken. (...)

Wij menen dat door de keuze van de term «buitengewone omstandigheden» in plaats van de uiteenlopende terminologie in de bestaande noodwetgeving duidelijk wordt gemaakt dat het bij de vraag of in bepaalde omstandigheden noodwetgeving mag worden gebruikt in wezen om een beleidskeuze gaat.

Zie verder Kamerstukken II 1949/50, 1539, p. 6:

"De voorstellers van artikel 196 der Grondwet hebben het blijkens de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord niet raadzaam geoordeeld, om in dat artikel het begrip „buitengewone omstandigheden" nader te omschrijven. Zij waren de mening toegedaan, dat hiervan een nadere definitie door de gewone wetgever diende te worden gegeven. Aan de wetgever is derhalve volledige vrijheid gelaten om elke omstandigheid van abnormale aard, mits deze de uit of inwendige veiligheid van het Rijk raakt, tot „buitengewoon" te verklaren. Hierbij zij nog opgemerkt, dat het onmogelijk is, een zodanige

formulering van deze omstandigheden te kiezen, dat uit de feiten dwingend zal kunnen worden afgeleid, dat artikel 196 der Grondwet toepassing behoort te vinden.” [onderstr. adv].

- 6.7 De grondwetgever heeft daarbij aan de wetgever grote vrijheid gelaten om te bepalen welke omstandigheden als buitengewoon kwalificeren, zoals ook uit de systematiek van de Wbbbg naar voren komt. Het is primair aan het parlement om in het kader van de behandeling van een voortduringswet, of met gebruikmaking van de normale parlementaire bevoegdheden de regering ter verantwoording te roepen bij een onjuist gebruik van de noodbevoegdheden. Het is vaste rechtspraak dat het vaststellen van wetten in formele zin ingevolge artikel 81 Gw is opgedragen aan de regering en Staten-Generaal gezamenlijk, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de daarbij betrokken belangen. De op de grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet mag in grijpen in deze procedure van politieke besluitvorming. Dit brengt mee dat de rechter zich – anders dan de voorzieningenrechter heeft gedaan – zeer terughoudend zal moeten opstellen.

Zie de rechtspraak genoemd 5.7 van de memorie van grieven met verwijzing naar 4.4 van de conclusie van antwoord en 2.8 van de pleitnota in eerste aanleg.

- 6.8 In het verlengde hiervan ligt ook dat de wetgevingstechnische keuze om de avondklok via de Wbbbg danwel spoedwet in te voeren, is voorbehouden aan de regering en Staten-Generaal, na advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State. De omstandigheid dat de Afdeling advisering – als wetgevingsadviseur – opmerkingen heeft gemaakt ten aanzien van de gang van zaken om de Wbbbg te activeren na een spoeddebat met de Tweede Kamer, maakt dit niet anders. De minister van Justitie en Veiligheid heeft daarop in het nader rapport een reactie gegeven. Hij heeft toegelicht waarom niet is gekozen voor spoedwetgeving.²² Die reactie is niet onbegrijpelijk. Het is vervolgens aan de Staten-Generaal en niet aan de rechter om dat verder te wegen. De voorzieningenrechter heeft dat miskend. De Tweede Kamer heeft op 11 februari 2021 met het Voortduringswetsvoorstel ingestemd en daarmee niet alleen de noodzaak voor de avondklok, maar ook de wetstechnische keuze van activering van de avondklok-bevoegdheid in de Wbbbg onderschreven.

Overigens is ook feitelijk onjuist, althans onbegrijpelijk de overweging van de voorzieningenrechter (rov. 4.7) dat omdat eerder vóór invoering van de avondklok al vaker over de mogelijkheid van een avondklok als “een van de vele mogelijke opties” is gesproken – maar daarvan is afgezien omdat de maatregel niet noodzakelijk werd geacht – zou kunnen worden afgeleid dat na

²² Zie productie 17 bij dagvaarding.

het dringende advies van het OMT van 19 januari 2021 geen acute noodzaak tot invoering van de avondklok zou bestaan.²³ Die was er wel, zoals is toegelicht in de hiervoor bedoelde nader rapport.²⁴ Daarin heeft de Minister ook toegelicht waarom is gekozen voor inwerkingstelling van de avondklok in de Wbbbg in plaats van te kiezen voor spoedwetgeving. Spoedwetgeving duurt langer en legt druk op het proces, kwaliteit en zorgvuldigheid. Niet onbegrijpelijk is dan dat wordt gekozen voor de al bestaande procedure en wettelijke regeling van de avondklok in de Wbbbg. Overigens maakt het gegeven dat in de Wbbbg al een avondklok-bevoegdheid was opgenomen, juist begrijpelijk dat niet alvast een tweede wettelijke grondslag voor avondklok wordt gecreëerd.²⁵

- 6.9 De conclusie is dat de voorzieningenrechter een onjuiste en veel te indringende toets heeft aangelegd bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het koninklijk besluit waarmee de avondklok-bevoegdheid ex artikel 8 Wbbbg is geactiveerd. Dit gebrek aan terughoudendheid komt zowel tot uiting bij de beoordeling of de Wbbbg een grondslag biedt voor de avondklok als bij de overwegingen ten aanzien van noodzaak en proportionaliteit van de maatregel. De instelling en voortduring van de avondklok is rechtmatig. Aan de lat van de onmiskenbare onverbindendheid wordt niet voldaan.
- 6.10 Vanwege het grote belang dat het kabinet in navolging van het OMT hecht aan de avondklok heeft het kabinet zich als gevolg van de uitspraak van de voorzieningenrechter echter gedwongen gevoeld met de allergrootste spoed een wetsvoorstel in te dienen waarmee alsnog zekerheidshalve een aanvullende grondslag voor het instellen van de avondklok kan worden gerealiseerd. De Tweede Kamer heeft gisteren met het wetsvoorstel ingestemd, zoals zij dat ook eerder heeft gedaan met het Voortduringswetsvoorstel. De spoedwet ligt op dit moment voor in de Eerste Kamer. Daarbij heeft de Minister benadrukt dat belang blijft bestaan bij de behandeling van de Voortduringswet omdat het kabinet van oordeel is dat dit de juiste weg is geweest, maar ten tweede ook omdat dit wetsvoorstel betrekking heeft op het aansluitend voorduren van de thans lopende avondklok. Voor dit hoger beroep geldt om vergelijkbare redenen dat daarbij een zeer groot belang blijft bestaan.²⁶ Zelfs als ervan zou worden uitgegaan dat de Eerste Kamer zal instemmen met de spoedwet, is er nog niet definitief gekozen voor een grondslag voor de voortduring van de avondklok, terwijl ook voor het verleden – bijvoorbeeld in het kader van de handhaving – van belang is dat geen discussie bestaat over de rechtmatigheid daarvan.

²³ Zie hierover ook <https://m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id347/17-02-2021/de-staatsnoodrechtelijke-gebreken-van-het-avondklok-vonnis.html>

²⁴ Zie in dit verband ook grief 2c van de memorie van grieven.

²⁵ Hierop stuit ook af de stelling van geïntimeerden dat de Wpg als lex specialis er aan in de weg staat dat de Wbbbg wordt ingezet. In de Wpg is geen bevoegdheid tot het instellen van een avondklok opgenomen en ook overigens is niet duidelijk waarom de Wpg aan toepassing van artikel 8 Wbbbg in de weg zou staan.

²⁶ Een vanuit juridisch oogpunt voldoende belang is overigens ook gelegen in de uitgesproken proceskostenveroordeling. Zie bijvoorbeeld HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR2018:1782.

7 Afsluiting

7.1 Dit alles onderstreept nog eens het grote belang dat door de regering en de Staten-Generaal aan besluitvorming over de avondklok wordt gehecht. Dat is niet voor niets:

- er is sprake van buitengewone omstandigheden;
- extra maatregelen moeten nu worden getroffen om het aantal besmettingen snel zo laag mogelijk te brengen;
- situaties zoals in het Verenigd Koninkrijk en Ierland moeten worden voorkomen;
- een avondklok is daarvoor aangewezen;
- daar is een wettelijke basis voor in de Wbbbg;
- aan de voorwaarden voor toepassing daarvan is voldaan;
- de avondklok beperkt ons in onze bewegingsvrijheid en de uitoefening van onze persoonlijke vrijheden in de avond,
- maar die beperking is proportioneel.

7.2 De Staat heeft dan ook in redelijkheid tot het instellen van een avondklok kunnen besluiten. Onmiskenbaar onrechtmatig is dat in ieder geval niet.

behandeld door	R.W. Veldhuis en J. Bootsma
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	+31 70 515 3793
fax	+31 70 515 3383
e-mail	reimer.veldhuis@pelsrijcken.nl
zaaknr	11015519