

PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 16 februari 2021, 16.00 uur

Zaaknummer 200.290.085/01

De Staat der Nederlanden/Stichting Viruswaarheid.nl, W.Ch. Engel, J.S. Pols

Pleitnota mr. R.W. Veldhuis en mr. J. Bootsma

1 Inleiding

1.1 Het door de voorzieningenrechter in het vonnis van vandaag krachtens 'voorlopig oordeel' gegeven bevel heeft verstrekkende en onomkeerbare gevolgen en grijpt diep in op een terrein waar de Staat op grond van inmiddels vaste rechtspraak een grote mate beleidsvrijheid toekomt: de bestrijding van de coronacrisis.¹ De voorzieningenrechter plaatst daarbij bovendien haar eigen oordeel boven dat van het OMT als onafhankelijke wetenschappelijke adviseur en dat van de Tweede Kamer. Het OMT heeft het kabinet dringend geadviseerd tot het instellen van de avondklok.² De Tweede Kamer heeft daarmee ingestemd en ook met de door het kabinet gekozen route om daarvoor de in de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag opgenomen bevoegdheid te activeren. Die bevoegdheid is gegeven voor situaties als deze.

1.2 Het is van het allergrootste belang dat de avondklok van kracht blijft. De Staat heeft daarom een incidentele vordering ingesteld dat de tenuitvoerlegging van het vonnis van de voorzieningenrechter wordt geschorst, totdat uw hof arrest heeft gewezen op het door de Staat ingestelde appel.

2 Juridisch kader

2.1 Een rechterlijke uitspraak kan (na betekening) ten uitvoer worden gelegd. Het instellen van een rechtsmiddel schorst de tenuitvoerlegging, tenzij de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Indien en zodra hoger beroep tegen een uitspraak is ingesteld, kan een partij in dat hoger beroep in een incident, op de voet van art. 351 Rv, schorsing van de tenuitvoerlegging vorderen.

¹ Zie conclusie van antwoord achter 4.2.

² Zie conclusie van antwoord achter 2.4 -

- 2.2 In deze zaak is de beslissing over de uitvoerbaarheid bij voorraad niet door de voorzieningenrechter gemotiveerd. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de maatstaf dan of de belangen van de Staat bij de instandhouding van de avondklok totdat op dit hoger beroep is beslist, zwaarder wegen dan het belang van Viruswaarheid c.s. bij de onmiddellijke opheffing van de avondklok.

Zie het overzichtsarrest van de Hoge Raad van 20 december 2019,
ECLI:NL:HR:2019:2026.

- 2.3 Die situatie doet zich hier voor.

3 Belangen Staat bij schorsing vonnis wegen zwaarder dan belang van Viruswaarheid c.s. bij onmiddellijke opheffing van de avondklok

- 3.1 Richtinggevend voor de aanscherping dan wel versoepeling van de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus zijn de door het kabinet benoemde drie pijlers:

- 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.³

- 3.2 Zonder avondklok komen deze drie pijlers op onaanvaardbare wijze onder druk te staan. Opheffing nu hangende hoger beroep zal verstrekkende en onomkeerbare gevolgen hebben. De eerste straatfeesten zijn al aangekondigd. Supermarkten en horeca hebben al weer aangekondigd langer open te willen.⁴ Dit zal tot een enorme toename in contacten leiden met alle gevolgen van dien.

Epidemiologische situatie

- 3.3 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.

³ 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.

⁴ <https://www.parool.nl/nederland/live-horecakoepel-restaurants-langer-open-voor-afhalers~b83333e2/?>

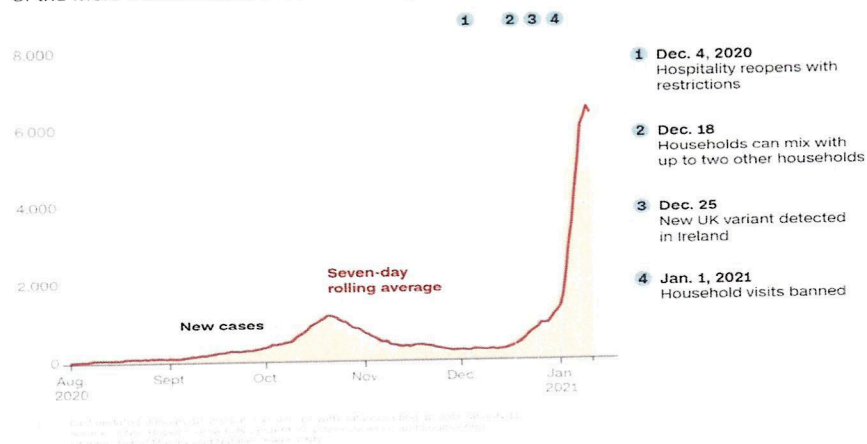
Zie: verslag van de technische briefing van 20 januari 2021, Kamerstukken II, 2020/21, 25 295 nr. 946, blz. 2.

- 3.4 Die donkere wolk wordt gevormd door de combinatie van de hoge huidige aantallen besmettingen, ziekenhuis- en IC-opnames en de toename van de zogenaamde Britse variant. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland leidt die variant tot aantallen besmettingen, ziekenhuisopnames en IC-opnames die vele malen hoger zijn dan op dit moment in Nederland. In Ierland 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.

Ireland's Covid-19 cases surge

The country recorded the world's highest infection rate last week, driven by the presence of the more transmissible UK variant along with household mixing over the holidays.



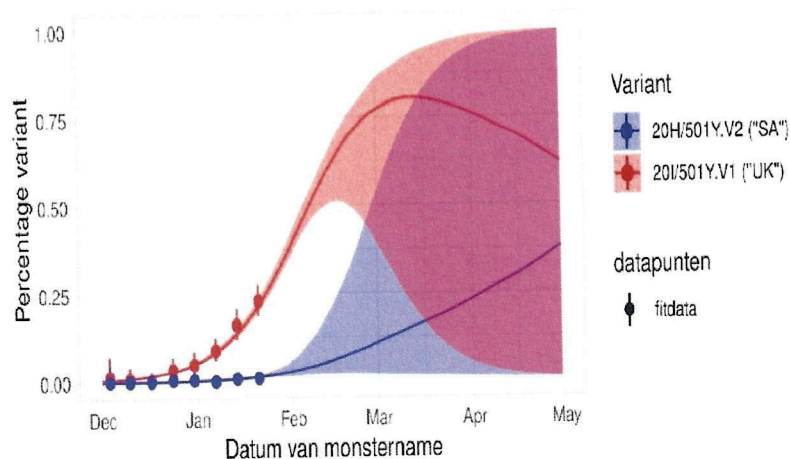
- 3.5 De beelden en verhalen van de ziekenhuizen in Londen die de afgelopen periode in het nieuws verschenen, kunnen niemand zijn ontgaan. De druk van dergelijke aantallen besmettingen op de zorg is enorm.
- 3.6 De dringende boodschap van prof. dr. Van Dissel aan de Kamercommissie was dan ook dat we ons niet moeten verkijken op de licht dalende aantallen besmettingen en opnames. 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.

- 3.7 Op dit moment wordt verwacht dat de Britse variant tegen april bijna 100% van de gevallen zal 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. Het OMT verwacht daarnaast dat de Zuid-Afrikaanse variant – waarvan het reproductiegeval nog hoger wordt geschat dan de Britse variant – tegen mei 100% van de gevallen zal betreffen. De besmettingsgraad van de Zuid-Afrikaanse variant is 47% hoger dan die van de wild-type (oude) variant.

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

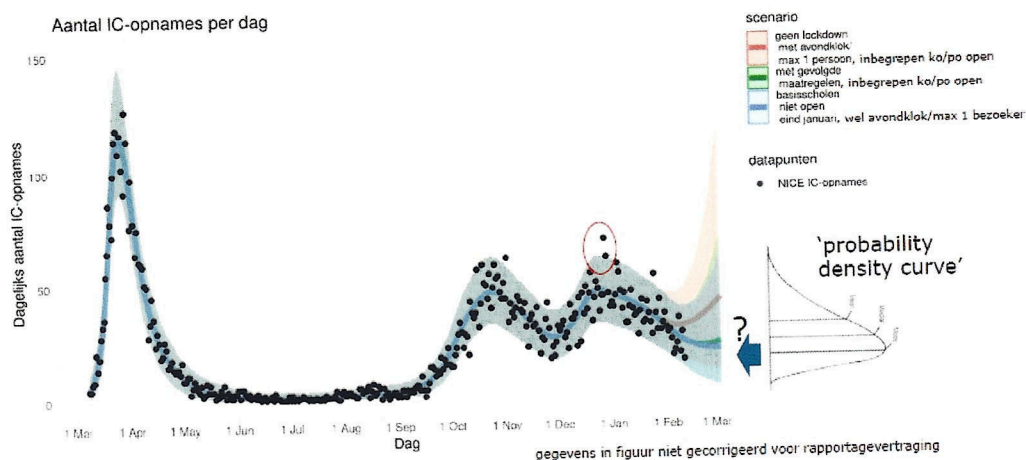
Modelinschatting (95% Pred. Int.) toename varianten
20I/501Y.V1 en 20H/501Y.V2 in Nederland



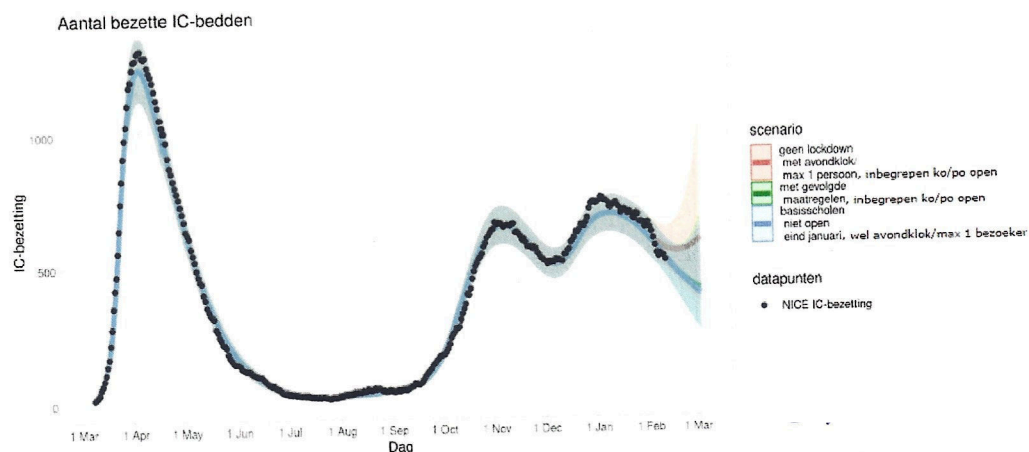
Waarom de avondklok nu niet kan worden gemist en schorsing noodzakelijk is

- 3.8 In de grafieken hieronder is weergegeven hoe de situatie zich zal ontwikkelen zonder avondklok.

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

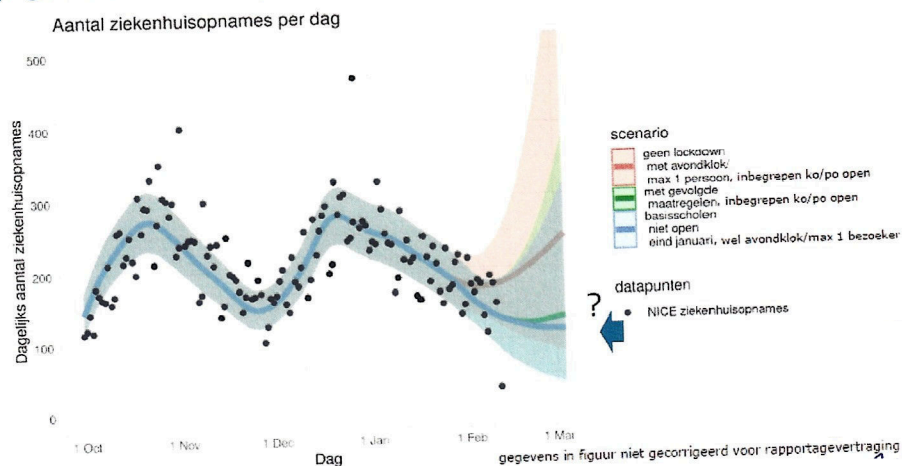


Vragen aan OMT op grond actuele cijfers t.o.v. prognose – effectiviteit avondklok?



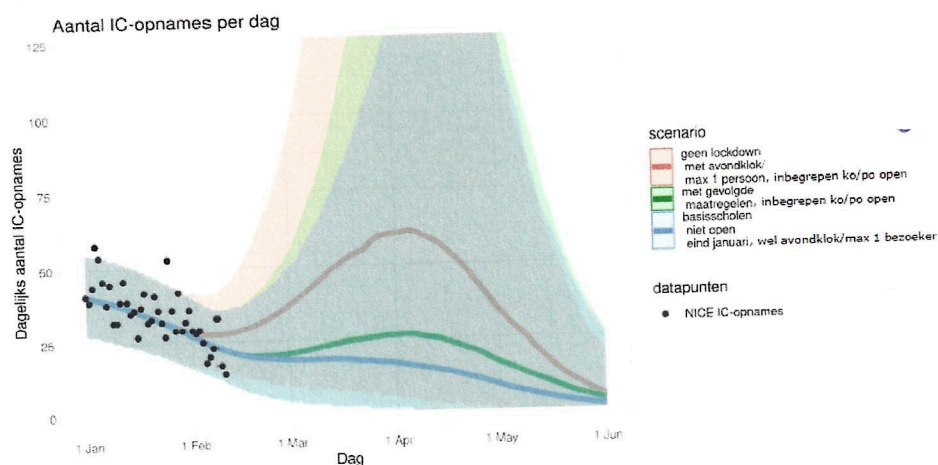
Vragen aan OMT

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



Prognose

IC-opnames van patiënten met COVID-19



Sheet 19 t/m 20 en 23 van de presentatie van prof. dr. Van Dispel aan de MCC op 16 februari 2021.

- 3.9 Het advies van het OMT van 19 januari 2021 en 7 februari (prod. 5) is daarmee onverminderd actueel. Daarin heeft het OMT gewaarschuwd voor het scenario dat deze golf van de nieuwe Britse variant boven op en als uitbreiding van de huidige tweede golf komt, terwijl de boog wat betreft de zorg toen al bijna maximaal gespannen stond.⁵ Die situatie moet naar het oordeel van het OMT worden voorkomen. Het advies is zo snel mogelijk zo laag mogelijk te komen, nu dat met een aanscherping van het huidige pakket nog kan. De opbrengst van een enkel geval nu voorkomen ten opzichte

⁵ Zie OMT-advies van 19 januari 2021, deel 2, p. 1-2 (prod. 1).

van tientallen later bestrijden is groot. Ook daarom is schorsing aangewezen. Behandeling in appel kan niet worden afgewacht.

- 3.10 Er was (en is) dus sprake van een acute buitengewone situatie waarin onverwijld handelen geboden is. Om die reden adviseerde het OMT nadrukkelijk tot het op kortst mogelijke termijn invoeren van een avondklok. Dat advies staat. 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 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.

- 3.11 Dat niet met wetenschappelijke zekerheid kan worden aangetoond hoe groot de bijdrage van de avondklok aan het terugdringen van de besmettingen precies is, is juist. Dat zal pas achteraf kunnen, als dat al precies is vast te stellen. Het staat echter vast dat als we niets doen, het aantal besmettingen verder zal versnellen. Het staat verder vast dat de avondklok een substantiële bijdrage aan het terugdringen daarvan levert, omdat de avondklok het aantal contacten beperkt. Het gaat volgens de laatste berekeningen om grofweg 10%, wat aansluit bij de modellering vooraf. Dat heeft grote gevolgen voor het terugdringen van het virus.
- 3.12 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%
- 3.13 Voor het ingaan van de 2e lockdown eind 2020 bleek uit alle gegevens 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. Ook bij de mondkapjesplicht was duidelijk een effect op de naleving te zien toen het mondkapjesadvies veranderde in een mondkapjesverplichting.

- 3.14 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. 5-6⁶:

"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."

- 3.15 De 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.
- 3.16 Tegenover het belang van de Staat en van ons allen dat wij er met de maatregelen van deze lockdown in slagen om de aantallen besmettingen op tijd om laag te krijgen, staan de belangen waar Viruswaarheid c.s. op hebben gewezen: het belang om ook 's avonds je vrijelijk buiten te kunnen bewegen, en niet verder beperkt te worden in je persoonlijke leven en mogelijk indirect in de mogelijkheid om desgewenst 's avonds gebruik te maken van grondrechten als het recht om te demonstreren en het recht om te vergaderen. De Staat onderschrijft dat de avondklok een ingrijpende maatregel is. Dat geldt overigens evenzeer, of zo niet meer, voor maatregelen als de maatregelen die maken dat personen hun beroep niet meer kunnen uitoefenen of hun bedrijf moeten sluiten. Die maatregelen zijn door de Afdeling advisering van de Raad van State juist in overeenstemming met de grond- en mensenrechten geacht.

Zie de Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25

⁶ Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnotities/2021/02/08/advies-nav-99e-omt-deel-2.

mei 2020 (kenmerk: W04.20.0139/I/Vo, gepubliceerd op
www.raadvanstate.nl.

- 3.17 Voor de beperking die de avondklok met zich brengt, geldt dat evenzeer. Daarbij moet bedacht worden dat het hier een voortzetting tot de beoordeling van uw Hof betreft, waarbij het volgende geldt:
- De avondklok is beperkt en geldt alleen tussen 21.00 uur en 4.30 uur;
 - Voor zover de avondklok de uitoefening van grondrechten beperkt, is dat dus alleen in de latere avond en nacht. Overdag kunnen dus (volgens dringend advies: alleen noodzakelijke) reizen worden ondernomen, kan het persoonlijke leven worden uitgeoefend, kan invulling worden gegeven aan de demonstratievrijheid, de vrijheid van vergadering en vereniging en het belijden van godsdienst (buitenshuis); die grondrechten worden over het algemeen – voor zover dat buitenshuis is – ook overdag uitgeoefend;
 - Volgens de beschikbare gegevens is de mobiliteit het hoogst op de tijden waarop de avondklok niet geldt;
 - Daarmee wordt ook voldoende ruimte gelaten aan iedereen om te sporten en aan kinderen om buiten te spelen;
 - Op de avondklok zijn in de regeling uitzonderingen gemaakt, waardoor maatwerk mogelijk is en strikt noodzakelijke reisbewegingen niet door de avondklok worden geraakt.
- 3.18 Als dit wordt afgezet tegen de verwachte gevolgen van nu direct loslaten van de avondklok voor de bestrijding van de pandemie, de zorg voor de kwetsbaren in de samenleving die door een versnelling van het virus verder onder druk komt, en de dreigende overbelasting van de zorg als het aantal besmettingen met onder andere de Britse variant exponentieel toeneemt, wegen hier de belangen van de Staat – en van ons allen – veel zwaarder.
- 3.19 Viruswaarheid heeft vanmiddag in de pers aangegeven dat hij vanavond in gedachten bij alle mensen die dan feestend de straat op gaan, zal zijn.
- Zie: https://www.telegraaf.nl/nieuws/664169494/engel-feestende-mensen-op-straat-vanavond?utm_source=whatsapp&utm_medium=referral&utm_campaign=whatsapp.
- 3.20 Zo'n ervaring van contacten is nu precies wat moet worden voorkomen. 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 ken van 1.13. 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, en kan de maatregel van de avondklok niet worden gemist.

- 3.21 Laat er geen onduidelijkheid over bestaan: de acute dijkdoorbraak die de voorzieningenrechter nodig acht om in te kunnen grijpen, komt er, als die dijkdoorbraak niet al is ingezet. De cijfers lijken nu mogelijk te dalen, maar het aantal besmettingen gaat zonder verder ingrijpen ontploffen.
- 3.22 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. Om in de metafoor te blijven: het is dringend noodzakelijk dat nu de zandzakken worden opgestapeld, om te bereiken dat zo min mogelijk van de golven die al over de dijken slaan, ons land binnenstromen.
- 3.23 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 als voor het instellen van een avondklok wordt gekozen, daarvoor de grondslag in een formele wet die er al is, wordt ingezet. De Staten-Generaal heeft daar die mogelijkheid dan ook al in een formele wet neergelegd. De voorzieningenrechter is daar ten onrechte aan voorbij gegaan. Dat geldt ook voor het gegeven dat de tijd die nodig was om de invoering van de avondklok operationeel voor elkaar te krijgen, ook is benut om wel instemming van de Tweede Kamer te krijgen. Dat heeft niet tot een langer proces geleid. Wel tot een zorgvuldige besluitvorming, waarbij de weging van alle relevante belangen een plaats heeft kunnen vinden, en de steun van de Tweede Kamer is verkregen.
- 3.24 Ook dat heeft naar de mening van de Staat in deze omstandigheden zwaar te wegen. Het is dan niet aan de voorzieningenrechter om in te grijpen. In deze omstandigheden was daar ook geen aanleiding voor omdat van onmiskenbaar onrechtmatige regelgeving geen sprake is. De Staat zal dat in het hoger beroep nader toelichten, maar verzoekt u hangende dat hoger beroep te vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging toe te wijzen.

4 Conclusie

Tot toewijzing van de incidentele vordering.