

PELS RIJCKEN

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
Zitting van 3 mei 2021, 11.00 uur
Zaaknummer C/09/601 217 KG ZA 21-341

Staat/Stichting Viruswaarheid.nl; W.C. Engel; J.S. Pols

Pleitnota mr. R.W. Veldhuis

1 Crisissituatie; voorzichtige versoepelingen

- 1.1 Nederland bevindt zich in de derde golf van de corona-epidemie. Het aantal besmettingen is al enige tijd structureel hoog en ook de druk op de zorg is onverminderd hoog. Zo hoog dat op dit moment slechts 49% van de ziekenhuizen de kritiek planbare zorg volgens planning kan leveren.¹
- 1.2 Hier staat tegenover dat de piek van de derde golf naar verwachting is bereikt of binnenkort wordt bereikt. Daarbij lijkt de corona-epidemie in Nederland een nieuwe fase te zijn ingegaan: door een combinatie van de bestaande maatregelen en toenemende immuniteit door doorgemaakte infecties en vaccinatie, is de verwachting dat het aantal besmettingen en ook de druk op de zorg zal gaan afnemen.²
- 1.3 Om die reden heeft de Staat een openingsplan opgesteld.³ In dat openingsplan worden de maatregelen die de Staat ter bestrijding van de corona-epidemie heeft getroffen stapsgewijs losgelaten. Dat brengt epidemiologische risico's met zich en voorzichtigheid is dan ook geboden.⁴
- 1.4 Het blijft onduidelijk hoe de corona-epidemie zich verder zal ontwikkelen. Het OMT heeft er uitdrukkelijk op gewezen dat de onzekerheid hieromtrent groot is en dat de prognoses afhankelijk zijn van een aantal gunstige aannames, die nog niet zeker zijn. Het gaat dan onder andere om de naleving van de huidige maatregelen, de uitvoering

¹ <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2021/04/29/heeft-ziekenhuizen-kan-de-kritieke-planbare-zorg-niet-meer-volledig-volgens-planning-leveren>

² Zie de Maatregelenbrief van de Minister van VWS van 20 april 2021, kenmerk 2344542-1006170-PDC19, p. 7.

³ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/openingsplan/opening-samenleving-stap-voor-stap>

van het vaccinatieprogramma en de langdurige werking van vaccins tegen verschillende varianten. Welke gevolgen het stapsgewijs loslaten van bepaalde maatregelen heeft, kan daarbij niet exact worden voorspeld.⁵

- 1.5 Het OMT heeft, vanuit het oogpunt van epidemiologische zekerheid, geadviseerd om de eerste stap uit het openingsplan te zetten nadat is komen vast te staan dat de piek van de derde golf achter ons ligt. Daarbij heeft het OMT benadrukt dat als de eerste stap wordt gezet, het voortzetten van de overige op dat moment geldende maatregelen voorlopig noodzakelijk is.⁶ Het kabinet heeft op 20 april 2021 besloten om de eerste stap uit het openingsplan in te laten gaan per 28 april 2021. Daarbij heeft het kabinet uitdrukkelijk oog gehad voor het maatschappelijke en economische belang dat is gediend bij het zetten van deze eerste stap. Bovendien was van belang dat in de prognose van het OMT de hoogte van de piek van de derde golf niet meer leek te worden beïnvloed door het exacte moment waarop de eerste stap van het openingsplan zou worden gezet. De epidemiologische onzekerheid is daarbij tot op zekere hoogte voor lief genomen.⁷ Onderdeel van deze eerste stap was onder meer afschaffing van de avondklok.

- 1.6 Ook na het besluit van 20 april 2021 is de epidemiologische situatie door het OMT bestempeld als erg kwetsbaar. Het OMT heeft er op gewezen dat het verder versoepelen van maatregelen – dus verder dan het zetten van de eerste stap uit het openingsplan – pas plaats kan vinden als een afname is gerealiseerd van tenminste 10%, maar het liefst van 15%, over het lopende 7-daagsgemiddelde van het aantal nieuwe IC- en ziekenhuisopnames.⁸

Het meest recente epidemiologische rapport van het RIVM vermeldt – over de week van 20-27 april 2021, ten opzichte van een week eerder – (i) een lichte toename in het aantal nieuwe besmettingen (55.097, wat door een storing een onderrapportage was), (ii) een toename in het percentage positieve testen (van 10,1 naar 10,6%) en (iii) nagenoeg gelijkblijvende aantallen aan ziekenhuis- en IC-opnames (1661 en 347). Daarnaast vermeldt dit rapport een R-waarde op 12 april 2021 van gemiddeld 1,05.⁹

- 1.7 De Staat kijkt, geadviseerd door het OMT, steeds of de epidemiologische situatie in Nederland het al toelaat om de tweede stap van het openingsplan te zetten – zo is dat ook de afgelopen dagen onderwerp van gesprek geweest met als uitkomst dat op dit moment verdere versoepelingen niet mogelijk zijn.

1.8 Als het voorgaande iets duidelijk maakt, is dat dat er sprake is van een gecompliceerde balanceer-act. Dat geldt te meer nu – onder andere vanwege van de naleefbaarheid en handhaafbaarheid – een jojobeleid (waarin te vroeg wordt versoepeld en kort daarna die versoepeling weer moeten worden teruggedraaid) moet worden voorkomen. En bovenal moet voorkomen worden dat het schip zinkt, te meer nu door het toenemend aantal vaccinaties de haven in zicht is.

1.9 Evenzeer duidelijk is dat de centrale stelling van eisers, te weten dat er ondanks de wereldwijde pandemie in 2020 en 2021 “weinig bijzonders aan de hand is” en dat het sterfterisico bij het coronavirus niet hoger zou zijn dan bij een gemiddelde griep onjuist is. Die stelling ontbeert ook een feitelijke en wetenschappelijke onderbouwing. Dat is (opnieuw) toegelicht in de conclusie van antwoord¹⁰ en is ook al bij herhaling in rechte vastgesteld.

Zie o.a. gerechtshof Den Haag, 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.7:

“Naar het oordeel van het hof is het zonder meer duidelijk dat er sprake is van buitengewone omstandigheden. Nederland heeft al bijna een jaar te maken met een pandemie. Deze heeft zich inmiddels over de hele wereld verspreid en heeft grote aantallen dodelijke slachtoffers gemaakt, ook in Nederland. Ondanks vele (vaak vergaande) maatregelen is het Covid-19 virus nog steeds niet uitgedoofd en is dit aan het muteren in (veelal) nog besmettelijkere varianten. Het wachten is uiteindelijk op voldoende vaccinatiemogelijkheden, maar zover is het nu nog niet, terwijl bovendien onzeker is of de thans bestaande vaccins onverminderd werken bij de nieuwe varianten.”

2 De inzet van dit kort geding: geen belang; goede procesorde

Avondklok; gebrek aan belang

2.1 De inzet van dit kort geding was blijkens de dagvaarding het bewerkstelligen van de afschaffing van de avondklok.

2.2 Ruim voor de zitting van vandaag is echter de eerste stap in het kader van het openingsplan aangekondigd en gezet. Daardoor geldt er in Nederland op dit moment geen avondklok meer. Bij de vorderingen die waren gericht op het afschaffen van avondklok bestaat daarmee geen belang meer, en al helemaal geen spoedelsend belang.

2.3 Nadat was aangekondigd dat de avondklok op 28 april 2021 om 04:30 uur zou komen te vervallen heeft de Staat dan ook bij herhaling contact met de advocaat van eiser om de mogelijkheid te verkrijgen over dit kort geding. In het bijzonder heeft

(spoedeisend) belang bij hun vordering was komen te vervallen.

- 2.4 Eerst op woensdagochtend 28 april 2021 nadat opnieuw bij herhaling telefonisch contact was gezocht – de conclusie van antwoord van de Staat moest op donderdagochtend 29 april 2021 worden ingediend – kwam vanuit eisers het bericht dat zij (kort gezegd) niet bereid waren het kort geding in te trekken omdat zij de vrees hadden dat de avondklok opnieuw zou worden ingesteld, en dat zij meenden dat zij om deze reden wel degelijk nog (spoedeisend) belang hadden bij hun vorderingen.
- 2.5 Met de e-mail van 28 april 2021 bleek dus dat het kort geding doorgang zou vinden en dat de inzet daarvan zou zijn dat eisers willen voorkomen dat de Staat in de toekomst opnieuw een avondklok instelt.
- 2.6 De Staat heeft vervolgens op 29 april 2021 de conclusie van antwoord ingediend. Daarin is toegelicht dat de wettelijke grondslag voor het instellen van een avondklok (art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg) inderdaad nog bestaat en rechtmatig is, en dat niet is uitgesloten dat de Staat in de toekomst – als de epidemiologische situatie dat vergt – opnieuw een avondklok instelt. Verder is door de Staat uiteengezet dat het willen voorkomen dat de Staat in de toekomst mogelijk opnieuw een avondklok instelt geen spoedeisend (of überhaupt voldoende) belang oplevert.

Wijziging van eis in strijd met de goede procesorde

- 2.7 Twee uur ná ontvangst van de conclusie van antwoord dienen eisers vervolgens een akte wijziging van eis in. Met deze eiswijziging beogen zij nu te vorderen dat maar liefst 23 artikelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 buiten effect worden gesteld. Het gaat daarbij om artikelen op grond waarvan uiteenlopende maatregelen zijn getroffen ter bestrijding van de corona-epidemie.
- 2.8 Een dergelijke eiswijziging in dit stadium van de procedure is in strijd met de eisen van een goede procesorde. Als de beoogde eiswijziging zou worden toegestaan is immers feitelijk sprake is van een nieuwe procedure met een andere inzet, minder dan twee werkdagen voor de mondelinge behandeling. Daarmee wordt de Staat onredelijk in de verdediging geschaad. Het voorgaande geldt te meer in het licht van de hiervoor geschetste gang van zaken in de weken vóór die eiswijziging, waarin vanuit de Staat is geprobeerd tijdig duidelijkheid over de inzet van dit kort geding te verkrijgen, die duidelijkheid vervolgens in een laat stadium pas is verstrekt en daarop een dag later (maar wel pas ná indiening van de conclusie van antwoord) wordt teruggekomen. Bovendien is onduidelijk waarom de eis niet al in een veel eerder stadium gewijzigd had kunnen worden of zelfs al bij dagvaarding had kunnen worden ingesteld.

belang bestaat, zal de Staat voor de volledigheid nog kort (en waar het gaat om de gewijzigde vordering: voor zover mogelijk) inhoudelijk in gaan op de gewijzigde vordering en de oorspronkelijke vordering van eisers.

3 De vordering na de beoogde eiswijziging

- 3.1 Mocht de eiswijziging toch worden toegestaan, dan geldt dat eisers ten aanzien van de gewijzigde eis niet aan hun stelplicht hebben voldaan. Zij volstaan immers met de opmerking dat de genoemde artikelen buiten effect moeten worden gesteld "om dezelfde redenen als in de dagvaarding genoemd". Waarom de door eisers genoemde bepalingen volgens hen onmiskenbaar onverbindend zijn, is niet duidelijk.

Daarbij komt dat de door de Staat – overigens pas na indiening van de conclusie van antwoord – ontvangen producties 2 en 13 onbegrijpelijk en onvolledig zijn. Niet duidelijk is bovendien waarop deze overzichten zijn gebaseerd. Het lijken bovendien geen overzichten van de aantallen opnames te zijn, zoals in par. 2.20 en 9.19 van de dagvaarding wordt gesuggereerd.¹¹

De Staat benadrukt dat de cijfers over de situatie in de ziekenhuizen (zoals te vinden in voetnoot 9 en 11) de cijfers zijn *ondanks* de maatregelen zoals die sinds maart 2020 door de Staat zijn genomen. De Staat constateert daarnaast dat eisers, waar zij opmerken dat uit de cijfers "geen zorgwekkend beeld" over de situatie in de ziekenhuizen naar voren komt, (opnieuw) een andere werkelijkheid zien dan (onder andere) het OMT, de Staat en de ziekenhuizen zelf.¹²

- 3.2 De Staat wijst er verder op dat de in het petitum van de akte wijziging eis genoemde bepalingen allemaal zijn opgenomen in een ministeriële regeling: de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19. De bevoegdheid voor het bij ministeriële regeling treffen van deze maatregelen is voor al deze maatregelen in de Wpg te vinden (zie bijvoorbeeld art. 58g (groepsvorming) of art. 58h (voorwaarden voor openstelling publieke plaatsen)). De vordering van eisers is niet tot deze bepalingen uit de Wpg gericht. De Staat constateert dan ook dat eisers – kennelijk en terecht – tot uitgangspunt nemen dat de Staat in algemene zin de bevoegdheid heeft om ter bestrijding van de corona-

¹¹ Voor zover de Staat kan nagaan lijken het cijfers te zijn die betrekking hebben op de bezetting van de IC en van de ziekenhuisbedden (non-IC) door patiënten met COVID-19 (waarbij die cijfers soms niet bij de juiste dag staan vermeld), met daarbij een weergave van de af- en toename in de bezetting van die dag. Het overzicht lijkt niet verder te gaan dan tot 6/7 maart jl., terwijl de bezetting op de IC en in de ziekenhuizen in de periode nadien is toegenomen.

Voor een juist en volledig overzicht van deze gegevens – met bronvermelding – verwijst de Staat naar <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/intensive-care-opnames> ('bezetting IC-bedden door de tijd heen') en <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/ziekenhuis-opnames> ('bezetting gewone ziekenhuisbedden (zonder IC-bedden) door de tijd heen').

Via de hierboven opgenomen links, kunnen ook (met bronvermelding) de cijfers van de ziekenhuis- en IC-opnames per dag (op datum van opname) worden geraadpleegd.

¹² Zie ook de conclusie van antwoord, onder 3.6-3.11. Zie verder het OMT-advies van 26 april 2021 naar aanleiding van het 110^e OMT, p. 4 ("In tegenstelling tot wat geldt voor de opnames, is de piek in de IC- en ziekenhuisbezetting nog niet bereikt. Deze situatie is zorgelijk omdat in diverse ziekenhuizen de IC maximaal is opgeschaald.") en <https://nos.nl/artikel/2377898-zorgen-bij-gommers-over-aantal-ic-opnames-vrees-voor-code-zwart>

epidemie dergelijke maatregelen te treffen.

3.3 Het gaat eisers er dus kennelijk alleen om of – uitgaande van de bevoegdheid van de Staat om dergelijke maatregelen te treffen – de concrete maatregelen, zoals die zijn neergelegd in de door eisers genoemde bepalingen van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, onmiskenbaar onverbindend zijn.¹³ Dat is niet het geval.

3.4 De Staat verwijst in dit verband in het bijzonder naar wat in hoofdstuk 6 van de conclusie van antwoord is geschreven over het afwezig zijn van een noodtoestand en over de toetsing aan de grond- en mensenrechten.¹⁴

Zie ook gerechtshof Den Haag, 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.4, waarin het hof over de noodsituatie als bedoeld in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (Cwu) overweegt: "De in die laatste wet bedoelde noodsituatie is thans in Nederland niet aan de orde, ook niet feitelijk zoals door Viruswaarheid is gesteld."

3.5 Voor zover met de maatregelen de grond- en mensenrechten worden ingeperkt, is voldaan aan de voorwaarden die in de aan de orde zijnde grond- en mensenrechtenbepalingen worden gesteld voor een dergelijke inperking.

3.6 Het gaat om maatregelen die bij wet zijn voorzien en die een legitiem doel dienen, nu zij strekken ter bescherming van de openbare veiligheid, de (volks)gezondheid en de rechten van anderen. Bovendien zijn deze maatregelen ook noodzakelijk in een democratische samenleving, en dus ook proportioneel.

3.7 Dat laatste blijkt alleen al uit de meest recente OMT-adviezen, waarin door het OMT wordt benadrukt dat het handhaven van het pakket aan huidige maatregelen op dit moment nodig is om de epidemie te beheersen en te bestrijden en dat er (dus) nog geen ruimte is voor het verder versoepelen van de maatregelen. Het aantal besmettelijke personen in de bevolking is hoog, in het advies van 26 april 2021: totaal ruim 180.000 personen met een reproductiegetal van boven de 1. Het OMT beoordeelt de situatie als erg kwetsbaar op korte termijn. De voorspellingen op grond van modellering voor de langere termijn zijn niet veranderd, maar de verwachting kent grote onzekerheidsmarges. Verder versoepelen van de maatregelen, dat is verder gaan dan Stap 1 in het heropenen van de samenleving, kan volgens het OMT pas plaatsvinden als er een afname gerealiseerd is van ten minste 10%, maar het liefst nog groter (15%) over het lopende 7-daagsgemiddelde van het aantal nieuwe IC- en

ziekenhuisopnames.¹⁵ Daarvan is geen sprake.

3.8 De Staat mag vertrouwen op de actuele adviezen van het OMT en mag zijn beleid daarop in zeer belangrijke mate afstemmen.¹⁶

3.9 De vraag welke maatregelen moeten worden getroffen ter bestrijding van de coronacrisis en of die maatregelen proportioneel en subsidiair zijn vergt bovendien primair een politieke afweging. Niet in geschil is dat die politieke afweging met betrekking tot de invoering van de door eisers gewraakte maatregelen heeft plaatsgevonden. De civiele rechter – en zeker de rechter in kort geding – moet zich daarom terughoudend opstellen bij de beoordeling van de keuzes die de Staat binnen de grenzen van zijn beoordelings- en beleidsruimte maakt. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat dus in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, of wanneer de Staat een bevoegdheid aanwendt zonder dat daarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat, is plaats voor rechterlijk ingrijpen. De rechter in kort geding heeft bovendien slechts bij een onmiskenbaar onverbindende regeling de bevoegdheid om de betreffende bepalingen buiten werking te stellen.¹⁷

3.10 Dat die situatie zich ten aanzien van de door eisers gewraakte maatregelen voordoet, hebben eisers op geen enkele manier aannemelijk gemaakt.

4 De oorspronkelijke vordering

4.1 Enkel voor het geval de eisiwijziging niet wordt toegestaan én geoordeeld wordt dat bij de oorspronkelijke vordering nog (spoedeisend) belang bestaat, zal de Staat kort toelichten dat die vordering ook op inhoudelijke gronden niet kan worden toegewezen.

4.2 Het gaat dan alleen nog om de vordering die is gericht op het buiten effect stellen van art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg, nu art. 6.15 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 al is komen te vervallen. In art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg is opgenomen dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld over het vertoeven in de openlucht, waaronder niet wordt begrepen de openlucht horend bij – kort gezegd – een woning of een gedeelte daarvan.¹⁸

4.3 De vordering van eisers tot het buiten effect stellen van deze bepaling kan alleen worden toegewezen als het gebruikmaken van de door deze bepaling geboden bevoegdheid door de Staat *onder alle omstandigheden* onmiskenbaar in strijd zou zijn met de grond- en mensenrechten. Alleen dan bestaat er immers grond om art. 58j lid

1, aanhef en onder f, Wpg buiten effect te stellen.

- 4.4 Daarbij is van belang dat art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg niet zonder meer kan worden toegepast. Dit artikel is namelijk opgenomen in hoofdstuk Va van de Wpg. Dat hoofdstuk heeft een beperkt toepassingsbereik: het is alleen van toepassing op de bestrijding van de corona-epidemie of een directe dreiging daarvan (art. 58b lid 1 en art. 58a lid 1 (definitie epidemie) Wpg). Verder mag art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg alleen worden toegepast voor zover (i) dat gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is, (ii) in overeenstemming is met de uitgangspunten van de democratische rechtstaat en (iii) de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk beperkt en evenredig is aan het doel van de bestrijding van de corona-epidemie of een directe dreiging daarvan (art. 58b lid 2 Wpg).
- 4.5 Art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg kan dus alleen worden toegepast ter bestrijding van (kort gezegd) de corona-epidemie én als is voldaan aan de hiervoor genoemde strenge voorwaarden. Daar komt nog bij dat hoofdstuk Va van de Wpg, waarin art. 58j is opgenomen, slechts tijdelijke werking heeft en dat ministeriële regelingen die zijn vastgesteld op grond van art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg drie weken na inwerkingtreding vervallen.¹⁹
- 4.6 Met inachtneming van al deze waarborgen moet worden beoordeeld of de enkele omstandigheid dat de bevoegdheid van art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg in de wet is opgenomen, in strijd is met de grond- en mensenrechten. Dat is niet het geval. Uit de wettelijke vereisten voor toepassing van deze bepaling volgt immers al dat voldaan moet zijn aan de voorwaarden voor inperking van de grond- en mensenrechten (bij wet voorzien, legitiem doel, noodzakelijk in een democratische samenleving). Dat is ook uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever geweest.²⁰
- 4.7 Het kan daarbij niet worden uitgesloten dat epidemiologische situatie in Nederland zich in de toekomst toch nog zodanig ontwikkelt dat het instellen van een avondklok (in welke vorm dan ook) op grond van art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg noodzakelijk is ter bescherming van de openbare veiligheid, de (volks)gezondheid en de rechten van anderen. In dat geval moet de Staat de vrijheid hebben om, uiteraard binnen de geldende wettelijke kaders, die bevoegdheid aan te wenden.
- 4.8 Dat het instellen van een avondklok op grond van art. 58j lid 1, aanhef en onder f, Wpg onder alle omstandigheden in strijd is met het EVRM, kan in feite alleen worden volgehouden als zou worden aangesloten bij de overtuiging van eisers dat er in 2020 en 2021 "weinig bijzonders aan de hand is" en dat het sterfterisico bij het coronavirus niet hoger zou zijn dan bij een gemiddelde griep.²¹ Deze stelling is echter feitelijk

¹⁹ Zie met betrekking tot dit laatste Kamerstukken II 2020/21, 35732, nr. 9.
²⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35526, nr. 3, p. 77.

²¹ Hierbij is van belang dat art. 58j Wpg is opgenomen in hoofdstuk Va van de Wpg, dat alleen van toepassing is op de bestrijding van deze corona-epidemie (of de directe dreiging daarvan).