PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 17 februari 2021
Zaaknummer 200.290.085/01

Memorie van grieven

inzake

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Algemene Zaken en Ministerie van Justitie en Veiligheid)
waarvan de zetel is gevestigd te [redacted]
appellant,
advocaten: mr. R.W. Veldhuis en mr. J. Bootsma

tegen

1. Stichting Viruswaarheid.nl
gevestigd te [redacted]
2. Willem Christiaan Engel
wonende te [redacted]
3. Jeroen Sebastiaan Pols
wonende te [redacted]
geïntimeerden
advocaat: mr. G.C.L. van de Corput

[redacted]

1 Inleiding

1.1 Het coronavirus en de ziekte COVID-19 die het virus veroorzaakt houden ons land al bijna een jaar in de greep. Met de opkomst van gemuteerde besmettelijkere varianten van het virus vergelijkt het OMT de situatie in Nederland niet met één, maar met twee epidemiologische situaties die zich naast elkaar ontwikkelen. De bestrijding hiervan is een race tegen de klok. Alles moet er nu op zijn gericht het aantal besmettingen van de oude variant naar beneden te krijgen en het aantal besmettingen van de nieuwe varianten zo laag mogelijk te houden. Voorkomen moet worden dat door de nieuwe varianten nu een derde golf ontstaat die bovenop de huidige tweede golf komt. Het advies van het OMT is dan ook zo snel mogelijk zo laag mogelijk komen. Het OMT adviseert nadrukkelijk tot invoering van de avondklok omdat geen gelijkwaardige alternatieven voorhanden zijn.

1.2 In deze buitengewone omstandigheden is een avondklok naar het oordeel van het kabinet onvermijdelijk en direct noodzakelijk teneinde de R terug te duwen. Daartoe is het kabinet, in nauw overleg en met instemming van de Tweede Kamer, dan ook op de kortst mogelijke termijn overgegaan door de “avondklok-bevoegdheid” in de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg) te activeren en een ministeriële regeling vast te stellen waarbij tot een proportionele en zorgvuldige vormgeving van de avondklok is gekomen. Vervolgens is, gelet op artikel 1, tweede lid, Wbbbg onverwijld een wetsvoorstel tot voortduring van de avondklok ingediend, dat na instemming door de Tweede Kamer nu voorligt in de Eerste Kamer (hierna: Voortduringswetsvoorstel).[1]

1.3 In het in appel bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter, in afwijking van de Tweede Kamer, geoordeeld dat naar voorlopig oordeel de inzet van de Wbbbg in onderhavige situatie niet legitiem is. Dat is naar het oordeel van de voorzieningenrechter zelfs het geval als het Voortduringswetsvoorstel door de Staten-Generaal zou worden aangenomen. In afwijking van het dringende advies van het OMT is de voorzieningenrechter voorts van oordeel dat onvoldoende noodzaak voor het instellen van een avondklok bestaat. De voorzieningenrechter heeft de Staat vervolgens bevolen wetgeving tot stand te brengen om artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg per omgaande buiten werking te stellen, waardoor ook de daarop gebaseerde Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19 (hierna: de Tijdelijke regeling) moet komen te vervallen.

---

[1] Zie voor de instemming het plenaire verslag van de Tweede Kamer van 11 februari 2021, te raadplegen op https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/detail/6678019d-c518-422e-8811-ec22a663bc77.

1.4 De Staat kan zich met dit verstrekkende kortgedingvonnis niet verenigen en heeft daartegen hoger beroep ingesteld. De voorlopige voorziening maakt het de Staat onmogelijk op dit moment de noodzakelijke maatregelen ter bestrijding van het coronavirus te treffen. De hierna te bespreken grieven[2] beogen het geschil in volle omvang aan uw hof voor te leggen.

2 Epidemiologische situatie en totstandkoming avondklok, wettelijke regeling avondklok en toetsingskader

2.1 Voor de epidemiologische situatie en feiten en achtergronden rond de totstandkoming van de avondklok verwijst de Staat naar onderdeel 2 van de conclusie van antwoord en de pleitnota in eerste aanleg. In grief 2b en 3b is dit nader toegelicht.

2.2 Voor de wettelijke regeling inzake de avondklok verwijst de Staat naar onderdeel 3 van de conclusie van antwoord.

2.3 Voor het toetsingskader in dit kort geding verwijst de Staat naar onderdeel 4 van de conclusie van antwoord. In grief 1, 2a, 3a en 4 wordt daar nader op ingegaan.

3 Grief 1 – onjuiste maatstaf voor toetsing verbindendheid wetgeving in kort geding

3.1 Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter bij haar beoordeling van de verbindendheid van artikel 8 leden 1 en 3 Wbbbg, alsmede de daarop gestoelde Tijdelijke regeling, niet de maatstaf aangelegd of de desbetreffende regeling *onmiskenbaar* onverbindend is. De voorzieningenrechter heeft derhalve vol – en niet met de uit genoemde maatstaf voorvloeiende terughoudendheid – beoordeeld of grond bestaat voor buitenwerkingstelling van die regeling. Dit gebrek aan terughoudendheid komt zowel tot uiting bij de beoordeling van de vraag of, kort gezegd, de Wbbbg een grondslag biedt voor de avondklok (in rov. 4.2-4.10), als bij de (kennelijk ten overvloede gegeven) beoordeling of, kort gezegd, de avondklok een noodzakelijke en proportionele maatregel is (rov. 4.11-4.14). De Staat ligt dit hierna toe.

3.2 Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de burgerlijke rechter (onderdelen van) een wettelijke regeling in kort geding slechts buiten toepassing kan verklaren indien en voor zover deze onmiskenbaar onverbindend is wegens strijd met hogere

[2] In de appeldagvaarding heeft de Staat reeds twee “hoofdgrieven” geformuleerd, waarvan de inzet is het geschil in volle omvang aan uw hof voor te leggen. In deze memorie worden die hoofdgrieven uitgewerkt en toegelicht. Daarbij wordt omwille van de overzichtelijkheid een nieuwe nummering van de grieven gehanteerd en wordt niet direct aangesloten bij de in de dagvaarding gehanteerde nummering van de hoofdgrieven.

regelgeving of algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de rechtspraak is voorts uitgemaakt dat deze maatstaf de kortgedingrechter noopt tot terughoudendheid bij de beoordeling van de verbindendheid van wetgeving in kort geding. Van onmiskenbare onverbindendheid is pas sprake indien die onverbindendheid buiten redelijke twijfel staat; slechts dan kan het verantwoord zijn in kort geding een regeling buiten werking te stellen. De reden voor deze terughoudende toets is onder meer dat de rechter – zeker in kort geding – gelet op de trias politica alleen in uitzonderlijke gevallen de rechtskracht van democratisch gelegitimeerde wetgeving mag doorkruisen.

Zie bijvoorbeeld:

- HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666 (Staat/LSV), rov. 3.4
- HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2068 (NVSA/Staat), rov. 3.4.1
- Hof Den Haag 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1920, rov. 4.2
- Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:982, rov. 4.3

Voor terughoudende toetsing bestaat in een geval als dit overigens temeer aanleiding nu de avondklok een maatregel is in het kader van de bestrijding van het coronavirus. In eerdere rechtspraak is al geoordeeld dat de Staat in deze crisissituatie een grote mate van beleidsvrijheid heeft bij het nemen van maatregelen en dat de (kortgeding)rechter zich terughoudend dient op te stellen bij de toetsing van de gemaakte keuzes, zeker wanneer die steunen op door deskundigen (zoals het OMT) gegeven adviezen. Over het gevoerde beleid en de bijbehorende maatregelen wordt bovendien nauwgezet verantwoording afgelegd aan de Tweede Kamer en de tot op heden gemaakte keuzes worden gesteund door een meerderheid van de Tweede Kamer. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.

Zie bijvoorbeeld:

- Vzr. Rb. Den Haag 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10755, rov. 5.1
- Vzr. Rb. Den Haag 21 augustus 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8776, rov. 4.1

Voorts miskent de voorzieningenrechter dat de omstandigheid dat het in casu gaat om de toepassing van een regeling van staatsnoodrecht, eveneens grond geeft voor een terughoudende toetsing door de (kortgeding)rechter.

Vgl.:

- HR 30 oktober 1946, ECLI:NL:HR:1946:87

3.3 Bij beide stappen in haar beoordeling – dus: (i) bij de toetsing of de Wbbbg een grondslag oplevert voor de avondklok en (ii) bij de toetsing van de noodzaak en de proportionaliteit – had de voorzieningenrechter de *onmiskenbaar onverbindend*-maatstaf moeten aanleggen en de vereiste terughoudendheid in acht moeten nemen. De voorzieningenrechter verwijst in het bestreden vonnis evenwel niet naar die maatstaf en geeft (ook) bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering blijk van een miskenning daarvan.

Ad (i) - grondslag

3.4 De bepalingen van de Wbbbg kunnen in werking worden gesteld (en daarop kunnen maatregelen worden gegrond) ingeval “buitengewone omstandigheden” dit noodzakelijk maken. Zoals hierna in het kader van grief 2 wordt toegelicht, is het begrip ‘buitengewone omstandigheden’ geen juridisch, maar een feitelijk begrip en komt het aan op een beoordeling van de feitelijke situatie of daarvan sprake is. De in de Wbbbg bedoelde buitengewone omstandigheden kunnen bovendien “uiteenlopend van aard” zijn. Hieruit volgt reeds dat het begrip ‘buitengewone omstandigheden’ in beginsel een ruim bereik heeft en dat daaronder verschillende gevalstypen kunnen worden geschaard. Uit de wet noch de wetsgeschiedenis blijkt dat situaties als de onderhavige *evident* buiten het bereik van dat begrip vallen. Dientengevolge kan niet worden gezegd dat de Wbbbg *onmiskenbaar* geen grondslag kan bieden om in omstandigheden als de onderhavige de daarin vervatte bepalingen te activeren.

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de Tweede Kamer vooraf en achteraf heeft ingestemd met de avondklok op grond van de Wbbbg en dus klaarblijkelijk van oordeel is geweest dat zich “buitengewone omstandigheden” voordoen als bedoeld in de Wbbbg. Dat is met name daarom van belang omdat het ingevolge de wettelijke systematiek van de Wbbbg aan de Staten-Generaal is om, na activering van de relevante bepalingen, te toetsen of is voldaan aan de daarvoor geldende vereisten. Zoals reeds aan de orde is geweest, vindt die toetsing formeel op korte termijn na inwerkingstelling plaats, maar de Tweede Kamer heeft in casu dus ook vooraf met de avondklok ingestemd. Bij die stand van zaken klemt de

door de *onmiskenbaar onverbindend*-maatstaf geïndiceerde terughoudendheid temeer.

3.5 Het is bovendien in de systematiek van de Wbbbg in de eerste plaats aan de regering, en vervolgens aan de Tweede en Eerste Kamer om te beoordelen of zich buitengewone omstandigheden voordoen. De voorzieningenrechter heeft dat miskend.

Ad (ii) – noodzaak en proportionaliteit

3.6 Ook bij haar oordeel over de noodzaak en proportionaliteit van de avondklok is de voorzieningenrechter de *onmiskenbaar onverbindend*-maatstaf uit het oog verloren. Dat blijkt reeds uit het feit dat dit oordeel in belangrijke mate steunt op de aanname dat, kort gezegd, vraagtekens kunnen gezet bij de noodzaak en effectiviteit van de maatregel. De voorzieningenrechter overweegt immers:

- dat minst genomen “grote vraagtekens” te plaatsen zijn bij de feitelijke onderbouwing door de Staat van de noodzaak van de avondklokmaatregel,
- dat het “de vraag” is of hetgeen de Staat heeft gesteld over de mutaties van het virus de instelling van een avondklok rechtvaardigt,
- dat het “een terecht vraag” is waarom niet is gekozen voor een dringend advies om ’s avonds binnen te blijven en wat daarvan het effect zou zijn,
- dat het “maar zeer de vraag” is of de situatie in Nederland één op één vergelijkbaar is met die in andere landen, en
- dat de stelling van de Staat dat een avondklok onvermijdelijk is minst genomen “discutabel” is.

Het opwerpen van dergelijke vragen en (aldus) uiten van twijfels is onvoldoende voor de conclusie dat *evident* geen noodzaak bestaat voor de betrokken maatregel en/of dat die maatregel *evident* niet proportioneel is. Dat geldt temeer in een context als de onderhavige, waarin door de Staat – onder verwijzing naar adviezen van het onafhankelijke OMT – de noodzaak en effectiviteit van de avondklok heeft toegelicht. Voor die adviezen van het OMT zijn bovendien geen adviezen van andere, even deskundige instanties, in de plaats gesteld.

4 Grief 2 – voorzieningenrechter oordeelt ten onrechte dat artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg in de gegeven omstandigheden niet gebruikt kan worden voor het instellen van de avondklok

4.1 De tweede grief van de Staat richt zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter in rov. 4.2, 4.3 en 4.6 tot en met 4.10. Dat oordeel komt er samengevat op neer dat een ingrijpende maatregel als een avondklok onder de gegeven omstandigheden niet op grond van de Wbbbg en de op grond daarvan vastgestelde ministeriële regeling had mogen worden ingevoerd (rov. 4.7), en dat in casu een grondslag ontbreekt voor toepassing van de Wbbbg en dus ook voor de daaraan verbonden ministeriële regeling betreffende de avondklok (rov. 4.10). De grief keert zich tegen dit oordeel alsmede tegen de daartoe door de voorzieningenrechter gebezigde redenering.

4.2 De grief valt uiteen in drie deelgrieven. In de eerste plaats miskent de voorzieningenrechter dat artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg onder de huidige omstandigheden wel degelijk een grondslag biedt voor het instellen van een avondklok. De voorzieningenrechter heeft een te indringende toets en onjuist criterium gehanteerd, althans ten onrechte bij haar beoordeling betrokken of de avondklok ook via spoedwetgeving ingevoerd had kunnen worden (grief 2a). In de tweede plaats en in het verlengde daarvan heeft de voorzieningenrechter ten onrechte geoordeeld dat van buitengewone omstandigheden die inwerkingstelling van de Wbbbg noodzakelijk maken geen sprake is (grief 2b). In de derde plaats en voor zover dat al relevant, heeft de voorzieningenrechter ten onrechte geoordeeld dat (spoed)wetgeving kon worden afgewacht (grief 2c).

5 Grief 2a - voorzieningenrechter hanteert onjuist criterium en grijpt in in wetgevingsproces

5.1 Op grond van artikel 1, eerste lid, Wbbbg kan ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg bij koninklijk besluit in werking worden gesteld. Het gaat daarbij om een feitelijke toestand die zodanig is dat toepassing van de normale wettelijke bevoegdheid te kort schiet en het nodig is om noodwettelijke bevoegdheden in de zetten. Het begrip buitengewone omstandigheden heeft geen zelfstandige, juridische betekenis, maar is een feitelijk begrip waarbij de beoordeling van de feitelijke situatie doorslaggevend is.

Hoewel in onderhavig geval de (beperkte) noodtoestand niet is uitgeroepen en is gekozen voor de minder vergaande separate inwerkingstelling van één

specifieke noodbevoegdheid,[3] kan voor een toelichting op het begrip buitengewone omstandigheden aanknopingspunten worden gevonden in de memorie van toelichting bij de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

Zie Kamerstukken II 1993/94, 23 790, 3, p. 3-4:

“Met de term «buitengewone omstandigheden» wordt aangegeven dat, voordat een noodtoestand kan worden afgekondigd zich feitelijke gebeurtenissen moeten voordoen die tot toepassing van noodwettelijke bevoegdheden nopen omdat de normale wettelijke bevoegdheden te kort schieten. Zoals in de Notitie[4] is aangegeven kunnen buitengewone omstandigheden in de zin van de Coördinatiewet uiteenlopend van aard zijn.”

Zie verder de in het vorige citaat genoemde notitie Uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden, Kamerstukken II 1986/87, 20028, 2, p. 13:

“Er kunnen zich omstandigheden voordoen die niet zo ernstig zijn dat zij tot afkondiging van de beperkte of algemene noodtoestand moeten leiden, maar die wel van dien aard zijn dat bevoegdheden uit enkele noodwetten noodzakelijk zijn. Een voorbeeld hiervan biedt de Distributiewet. Zoals in betrekkelijk recent verleden is gebleken kan deze wet in werking worden gesteld bij bijvoorbeeld een aardoliecrisis. Een ander voorbeeld biedt de Rampenwet.” (…)

Zie Kamerstukken II 1994/95, 23 790, 5, p. 12-13

“In antwoord op de vraag welke de criteria zijn om een buitengewone omstandigheid als een ramp te kwalificeren merken wij op dat niet alle rampen zo ernstig zijn dat sprake is van buitengewone omstandigheden. In beginsel zijn de bevoegdheden, neergelegd in Hoofdstuk III van de Rampenwet, toereikend om een ramp adequaat te bestrijden. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal een ramp zo ernstig zijn dat het gebruik van buitengewone bevoegdheden noodzakelijk is. Er moet dan sprake zijn van buitengewone omstandigheden die van dien aard zijn dat de uitwendige of inwendige

---

[3] Zie hierover verder achter 3.1-3.3 van de conclusie van antwoord.

[4] In de wetsgeschiedenis wordt op dit punt verwezen naar de Notitie over de uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden, *Kamerstukken II* 1986/87, 20028, 2, p. 6.

veiligheid niet meer kan worden gehandhaafd zonder gebruikmaking van buitengewone bevoegdheden. Het begrip buitengewone omstandigheden heeft daarbij geen zelfstandige, juridische betekenis, maar is een feitelijk begrip waarbij de beoordeling van de feitelijke situatie doorslaggevend is." (Kamerstukken II 1994/95, 23 790, 5, p. 12-13).

5.2 In rov. 4.2 stelt de voorzieningenrechter voorop dat de bevoegdheden van de Wbbbg alleen kunnen worden ingezet in "spoedeisende" (en buitengewone) omstandigheden. De voorzieningenrechter overweegt in rov. 4.7 dat aan de bijzondere eisen voor de inwerkingstelling van (artikel 8, eerste en derde lid) Wbbbg niet is voldaan. Volgens de voorzieningenrechter is de Wbbbg slechts bedoeld voor situaties die "letterlijk geen enkel uitstel kunnen dulden", omdat sprake is van een acute noodsituatie, zoals een dijkdoorbraak. Volgens de voorzieningenrechter is onvoldoende aannemelijk dat sprake is van zodanige "superspoed" dat een (spoed)wetgevingstraject niet had kunnen worden afgewacht. Om die reden oordeelt de voorzieningenrechter de inzet van de Wbbbg "niet legitiem".

5.3 Hiermee heeft de voorzieningenrechter blijk gegeven van een onjuiste en te beperkte interpretatie van de voorwaarden voor inwerkingstelling van noodbevoegdheden op grond van artikel 1, eerste lid Wbbbg. Uit de wet noch de wetsgeschiedenis volgt dat daarvan uitsluitend sprake kan zijn in een situatie die "letterlijk geen enkel uitstel kan dulden". De Staat wijst in dit verband ook op het in de hiervoor genoemde notitie ' 'Uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de Grondwet inzake uitzonderingstoestanden' genoemde voorbeeld van een aardoliecrisis die aanleiding kan zijn voor separate inwerkingstelling van bevoegdheden uit de Distributiewet. De hiervoor genoemde interpretatie van de voorzieningenrechter zou er toe leiden dat gebruik van de noodbevoegdheden in de Distributiewet dan feitelijk onmogelijk zou zijn. Minder goed denkbaar is dat ingeval van een aardoliecrisis sprake zal zijn van een situatie die "letterlijk geen enkel uitstel kan dulden". Niettemin wordt deze buitengewone omstandigheid als voorbeeld genoemd die de (separate) inwerkingstelling van noodbevoegdheden van de Distributiewet kan rechtvaardigen.[5]

5.4 Hoewel in de aard van een noodbevoegdheid ligt besloten dat sprake moet zijn van een zodanige noodsituatie dat parlementaire goedkeuring via een (regulier) wetgevingstraject van de te nemen maatregelen niet kan worden afgewacht, gaat dat niet zo ver dat de rechter moet beoordelen of de wetgever in plaats van inwerkingstelling van wettelijke noodbevoegdheden er ook voor had kunnen kiezen in

---

[5] De autovrije zondag werd bijvoorbeeld pas op 4 november 1973 op basis van de Distributiewet 1939 ingevoerd, terwijl reeds rond 17 oktober van dat jaar Arabische olielanden besluiten namen die raakten aan de productie en prijs van olie, zie *Kamerstukken* 1973/74, 12670, nr. 1.

enkele dagen met stoom en kokend water spoedwetgeving tot stand te brengen, en al helemaal niet op de indringende wijze zoals de voorzieningenrechter dat in het bestreden vonnis heeft gedaan.

5.5 Reeds gelet op het voorgaande kan het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Wbbbg onder de gegeven omstandigheden geen goede juridische basis kan vormen voor voortzetting van de avondklok niet in stand blijven.

5.6 De overweging van de voorzieningenrechter dat met inwerkingstelling van de Wbbbg een zeer verstrekkende maatregel is getroffen, zonder dat het voor een wet in formele zin gebruikelijke wetgevingstraject via de Eerste en Tweede Kamer vooraf is doorlopen, miskent bovendien dat de Wbbbg een wet in formele zin betreft die de Staat nu juist de bevoegdheid geeft om als buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken de bevoegdheid tot het instellen van een avondklok in werking te stellen. In zoverre is wel degelijk sprake geweest van het door de voorzieningenrechter bedoelde wetgevingstraject vooraf. De Wbbbg voorziet vervolgens gelet op artikel 1, tweede lid, Wbbbg in verdere parlementaire goedkeuring achteraf. Die goedkeuring achteraf vindt plaats in het kader van de onverwijlde toezending van het wetsvoorstel tot voortduring van de avondklok, waarbij het parlement beoordeelt of sprake is van buitengewone omstandigheden die de inzet en voortduring van de noodbevoegdheid rechtvaardigen.

> Ter uitvoering van artikel 1, tweede lid Wbbbg is op 2 februari een voorstel van wet omtrent het voortduren van de avondklok aan de Tweede Kamer gezonden.[6] Dit wetsvoorstel is op 11 februari door de Tweede Kamer aangenomen. Behandeling in de Eerste Kamer vindt op korte termijn plaats.

5.7 Met deze systematiek verhoudt zich niet dat de rechter ingrijpt in dit lopende wetgevingsproces door te overwegen, zoals de voorzieningenrechter heeft gedaan in rov. 4.8 (en 5.1), dat zelfs als de Voortduringswet(svoorstel) wordt goedgekeurd door de Staten-Generaal de toepassing van de avondklok dan toch onrechtmatig moet worden geoordeeld, kennelijk omdat volgens de rechter in plaats van de Voortduringswet voor een andere procedure, te weten spoedwetgeving had moeten worden gekozen.[7]

> Zie in dit verband ook Kamerstukken II 1949/50, 1539, 3, 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

---

[6] Kamerstukken II 2021/21, 35722, nr. 1 en 2.

[7] Zie in dit verband ook de rechtspraak achter 4.4 van de conclusie van antwoord en 2.8 van de pleitnota in eerste aanleg.

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].

5.8 De voorzieningenrechter heeft – door te oordelen dat geen sprake is van buitengewone omstandigheden omdat voor een andere (wetgevings)procedure en een andere wettelijke regeling had moeten worden gekozen en door te oordelen dat het vaststellen van de Voortduringswet door de Tweede en Eerste kamer zinledig is – ten onrechte op procedurele gronden ingegrepen in het lopende wetgevingsproces en aldus de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgever en de rechter miskend.[8]

5.9 Dat in het verleden in een enkel geval noodgedwongen is gekozen voor een spoedwetgevingsprocedure, omdat er simpelweg geen andere mogelijkheid was, maakt de onderhavige inwerkingstelling van artikel 8 Wbbbg evenmin onrechtmatig. Voor het instellen van de avondklok is die mogelijkheid er uitdrukkelijk wel: artikel 1, eerste lid jo. artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg. Daarbij komt dat er aan spoedwetgevingstrajecten nadelen kleven, vanwege de haast waarmee deze afgerond moeten worden. Naar het oordeel van het kabinet ligt het in die situatie voor de hand om ingeval van buitengewone omstandigheden te kiezen voor de reeds bestaande wettelijke systematiek in de Wbbbg.[9]

De minister van Justitie en Veiligheid heeft dit ook uitdrukkelijk aangegeven in het nader rapport[10] als reactie op de opmerking van de Afdeling advisering van de Raad van State op dit punt:

---

[8] Zie in dit verband ook achter 4.4 van de conclusie van antwoord.

[9] De Staat laat dan nog daar dat in onderhavig geval ook spoedwetgeving niet kon worden afgewacht zoals in grief 2c zal worden toegelicht.

[10] Kamerstukken II 2020/21, 35 722, 4, p. 4-5.

> “Dat in dit geval en onder deze omstandigheden een wijziging van de Twm wellicht meer in de rede zou hebben gelegen dan toepassing van de Wbbbg, vind ik niet.
>
> In de afgelopen periode is de keuze voor spoedwetgeving in het algemeen niet gemaakt omdat het creëren van nieuwe formele wetgeving het beste middel was, maar simpelweg omdat dat het enige middel was, bij gebreke aan bestaande formele wetgeving waarop de voorgenomen maatregelen konden worden gebaseerd.
>
> Spoedwetgevingstrajecten geven, vanwege de haast waarmee deze afgerond moeten worden, niet de beste garanties voor een weloverwogen proces en resultaat. Stappen als het aanbieden ter consultatie en het inwinnen van advies worden bijvoorbeeld veelal overgeslagen vanwege de noodzakelijke spoed. Voor het instellen van een avondklok bestond reeds een deugdelijke wettelijke basis in de Wbbbg, en spoedwetgeving om eenzelfde bevoegdheid te introduceren in de Twm zou zonder twijfel meer tijd in beslag hebben genomen. Onder die omstandigheden lijkt mij de gemaakte keuze om gebruik te maken van de bestaande wettelijke mogelijkheden, in casu de Wbbbg, niet meer dan logisch.”

5.10 Voorgaande afweging en keuze heeft de Staat, gegeven de buitengewone Omstandigheden, in redelijkheid maken. Daarbij is ook van belang dat een ruime meerderheid van de Tweede Kamer, na een spoeddebat, haar steun heeft uitgesproken voor invoering van de avondklok op grond van de Wbbbg.[11] Ook nadien heeft de Tweede Kamer nadrukkelijk ingestemd met de invoering en voortduring van de avondklok tot 3 maart 2021.[12] Het andersluidende oordeel van de voorzieningenrechter dat de Staat in plaats daarvan had moeten kiezen voor spoedwetgeving, maakt – zelfs als dat juist zou zijn - niet dat het inwerkingstellings-KB van 22 januari 2021[13] onmiskenbaar onverbindend zou zijn.

5.11 Het is bovendien aan de wetgever om te beoordelen welke vorm van wetgeving wordt gekozen.

---

[11] Zie conclusie van antwoord achter 2.9.

[12] Zie conclusie van antwoord achter 2.15.

[13] Prod. 3 bij dagvaarding.

5.12 Dat sprake is van buitengewone omstandigheden die de inwerkingstelling van artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg kan rechtvaardigen, komt hierna in de volgende deelgrief aan de orde.

6 Grief 2b: de voorzieningenrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat geen sprake is van buitengewone omstandigheden die in werking stelling artikel 8 Wbbbg rechtvaardigen

6.1 Op grond van artikel 1 lid 1 Wbbbg kan artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg, op grond waarvan het vertoeven in de open lucht kan worden beperkt, in werking worden gesteld “ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken”. Deze buitengewone omstandigheden doen zich, anders dan de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld, voor.

6.2 Deze buitengewone omstandigheden zijn gelegen in de epidemiologische situatie ten aanzien van het covid-19-virus zoals die zich op dit moment in Nederland ontwikkelt.

6.3 Voor de maatregelen die in het kader van het covid-19-virus worden genomen, zijn de volgende door het kabinet benoemde drie pijlers richtinggevend:

- een acceptabele belastbaarheid van de zorg: ziekenhuizen moeten goede zorg aan zowel COVID-19-patiënten als aan patiënten binnen de reguliere zorg kunnen leveren, de nu uitgestelde, planbare zorg moet op korte termijn weer kunnen worden opgestart;
- de bescherming van kwetsbare mensen in de samenleving en
- het zicht houden op en het inzicht hebben in de ontwikkeling van de verspreiding van het virus.[14]

Deze pijlers staan door de epidemiologische situatie en de wijze waarop die zich in Nederland ontwikkelt, onder grote druk.

---

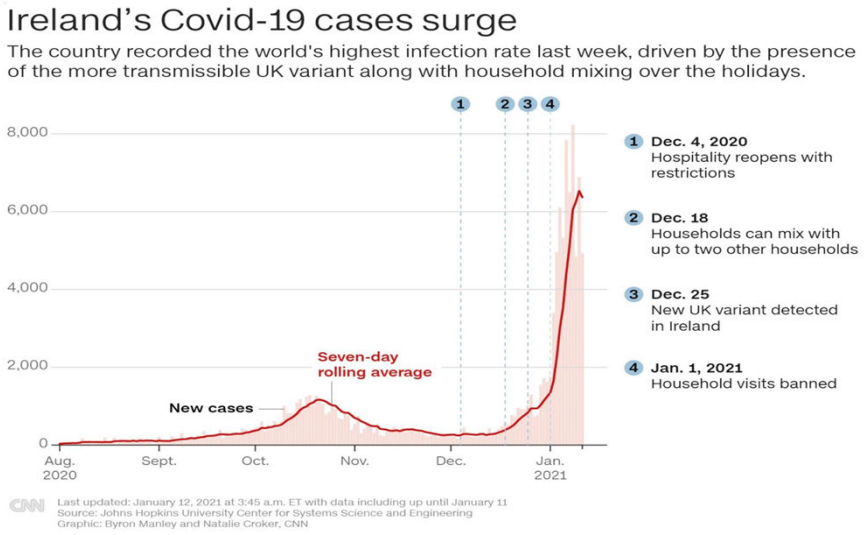
[14] Persconferentie 15 april 2020, de letterlijke tekst is te raadplegen via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/04/15/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-na-afloop-van-crisisberaad-kabinet. Zie ook de Kamerbrief van de minister van VWS van 15 april 2020 inzake COVID-19 Update stand van zaken, met kenmerk 1675769-204341-PG, p. 2.

6.4 Er hangt “een donkere wolk”, waarop we ons moeten en willen voorbereiden. Dat was de duidelijke en indringende waarschuwing die de heer prof. dr. J.T. van Dissel, directeur van het Centrum Infectieziektebestrijding van het RVIM (CIb) en voorzitter van het OMT, aan de vaste Kamercommissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport gaf toen hij hen meenam in de stand van zaken met betrekking tot covid-19 in Nederland op 20 januari 2021.

Zie: verslag van de technische briefing van 20 januari 2021, Kamerstukken II, 2020/21, 25 295 nr. 946, blz. 2.

6.5 Die donkere wolk wordt gevormd door de combinatie van (1) de hoge huidige aantallen besmettingen, (2) de hoge aantallen ziekenhuis- en IC-opnames en (3) de toename van de zogenaamde Britse variant, die (4) besmettelijker is en een hoger reproductiegetal kent dan de “klassieke” variant. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland leidde die variant tot aantallen besmettingen, ziekenhuisopnames en IC-opnames die vele malen hoger waren dan in Nederland. In Ierland was een factor 10 hoger dan in Nederland. Ook in Portugal en Spanje zijn de ontwikkelingen zeer zorgelijk.

Zie verslag van de technische briefing van 20 januari 2021, Kamerstukken II, 2020/21, 25 295 nr. 946, blz. 12 en sheet 26 van de presentatie van prof. dr. Van Dissel voor de technische briefing van 20 januari 2021.



6.6 De beelden en verhalen van de ziekenhuizen in Londen die de afgelopen periode in het nieuws verschenen, kunnen niemand zijn ontgaan. De druk van dergelijke aantallen besmettingen op de zorg is enorm. Dat geldt ook voor de maatschappelijke gevolgen.

> Dit beeld wordt bevestigd door het in eerste aanleg door eisers als prod. 15 overgelegde website-bericht, waarin is vermeld dat het aantal in Engeland opgenomen Covid-patiënten in de maand december enorm is toegenomen: “hitting 22.534 on 1 January, a record high.” In combinatie met de toegenomen en bovengemiddelde zorg die deze patiënten nodig hebben, is de reguliere zorg drastisch afgeschaald. Na 1 januari 2021 is het aantal opnames verder gestegen tot een piek van 39.235 op 18 januari 2021.[15]

6.7 De dringende boodschap van prof. dr. Van Dissel aan de Kamercommissie was dan ook dat we ons niet moeten verkijken op de licht dalende aantallen besmettingen en opnames. De aantallen besmettingen en opnames bevinden zich nog op een (te) hoog niveau. Die daling moet zo scherp en snel mogelijk worden doorgezet, om de dreigende impact van de Britse en andere varianten aan te kunnen. Op dit moment is er in feite sprake van twee epidemieën in Nederland: één van de klassieke covid-19-varianten. Die nam – ondanks alle lockdownmaatregelen – op 20 januari 2021 slechts licht af. En één van de Britse variant, die toeneemt en steeds meer de overhand krijgt. Die situatie is “ronduit zorgelijk”.

> Zie verslag van de technische briefing van 20 januari 2021, Kamerstukken II, 2020/21, 25 295 nr. 946, blz. 13:

> “Dan wat betreft de maatregelen. In de ogen van het OMT hebben we momenteel een situatie die we enerzijds kwetsbaar achten omdat we nog steeds zo tegen de 130.000 besmettelijken hebben met het klassieke virus, met een R-waarde die maar net onder de 1 is. Als die R-waarde zou toenemen, hebben we ook op het klassieke virus natuurlijk al heel snel weer een absoluut gezien snelle toename van het aantal gevallen. Bij een R-waarde van 0,9 en een totaal aantal van 100.000 heb je altijd na vier dagen toch weer 90.000 nieuwe gevallen en een paar dagen later weer zo'n aantal, dus dat aantal is hoog en maakt het heel kwetsbaar.

---

[15] Zie https://coronavirus data.gov.uk/details/healthcare en zie voor de overbelasting van de Britse Ziekenhuizen ook: en www.nytimes.com/2021/01/12/world/europe/britain-hospitals-coronavirus.html.

Wat wij ronduit zorgelijk vinden, is natuurlijk de ontwikkeling van de Britse variant, waarvan we in Nederland achteraf gezien een introductie hebben gehad en inmiddels een toename, en waaraan we nu zo ongeveer 10% van de nieuwe gevallen kunnen wijten. Dus die combinatie maakt dat wij als OMT, dit beoordelende, hebben gezegd dat we nu al in een lockdownfase zitten met vrij strenge maatregelen. Als je dit nu ziet, dan wil je toch eigenlijk zo snel mogelijk zo diep mogelijk komen. Ten eerste door met striktere maatregelen dat Engelse virus toch te gaan remmen; elke besmetting die je nu remt, voorkomt over een paar weken tientallen gevallen. Het tweede is dat door de aantallen, ook van het klassieke virus, gewoon sneller omlaag te brengen, er natuurlijk toch veel meer lucht wordt gecreëerd in ziekenhuizen en ic's. Dat heeft geleid tot verschillende overwegingen, natuurlijk ook kijkend naar wat er in andere landen wordt gedaan."

6.8 In het advies van 19 januari 2021 (productie 1 bij de CvA) heeft het OMT dan ook dringend geadviseerd tot instelling van een avondklok ter aanscherping van de huidige lockdown. Het OMT heeft daarbij gewezen op de zorgelijke ontwikkelingen rond de nieuwe varianten en op landen waar ondanks diverse lockdownmaatregelen een toename van het aantal geïnfecteerde gevallen wordt waargenomen, vaak volgend op de introductie van mutantvirussen. Een situatie waarin deze nieuwe varianten op korte termijn de overhand krijgen, neemt ook het perspectief op versoepelingen op korte termijn weg. Het devies is daarom zo snel mogelijk zo laag mogelijk te komen, nu dat met een aanscherping van het huidige pakket maatregelen nog kan.

"In dit tweede deel gaat het OMT in op haar advies de huidige

lockdownmaatregelen voor de periode tot ten minste 9 februari, aan te scherpen met een avondklok. In eerdere adviezen hebben wij al gesproken over de mogelijkheid de bestrijding te bespoedigen door een avondklok; zie hiervoor de adviezen van het OMT-78, OMT-80 en OMT-95 (d.d. 28 september, 2 november en 11 januari, respectievelijk)

De reden voor zo'n aanscherping ligt in de beoordeling van de huidige epidemiologische situatie in Nederland, die ronduit kwetsbaar te noemen is vanwege het nog zeer hoge aantal besmettelijke personen en een reproductiegetal dat rond de 1 ligt; de zorgelijke ontwikkelingen betreffende de introductie van nieuwe varianten van SARS-CoV-2 met waarschijnlijk toegenomen besmettelijkheid; en het zich ontwikkelende beeld internationaal, waarbij in landen ondanks diverse lockdownmaatregelen een toename van SARS-CoV-2 wordt waargenomen, vaak volgend op de introductie van mutantvirusstammen. Naar verwachting kan niet voorkomen worden dat er een volgende golf van COVID-19-gevallen komt, veroorzaakt door verspreiding van mutanten van het virus met verhoogde besmettelijkheid. De keuze voor Nederland is nu tussen twee scenario's. Een

aparte derde golf, met een zo laag mogelijk begin en de maximale mogelijkheid door BCO te trachten controle te houden op het aantal besmettingen. Of het tweede scenario dat deze golf bovenop – en als uitbreiding van – de tweede golf komt, terwijl de boog wat betreft de zorg al bijna maximaal gespannen staat. Aanscherping van het beleid nú wordt opportuun geacht omdat tot 9 februari al een redelijk streng regiem van maatregelen geldt, en aanscherping kan helpen om te voorkomen dat deze nieuwe varianten op korte termijn de overhand krijgen. Een situatie waarin de nieuw varianten snel de overhand krijgen zou ook het perspectief op versoepelingen na 9 februari wegnemen omdat het totale aantal besmettingen dan te lang te hoog blijft en na verwachting zelfs weer verder gaat toenemen. Het devies is zo snel mogelijk zo laag mogelijk te komen, nu dat met een aanscherping van het huidige pakket van maatregelen nog kan. De opbrengst van een enkel geval nú voorkómen ten opzichte van tientallen later bestrijden, is groot. En juist door een dergelijke aanscherping nu te nemen, in een fase dat het merendeel van de nieuwe besmettingen nog berust op de bekende wild-type "oude" variant van SARS-CoV-2, kan de vermindering met relatief mildere maatregelen gerealiseerd worden dan degene die straks nodig zouden kunnen zijn om de mutant varianten eronder te houden."[onderstrp. adv][16]

6.9 Het OMT is van oordeel dat de avondklok een aanvullende bijdrage zal leveren aan de noodzakelijk geachte verlaging op de korte termijn van het aantal besmettingen. Bij deze beoordeling heeft het OMT de beschikbare literatuur betrokken, waaronder evaluaties die zijn gedaan in verschillende landen die eveneens een avondklok hebben ingevoerd. Landen in de EU die inmiddels nationaal of regionaal een avondklok hebben (gehad) zijn het Verenigd Koninkrijk, België, Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Slovenië, Oostenrijk, Italië, Griekenland, Slowakije, Hongarije, Luxemburg, Cyprus en Kosovo. In Frankrijk en Engeland, en lokaal in Duitsland en Spanje. Frankrijk heeft recent de avondklok vervroegd van 20:00 uur naar 18:00 uur.[17]

Overigens benadrukt ook het ECDC het belang van verdergaande niet-medische maatregelen bij het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus. Meer stringente maatregelen zijn nodig om te voorkomen dat gemuteerde besmettelijkere varianten – variants of concern – de overhand krijgen en ter waarborging van het gezondheidssysteem (vgl. de Nederlandse

[16] Advies Outbreak Management Team van 19 januari 2021 n.a.v. 96e OMT, deel 2, p. 1-2 (prod. 1).

[17] Ibidem, p. 2.

pijler acceptabele belastbaarheid van de zorg). Onder deze stringente maatregelen benoemt het ECDC ook de avondklok.[18]

6.10 Bij het vaststellen van het tijdstip waarop de avondklok geldt wijst het OMT op de mobiliteitsgegevens waaruit blijkt dat de meeste verplaatsingen plaatsvinden tussen 5.00 en 20.00 uur. Daarnaast acht het OMT het van belang dat kinderen en tieners (ook 's avonds) moeten kunnen buitensporten. Het OMT stelt daarom een avondklok voor die rekening houdt met deze factoren, bijvoorbeeld van 20.00 of 21.00 uur tot 05.00 uur.

> "Uit mobiliteitsgegevens blijkt dat de meeste verplaatsingen op een dag plaats vinden tussen 5:00 en 20:00. Omdat het OMT wil benadrukken dat het belangrijk is dat kinderen en tieners (ook 's avonds) kunnen blijven - buitensporten, stelt zij een avondklok voor die hierop geen invloed heeft, bijvoorbeeld van 20:00 of 21:00 uur tot 05:00 uur. Zij adviseert de avondklok in te stellen tot ten minste de datum dat de huidige lockdownmaatregelen en de sluiting van de scholen in principe vervalt, namelijk 9 februari."[19]

6.11 Het kabinet heeft het OMT verzocht om te adviseren over mogelijke gelijkwaardige alternatieven voor het instellen van een avondklok. Het OMT ziet die niet, anders dan maatregelen die nog verder gaan dan een avondklok.[20]

> "Het OMT vindt het lastig te beoordelen of er maatregelen zijn met een
>
> gelijkwaardig of groter effect dan wordt verwacht van een avondklok, anders dan een strikt uitgevoerd en nageleefd totaal 'stay-at-home'-advies waarbij men alleen naar buiten mag, overdag én 's nachts, voor hoogstnoodzakelijke zaken. Een dergelijk advies zou in Nederland nog veel verder gaan dan de avondklok alleen. Andere alternatieve maatregelen zoals hieronder genoemd (alternatief 'advies 1-8') zijn ter overweging in aanvulling op een avondklok. Echter, in de bestrijding van het coronavirus ziet het OMT de alternatieve maatregelen niet als gelijkwaardig aan het effect van de avondklok, ook al omdat de mate waarin aan de alternatieven opvolging gegeven zal worden, onzeker is."

---

[18] Zie https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/COVID-19-risk-related-to-spread-of-new-SARS-CoV-2-variants-EU-EEA-first-update.pdf, p. 13-14.

[19] Advies Outbreak Management Team van 19 januari 2021 n.a.v. 96e OMT, deel 2, p. 2.

[20] Ibidem, p. 3-5.

6.12 Bij brief van 20 januari 2021 heeft de Minister van VWS de Tweede Kamer geïnformeerd over het advies van het OMT over de avondklok. De Minister wijst erop dat gegeven de huidige situatie en de zorgelijke ontwikkeling van nieuwe virusvarianten het kabinet besloten heeft aanvullende maatregelen te nemen op de al geldende lockdown.[21] Met verwijzing naar het advies van het OMT geeft de Minister aan dat naar verwachting niet voorkomen kan worden dat er een volgende golf covid-19-gevallen komt, veroorzaakt door verspreiding van mutanten van het virus met verhoogde besmettelijkheid.[22] Een avondklok is hard nodig. Het OMT en het Europese Centrum voor de bestrijding van infectieziekten (ECDC) geven beide aan dat een avondklok leidt tot een verlaging van de R.

6.13 Ook na invoering van de avondklok is het OMT bij adviezen van 30 januari 2021 en 1 februari 2021 blijven benadrukken dat de huidige epidemiologische situatie nog steeds zeer zorgelijk is. Het OMT ziet weinig ruimte voor enige versoepeling van maatregelen.[23]

6.14 Op 7 februari 2021 heeft het OMT opnieuw advies uitgebracht. Uit dat advies volgt dat de zorgen door de ontwikkelingen worden bevestigd:

- De prevalentie van besmettingen in de bevolking is nog steeds hoog, naar schatting 103.861 personen op 28 januari 2021.
- Daardoor vertaalt een reproductiegetal van rond de 1 zich in een groot absoluut aantal nieuwe infecties per dag.
- Op 22 januari 2021 lag het geschatte reproductiegeval voor de oude variant op 0,80, terwijl het reproductiegetal van de Britse variant bijna 40% hoger ligt, te weten op 1,13.
- Naar schatting zijn van alle besmettingen met een eerste ziektedag rond 31 januari 2021 de helft veroorzaakt door de Britse, meer besmettelijke variant,

---

[21] Kamerbrief van de Minister van VWS van 20 januari 2021 inzake 96e OMT advies deel 2 en kabinetsreactie, met kenmerk 1814910-217220-PDC19 (*Kamerstukken II* 2020/21, 25295, nr. 912) , p. 1 (prod. 1 eisers).

[22] Ibidem, p. 4.

[23] Advies Outbreak Management Team van 30 januari 2021, deel 1 en van 1 februari 2021 n.a v. 98e OMT, deel 2, p. 2.

met het bijna 40% hogere reproductiegetal. De Britse variant neemt het daarmee steeds meer over.

- Het aantal ziekenhuis- en IC-opnames daalde weliswaar de afgelopen week, maar de prognose is dat deze daling overgaat in een plateau of een toename kent *onder handhaving van het huidige maatregelenpakket* (inclusief de avondklok).

6.15 De conclusie van het OMT is dan ook dat de epidemiologische situatie in Nederland kwetsbaar is, met grote onzekerheden wat betreft de prognose voor de komende maanden vanwege de opkomst van de VK-variant. Het totale huidige pakket van maatregelen (geholpen door de opbouw van immuniteit door doorgemaakte infecties en door vaccinaties) wordt essentieel geacht om de hoogte van een derde golf door de nieuwe variantvirussen te kunnen controleren en voor een belangrijk deel te kunnen mitigeren, waarbij een goede opvolging aan het huidige maatregelenpakket essentieel is.[24]

Zie OMT-advies van 7 februari 2021, p. 6[25]:

"Concluderend op grond van bovenstaande uitkomsten, adviseert het OMT de huidige maatregelen, inbegrepen de avondklok en bezoekbeperking, onverminderd te continueren, tot een volgende evaluatie over 2-3 weken, omdat de eerste analyse van de effecten de rol van alle maatregelen in het pakket onderschrijft, evenals de noodzaak ervan om de R-waarde zo laag mogelijk te krijgen en te houden. Dit laatste zal essentieel zijn om de derde golf door de VK-variant zoveel als mogelijk te beperken en te controleren.

Het OMT meent dat er dus verschillende argumenten zijn om te adviseren het huidige maatregelenpakket, inbegrepen de avondklok en bezoekbeperking, onveranderd te verlengen. Verdere analyses in de komende weken moeten ook vanuit de berekening achteraf van het reproductiegetal, bevestigen dat de R-waarde inderdaad significant door de avondklok en bezoekregeling omlaag gebracht zijn.

(…)

[24] Advies Outbreak Management Team van 7 februari 2021 n.a v. 99e OMT, deel 2, p. 3-4.

[25] Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnotities/2021/02/08/advies-nav-99e-omt-deel-2.

Tenslotte, het OMT merkt op dat de heropening van het primair onderwijs en kinderopvang geen aanleiding mag zijn om minder in plaats van meer thuis te werken. Als dit wel gebeurt zal het zeker tot extra verplaatsingen leiden, meer contacten op het werk, en een evident risico voor een opleving van de overdracht van het virus. Gegeven het zeer fragiele evenwicht waarin wij ons thans bevinden zou dit een zeer ongewenst effect zijn!" (onderstreping toegevoegd).

6.16 Dit fragiele evenwicht is onveranderd:

- Op dit moment wordt het aantal besmettelijke mensen in Nederland geschat tegen de 100.000.[26]
- Het reproductiegetal van het aantal gecombineerde coronabesmettingen steeg van 0,91 (0,88-0,93) op 22 januari 2021 naar 0,96 (0,93-0,99) op 29 januari 2021. Steeds meer mensen raken besmet met de besmettelijkere Britse variant.
- Van de Britse variant ligt het reproductiegetal op 1,15 (1,09-1,21), dus ruim boven de 1 en bijna 40% hoger dan de oude variant.
- Het reproductiegetal van de Britse variant lag een week eerder op 1,13 (1,06-1,19). Het reproductiegetal van de oude varianten ligt op 0,84 (0,79-0,89), tegen een reproductiegetal van 0,80 (0,78-0,92) een week eerder.[27]
- Het RIVM concludeert dat dankzij de extra maatregelen en het bijbehorende gedrag van mensen, tot eind januari in Nederland een snelle stijging van het aantal positief geteste personen is voorkomen. Doordat het reproductiegetal van de Britse variant op 1,15 ligt, zal het aantal positief geteste personen met de Britse variant wel blijven toenemen.[28]

6.17 Daar komt bij dat uit onderzoek in het Verenigd Koninkrijk blijkt dat mensen die daar besmet waren met de Britse variant zieker werden en vaker kwamen te overlijden

---

[26] Zie: https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/besmettelijke-mensen.,

[27] Zie: https://www.rivm.nl/nieuws/aantal-meldingen-gelijk-aan-de-week-daarvoor.

[28] Zie: https://www.rivm.nl/nieuws/aantal-meldingen-gelijk-aan-de-week-daarvoor.

(increased risk of hospitalization and death) dan dat het geval was bij de oude varianten.[29]

Zie:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/961042/S1095_NERVTAG_update_note_on_B.1.1.7_severity_20210211.pdf

6.18 Daarnaast meldt het RIVM dat er ook een zorgelijke verandering is aangetoond in de Britse variant. Het Verenigd Koninkrijk maakte melding van een mutatie in de Britse variant, E484K, in het “spike-eiwit”. Deze E484K mutatie wordt als zorgelijk beschouwd en is eerder aangetoond in de Zuid-Afrikaanse en Braziliaanse varianten. Bij deze E484K mutatie, is de opgebouwde afweer na vaccinatie of na een eerdere besmetting mogelijk minder goed. Ook is de mutatie waarschijnlijk van invloed op de sterkte van de binding van het virus aan cellen in ons lichaam. In de Britse variant is deze E484K mutatie tot nu toe bij 23 personen in het Verenigd Koninkrijk vastgesteld. Deze week is bij een positief geteste persoon bij GGD regio Utrecht ook een E484K mutatie in de Britse variant aangetoond. De GGD voert momenteel bron- en contactonderzoek uit.[30]

6.19 De zogenoemde Zuid-Afrikaanse variant wordt in Nederland steeds vaker gevonden in de kiemsurveillance, ook bij mensen zonder reishistorie naar Zuid-Afrika. Deze aantallen zijn nog klein. Er zijn geen nieuwe meldingen met betrekking tot de Braziliaanse varianten.[31]

6.20 Op dit moment wordt verwacht dat de nieuwe varianten tegen april bijna 100% van de gevallen zullen betreffen. De verdringing van de oude variant komt door de hogere besmettingsgraad van de Britse variant: 37% hoger dan die van de wild-type (oude) variant. De besmettingsgraad van de Zuid-Afrikaanse variant is 47% hoger dan die van de wild-type (oude) variant.

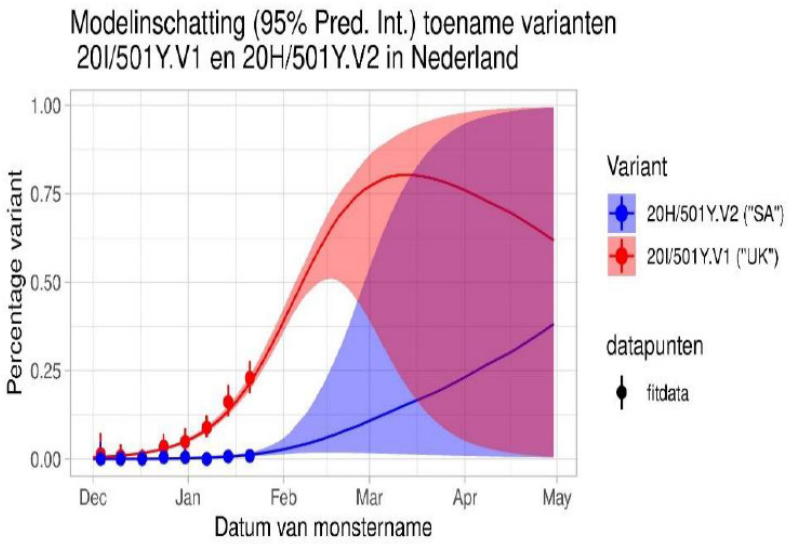
---

[29] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/961299/Variants_of_Concern_VOC_Technical_Briefing_6_England-1.pdf

[30] Zie: https://www.rivm.nl/nieuws/aantal-meldingen-gelijk-aan-de-week-daarvoor.

[31] Zie: https://www.rivm.nl/nieuws/aantal-meldingen-gelijk-aan-de-week-daarvoor.

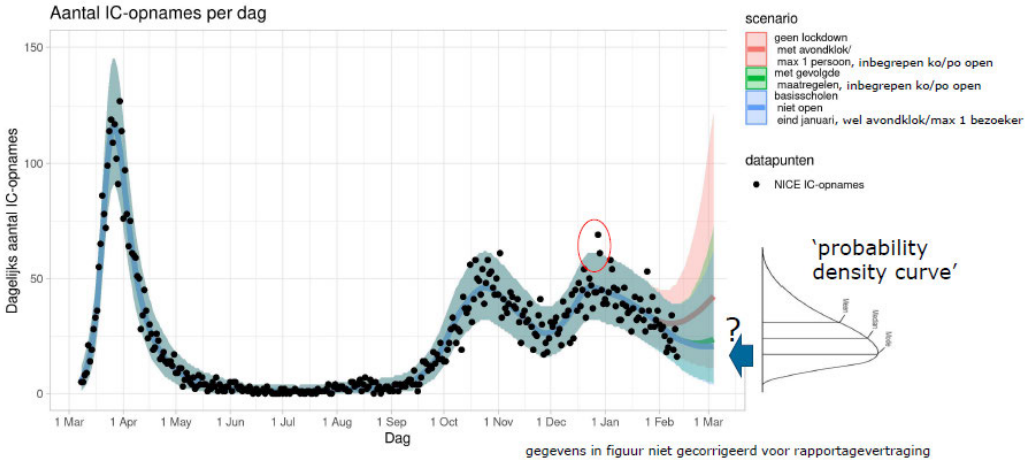
Zie sheet 14 van de technische briefing van prof. dr. Van Dissel van 16 februari 2021 aan de MCC.



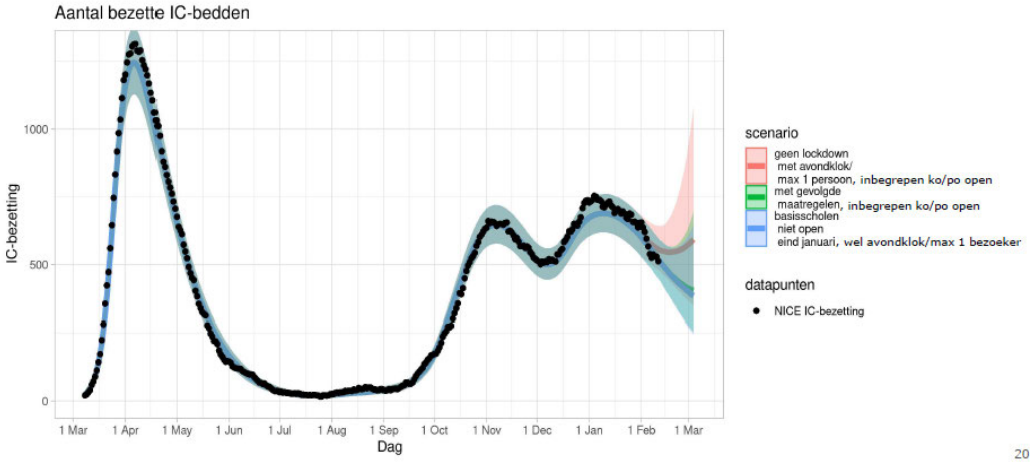
6.21 In onderstaande grafieken, die dateren van 16 februari 2021, is te zien dat het aantal ziekenhuis- en IC-opnames snel zal toenemen zonder de maatregel van de avondklok en de bezoekbeperking. Die situatie is afgebeeld op de rode lijn. De stippellijn geeft aan hoeveel daadwerkelijke ziekenhuis- en IC-opnames er zijn geweest. De groene lijn geeft aan wat de verwachting is als de avondklok en de bezoekbeperking, net als de overige maatregelen gehandhaafd blijven.

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.

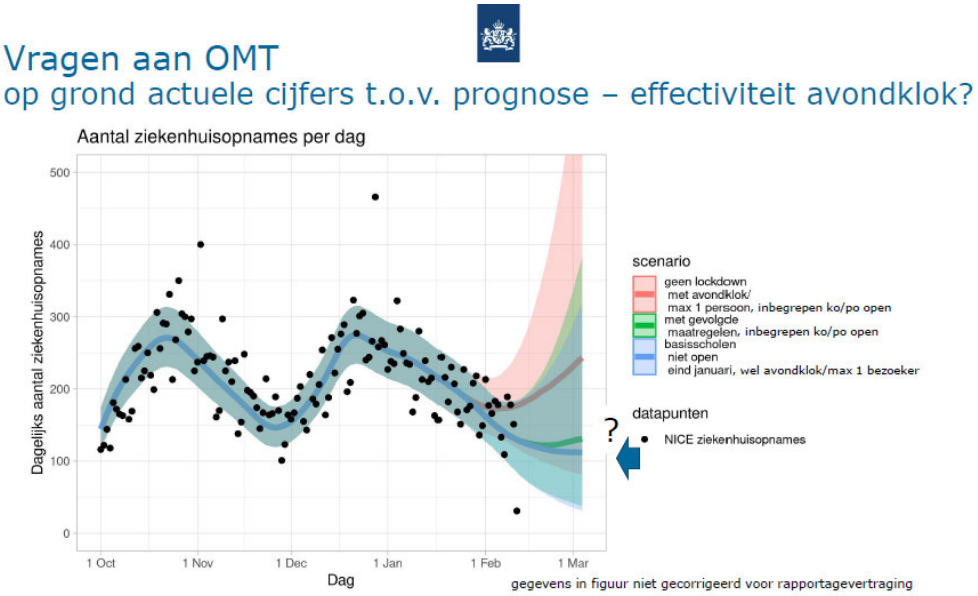
Vragen aan OMT
op grond actuele cijfers t.o.v. prognose – effectiviteit avondklok?

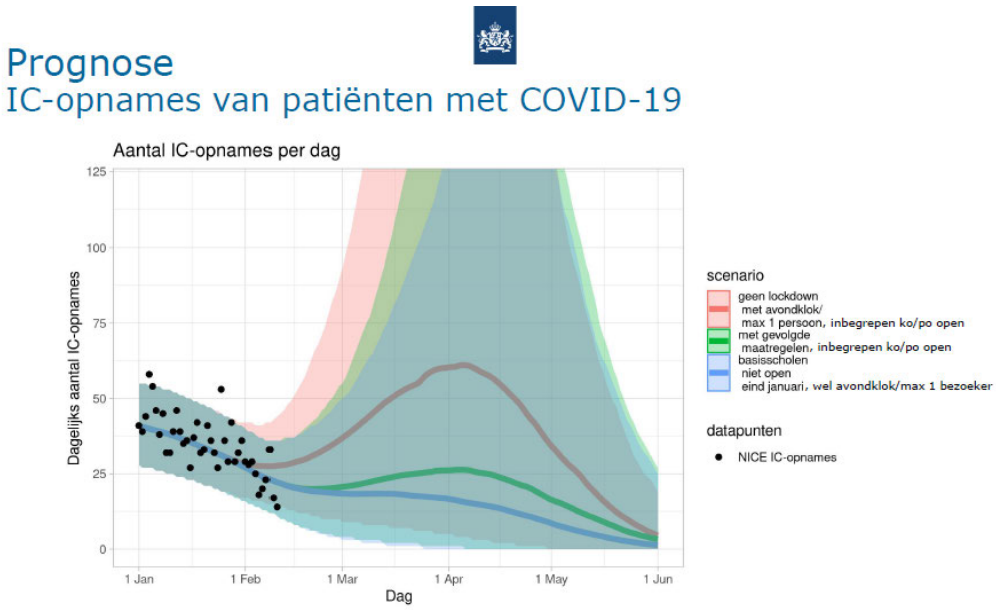


Vragen aan OMT
op grond actuele cijfers t.o.v. prognose – effectiviteit avondklok?



20





6.22 De statistiek van de verspreiding van het virus kan daarbij niet genoeg worden benadrukt. Op dit moment is het “R-getal” net onder de 1, met de Britse variant in opmars die een R kent van 1.13, oplopend naar inzichten van deze week naar 1.15. Hoe meer contacten, hoe meer besmette personen er komen. Hoe meer besmette personen, hoe meer andere personen zij kunnen besmetten en hoe sneller het virus om zich heen grijpt. Als nu de teugels ook al is het tijdelijk worden losgelaten, zijn dus ingrijpendere maatregelen nodig om het aantal besmette personen weer verder

omlaag te brengen. Daarom is het zo belangrijk om nu zoveel mogelijk de golf naar beneden te brengen.

6.23 In de al veel gemaakte vergelijking met een dijkdoorbraak: alle modellen wijzen er op dat de dijk op springen staat en de nieuwe VK-variant over ons heen zal spoelen; en de enige manier om de gevolgen te mitigeren is nú in te grijpen en niet pas op het moment dat de eerste zandzakken wegspoelen; dan is er geen houden meer aan.

6.24 Dit alles maakt dat het kabinet terecht heeft kunnen oordelen dat sprake is van buitengewone omstandigheden en dat aan de voorwaarde voor in werking stelling van artikel 8 van de Wbbbg is voldaan.

> In rov. 4.3 van het bestreden vonnis is een opsomming gegeven van het advies van het OMT van 20 januari 2021 over de toenmalige situatie. Uit wat hiervoor uiteen is gezet, blijkt dat dat niet alleen geen volledig beeld geeft van de situatie, maar dat daarbij ook de zorgen die bestaan, niet goed zijn weergegeven en onvoldoende zijn doorgrond.

6.25 In het bestreden vonnis (o.a. rov. 4.12) wordt er vanuit gegaan dat er mogelijk wordt gevreesd voor een noodsituatie, maar dat nog maar moet blijken of die er daadwerkelijk komt. Dan is er, zo lijkt de overweging, nog geen sprake van buitengewone omstandigheden.

6.26 Het is een misvatting dat uitsluitend van buitengewone omstandigheden sprake is als men eerst de ramp zich heeft laten voltrekken. Die buitengewone omstandigheden doen zich, zoals hiervoor uiteen is gezet, nu al voor en maken dat er nu moet worden ingegrepen om niet het aantal besmette personen exponentieel te laten stijgen.

6.27 Het is niet voor niets dat prof. dr. Van Dissel er voor heeft gewaarschuwd dat wij ons niet moeten laten misleiden doordat de cijfers nu mogelijk (licht en veel te langzaam) lijken te dalen. Dat is mét de huidige maatregelen waaronder de avondklok. En dat is in een situatie waarin de Britse variant met het hogere reproductiegetal nog niet de overhand had. Die overhand is echter niet te stuiten. Dat is waarom er nu al sprake is van buitengewone omstandigheden. De voorzieningenrechter heeft dat miskend.

6.28 In het Verenigd Koninkrijk en Ierland was men te laat met ingrijpen. Het kabinet zet alles op alles om dat in Nederland te voorkomen. Het is niet zo dat eerst sprake is van een acute noodsituatie als wordt gewacht tot het te laat is. Er is juist nu sprake van een situatie die dringend om verder ingrijpen vraagt om te voorkomen dat wij straks met ingrijpen te laat zijn, met alle gevolgen van dien.

6.29 Dat is ook precies de situatie waar de Wbbbg voor is geschreven. De bevoegdheid om een avondklok in te stellen, is door de formele wetgever voor een situatie als dit dus al gegeven. Het ligt dan ook volstrekt in de rede dat àls voor het instellen van een avondklok wordt gekozen, daarvoor de grondslag in een formele wet die er al is, wordt ingezet. De formele wetgever heeft er vervolgens in voorzien dat het aan de Tweede en Eerste Kamer is om te beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van buitengewone omstandigheden die voortzetting van de inwerkingstelling van artikel 8 Wbbbg rechtvaardigen. De voorzieningenrechter is ten onrechte in die beoordeling getreden.

7 Grief 2c – de voorzieningenrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat de (spoed)wetgevingsprocedure had kunnen worden afgewacht, voor zover dat al relevant zou zijn.

7.1 De voorzieningenrechter miskent in haar voorlopig oordeel in rov. 4.7 dat de Staat voldoende heeft onderbouwd dat geen (spoed)wetgevingstraject had kunnen worden afgewacht.

7.2 De Staat betwist dat hij een normale (spoed)wetgevingsprocedure had kunnen afwachten. De noodzaak tot het instellen van een avondklok werd pas duidelijk vanaf 19 januari 2021: toen kwam het OMT-advies dat de basis vormde voor het besluit tot invoering van een avondklok beschikbaar. Dit advies is op 20 januari 2021 door het BAO beoordeeld op politieke en bestuurlijke haalbaarheid en besproken in de Ministerraad. Op diezelfde dag is de Tweede Kamer per brief geïnformeerd over het voornemen van het kabinet tot het instellen van een avondklok. Dit voornemen is op die dag ook aangekondigd in een persconferentie. Op 21 januari 2021 is in de Tweede Kamer gedebatteerd over de maatregel. De besluiten ter invoering van de avondklok zijn op 22 januari 2021 bekendgemaakt, direct na het debat dat daarover plaatsvond op 21 januari 2021. Op zaterdag 23 januari 2021 trad de avondklok in werking.

7.3 Uit deze gang van zaken kan niet worden afgeleid dat geen sprake was van een acute noodsituatie. Daar komt nog bij dat de tussenliggende periode ook noodzakelijk was om de invoering en handhaving op het moment van ingaan van de avondklok voor te bereiden. Bedacht moet worden dat dit een forse operatie betreft, bijvoorbeeld voor de

politie. Niet in de laatste plaats omdat er binnen zeer korte termijn op grote schaal moet worden geschoven met roosters en diensten.

Ook dat heeft de minister van J&V uiteengezet in het nader rapport:

> "Formeel was het weliswaar mogelijk om deze besluiten te nemen zonder voorafgaand debat met de Tweede Kamer, maar ik acht het alleszins verdedigbaar dat het kabinet hier toch voor gekozen heeft. Allereerst merk ik op dat de termijn tussen het beschikbaar komen van de adviezen en de daadwerkelijke uitvoering van het besluit van het kabinet om een avondklok in te voeren niet verlengd is door de keuze om voorafgaand daaraan een debat met de Tweede Kamer te voeren. Daarbij wijs ik erop dat de adviezen die de basis vormden voor het besluit tot invoering van een avondklok op 19 januari beschikbaar waren, en dat de besluiten ter invoering van een avondklok op 22 januari zijn bekendgemaakt, direct na het debat dat daarover plaatsvond op 21 januari. Deze tussenliggende periode is ook benut voor de voorbereiding van de uitvoering en handhaving op het moment van ingaan van de avondklok, zodat van een lege wachttijd feitelijk geen sprake is geweest. Onder deze omstandigheden kon daarom gevolg worden gegeven aan de toezegging van het kabinet aan de Tweede Kamer om mededeling te doen over het voornemen tot het instellen van een avondklok tenzij de vereiste spoed zich daartegen zou verzetten (Aanhangsel Handelingen II 2020/21, nrs. 995 en 1049)." (*Kamerstukken II* 2020/21, 35 722, 4, p. 5).

8 Grief 3 – onjuiste beoordeling proportionaliteit en subsidiariteit (rov. 4.12-4.14)

8.1 De derde grief richt zich tegen het (kennelijk ten overvloede[32] gegeven) oordeel van de voorzieningenrechter in rov. 4.12 tot en met 4.14. Als de Staat het goed begrijpt, houdt dat oordeel in dat de noodzaak van de avondklok niet is aangetoond en/of dat die maatregel niet proportioneel is.

8.2 Dit oordeel getuigt (zoals hiervoor in het kader van grief 1 is toegelicht) van een miskenning van de terughoudende *onmiskenbaar onverbindend*-maatstaf. Alleen al daarom kan het niet in stand blijven.

8.3 Daar komt bij dat de voorzieningenrechter met dit oordeel heeft miskend dat de Staat zijn beleid (in beginsel) mag baseren op de adviezen van het OMT (grief 3a). Voorts komt de voorzieningenrechter ook inhoudelijk ten onrechte tot de slotsom dat de avondklok niet noodzakelijk en proportioneel is (grief 3b).

---

[32] Zie rov. 4.10 van het bestreden vonnis.

9 Grief 3a – de voorzieningenrechter miskent dat de Staat zijn beleid mag baseren op de adviezen van het OMT

9.1 De Staat laat zich in de bestrijding van het coronavirus adviseren door onafhankelijke experts van het OMT. Het OMT bestaat uit een omvangrijke en brede schare van deskundigen, die vanuit verschillende invalshoeken de basis leggen voor adequate risicoanalyse en advisering over de bestrijding van infectieziekten.[33] 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). De situatie is en wordt voortdurend op basis van de meest recente inzichten geëvalueerd.

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).[34]

Naast deze deskundigen, nemen ook deskundigen deel op specifieke vakgebieden. Deze experts zijn virologen, internisten, gynaecologen, kinderartsen, longartsen, epidemiologen en andere specialisten die afhankelijk van het onderwerp als expert voor een OMT worden uitgenodigd.

---

[33] Op de website van het RIVM is gepubliceerd welke deskundigen hebben deelgenomen aan de overleggen van het COVID-19 OMT: Zie: https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/omt.

[34] De vaste leden van het OMT zijn: Prof. dr. Van Dissel (voorzitter), Directeur Centrum Infectieziektebestrijding, RIVM Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, Prof. dr. Timen (secretaris), hoofd LCI Landelijke coördinatie infectieziektebestrijding, Drs. Loogman, Huisarts / Senior wetenschappelijk medewerker NHG Nederlands Huisartsen Genootschap, Dr.Maas, Bedrijfsarts-epidemioloog, Amsterdam UMC Universitair Medisch Centrum, Dr. Schippers, Internist-infectioloog, Haga Ziekenhuis / VIZ Vereniging voor Infectieziekten, Dr. Schreijer, Arts Maatschappij en Gezondheid, infectieziektebestrijding, GGD Gemeentelijke Gezondheidsdienst Amsterdam / Voorzitter LOI Landelijk Overleg Infectieziekten (vanaf OMT 65), Dr. Vossen, Arts-microbioloog, LUMC Leids Universitair Medisch Centrum / NVMM Nederlandse Vereniging voor Medische Microbiologie. Zie ook: https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/omt.

Voor de bijeenkomsten in het kader van COVID-19 wordt een groot aantal vaste experts uitgenodigd.[35]

9.2 In rov. 4.12-4.14 maakt de voorzieningenrechter voorshands een eigen beoordeling van de noodzaak en het effect van de avondklokmaatregel. Deze eigen beoordeling is onjuist en lijnrecht in strijd met de adviezen van het OMT zoals zie hiervoor in grief 2b en hierna in grief 3b wordt toegelicht. Zij stelt haar eigen beoordeling in de plaats van het medisch-epidemiologische advies van het OMT over de noodzaak en het effect van de avondklokmaatregel.

9.3 Hiermee miskent de voorzieningenrechter dat de Staat op de actuele adviezen van de deskundigen van het OMT mag vertrouwen, en zijn beleid daarop in zeer belangrijke mate mag afstemmen. Dit geldt te meer omdat een andere manier van verantwoorde beleidsbepaling niet goed denkbaar is.

De voorzieningenrechter gaat hiermee voorbij aan vaste rechtspraak:

Zie bijvoorbeeld:

- Vzr. Rb Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013, rov. 4.8;
- Vzr. Rb Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856, rov. 4.12;
- Vzr. Rb Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:982, rov. 4.7.

9.4 Daarbij moet worden opgemerkt dat ook als er (wetenschappelijke) discussie mogelijk is over de avondklokmaatregel, nog steeds geldt dat deze discussie er niet aan afdoet

---

[35] De experts die vast worden uitgenodigd in het kader van COVID-19 zijn: Drs. Arends, Klinisch geriater, Maasstad Ziekenhuis, voorzitter Nederlandse Vereniging voor Klinische Geriatrie (vanaf OMT 62), Prof. dr. Bonten, Arts-microbioloog, UMC Utrecht (vanaf OMT 63), Dr. Pauline Ellerbroek, Internist-infectioloog, UMC Utrecht / Calamiteitenhospitaal, Prof. dr. Friedrich, Arts-microbioloog, UMCG Universitair Medisch Centrum Groningen / Acute Zorg Netwerk Noord Nederland, Prof. dr. Diederik Gommers, Internist-intensivist en voorzitter Nederlandse Vereniging voor Intensive Care, Erasmus MC Erasmus University Medical Center, Drs. De Groot, Specialist ouderengeneeskunde en voorzitter Verenso Vereniging van Specialisten Ouderengeneeskunde en Sociaal Geriaters (vanaf OMT 80), Prof. dr. Hertogh, Hoogleraar Ouderengeneeskunde en Ethiek van de zorg, Amsterdam UMC, Prof. dr. Hoebe, Hoogleraar Sociale Geneeskunde i.h.b. izb / hoofd afdeling Infectieziekten, Universiteit Maastricht / GGD Zuid Limburg, Drs. Károly Illy, Kinderarts, Ziekenhuis Rivierenland Tiel / NVK Nederlandse vereniging voor Kindergeneeskunde Kindergeneeskunde (vanaf OMT 65), Prof. dr. De Jong, Hoofd medische microbiologie, Amsterdam UMC locatie AMC, Prof. dr. Kluytmans, Arts-microbioloog, Microvida locatie Amphia / Netwerk Acute Zorg Brabant, Prof. dr. Koopmans, Viroloog, Erasmus MC / Nationaal Influenza Centrum, Drs. Rietveld, Arts Maatschappij en Gezondheid, infectieziektebestrijding, GGD, Dr. Ellen Veldkamp, Arts-microbioloog, hoofd infectiepreventie, LUMC / Netwerk Acute Zorg West, Prof. dr. Verbon, Internist-infectioloog, Erasmus MC / NVII, Drs. Vlasveld, Arts voor verstandelijk gehandicapten, Amerpoort/Sherpa/NVAVG (vanaf OMT 76), Prof. dr. Vos, Arts-microbioloog, expert infectiepreventie, Erasmus MC / NVMM-HiP, Prof. dr. Voss, Arts-microbioloog, medisch manager medische microbiologie en infectiepreventie, Canisius Wilhelmina Ziekenhuis en Drs. Waegemaekers, Arts Maatschappij en Gezondheid, infectieziektebestrijding, GGD Gelderland-Midden, RAC Regionale Arts Consulenten. Zie ook: https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/omt.

dat de Staat zijn beleid in redelijkheid mag baseren op de adviezen van een vaste groep deskundigen zoals het OMT.

9.5 Door het medisch-epidemiologische advies van het OMT terzijde te stellen, miskent de voorzieningenrechter bovendien dat de wetenschappelijke waarde of het gewicht van de adviezen die leidend zijn in het kader van de bestrijding van het coronavirus, en die breed wordt gedragen door een grote groep deskundigen, niet in een kortgedingprocedure kunnen worden beoordeeld.

Zie:

- Vzr. Rb Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013, rov. 4.8;
- Vzr. Rb Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856, rov. 4.12;
- Vzr. Rb Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3799 rov. 3.6;
- Vzr. Rb Den Haag 28 november 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG6117, rov. 4.8.

9.6 Dit geldt te meer nu geïntimeerden in eerste aanleg ook op geen enkele manier aannemelijk hebben gemaakt dat de adviezen van het OMT, die ten grondslag liggen aan de avondklokmaatregel (evident) onjuist zijn.

Vgl:

- Vrz. Rb Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013, rov. 4.8;
- Vrz. Rb Den Haag 28 augustus 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6987, rov. 5.4 en 5.6.

9.7 Ook de voorzieningenrechter heeft niet geconcludeerd dat de adviezen van het OMT (evident) onjuist zijn. Zij stelt daarbij alleen “vraagtekens”.[36] Het stellen van “vraagtekens” is vanzelfsprekend onvoldoende om te kunnen spreken van evidente onjuistheid.

[36] Rov. 4.12 en 4.13 van het bestreden vonnis.

9.8 Gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter er ten onrechte aan voorbij gegaan dat de Staat de avondklokmaatregel mag baseren op de medisch-epidemiologische adviezen van het OMT.

10 Grief 3b – de voorzieningenrechter is ten onrechte tot het oordeel gekomen dat de proportionaliteit en subsidiariteit van de avondklok onvoldoende is onderbouwd

10.1 Hiervoor is uiteengezet dat sprake is van een zeer zorgelijke situatie. Er is sprake van een pandemie, waarbij sprake is van een combinatie van (1) de hoge huidige aantallen besmettingen, (2) de huidige hoge aantallen ziekenhuis- en IC-opnames waardoor de reguliere zorg al in het gedrang komt en (3) de toename van de zogenaamde Britse variant, die (4) besmettelijker is en een hoger reproductiegetal kent dan de “klassieke” variant, waardoor (5) zonder extra maatregelen het aantal besmette personen exponentieel zal stijgen. De drie pijlers van de aanpak van het covid-19-virus komen daarmee ernstig onder druk te staan.

10.2 Het is dus van het grootste belang om de verspreiding van het virus op dit moment zo snel mogelijk verder omlaag te brengen. De huidige maatregelen zonder avondklok hebben wel effect, maar onvoldoende: de verspreiding van het virus wordt daardoor op dit moment (licht) teruggebracht of blijft op hetzelfde hoge niveau, maar het tempo daarvan zal omhoog moeten om de toename als gevolg van de VK-variant tegen te gaan en aan te kunnen. Dat kan alleen door maatregelen te nemen waarmee de mogelijkheid om contacten aan te gaan – en dus elkaar te besmetten – verder wordt teruggebracht. Er moet dus worden gezocht naar waar aanscherping mogelijk is om de verspreiding van het virus sterker terug te dringen.

10.3 Het OMT heeft in het advies van 16 januari 2021 (96^{e} advies) op pagina 3 aangegeven dat uit het bron- en contactonderzoek volgt dat de meest genoemde situatie waar besmetting plaatsvond binnen het huishouden was, door besmettingen van familieleden en huisgenoten (ruim 50%). Gedurende de twee weken volgend op de Kerstdagen was een stijging zichtbaar in het aantal besmettingen dat plaatsvond tijdens bezoek van vrienden of familie, namelijk 36% in week 1 versus 23% in week 52. Het aantal besmettingen op het werk is in de laatste weken afgenomen. Dit is waarschijnlijk een effect van de feestdagen en de kerstvakantie, mogelijk in combinatie met meer thuiswerken door de lockdown. Bij clusters bestaande uit personen uit verschillende leeftijdsgroepen blijft het gezin de meest gerapporteerde situatie van besmetting, door het samenwonen van verschillende generaties onder een dak. Bij clusters alleen bestaande uit personen uit dezelfde leeftijdsgroep, was de afgelopen

weken ‘bezoek in de thuissituatie’ de meest voorkomende gerapporteerde situatie van besmetting, in alle volwassen leeftijdsgroepen.

10.4 Begin januari bevonden wij ons al in een algehele lockdown. Niet-essentiële winkels zijn gesloten, men mag maximaal met twee personen op straat, alle niet-noodzakelijke reizen worden afgeraden, iedereen wordt dringend meegegeven thuis te werken en uitsluitend naar het werk te gaan als dat noodzakelijk is, en iedereen wordt dringend geadviseerd bezoek en onderling contact te beperken, in ieder geval tot maximaal twee personen per dag. De mobiliteitscijfers geven echter het beeld dat mensen minder thuis blijven dan in april 2020.

10.5 De enige denkbare aanvullende maatregelen liggen op het terrein van het beperken van de bewegingsvrijheid, en daarmee het beperken van onderling contact en daarmee het terugdringen van mogelijkheden voor het virus om zich verder te verspreiden. Denk aan: een avondklok, het ook op andere momenten van de dag verder beperken van het buiten vertoeven, beperken van reizen tot de directe omgeving van de woning, beperken van het openbaar vervoer. In de ons omringende Europese landen wordt eveneens naar dit soort maatregelen gegrepen.

10.6 Deze omstandigheden maken dat het kabinet er voor heeft gekozen om een avondklok in te stellen. Die is er op gericht het aantal besmettingen in de thuissituatie, door onderling contact, verder en sneller terug te brengen. Juist in de thuissituatie vinden op dit moment de meeste besmettingen plaats. De maatregel geeft niet alleen uitdrukking aan de urgentie van de situatie, waar iedereen van doordrongen moet zijn. Het voorkomt dat men de vrije uren van de dag in de avonduren benut voor sociale contacten; het beperkt de mogelijkheden om meer bezoekers op een dag te ontvangen, en beperkt niet-noodzakelijke reisbewegingen.

Toets aan grondrechten en mensenrechten

10.7 Een avondklok beperkt de bewegingsvrijheid, zoals beschermd door artikel 2 Vierde Protocol EVRM, en meer algemeen de persoonlijke levenssfeer vanwege diezelfde beperking van de bewegingsvrijheid (artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM). Indirect kan een avondklok ook beperkingen met zich brengen voor de mogelijkheid om andere grondrechten uit te oefenen, zoals om te bepalen wie men thuis ontvangt (die personen zullen dan voorafgaand aan de avondklok moeten komen), de vrijheid van vergadering of de vrijheid om een levens- of geloofsovertuiging te belijden (voor personen die dat na 20.00 uur ’s avonds buitenshuis willen doen). Die beperking is echter indirect, en

beperkt personen uitsluitend in de mogelijkheden gedurende een gedeelte van de dag, waarbij een belangrijk gedeelte van de dag overblijft om wel invulling te geven aan hun grondrechten. Ook gedurende de avondklok kan dat op andere wijze, bijvoorbeeld door middel van videoverbindingen. In het vervolg wordt daarom vooral stilgestaan bij de vraag of de beperking van de bewegingsvrijheid en persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is. De rechtvaardiging is er dan ook voor eventuele indirect geraakte grondrechten. Voor de toets aan artikel 2 Vierde Protocol EVRM, artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM is van belang dat sprake is van een legitiem doel, de maatregel gerechtvaardigd wordt door het betrokken doel, berust op een wettelijke grondslag en aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet.

Legitiem doel

10.8 De bestrijding van de COVID-19 crisis is bepaald een legitiem doel. Daarbij moet ook worden bedacht dat op de overheid een positieve verplichting rust om de gezondheid en andere met de beheersing van de epidemie samenhangende belangen van de inwoners van Nederland te beschermen.

Beperking van de bewegingsvrijheid door middel van een avondklok is gerechtvaardigd

10.9 Hiervoor is toegelicht dat de situatie uitermate zorgelijk is, en dat het essentieel is de verspreiding nu zo ver mogelijk terug te dringen, het tempo van dat omlaag brengen zoveel mogelijk te versnellen en daarmee niet te wachten totdat het te laat is en de VK-variant de overhand heeft. De huidige maatregelen volstaan daarvoor niet. Er moet worden ingezet op andere maatregelen om het aantal contacten verder terug te brengen. Een avondklok draagt daar aan bij. Personen kunnen niet langer ’s avonds op pad voor sociale bezoeken, of niet-noodzakelijk werk. Tegelijkertijd behouden personen de mogelijkheid om overdag essentiële boodschappen te doen, noodzakelijke reizen (o.a. naar werk dat niet thuis kan worden verricht) te ondernemen, en voor een wandeling en dergelijke. De mogelijkheden voor sociale contacten worden echter teruggebracht. De mogelijkheid om dat tot stand te brengen, en daarmee de verspreiding van het virus te bemoeilijken, kan gezien de huidige situatie niet onbenut worden gelaten. Alleen de overige maatregelen volstaan daarvoor niet.

Proportionaliteit

10.10 De beperking is ook proportioneel, 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.

10.11 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. 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 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.

10.12 Het is noodzakelijk verdere maatregelen die de bewegingsvrijheid beperken, te treffen, 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. Zo lang verdere beperking van de sociale contacten nodig is om de verspreiding van het virus sterker tegen te gaan, is een avondklok aangewezen.

10.13 De voorzieningenrechter is ten onrechte tot het oordeel gekomen dat de maatregel van de avondklok niet proportioneel zou zijn, en dat de proportionaliteit en subsidiariteit onvoldoende zou zijn gemotiveerd. Dat volgt al uit hetgeen hiervoor in deze memorie

uiteen is gezet. Ook de door de voorzieningenrechter in het vonnis aangehaalde punten gaan niet op.

10.14 De voorzieningenrechter overweegt voorshands van oordeel te zijn dat er minst genomen grote vraagtekens te plaatsen zijn bij de feitelijke onderbouwing door de Staat van de noodzaak van de avondklokregeling. De voorzieningenrechter legt aan dat oordeel het volgende ten grondslag (rov 4.12 – 4.14):

- De pandemie duurt al bijna een jaar en de druk op de zorg is momenteel minder groot dan eerder het geval is geweest. Ook toen de zorg op maximale capaciteit draaide is een avondklok niet noodzakelijk geacht.
- De mutaties lijken besmettelijker, maar de informatie over de mate waarin de mutaties besmettelijker zijn dan het oorspronkelijke virus is inmiddels al weer naar beneden bijgesteld.
- Het staat volgens de voorzieningenrechter op dit moment niet vast dat de mutaties tot een onhoudbare situatie zullen leiden.
- Het moet duidelijk zijn waarom minder verstrekkende maatregelen niet voldoende zijn. Zo is de vraag is waarom er niet voor gekozen is te volstaan met verdere voorlichting aan burgers en een dringend advies om ’s avonds binnen te blijven.
- Het moet duidelijk zijn dat de invoering van de avondklok daadwerkelijk een substantieel effect zal hebben en dat is niet duidelijk.

10.15 De Staat zal hierna aangeven waarom deze motivering feitelijk onjuist is.

De druk op de zorg is ook tijdens de tweede golf onverminderd hoog

10.16 Het oordeel dat de huidige druk op de zorg minder is dan tijdens de eerste golf is onjuist. De voorzieningenrechter lijkt daarbij alleen rekening te houden met het aantal personen dat is opgenomen in het ziekenhuis of op de IC. Dat is echter niet de enige relevante factor voor de vraag of de druk op de zorg dermate hoog is of snel hoog kan oplopen. De volgende omstandigheden heeft de voorzieningenrechter ten onrechte niet betrokken bij haar oordeel dat de druk op de zorg op dit moment minder hoog is:

- 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 veel mogelijk (reguliere) zorg door te laten gaan, waardoor veel patiënten nog geholpen kunnen worden. Hierdoor is er minder personeel inzetbaar op de (acute en) covid-afdelingen.
- Er is een stuwmeer ontstaan van uitgestelde zorg die nu ook doorgang moet vinden.
- 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.
- 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).
- De eerste golf veroorzaakte met name druk op de ziekenhuizen (en verpleeginstellingen), terwijl in de huidige situatie druk in alle geledingen van de zorg aanwezig is, dus ook op de eerstelijnszorg, binnen de GGZ, de gehandicaptenzorg, de ouderenzorg, thuiszorg en wijkverpleging.
- Er is inmiddels veel meer kennis over het virus en er overlijden relatief minder mensen aan covid. Dat heeft wel als bijkomend gevolg dat er meer mensen in zorgketen onder behandeling zijn (bij ziekenhuis, huisarts, wijkverpleging, thuiszorg).

10.17 De overweging van de voorzieningenrechter dat erkend is dat de druk op de zorg momenteel minder groot is dan eerder het geval is geweest is onjuist. Het aantal patiënten dat met covid-19 in het ziekenhuis of op de IC ligt is wellicht lager dan tijdens de piek in het voorjaar van 2020, maar de druk op de algehele zorg is dat niet.

10.18 Belangrijker is echter dat de voorzieningenrechter er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat de maatregel van de avondklok in het bijzonder is ingegeven om te voorkomen dat de druk op de zorg verder oploopt dan nu al het geval is. Op dit moment wordt veel zorg die uit te stellen is, uitgesteld. Dan is het mogelijk om de benodigde covid-zorg te kunnen bieden. Bij de uiteenzetting hiervoor in deze memorie dat sprake

is van buitengewone omstandigheden, is echter toegelicht dat er een exponentiële groei van het aantal besmettingen op ons afkomt. Die groei leidt tot een onaanvaardbare belasting van de zorg. Londen kon die groei niet of nauwelijks aan. Die situatie moet met het instellen van de avondklok worden afgewend. De voorzieningenrechter heeft zich ten onrechte laten (mis)leiden door de huidige besmettings- en opnamecijfers die enigszins lijken te dalen of constant lijken te blijven. De cijfers ten aanzien van de opmars van de Britse variant maken echter duidelijk dat dat slechts een voorbode is van verdere groei als niet wordt ingegrepen. De voorzieningenrechter is daar ten onrechte aan voorbij gegaan.

De mutaties lijken niet alleen besmettelijker, dat zijn ze ook

10.19 De voorzieningenrechter heeft ten onrechte overwogen dat de mutaties van het virus "besmettelijker *lijken*" dan de klassieke variant. Dit is feitelijk onjuist.

10.20 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 vast.

10.21 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 *bijna 40% hoger ligt*, te weten op 1,13.[37]

Onhoudbare situatie

10.22 De voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat niet vast zou staan dat de mutaties tot een onhoudbare situatie zullen leiden.

10.23 Voorop staat dat de voorzieningenrechter ook hier een onjuiste toets aanlegt waar hij aangeeft dat eerst tot maatregelen zou mogen worden besloten als onomstotelijk

[37] Advies Outbreak Management Team van 7 februari 2021 n.a v. 99e OMT, deel 2, p. 3.

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.

10.24 De voorzieningenrechter heeft zich echter ook hier laten leiden door het gegeven dat het aantal besmettingen en opnames op dit moment nog (licht) lijkt te dalen of op hetzelfde niveau blijft. Hiervoor is 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 besmette personen – circa 100.000 personen – zonder verdere maatregelen tot een exponentiële groei van het aantal besmettingen en ziekenhuis- en IC-opnames. De Staat verwijst naar de uiteenzetting van de buitengewone omstandigheden die aan de orde zijn, eerder in deze memorie van grieven. Daaruit blijkt wel degelijk dat strengere maatregelen zoals de avondklok noodzakelijk zijn.

Het geven van een dringend advies om 's avonds thuis te blijven is geen alternatief voor de avondklok

10.25 De voorzieningenrechter overweegt ten onrechte dat onvoldoende zou zijn bezien of een dringend advies een voldoende alternatief zou kunnen zijn voor een avondklok met een verplichting om niet de straat op te gaan. Dit is onjuist. Het kabinet heeft het OMT verzocht bij de advisering over de avondklok ook te betrekken of er gelijkwaardige alternatieven voor zijn. Het OMT ziet die niet, anders dan maatregelen die nog verder gaan dan een avondklok.[38]

> "Het OMT vindt het lastig te beoordelen of er maatregelen zijn met een
>
> gelijkwaardig of groter effect dan wordt verwacht van een avondklok, anders dan een strikt uitgevoerd en nageleefd totaal 'stay-at-home'-advies waarbij men alleen naar buiten mag, overdag én 's nachts, voor hoogstnoodzakelijke zaken. Een dergelijk advies zou in Nederland nog veel verder gaan dan de avondklok alleen. Andere alternatieve maatregelen zoals hieronder genoemd (alternatief 'advies 1-8') zijn ter overweging in aanvulling op een avondklok. Echter, in de bestrijding van het coronavirus ziet het OMT de alternatieve maatregelen niet als gelijkwaardig aan het effect van de avondklok, ook al omdat de mate waarin aan de alternatieven opvolging gegeven zal worden, onzeker is."

---

[38] Ibidem, p. 3-5.

10.26 Alternatieven zijn dus wel degelijk gewogen, maar of minstens net zo ingrijpend of niet gelijkwaardig bevonden.

10.27 Uitsluitend een dringend advies is niet gelijkwaardig aan een verplichting. Begin januari 2021 gold ook al een dringend advies om – bijvoorbeeld – zoveel mogelijk thuis te werken en uitsluitend noodzakelijke reizen te ondernemen. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat uit de mobiliteitsgegevens gedestilleerd uit de nalevingsmonitor van de NCTV en gedragsonderzoek blijkt dat aan die adviezen minder opvolging wordt gegeven dan ten tijde van de eerste golf. Uit gedragsonderzoek van het RIVM van 9 januari 2021 blijkt dat de frequentie van thuisbezoek (bij anderen) fors is toegenomen in de periode van april tot november 2020. Een verplichting maakt dat personen daadwerkelijk niet tijdens de uren van de avondklok de straat op kunnen, en anderen kunnen bezoeken. De hoge nalevingsbereidheid hangt samen met de handhaafbaarheid van de maatregel.

10.28 Ook ten aanzien van het dragen van mondkapjes was duidelijk een effect op de naleving te zien toen het mondkapjesadvies veranderde in een mondkapjesverplichting.

> Op 2 oktober 2020 heeft de regering aan iedereen vanaf 12 jaar het dringende advies gegeven om mondkapjes te dragen in publiek toegankelijke binnenruimtes zoals winkels en supermarkten.[39] Naar aanleiding daarvan gaf 71% van ondervraagde Nederlanders aan van plan te zijn in winkels en in de supermarkt een mondkapje te gaan gebruiken.
>
> https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/documenten/rapporten/2020/10/07/opiniepeiling_mondkapjes_en_avondklok
>
> Na omzetting van het dringende advies in een verplichting gaven begin februari 2021 93 en 95% van de ondervraagde Nederlanders aan een mondkapje te dragen in respectievelijk winkels en supermarkten. Dit laat zien dat de naleving van (een van) de coronamaatregelen substantieel toeneemt

[39] Zie: https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/10/02/dringend-advies-tot-dragen-van-mondkapjes

als het gaat om een juridisch afdwingbare verplichting in plaats van een dringend advies.

Pagina 18: ‘Rapportage Campagne-effectmonitor Alleen samen’, Dienst Publiek en Communicatie, Ministerie van Algemene zaken, te raadplegen via: https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/documenten/rapporten/2021/02/10/rapportage-campagne-effectmonitor-alleen-samen-10-februari-2021

10.29 De voorzieningenrechter is er gezien dit alles ten onrechte vanuit gegaan dat in de huidige situatie een dringend advies een gelijkwaardig alternatief voor een verplichting zou kunnen vormen.

De avondklok levert een substantiële bijdrage aan de bestrijding van covid-19

10.30 De voorzieningenrechter overweegt tot slot ten onrechte dat onvoldoende zou zijn gemotiveerd dat van de avondklok een substantiële bijdrage aan de bestrijding van covid-19 is te verwachten.

10.31 Het kabinet heeft het OMT verzocht hier, toen de invoering van een avondklok werd overwogen, op in te gaan. In het advies van 19 januari 2021 heeft het OMT geadviseerd dat de avondklok een aanvullende bijdrage zal leveren aan de op korte termijn noodzakelijke verlaging van het aantal besmettingen. Bij deze beoordeling heeft het OMT de beschikbare literatuur betrokken waaronder evaluaties die zijn gedaan in verschillende landen die eveneens een avondklok hebben ingevoerd. Landen in de EU die inmiddels nationaal of regionaal een avondklok hebben (gehad) zijn het Verenigd Koninkrijk, België, Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Slovenië, Oostenrijk, Italië, Griekenland, Slowakije, Hongarije, Luxemburg, Cyprus en Kosovo. In Frankrijk en Engeland, en lokaal in Duitsland en Spanje. Frankrijk heeft recent de avondklok vervroegd van 20:00 uur naar 18:00 uur.[40]

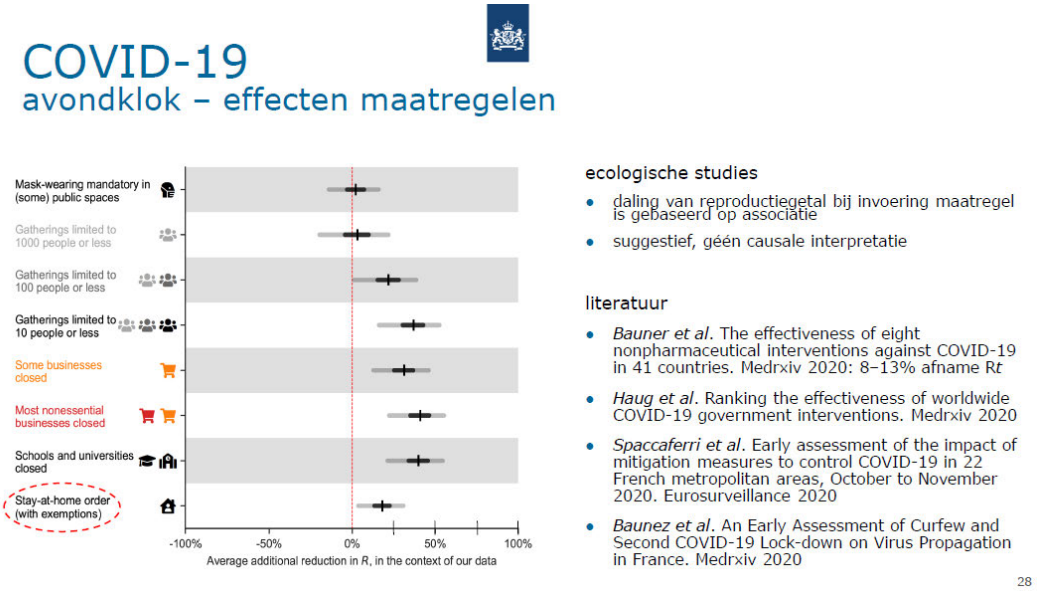
Overigens benadrukt ook het ECDC het belang van verdergaande niet-medische maatregelen bij het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus. Meer stringente maatregelen zijn nodig om te voorkomen dat

[40] Advies Outbreak Management Team van 19 januari 2021 n.a.v. 96e OMT, deel 2, p. 2 (prod. 1).

gemuteerde besmettelijkere varianten – variants of concern – de overhand krijgen en ter waarborging van het gezondheidssysteem (vgl. de Nederlandse pijler acceptabele belastbaarheid van de zorg). Onder deze stringente maatregelen benoemt het ECDC ook de avondklok.[41]

10.32 De verwachting van het OMT – op basis van analyses van de effecten van een avondklok in andere landen - is dat daarmee een noodzakelijke reductie van het aantal besmettingen kan worden gerealiseerd van naar schatting tussen de 8 en 13 %.

Zie ook verslag van de technische briefing van 20 januari 2021, Kamerstukken II, 2020/21, 25 295 nr. 946, blz. 13-14 en zie ook sheet 28 van de presentatie van prof. dr. Van Dissel voor de technische briefing van 20 januari 2021:



10.33 De voorzieningenrechter overweegt dat niet uit te sluiten is dat in deze andere Europese landen meer dan in Nederland een avond-/ uitgaanscultuur is of dat andere – niet nader door de voorzieningenrechter geduide – omstandigheden een rol spelen. In Nederland is het nu, zo overweegt de voorzieningenrechter, winter en zijn horeca en andere gelegenheden al gesloten. Het is daarom volgens de voorzieningenrechter de vraag of de situatie in Nederland één-op-één vergelijkbaar is met andere landen.

---

41 Zie https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/COVID-19-risk-related-to-spread-of-new-SARS-CoV-2-variants-EU-EEA-first-update.pdf, p. 13-14.

10.34 De Staat merkt op dat aan de invoering van de avondklok niet ten grondslag is gelegd dat de situatie in Nederland één-op-één vergelijkbaar is met andere landen. De precieze effecten van een avondklok zijn van te voren niet exact vast te stellen, evenmin als dat achteraf precies kan worden gedaan. De Staat en het OMT hebben het ook niet voorgedaan alsof die absolute zekerheid te geven zou zijn. De daarvoor benodigde gegevens zijn simpelweg nog niet voor handen. Dat wil echter niet zeggen dat dan nooit tot het instellen van een avondklok zou mogen worden overgegaan. Daarvoor is van belang of een substantiële bijdrage aan de bestrijding van het virus mag worden verwacht, en dat is het geval. Het OMT heeft zich daarvoor gebaseerd op de gegevens die wél voor handen zijn, en heeft op basis daarvan vastgesteld dat een substantiële bijdrage van tussen de 8 en 13% minder besmettingen mag worden verwacht.

10.35 In het advies van 7 februari 2021 is het OMT op verzoek van het kabinet ingegaan op de effecten van onder andere de avondklok. De avondklok is tegelijkertijd ingevoerd met het dringende advies om bezoek tot maximaal één persoon per dag te beperken. De effecten van die maatregelen kunnen dus niet los van elkaar worden vastgesteld. Anders dan de voorzieningenrechter overweegt, is dat echter geen reden om daaraan te verbinden dat dus de effecten van de avondklok onvoldoende zouden zijn toegelicht. Daarmee zou een onmogelijke motiveringslast op de Staat worden gelegd. De beide maatregelen zijn bovendien 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 het aantal besmettingen lijken te leiden van ongeveer 10%. Dat is in lijn met wat op grond van de literatuurstudie voorafgaand aan de invoering van de avondklok – met een reductie van 8 – 13 % - werd verwacht.

10.36 Het OMT baseert in het advies van 7 februari 2021 (**productie 5**) de reductie van 10% op de volgende onderdelen, met alle gepaste slagen om de arm die daar zo kort na de invoering van de avondklok bij passen:

- de zelfgerapporteerde opvolging van de avondklok is zeer hoog: 94%. 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% (Bron: Resultaten Trendonderzoek Corona & Gedrag met focus op Avondklok, Testen en Sociale Contacten, 6 februari 2021, RIVM Corona Gedragsunit). 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 om een reductie van circa 10%.

10.37 De Staat benadrukt dat een reductie van ongeveer 10% aanzienlijk is. Bij de huidige hoge prevalentie (het huidige hoge aantal besmette personen) vertaalt elke besmetting zich in een groot absoluut aantal nieuwe infecties per dag. Als dat aantal met 10% omlaag wordt gebracht, levert dat een zeer zinvolle bijdrage aan de bestrijding van het virus die in de huidige ernstige epidemiologische omstandigheden niet kan worden gemist.

10.38 In het kader van de vraag naar proportionaliteit, mag een maatregel die ca 10% extra reductie teweeg brengt als zeer effectief aangeduid worden. Een opgelegd thuis blijven tussen 21:00 uur en 4:30 uur treft een relatief een geringer aantal mensen op een minder belastend moment dan dat meer beperking aan bewegingsvrijheid zou worden opgelegd gedurende de daglicht uren, Buitendien blijkt de maatregel in vergelijk met andere maatregelen goede opvolging te krijgen, waardoor aan de geschatte 10% reductie door een avondklok ook een hoge mate van realiteit en effectiviteit mag worden toegekend. In de proportionaliteitsafweging zijn deze gegevens onvoldoende meegewogen.

10.39 Uit alle gegevens waaruit effecten van maatregelen op contactmomenten afgeleid kunnen worden blijkt voorts 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 internationaal (rond 50-75% afname)
- Parkeertransacties nemen af met gemiddeld 56% en pinbetaling voornamelijk voor supermarkt, horeca en transport zijn afgenomen met 78%.

10.40 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 maatregels sterk af aan het nemen 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.

10.41 Het OMT ziet geen enkele ruimte voor verdere verlichting van de maatregelen. Het blijft van het grootste belang het aantal contacten en contactmomenten terug te brengen. De eerste analyse van het OMT is dat de avondklok daarin in ieder geval een goede en noodzakelijke bijdrage levert. Dat zal zich later, als de maatregel langer is ingevoerd, beter laten analyseren. Het advies van het OMT is dan ook duidelijk: we kunnen nog niet zonder de avondklok. Het kabinet heeft dat advies overgenomen, en aangegeven dat de avondklok tot de vroege ochtend van 2 maart 2021 geldt. Op 23 februari 2021 volgt een nieuw weegmoment.

Zie OMT-advies van 7 februari 2021, p. 5-6[42]:

> “Concluderend op grond van bovenstaande uitkomsten, adviseert het OMT de huidige maatregelen, inbegrepen de avondklok en bezoekbeperking, onverminderd te continueren, tot een volgende evaluatie over 2-3 weken, omdat de eerste analyse van de effecten de rol van alle maatregelen in het pakket onderschrijft, evenals de noodzaak ervan om de R-waarde zo laag mogelijk te krijgen en te houden. Dit laatste zal essentieel zijn om de derde golf door de VK-variant zoveel als mogelijk te beperken en te controleren.
>
> Het OMT meent dat er dus verschillende argumenten zijn om te adviseren het huidige maatregelenpakket, inbegrepen de avondklok en bezoekbeperking, onveranderd te verlengen. Verdere analyses in de komende weken moeten

[42] Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnotities/2021/02/08/advies-nav-99e-omt-deel-2.

ook vanuit de berekening achteraf van het reproductiegetal, bevestigen dat de R-waarde inderdaad significant door de avondklok en bezoekregeling omlaag gebracht zijn.”

10.42 De overige bestaande maatregelen om het aantal contacten terug te brengen, zijn daarvoor onvoldoende. Andere denkbare maatregelen liggen in dezelfde orde van ingrijpendheid (denk aan: het beperken bewegingsvrijheid door uitsluitend in een beperkte kring rond de woonplaats te verblijven). Er is geen lichter alternatief. De voorzieningenrechter is ten onrechte tot een ander oordeel gekomen, dat bovendien geen steun vindt in de feiten en deskundige analyses van het OMT.

10.43 De avondklok voldoet dan ook aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

11 Grief 4 – ontoelaatbaar wetgevingsbevel en doorkruising lopend wetgevingstraject

11.1 De voorzieningenrechter heeft de Staat ten onrechte veroordeeld om artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg per omgaande buiten werking te stellen, waardoor ook de Tijdelijke regeling vervalt.

11.2 Om te beginnen behelst deze veroordeling een tot de Staat gericht ontoelaatbaar wetgevingsbevel: zij dwingt de Staat om een koninklijk besluit te nemen met een bepaalde inhoud. Voor buitenwerkingstelling van geactiveerde bepalingen uit de Wbbbg is immers – ingevolge artikel 1 lid 4 Wbbbg – een koninkblijk besluit van die strekking vereist.

11.3 Het is vaste rechtspraak dat een dergelijk bevel om wetgeving met een bepaalde inhoud vast te stellen, niet toelaatbaar is. Deze rechtspraak berust op twee overwegingen. In de eerste plaats is dat de overweging dat de rechter zich niet in de politieke besluitvorming dient te begeven die bij de totstandkoming van wetgeving aan de orde is. In de tweede plaats is dat de overweging dat door een dergelijk bevel een regeling in het leven moet worden geroepen (of moet komen te vervallen) die ook voor anderen dan de procespartijen geldt. Dit laatste bezwaar doet zich niet voor bij een bevel tot het buiten toepassing laten van wettelijke bepalingen, dat immers alleen geldt jegens een bepaalde eisende partij.

Zie aldus bijv.:

- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Staat/Urgenda), rov. 8.2.1-8.2.7

11.4 Deze rechtspraak – over wetgevingsbevelen – ziet niet alleen op wetgeving in formele zin, maar ook op algemeen verbindende voorschriften, zoals amvb's en kb's.

Zie bijv.:

- HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523 (Staat/Norma), rov. 4.6.1 en 4.6.2

11.5 De voorzieningenrechter mocht de Staat, gelet op deze rechtspraak, niet het bevel opleggen een koninklijk besluit te nemen tot buitenwerkingstelling van de relevante bepalingen van de Wbbbg. Dat klemt temeer nu dit een kortgedingprocedure is, terwijl het gegeven bevel niet het karakter van een voorlopige voorziening draagt.

11.6 Hier komt nog bij dat het bevel – door de bijzondere systematiek van de Wbbbg – direct en op ontoelaatbare wijze ingrijpt in een reeds lopend wetgevingstraject. Zoals reeds is toegelicht, is na het activeren van de relevante bepalingen uit de Wbbbg onverwijld een voorstel van wet aan de Tweede Kamer gezonden omtrent het voortduren van de werking van die bepalingen. Wanneer de Staat gevolg moet geven aan de veroordeling die bepalingen (bij koninklijk besluit) buiten werking te stellen, kan de Staten-Generaal zich daarover niet meer buigen. Dat betekent dat het bestreden vonnis aan de Staten-Generaal de mogelijk ontneemt om zich – conform het wettelijk stelsel – te buigen over (de rechtmatigheid en wenselijkheid van) het voortduren van de avondklok.

11.7 Nog los daarvan heeft de voorzieningenrechter een ontoelaatbaar voorschot genomen op (de uitkomst van) dat wetgevingstraject. Zij oordeelt in r.o. 4.8 immers dat een eventuele parlementaire goedkeuring van het wetsvoorstel (ex art. 1 lid 2 Wbbbg) niet ertoe kan leiden dat de keuze voor inzet van de Wbbbg alsnog wordt gelegitimeerd.

Vgl. bijv.:

- HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1056 (Tegelen/Limburg), rov. 3.4
- Rb. Den Haag 4 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7888, rov. 4.11

12 Grief 5 – veeggrief en proceskosten

12.1 Ten onrechte heeft de rechtbank in r.o. 4.15 geconcludeerd dat de Wbbbg ten onrechte is geactiveerd, dat artikel 8 eerste en derde lid Wbbbg daarom onmiddellijk buiten werking moeten worden gesteld en dat dit met zich brengt dat de daarmee verbonden Tijdelijke regeling komt te vervallen. Ten onrechte heeft de rechtbank in r.o. 4.16 geoordeeld dat de Staat moet worden veroordeeld in de kosten van het geding in. Ten onrechte heeft de rechtbank dienovereenkomstig beslist in het dictum van haar vonnis.

12.2 Deze grief bouwt voort op het voorgaande en beoogt het geschil in volle omvang aan uw hof voor te leggen. Zij behoeft geen nadere toelichting.

13 Conclusie

Zoals in de appeldagvaarding.

Advocaat

behandeld door	R.W. Veldhuis en J. Bootsma
correspondentie	[redacted]
telefoon	[redacted]
fax	[redacted]
e-mail	[redacted]
zaaknr	11015519