

# PELS RIJCKEN

## Gerechtshof Den Haag

Zitting van 22 juni 2021

Zaaknummer 200.294.908/01

### Memorie van antwoord

inzake

**De Staat der Nederlanden** (Ministerie van  
Algemene Zaken en Ministerie van Justitie en  
Veiligheid)

gezeteld te Den Haag,

**geïntimeerde**

advocaat: mrs. R.W. Veldhuis en M.E.A.

Möhring

tegen

**1. Stichting Viruswaarheid.nl**

gevestigd te [REDACTED]

**2. W.C. Engel**

wonende te [REDACTED]

**3. J.S. Pols**

wonende te [REDACTED]

**appellanten,**

advocaat: mr. G.C.L. van de Corput

## 1 Inleiding

- 1.1 Het coronavirus en de ziekte COVID-19 houden ons land al meer dan een jaar in de greep. Na de introductie van verschillende (besmettelijkere) virusvarianten, drie besmettingsgolven en een ongekend hoge werkdruk op de zorgmedewerkers, lijkt het tij inmiddels voorzichtig te keren. De corona-epidemie in Nederland bevindt zich in een nieuwe fase, waarin het aantal nieuwe gevallen daalt door een combinatie van (i) de naleving van de bestaande maatregelen en de basisregels en (ii) een toenemende immuniteit door vaccinatie en doorgemaakte infecties.<sup>1</sup>
- 1.2 Het kabinet heeft – toen de prognoses de verwachting lieten zien dat de piek van de derde golf op korte termijn bereikt zou worden – op 13 april 2021 een openingsplan gepresenteerd.<sup>2</sup> In dat openingsplan wordt beschreven hoe de samenleving stapsgewijs wordt heropend. Het uiteindelijke doel, de laatste stap in het openingsplan, is het loslaten van alle maatregelen en basisregels.
- 1.3 Zo'n openingsplan is nodig, want de pandemie is nog niet voorbij. Uit epidemiologisch oogpunt kunnen versoepelingen slechts stap voor stap en onder voorwaarden kunnen worden doorgevoerd. Bij het versoepelen spelen verschillende belangen een rol. Naast het epidemiologische belang, wordt onder meer ook gekeken naar sociaal-maatschappelijke belangen en naar economische belangen. De coronacrisis blijft zo zorgen voor een voortdurende en complexe belangenafweging bij de vormgeving van het beleid en de genomen en te nemen maatregelen dan wel de versoepeling daarvan, ter bestrijding en beheersing van de epidemie.
- 1.4 Net zoals bij het nemen van maatregelen baseert de Staat zich ook bij het doorvoeren van versoepelingen op adviezen van het Outbreak Management Team (OMT),<sup>3</sup> het RIVM, de WHO en het Europees Centrum voor ziektepreventie- en bestrijding (ECDC).
- 1.5 Richtinggevend bij de besluitvorming zijn daarbij de door het kabinet benoemde drie pijlers:<sup>4</sup>
- i. 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;
  - ii. De bescherming van kwetsbare mensen in de samenleving; en

<sup>1</sup> Advies n.a.v. het 113<sup>e</sup> OMT van 16 mei 2021, p.3.

<sup>2</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/documenten/mediateksten/2021/04/13/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-13-april-2021>

<sup>3</sup> De adviezen van het OMT zijn te raadplegen op <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/omt>.

<sup>4</sup> Persconferentie 15 april 2020, de letterlijke tekst is te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2020/04/15/letterlijke-tekst-persconferentieminister-president-rutte-en-minister-de-jonge-na-aflloop-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.

- iii. Het zicht houden op en het inzicht hebben in de ontwikkeling van de verspreiding van het virus.
- 1.6 Inmiddels zijn, na elkaar en met tussenpozen de eerste drie stappen uit het openingsplan gezet. In de adviezen van het OMT die bij versoepelingen in acht zijn genomen, is steeds benadrukt dat de prognoses een ruime onzekerheidsmarge kennen en dat veel afhangt van de (effectiviteit van de) geplande vaccinaties en, in de tussentijd, naleving van de bestaande maatregelen. Daarbij is door het OMT erop gewezen dat de epidemiologische situatie nog geen ruimte biedt voor verdergaande versoepelingen.<sup>5</sup>
- 1.7 Op 26 juni a.s. zal ook de vierde stap uit het openingsplan worden gezet. Met deze stap wordt het pakket aan maatregelen met name gericht op het houden van de veilige afstand van anderhalve meter. Waar het houden van afstand niet mogelijk is, worden mitigerende maatregelen (zoals het gebruik van mondkapjes of toegangsbewijzen) getroffen. Daarnaast blijven ook de basisregels gelden.<sup>6</sup>
- 1.8 In het advies van het OMT dat bij deze versoepeling in acht is genomen, is door het OMT aangegeven dat, hoewel op korte termijn verdere afname van het aantal besmettingen valt te verwachten, op de middellange termijn meer onzekerheid bestaat. Veel zal afhangen van (onder andere) de grootte van het seizoenseffect, het al dan niet ontstaan van virusvarianten die zich aan de afweer na vaccinatie of doorgemaakte infectie kunnen onttrekken, het al dan niet persisteren van immuniteit tot na de winterperiode en de hoogte en homogeniteit van de vaccinatiegraad. Vanwege de mogelijke toename van ziektegevallen in het najaar, adviseert het OMT om een aantal bron- en collectieve maatregelen te handhaven en deze alleen op geleide van de epidemiologie en gerealiseerde vaccinatiegraad in een later stadium (gedeeltelijk) los te laten.<sup>7</sup>
- 1.9 Het kabinet bekijkt voortdurend of de maatregelen op een verantwoorde manier verder versoepeld kunnen worden. Uit het voorgaande blijkt dat het zaak is om daarbij behoedzaam te blijven opereren. Om die reden weegt het kabinet – daarover geadviseerd door, onder andere, het OMT – iedere (mogelijke) versoepeling zorgvuldig af op basis van de betrokken belangen en aan de hand van de drie hiervoor genoemde pijlers.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Advies n.a.v. het 113<sup>e</sup> OMT van 16 mei 2021, p. 3; Kamerbrief van de Minister van VWS van 17 mei over het openingsplan en toegangstesten, kenmerk 2361088-1009003-PDC19, p. 3; Advies n.a.v. het 115<sup>e</sup> OMT van 31 mei 2021, p. 4.

<sup>6</sup> Stand van zakenbrief COVID-19 van de Minister van VWS van 18 juni 2021, kenmerk 2380119-1011202-PDC19, p. 1-2; Regeling houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het doorvoeren van stap 4 uit het openingsplan (bijlage bij genoemde kamerbrief).

<sup>7</sup> Advies n.a.v. het 116<sup>e</sup> en 117<sup>e</sup> OMT van 18 juni 2021, p. 4-12.

<sup>8</sup> Zie ook de Stand van zakenbrief COVID-19 van de Minister van VWS van 28 mei 2021, kenmerk 2368124-1009693-PDC19, p. 8-9. Zie voor die concrete weging bijvoorbeeld de Regeling houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het doorvoeren van stap 3 uit het openingsplan en het inzetten van coronatoegangsbewijzen, p. 25, Stcrt. 2021, 28167 en de Regeling houdende wijziging van

- 1.10 Met dit kort geding willen appellanten echter bereiken dat de rechter in één klap ook de nog resterende maatregelen en basisregels van tafel veegt. Dat is niet alleen onwenselijk vanuit epidemiologisch perspectief, vanuit het perspectief van de kwetsbaren in de samenleving en vanuit het perspectief van de zorg, maar daartoe bestaat ook geen juridische grond.
- 1.11 De vraag welke maatregelen moeten worden getroffen ter bestrijding van de coronacrisis vergt primair een politieke afweging en de Staat heeft daarbij een grote mate van beleidsvrijheid. Niet in geschil is dat die politieke afweging met betrekking tot de invoering van de door appellanten gewraakte maatregelen heeft plaatsgevonden.
- 1.12 De civiele rechter – en zeker de rechter in kort geding – moet zich daarom terughoudend opstellen bij de beoordeling van de keuzes die de Staat binnen de grenzen van zijn beoordelings- en beleidsruimte maakt. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat dus in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, of wanneer de Staat een bevoegdheid aanwendt zonder dat daarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat, is plaats voor rechterlijk ingrijpen. De rechter in kort geding heeft bovendien slechts bij een onmiskenbaar onverbindende regeling de bevoegdheid om de betreffende bepalingen buiten werking te stellen. Daarvan is pas sprake als buiten redelijke twijfel staat dat de wet of regeling onverbindend is.<sup>9</sup>
- Het standpunt van appellanten dat voor het buiten effect stellen van een wet of regeling in kort geding voldoende is dat geoordeeld wordt dat die wet of regeling strijdig is met verdragsbepalingen (§ 70 MvG), is dus onjuist. Het door appellanten aangehaalde arrest van de Hoge Raad biedt voor dat standpunt ook geen steun, nu het in de door appellanten geciteerde overweging uit dat arrest gaat over de maatstaf die geldt *in het bodemprocedure*.<sup>10</sup> Dat het standpunt van appellanten onjuist is blijkt ook uitdrukkelijk uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak NSVA c.s./Staat.<sup>11</sup>
- 1.13 Dat die situatie zich ten aanzien van de door appellanten gewraakte maatregelen voordoet, hebben appellanten op geen enkele manier aannemelijk gemaakt. Van een onmiskenbaar onverbindende regeling is geen sprake.
- 1.14 Tot dat oordeel is ook de voorzieningenrechter – terecht – gekomen.

de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het doorvoeren van stap 2 uit het openingsplan, Stcrt. 2021, 25613, p. 13.

<sup>9</sup> Zie o.a. Gerechtshof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.3 en Gerechtshof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:868, rov. 5.2. Zie meer uitgebreid, ook voor wat betreft verwijzingen naar jurisprudentie, hoofdstuk 5 van de conclusie van antwoord.

<sup>10</sup> HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, NJ 2001/407, rov. 3.5 ("In deze klacht wordt miskend dat de rechtbank in haar tussenvonnissen in het bodemgeding de hoofdstukken II tot en met IV van de Whv heeft getoetst aan art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een verdragsbepaling in de zin van art. 94 Grondwet, en dat bij een zodanige toetsing de in de klacht bedoelde maatstaf niet van toepassing is.")

<sup>11</sup> HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2068, rov. 3.4.1.



## 2 Wijziging maatregelen; gevolgen voor procedure

2.1 Gelet op de hiervoor geschetste nieuwe fase van de epidemie in Nederland, waarin de verwachting op basis van de huidige situatie is dat de maatregelen en basisregels stap voor stap komen te vervallen, en dat inmiddels voor een deel van de maatregelen al is gebeurd, is het opvallend dat appellanten op dit moment – in kort geding – “het geheel aan maatregelen”<sup>12</sup> aan de orde stellen.

Met het geheel aan maatregelen doelen appellanten daarbij naar de Staat begrijpt op de maatregelen die zijn opgenomen in de in het petitum genoemde artikelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19.

2.2 Een gevolg daarvan is dat “het geheel aan maatregelen” dat appellanten bij hun akte wijziging van eis in eerste aanleg en bij memorie van grieven voor ogen hadden, inmiddels niet meer bestaat. Nadien is – als gevolg van de gezette en binnenkort te zetten stappen uit het openingsplan – een deel van die artikelen immers komen te vervallen en is een ander deel van die artikelen qua inhoud anders komen te luiden.<sup>13</sup> De verwachting is dat op korte termijn de artikelen nogmaals zullen wijzigen of komen te vervallen als meer maatregelen veranderen of komen te vervallen.

2.3 Appellanten hebben dan ook geen (spoedeisend) belang bij hun vordering voor zover het gaat om bepalingen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 die inmiddels zijn komen te vervallen. Dat en waarom appellanten menen dat het geheel van de nog resterende maatregelen – *in hun huidige vorm* – een feitelijke noodsituatie oplevert, blijkt bovendien niet uit de memorie van grieven.

Daarbij wijst de Staat erop dat de vordering van appellanten niet is gericht tot hoofdstuk Va van de Wpg, waarin de bevoegdheid voor het bij ministeriële regeling treffen van de maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 is opgenomen.<sup>14</sup> Evenmin is de vordering van appellanten gericht tegen het Tijdelijk besluit veilige afstand (Stb. 2020, 474), waarin is bepaald dat de veilige afstand anderhalve meter is.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld § 8 en § 76 MvG.

<sup>13</sup> Zie voor de wijzigingen verder de Regeling houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het doorvoeren van stap 3 uit het openingsplan en het inzetten van coronatoegangsbewijzen, Stcrt. 2021, 28167 en Regeling houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het doorvoeren van stap 2 uit het openingsplan, Stcrt. 2021, 25613. Hieruit blijkt *onder meer* dat de artikelen 4a.1 en 6.7 zijn komen te vervallen en dat de artikelen 4.3, 4.4 en 4.7 qua inhoud beduidend anders zijn geworden. Op 26 juni a.s. komen bovendien naar verwachting (onder meer) de artikelen 3.1, 3.2, 4.5, 4.8, 6.9 en 6.12 te vervallen. Zie Regeling houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met het doorvoeren van stap 4 uit het openingsplan (bijlage bij Stand van zakenbrief COVID-19 van de Minister van VWS van 18 juni 2021, kenmerk 2380119-1011202-PDC19).

<sup>14</sup> Zie ook onder 3.2-3.3 van de pleitnota van de Staat in eerste aanleg. De werkingsduur van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 – wat de grondslag is voor hoofdstuk Va van de Wpg – is verlengd tot 1 september 2021, Zie Stb. 2021, 232.

### 3 De voorzieningenrechter heeft terecht aansluiting gezocht bij het hof (grief 1)

- 3.1 Met de eerste grief komen appellanten op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (in rov. 3.1-3.4) dat hij geen ruimte ziet om ten aanzien van de argumenten van appellanten waarover uw hof in een eerder kort geding tussen partijen al heeft geoordeeld, een ander oordeel te geven. Daarbij heeft de voorzieningenrechter overwogen dat appellanten ten aanzien van deze argumenten geen nieuwe feiten en omstandigheden naar voren hebben gebracht, maar alleen hebben gesteld dat uw hof de juistheid van deze argumenten heeft miskend.
- 3.2 Volgens appellanten heeft de voorzieningenrechter miskend dat aan de eerdere uitspraak in kort geding geen gezag van gewijsde toekomt. Daarnaast bestaat tussen beide zaken volgens appellanten een fundamenteel verschil: deze zaak is gericht tegen de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, die de bevoegdheden van hoofdstuk Va Wpg activeert, terwijl het eerdere kort geding gericht was tegen het koninklijk besluit waarmee de Wbbbg was geactiveerd. Ook is het oordeel van het hof onjuist, zo betogen appellanten.
- 3.3 Aan een uitspraak in kort geding komt geen gezag van gewijsde toe. De reden hiervoor is dat in een kort geding een voorlopige voorziening wordt gegeven, die is toegespitst op de omstandigheden die zich op dat moment voordoen. Die omstandigheden kunnen veranderen. Het moet in dat geval mogelijk zijn om dezelfde kwestie opnieuw in kort geding aan de orde te stellen. Daarnaast moet het onder bepaalde omstandigheden mogelijk zijn om in een nieuw kort geding feiten en omstandigheden naar voren te brengen die in een eerder kort geding over dezelfde kwestie niet naar voren zijn gebracht.<sup>15</sup>
- 3.4 Dat aan een uitspraak in kort geding geen gezag van gewijsde toekomt, betekent echter niet dat op het moment dat bepaalde argumenten in een eerder kort geding door de (hogere) rechter al zijn verworpen en *precies diezelfde argumenten* in een nieuw kort geding tussen dezelfde partijen nogmaals worden voorgelegd aan de rechter, de rechter in die nieuwe procedure gehouden is die argumenten opnieuw te beoordelen zonder acht te slaan op het eerdere oordeel van de (hogere) rechter. De rechter kan (en moet) in die nieuwe procedure dan ermee volstaan zich aan te sluiten bij dat eerdere oordeel van de (hogere) rechter. Dit geldt in ieder geval op het moment dat in die nieuwe procedure in feite wordt betoogd dat de (hogere) rechter het in die eerdere procedure verkeerd heeft gezien, zonder dat daarbij wordt gewezen op nieuwe feiten of omstandigheden.<sup>16</sup>
- 3.5 In deze zaak heeft de voorzieningenrechter uitdrukkelijk geen gezag van gewijsde toegekend aan de uitspraak van uw hof in het eerdere kort geding tussen partijen over

<sup>15</sup> Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020-39.

<sup>16</sup> Vgl. Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/38-40; Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/146.

de avondklok (zie rov. 3.1).

- 3.6 In plaats daarvan heeft de voorzieningenrechter (in rov. 3.2) met juistheid overwogen dat hij, gelet op de omstandigheden van dit geval, geen ruimte ziet om in deze procedure anders te oordelen over de argumenten van appellanten die in de eerdere procedure al zijn aangevoerd, dan het hof in die eerdere procedure heeft gedaan.
- 3.7 Het gaat dan volgens de voorzieningenrechter (onder meer) om de argumenten (a) dat er in Nederland in de jaren 2020 en 2021 “niets bijzonders” aan de hand zou zijn, (b) dat het kabinet niet zou mogen afgaan op de adviezen van het OMT, (c) dat Nederland (feitelijk) in een noodtoestand zou verkeren, (d) dat sprake zou zijn van afwijking van grond- en mensenrechten (en dus niet van een toelaatbare inperking van grond- en mensenrechten) en (e) dat de IGR afdwingbare rechten zou bevatten (zie rov. 3.3).
- 3.8 Appellanten hebben deze argumenten ook in het eerdere kort geding tussen partijen naar voren gebracht. Uw hof heeft deze argumenten vervolgens in een uitgebreid gemotiveerd arrest verworpen.<sup>17</sup> Tegen dat arrest hebben appellanten weliswaar cassatie ingesteld, maar dat cassatieberoep heeft geen betrekking op de verwerping van deze argumenten door uw hof.<sup>18</sup>
- 3.9 Desondanks hebben appellanten ten overstaan van de voorzieningenrechter betoogd dat het oordeel van uw hof in het eerdere kort geding onjuist zou zijn, zonder dat zij daarbij hebben gewezen op nieuwe feiten en omstandigheden.
- 3.10 Onder deze omstandigheden kon (en moest) de voorzieningenrechter in deze procedure ermee volstaan zich aan te sluiten bij dat eerdere oordeel van uw hof over deze argumenten.
- 3.11 Dat *de vordering* die appellanten op die argumenten baseren in deze procedure anders is dan in die eerdere procedure, doet daaraan niet af. De genoemde argumenten van appellanten zijn in beide procedures immers op gelijke wijze naar voren gebracht (“er is niets bijzonders aan de hand”), alleen de *gevolgtrekking* die appellanten daaraan verbinden is in deze procedure anders dan in de eerdere procedure (kort gezegd: “de coronamaatregelen moeten worden afgeschaft” versus “de avondklok moet worden afgeschaft”).
- 3.12 In het slot van hun toelichting op de grief merken appellanten nog op dat zij in deze procedure wel degelijk nieuwe feiten en omstandigheden hebben aangevoerd. Welke dat zijn – en dat die nieuwe feiten en omstandigheden betrekking zouden hebben op de in rov. 3.3 genoemde punten – wordt daarbij door appellanten niet toegelicht. Dat

<sup>17</sup> Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285

<sup>18</sup> Het cassatieberoep ziet alleen op de Wbbbg, de wet die destijds de grondslag was voor het invoeren van de avondklok. Zie de als **productie 1** bijgevoegde procesinleiding. De Wbbbg speelt in deze procedure echter geen rol.

appellanten in deze procedure nieuwe argumenten hebben aangevoerd die betrekking hebben op *andere dan de in rov. 3.3 genoemde punten* is door de voorzieningenrechter overigens niet miskend: de voorzieningenrechter gaat in de rov. 3.4-3.10 immers uitgebreid in op de nieuwe argumenten van appellanten.

- 3.13 De eerste grief van appellanten dient hiermee te falen.
- 3.14 Het oordeel van de voorzieningenrechter, in navolging van uw hof, over deze argumenten is overigens ook inhoudelijk juist. De Staat verwijst in dat verband naar hetgeen in deze procedure is aangevoerd in de conclusie van antwoord (met name onder 3.1-3.10, 5.1-5.6, 6.1-6.18, 7.2), de pleitnota van de Staat (met name onder 1.1-1.9, 3.1-3.10), en het navolgende.

Voor zover appellanten in de memorie van grieven nog betogen dat het oordeel van uw hof zou bestaan uit "blote stellingen" en om die reden daarbij niet zou mogen worden aangesloten (par. 22-23 MvG), is dat onjuist. Uw hof heeft een uitvoerig gemotiveerd arrest gewezen. Specifiek ten aanzien van het in par. 22-23 MvG genoemde oordeel dat van een (feitelijke) noodtoestand geen sprake is, geldt dat uw hof daaraan – onder meer – ten grondslag heeft gelegd dat de bevoegdheden uit de Wbbbg bestaan náást de algemene en beperkte noodtoestand en dat bovendien slechts in beperkte mate buitengewone bevoegdheden zijn toegepast (rov. 6.4 en 6.17-6.18). Dat oordeel is daarmee – zeker voor een kort geding – meer dan voldoende gemotiveerd; van enige strijd met art. 6 EVRM is geen sprake.

Overigens hebben appellanten in hun cassatieberoep tegen dit arrest van uw hof ook niet betoogd dat het arrest van uw hof op deze grond onjuist of onvoldoende gemotiveerd zou zijn.

#### **4 Geen (feitelijke) noodtoestand (grief 2 en 3)**

- 4.1 Met de tweede grief betogen appellanten – kort gezegd – dat de voorzieningenrechter (in rov. 3.3 en 3.8) ten onrechte zou hebben overwogen dat van een noodtoestand in juridische of feitelijke zin geen sprake is. Met de derde grief komen appellanten op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (in rov. 3.3) de grond- en mensenrechten ruimte bieden voor inperking.<sup>19</sup>

Bij deze grieven bestaat alleen belang als de eerste grief van appellanten slaagt. De voorzieningenrechter heeft zich met dit oordeel immers uitdrukkelijk aangesloten bij het oordeel van uw hof in de eerdere procedure over de avondklok. Als in het kader van de eerste grief geoordeeld wordt dat de voorzieningenrechter dat heeft mogen doen, is – ook in dit hoger beroep – uitgangspunt dat van een noodtoestand in juridische of feitelijke zin geen sprake is en dat de Staat gebruik maakt (of in ieder geval kan maken) van de

<sup>19</sup> Voor zover de derde grief ook is gericht tegen het oordeel dat de Staat met het instellen van de avondklok binnen deze inperkingsruimte is gebleven, bestaat bij die grief ook om die reden geen belang. Het gaat in deze procedure immers niet meer om de avondklok.

inperkingsmogelijkheden die de grond- en mensenrechten bieden.

- 4.2 Deze grieven draaien om de artikelen 103 Gw (in samenhang met de daarop gebaseerde Coördinatiewet), 15 EVRM en 4 IVBR. Deze artikelen regelen dat op het moment dat – kort gezegd – sprake is van een noodtoestand, van bepaalde grond- en mensenrechten kan worden afgeweken. In een noodtoestand gelden deze grond- en mensenrechten dus niet onverkort, maar kunnen zij geheel of gedeeltelijk terzijde worden gesteld.

Dat is ook meteen het cruciale verschil tussen de situatie waarin sprake is van een noodtoestand en de situatie waarin dat niet het geval is: als sprake is van een noodtoestand kan rechtmatig van bepaalde grond- en mensenrechten worden afgeweken, terwijl dat niet mogelijk is als geen sprake is van een noodtoestand.

- 4.3 Tussen partijen staat niet ter discussie dat in Nederland géén noodtoestand als bedoeld in art. 103 Gw is afgekondigd en dat door Nederland ook geen verklaring als bedoeld in art. 15 EVRM en art. 4 IVBPR is afgelegd.
- 4.4 Appellanten betogen in deze procedure echter (opnieuw) dat in Nederland feitelijk wel sprake is van een noodtoestand zoals in deze bepalingen bedoeld, omdat (i) met “het geheel aan maatregelen” uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 van diverse grond- en mensenrechten wordt afgeweken<sup>20</sup> en (ii) buitengewone bevoegdheden worden toegepast om een uitzonderlijke situatie te bestrijden die buiten het bereik en doel van bestaande wetgeving valt.<sup>21</sup> De Staat betwist dit.

*Geen afwijking van de grond- en mensenrechten*

- 4.5 De grond- en mensenrechten gelden in Nederland onverkort. Dat betekent dat de Staat bij het nemen van (corona-)maatregelen de grond- en mensenrechten moet naleven. Dat doet de Staat ook. Met de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 wordt dan ook niet afgeweken van de grond- en mensenrechten.
- 4.6 De Staat verwijst in dit verband in de eerste plaats naar (a) zijn pleitnota in eerste aanleg, onder 3.2-3.10 en (b) zijn conclusie van antwoord, onder 6.7-6.9 en 6.15-6.16. Aldaar heeft de Staat uitgebreid uiteengezet dat de grond- en mensenrechten in Nederland onverkort gelden en dat de Staat de grond- en mensenrechten naleeft.

Overigens is ten aanzien van een deel van de door appellanten aan de orde gestelde maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 ook door uw hof ook al is vastgesteld dat van een afwijking van de grond- en mensenrechten geen sprake is. Over de art. 6.7a, 6.7b en 6.7c van de

<sup>20</sup> Vgl. § 48, 60-61 MvG.

<sup>21</sup> Vgl. § 39 MvG.

Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 overwoog uw hof:<sup>22</sup>

“De Stichting e.a. hebben een beroep gedaan op artikel 15 EVRM, op de Siracusa Principles en (bij pleidooi) op artikel 103 van de Grondwet. Gelet op wat het hof hiervoor heeft overwogen, zijn deze bepalingen niet van toepassing en treft het betoog van de Stichting e.a. dus geen doel. De testverplichting ontnemt Nederlands onderdanen niet het recht op toegang als bedoeld in artikel 3 lid 2 Vierde Protocol en vormt geen onrechtmatige beperking van andere verdragsrechten of grondrechten.”

4.7 Er bestaat daarbij een wezenlijk verschil tussen *afwijking* van de grond- en mensenrechten en *inperking* van de grond- en mensenrechten.

4.8 De grond- en mensenrechten bieden – juist als géén sprake is van een noodtoestand en de grond- en mensenrechten dus ‘gewoon’ gelden – uitdrukkelijk ruimte voor inperking.

Een uitzondering hierop vormen de absolute grond- en mensenrechten, zoals bijvoorbeeld het verbod van foltering (art. 3 EVRM). Appellanten stellen dat de Staat met het geheel aan maatregelen van absolute grond- en mensenrechten afwijkt (§ 72 MvG). Die stelling is in het geheel niet onderbouwd en wordt door de Staat betwist.

4.9 Een dergelijke inperking is toegestaan als de inperking (i) een legitiem doel dient, (ii) bij wet is voorzien en (iii) noodzakelijk is in een democratische samenleving. In dat laatste criterium ligt besloten dat de inperking van de grondrechten proportioneel moet zijn en dat er geen andere (lichtere) middelen moeten zijn om het beoogde doel te bereiken. Hierbij heeft de Staat grote beoordelingsvrijheid.<sup>23</sup>

4.10 In het geval van inperking zijn de grond- en mensenrechten dus beter beschermd dan in het geval van afwijking, zodat de situatie waarin géén sprake is van een noodtoestand vanuit het perspectief van de bescherming van de grond- en mensenrechten de voorkeur verdient boven de situatie waarin wel van zo’n noodtoestand sprake is.

Dit laatste volgt ook uit de door appellanten aangehaalde artikel van A. Lebrecht (§ 40 MvG), waarin – kort na het door eiseres geciteerde deel – valt te lezen: “The possibility to derogate in times of emergency does not substitute itself to permissible limitations of human rights, and if a state can attain their public objectives without using derogatory measures, they should do it.” (onderstreping adv.).

4.11 Met de maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 worden hooguit grond- en mensenrechten ingeperkt. Voor zover dat gebeurt, is voldaan aan de voorwaarden voor inperking. Dat blijkt alleen al uit de omstandigheid dat de

<sup>22</sup> Gerechtshof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:868, rov. 5.11.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 35732, nr. 3, p. 5.

maatregelen op grond van art. 58b lid 2 Wpg alleen getroffen hebben kunnen worden als (i) dat noodzakelijk is gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid, (ii) dat in overeenstemming is met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat en (iii) gelet op het onder (i) genoemde doel de uitoefening van de grondrechten zo min mogelijk wordt beperkt en aan dat doel evenredig is. In de ministeriële regelingen waarmee de maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 worden ingevoerd, wordt hieraan getoetst.<sup>24</sup> Deze regelingen worden steeds aan de Eerste en Tweede Kamer voorgelegd en vervallen als de Tweede Kamer binnen deze termijn besluit niet in te stemmen met de regeling.<sup>25</sup>

*Geen (feitelijke) toepassing noodwetgeving*

- 4.12 Appellanten betogen dat de maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 "noodmaatregelen" of "buitengewone bevoegdheden" zouden zijn, die afwijken van de grond- en mensenrechten, omdat vergelijkbare bevoegdheden voorkomen in wetgeving die geactiveerd kan worden in het geval van een noodtoestand (§ 37 en § 41-48 MvG).
- 4.13 Daarmee zien appellanten eraan voorbij dat er belangrijke verschillen bestaan tussen de maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 en de maatregelen die in het geval van een noodtoestand getroffen kunnen worden.
- Dit heeft de Staat overigens ook bij conclusie van antwoord al naar voren gebracht (zie onder 6.7-6.14), maar appellanten gaan hierop niet in.
- 4.14 Hoofdstuk Va van de Wpg – waarop de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 is gebaseerd – bevat diverse waarborgen en voorziet in parlementaire controle. Kort gezegd: het hoofdstuk vervalt elke drie maanden van rechtswege na verloop van tijd en over een eventuele verlenging moet de Raad van State worden gehoord. Ook de op hoofdstuk Va van de Wpg gebaseerde ministeriële regelingen, zoals de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, moeten aan diverse waarborgen voldoen, vervallen (gelijktijdig met hoofdstuk Va van de Wpg<sup>26</sup>) van rechtswege, en moeten worden voorgelegd aan de Eerste en Tweede Kamer.<sup>27</sup>
- 4.15 Alleen al daarmee is sprake van een geheel andere situatie dan bij een noodtoestand, die niet van rechtswege eindigt en waarin beslissingen worden genomen door de ministerraad, terwijl de rol van de Staten-Generaal is beperkt tot de mogelijkheid van het opheffen van de noodtoestand.
- 4.16 De vergelijking van appellanten gaat daarnaast ook mank omdat het toepassingsbereik van hoofdstuk Va van de Wpg (en daarmee ook van de daarop gebaseerde ministeriële

<sup>24</sup> Zie de toelichting op de verschillende ministeriële regelingen met betrekking tot de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, zoals die in de Staatscourant zijn opgenomen.

<sup>25</sup> Zie nader over de strikte procedurele waarborgen voor dergelijke ministeriële regeling onder 4.4 van de conclusie van antwoord.

<sup>26</sup> Zie art. 8.1 Tijdelijke regeling maatregelen covid-19.

<sup>27</sup> Zie nader hoofdstuk 4 van de conclusie van antwoord.



regelingen) beperkt is tot de bestrijding van de corona-epidemie. Dat is een belangrijk verschil met de bevoegdheden uit de in het geval van een noodtoestand te activeren Oorlogswet en Wbbbg, die immers een algemeen en dus veel ruimer toepassingsbereik hebben.

- 4.17 Daarnaast kan in het geval van een noodtoestand een hele reeks van wettelijke bepalingen worden geactiveerd (zie de bijlagen bij de Coördinatiewet), die nog op veel meer zien dan de in de dagvaarding genoemde bepalingen uit de Oorlogswet en de Wbbbg. De enkele omstandigheid dat in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 bevoegdheden zijn opgenomen die ook – zij het met een veel ruimer toepassingsbereik, een ruimere reikwijdte en zonder vergelijkbare waarborgen – zijn terug te vinden in een deel van de wetgeving die in het geval van een noodtoestand kan worden geactiveerd, maakt niet dat feitelijk van een noodtoestand sprake is.
- 4.18 Nog los van het voorgaande zou de enkele omstandigheid dat een bepaalde bevoegdheid ook is terug te vinden in een deel van de wetgeving die in het geval een noodtoestand kan worden geactiveerd, ook niet zonder meer betekenen dat met deze bevoegdheden wordt afgeweken van de grond- en mensenrechten – en dus evenmin dat die bevoegdheid alleen kan worden ingezet in een noodtoestand.<sup>28</sup>
- 4.19 Onjuist is dan ook de gedachte van appellanten dat zodra “een land buitengewone bevoegdheden toepast waarmee zij rechten inperkt om een uitzonderlijke situatie te bestrijden die buiten het bereik en doel van bestaande wetgeving valt” per definitie de noodtoestand moet worden toegepast (§ 39 MvG). De noodtoestand moet immers pas worden toegepast als (doelbewust) van grond- en mensenrechten wordt afgeweken. Dat is, als gezegd, niet aan de orde. Dat de hiervoor weergegeven gedachte van appellanten onjuist is, volgt ook uit de omstandigheid dat de wet uitdrukkelijk de mogelijkheid van separate toepassing van buitengewone bevoegdheden kent, dus buiten een noodsituatie om.<sup>29</sup>
- Deze procedure gaat niet over afzonderlijke maatregelen*
- 4.20 Voor het overige volstaan appellanten met de stelling dat met bepaalde maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 wordt afgeweken van bepaalde grond- en mensenrechten en dat dit “evident” is of “nauwelijks betoog behoeft”.<sup>30</sup>
- 4.21 De stellingen van appellanten zien daarbij deels op maatregelen die niet in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 zijn opgenomen (zoals het houden van anderhalve meter afstand, zie § 47 MvG), en waarop de vordering niet ziet.

<sup>28</sup> Zie bijvoorbeeld ook Kamerstukken II 1993/94, 23791, nr. 3, p. 2: “Om redenen, vermeld in de memorie van toelichting bij de Coördinatiewet en in de Notitie uitzonderingstoestanden, moet de toepassing van noodwetgeving, separaat van de beperkte of de algemene noodtoestand, echter niet worden uitgesloten.” (onderstreping adv.).

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld art. 1 Wbbbg.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld § 47, § 49, § 52-57 MvG, § 6.23-6.24 inleidende dagvaarding, p. 10-11 pleitnota eisers in eerste aanleg.



- 4.22 Bovendien zijn deze, niet onderbouwde, stellingen van appellanten onvoldoende om ten aanzien van die betreffende maatregelen tot de slotsom te kunnen komen dat van een afwijking van de grond- en mensenrechten sprake is. Ten aanzien van de overige maatregelen waarop de vordering ziet, is door appellanten überhaupt niets gesteld waaruit blijkt dat van een afwijking sprake zou zijn.
- 4.23 Daarnaast zien appellanten hiermee eraan voorbij dat het er in deze zaak niet om gaat of de Staat met een bepaalde maatregel al dan niet de hem toekomende inperkingsruimte te buiten is gegaan (en dus – onbedoeld – ten onrechte is afgeweken van grond- en mensenrechten). Zelfs als dat al zo zou zijn, betekent dat immers niet dat de Staat om die reden de noodtoestand had moeten uitroepen.
- 4.24 Zoals de voorzieningenrechter met juistheid heeft overwogen (rov. 3.5): als appellanten menen dat de Staat met een bepaalde maatregel de bestaande inperkingsruimte te buiten is gegaan, kunnen zij dat aan de rechter voorleggen. In die procedure kan dan voor die betreffende maatregel worden nagegaan of sprake is van een rechtmatige inperking van de grond- en mensenrechten, of van een (onbedoelde) afwijking. Dat is echter uitdrukkelijk niet de inzet van deze procedure, waar het gaat om het geheel van de maatregelen ("het systeem deugt niet"<sup>31</sup>).

*Conclusie*

- 4.25 Uit het voorgaande volgt dat niet van de grond- en mensenrechten wordt afgeweken. De stelling van appellanten dat van een "feitelijke" noodsituatie sprake is omdat van de grond- en mensenrechten wordt afgeweken en dat daarom de noodtoestand zoals bedoeld in art. 103 Gw, art. 15 EVRM of art. 4 IVBPR zou moeten worden afgekondigd, kan reeds daarom niet worden gevolgd, nog daargelaten dat die stelling ook inhoudelijk niet concludent is.
- 4.26 De tweede en de derde grief kunnen daarmee niet slagen.

**5 Rechterlijke toetsing op de naleving van grond- en mensenrechten door de Staat (grief 4)**

- 5.1 De vierde grief is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter (in rov. 3.5) dat appellanten de Staat in rechte kunnen aanspreken op de naleving van de grond- en mensenrechten.
- 5.2 Volgens appellanten is die overweging allereerst onbegrijpelijk, omdat het aanspreken van de Staat "op onrechtmatige inperkings van grondrechten" precies is wat appellanten in deze procedure doen.

---

<sup>31</sup> Zie bijvoorbeeld § 24 MvG.

- 5.3 De overweging van de voorzieningenrechter dat appellanten – als zij menen dat bij getroffen maatregelen geen sprake (meer) is van een (toegestane) inperking van de grond- en mensenrechten – (ook) de rechtmatigheid van de afzonderlijke maatregelen ter toetsing aan de rechter kunnen voorleggen, is uiteraard juist.

Daarmee is, anders dan appellanten kennelijk menen (§ 75 MvG), uiteraard niet gezegd dat, als op enig moment wel sprake zou zijn van een noodtoestand, appellanten of anderen de Staat dan niet zouden kunnen aanspreken op eventueel onrechtmatig handelen.

- 5.4 Evenmin is daarmee gezegd dat appellanten (of anderen) de Staat niet (ook) ten aanzien van het geheel van maatregelen zouden kunnen aanspreken. Dat illustreert ook deze procedure: appellanten hebben in deze procedure immers het geheel van maatregelen uit de Tijdelijke regeling covid-19 aan de orde gesteld. Daarbij hebben zij het standpunt ingenomen dat, met dat geheel van maatregelen, sprake is van een (onrechtmatige) afwijking van de grond- en mensenrechten.

- 5.5 Dat standpunt en hun daarop gebaseerde vordering heeft de voorzieningenrechter beoordeeld en vervolgens afgewezen, omdat – kort gezegd (en onder meer) – (i) geen sprake is van een noodtoestand (en dus niet van afwijking van grondrechten), (ii) hoofdstuk Va van de Wpg van toepassing is en (iii) geen discrepantie bestaat tussen (hoofdstuk Va van de) Wpg en de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19. De voorzieningenrechter heeft het standpunt van appellanten dat met het geheel aan maatregelen sprake is van (onrechtmatige) afwijking van grond- en mensenrechten, daarmee gemotiveerd verworpen.

- 5.6 Voor zover appellanten betogen dat sprake zou zijn van rechtsweigering (zie o.a. § 79 MvG), dient hieraan dan ook voorbij te worden gegaan.

- 5.7 De overweging van de voorzieningenrechter houdt dus niet meer in dan dat voor zover appellanten menen dat niet het geheel van maatregelen, maar specifieke maatregelen in strijd zouden komen met de grond- en mensenrechten, zij daarvoor een afzonderlijke vordering moeten (en ook kunnen) instellen. Het gaat in dit geding immers niet om de afzonderlijke maatregelen, maar om het geheel van maatregelen.

- 5.8 Ook de vierde grief dient om deze redenen te falen.

- 5.9 In het slot van de toelichting op de vierde grief voeren appellanten nog aan dat sprake zou zijn van "schending van *speedy judicial review*" en dat de procedure zolang zou zijn uitgesteld dat de avondklok niet meer gold, zodat de "*legitimate purpose* van de zaak bewust is ondermijnd". De Staat wijst erop dat de aanvraag van dit kort geding in eerste aanleg dateert van 7 april 2021, dat de dagvaarding van appellanten is betekend op 15 april 2021, dat de zitting heeft plaatsgevonden op 3 mei 2021 en dat een week later door de voorzieningenrechter uitspraak is gedaan. Daarbij is al op 20

april 2021 (dus 13 dagen na de aanvraag van het kort geding en vijf dagen na de betekening van de dagvaarding) door het kabinet aangekondigd dat de avondklok op 28 april 2021 zou komen te vervallen. Alleen al om deze reden kan dit betoog van appellanten niet slagen.

## **6 Rechterlijke toetsing bestaat náást rol volksvertegenwoordiging (grief 5)**

- 6.1 De vijfde grief van eiseres is gericht tegen rov. 3.6 van de voorzieningenrechter. In rov. 3.6 overweegt de voorzieningenrechter dat appellanten met hun stelling dat Nederland afglijdt in de richting van een totalitaire en dictatoriale staat waarin mensenrechten geen betekenis hebben, voorbijgaat aan (i) de toetsing van de maatregelen door de rechter en (ii) de rol van de (gekozen) volksvertegenwoordiging.
- 6.2 Appellanten lezen in deze overweging dat de voorzieningenrechter hiermee geoordeeld zou hebben dat "als de volksvertegenwoordiging grondrechten wegneemt, appellanten verder niet moeten zeuren" en dat – als de volksvertegenwoordiging met een regeling zou hebben ingestemd – geen rechterlijke toetsing meer plaats zou vinden (§ 76, 77, 80 MvG).
- 6.3 Die lezing van het oordeel van de voorzieningenrechter is onjuist.
- 6.4 De voorzieningenrechter reageert met deze overweging op de stelling van appellanten dat Nederland afglijdt in de richting van een totalitaire en dictatoriale staat. De voorzieningenrechter verwerpt deze stelling met de motivering dat bij de door het kabinet voorgestane maatregelen (i) een rol is weggelegd voor de (gekozen) volksvertegenwoordiging<sup>32</sup> en (ii) deze maatregelen ter toetsing aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Daarmee heeft de voorzieningenrechter niet overwogen dat op het moment dat de volksvertegenwoordiging met een regeling zou hebben ingestemd, geen rechterlijke toetsing meer plaatsvindt. De voorzieningenrechter heeft juist het tegendeel hiermee tot uitdrukking gebracht: er is een rol weggelegd voor de (gekozen) volksvertegenwoordiging én de maatregelen kunnen ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.
- 6.5 Deze grief dient dan ook te falen.

## **7 Hoofdstuk Va van de Wpg is van toepassing (grief 6)**

- 7.1 De zesde grief van appellanten is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (in rov. 3.9) dat hoofdstuk Va van de Wpg van toepassing is op het SARS-CoV-2-virus. Volgens appellanten is dat oordeel onjuist, omdat niet zou zijn voldaan aan de definitie van art. 1 lid 1, aanhef en onder i, Wpg.

<sup>32</sup> Zie in dat verband hfst. 4 (en met name § 4.4) van de conclusie van antwoord over de systematiek van de op hfst Va van de Wpg gebaseerde ministeriele regelingen en de rol van de volksvertegenwoordiging daarbij.

Blijkens de memorie van grieven richt de zesde grief zich ook tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (in rov. 3.9) over hoofdstuk V van de Wpg. De voorzieningenrechter noemt in die overweging hoofdstuk V van de Wpg echter niet. Dat is ook logisch, nu de vordering van appellanten alleen is gericht tegen een ministeriële regeling die is gebaseerd op hoofdstuk Va van de Wpg. Hoofdstuk V van de Wpg is in deze zaak dus niet van belang.

- 7.2 In art. 1 lid 1, aanhef en onder i, Wpg is opgenomen dat onder 'epidemie van een infectieziekte' wordt verstaan: een in korte tijd sterke toename van het aantal nieuwe patiënten lijdend aan een infectieziekte behorend tot groep A, B1, B2 of C.<sup>33</sup>
- 7.3 Art. 1 lid 1, aanhef en onder i, Wpg is niet een bepaling die het toepassingsbereik van de Wpg regelt. De Wpg is dus niet pas van toepassing op het moment dat sprake is van een 'epidemie van een infectieziekte', zoals bedoeld in art. 1 lid 1, aanhef en onder i, Wpg. Wel kunnen bepaalde in de Wpg opgenomen bevoegdheden alleen worden aangewend als sprake is van zo'n epidemie van een infectieziekte (zie bijv. art. 10 of art. 53 Wpg).
- 7.4 Hoofdstuk Va Wpg is van toepassing 'op de bestrijding van de epidemie, of een directe dreiging daarvan' (art. 58b lid 1 Wpg). Onder 'de epidemie' wordt daarbij verstaan: 'de epidemie van covid-19, veroorzaakt door het virus SARS-CoV-2' (art. 58a lid 1 Wpg). Hoofdstuk Va van de Wpg hanteert daarnaast niet het begrip 'epidemie van een infectieziekte'. De bevoegdheden uit hoofdstuk Va van de Wpg – waarop de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 is gebaseerd – kunnen dus niet pas worden toegepast als sprake is van een 'epidemie van een infectieziekte' in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder i, Wpg.
- 7.5 Het gaat in plaats daarvan (dus) alleen erom of sprake is van (een directe dreiging van) de epidemie van covid-19.
- 7.6 Dat sprake is van (een directe dreiging van) de epidemie van covid-19, is door de wetgever bij de invoering van hoofdstuk Va van de Wpg dus tot uitgangspunt genomen. Dat ook op dit moment nog sprake is van (een directe dreiging van) de epidemie van covid-19 heeft de Staat ook toegelicht in hoofdstuk 3 en 4 van de conclusie van antwoord en in de inleiding van deze memorie. De Staat wijst verder nog op het volgende citaat uit de parlementaire geschiedenis:<sup>34</sup>

"Hoofdstuk Va is ook van toepassing bij de directe dreiging van een epidemie (artikel 58b, eerste lid) en daaronder valt ook de reële kans op hernieuwde uitbraken. Het einde van een epidemie is moeilijk precies vast te stellen, omdat het virus aanwezig blijft en hernieuwde uitbraken niet kunnen worden uitgesloten. De directe dreiging van de ziekte kan echter ook verminderd

<sup>33</sup> Het coronavirus is op de voet van art. 20 Wpg aangemerkt als behorend tot groep A, zie Regeling 2019-nCov, Stcrt. 2020, nr. 6800.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35526, nr. 3, p. 12-13.

worden door de beschikbaarheid van een goede behandeling of geneesmiddel en door verhoging van de weerstand in de samenleving, bijvoorbeeld met een vaccin. Zodra de situatie het mogelijk maakt, worden de vastgestelde maatregelen afgeschaald. Op het moment dat er ook van een directe dreiging geen sprake meer is, kan hoofdstuk Va vervallen. De mate van verspreiding van het virus is hierbij mede bepalend. De mate van verspreiding wordt gevolgd via het Dashboard coronavirus [volgt link naar het dashboard, adv.]”.

- 7.7 Of (ook) sprake is van een epidemie van een infectieziekte in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder i, Wpg, doet dus niet ter zake bij de toepassing van de bevoegdheden uit hoofdstuk Va. Overigens is dat wel het geval: er is sprake van een epidemie en het coronavirus is op de voet van art. 20 Wpg aangemerkt als behorend tot groep A, bedoeld in art. 1, aanhef en onder e, Wpg<sup>35</sup>
- 7.8 Voor zover appellanten nog stellen dat hoofdstuk V van de Wpg niet van toepassing zou zijn, is die stelling niet alleen onjuist (zoals blijkt uit het bovenstaande), maar mist die stelling ook relevantie. De Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 – waarop de vordering van appellanten ziet – is immers gebaseerd op hoofdstuk Va van de Wpg, en niet op hoofdstuk V van de Wpg.
- 7.9 Ook de zesde grief van appellanten kan daarmee niet slagen.

## **8 Toetsing aan de grondwet en het internationaal recht (grief 7)**

- 8.1 De zevende grief van appellanten richt zich tegen de overweging van de voorzieningenrechter (in rov. 3.10)<sup>36</sup> dat de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 kan worden getoetst aan de wet, maar dat gesteld noch gebleken is dat sprake is van enige discrepantie tussen de in deze regeling getroffen maatregelen en de bepalingen in (hoofdstuk Va van de) Wpg, zodat de Wpg voor deze regeling voldoende wettelijke basis biedt.
- 8.2 Volgens appellanten vorderen zij geen toetsing aan de wet, maar aan de Grondwet en het internationaal recht, en heeft de voorzieningenrechter die toetsing ten aanzien van de Tijdelijke regeling covid-19 ten onrechte nagelaten.
- 8.3 In deze procedure vorderen appellanten dat verschillende bepalingen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 buiten effect worden gesteld. De bevoegdheid voor het bij ministeriele regeling treffen van deze maatregelen is voor al deze maatregelen in hoofdstuk Va van de Wpg te vinden.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Regeling 2019-nCoV, Stcrt. 2020, nr. 6800.

<sup>36</sup> In de memorie van grieven staat "rov. 3.9", maar uit de grief en het daarbij opgenomen citaat blijkt dat rov. 3.10 is bedoeld.

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld art. 58g (groepsvorming) of art. 58h (voorwaarden voor openstelling publieke plaatsen).

De Staat wijst er in dit verband op dat de vordering van appellanten niet tot deze bepalingen uit de Wpg is gericht. De Staat constateert dan ook dat appellanten – kennelijk en terecht – tot uitgangspunt nemen dat de Staat in algemene zin de bevoegdheid heeft om ter bestrijding van de corona-epidemie dergelijke maatregelen te treffen. Overigens is de Wpg een wet in formele zin, die ook niet aan de Grondwet getoetst kan worden.

Het gaat appellanten er dus kennelijk alleen om of – uitgaande van de bevoegdheid van de Staat om dergelijke maatregelen te treffen – de concrete maatregelen, zoals die zijn neergelegd in de door appellanten genoemde bepalingen van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19, onmiskenbaar onverbindend zijn.<sup>38</sup>

- 8.4 Appellanten hebben daarbij aan hun vordering ten grondslag gelegd – voor zover in het kader van deze grief van belang – (i) dat het geheel aan maatregelen in strijd is met art. 103 Gw, art. 15 EVRM, art. 4 IVBPR en de Siracusa Principles, omdat feitelijk sprake is van een noodtoestand en (ii) dat het geheel aan maatregelen in strijd is met de IGR.
- 8.5 Die stellingen van appellanten heeft de voorzieningenrechter beoordeeld (zie in het bijzonder rov. 3.3-3.4 en rov. 3.8). Daarbij heeft de voorzieningenrechter – voor zover mogelijk – de wettelijke basis voor dit pakket van maatregelen (dus: zowel hoofdstuk Va Wpg als, daarvan afgeleid, de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19) getoetst aan de door appellanten ingeroepen bepalingen uit de Grondwet en het internationale recht. De voorzieningenrechter is vervolgens – terecht – tot de conclusie gekomen dat de wettelijke basis voor dit pakket van maatregelen niet in strijd is met de door appellanten ingeroepen bepalingen uit Grondwet of het internationale recht.
- 8.6 Vervolgens heeft de voorzieningenrechter *daarnaast* in rov. 3.10 ten aanzien van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 nog tot uitdrukking gebracht dat deze regeling ook niet in strijd is met (hoofdstuk Va van) de Wpg.
- 8.7 Hiermee heeft de voorzieningenrechter de vordering van appellanten en de daaraan ten grondslag gelegde argumenten uitgebreid beoordeeld, zodat de zevende grief niet kan slagen.

## 9 Conclusie

De Staat concludeert:

- i. tot verwerping van het beroep,
- ii. tot veroordeling van appellanten in de proceskosten van beide instanties, daaronder begrepen de nakosten van telkens € 163,- (in het geval van

<sup>38</sup> Zie hoofdstuk 5 van de conclusie van antwoord.

betekening van het hofarrest te verhogen met € 85,-), zulks met bepaling dat over de proceskostenveroordelingen wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang na veertien dagen na de datum van het te dezen te wijzen arrest, en met verklaring dat deze proceskostenveroordeling – de veroordeling van de nakosten daaronder begrepen – uitvoerbaar bij voorraad zal zijn.

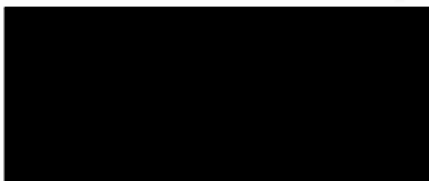


advocaat

---

behandeld door  
correspondentie  
telefoon  
fax  
e-mail  
zaaknr

R.W. Veldhuis en M.E.A. Möhring



11016235

## Productie 1



## PROCESINLEIDING IN CASSATIE BIJ DE HOGE RAAD ALS BEDOELD IN ARTIKEL 407 RV

### Verzoek tot spoed-behandeling

Eisers tot cassatie verzoeken de enkelvoudige civiele kamer te beslissen dat de termijn voor de schriftelijke toelichting (of de datum van het pleidooi) zal worden verkort op grond van het belang om de vraag naar de rechtmatigheid van de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19 (Stcrt. 2021, 4191) zo snel mogelijk beantwoord te krijgen. Dat belang is zaakoverstijgend. De spoedige beantwoording van die vraag is van belang voor de afwikkeling van ongeveer 33.000 "Avondklokboetes", die zijn gebaseerd op schending van de avondklok in de periode, waarin de avondklok was gebaseerd op de Tijdelijke Regeling.

Op de voet van de artikelen 3.1.12.1 en 3.1.12.2 van het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden is in deze procesinleiding de schriftelijke toelichting opgenomen.

Eisers tot cassatie zijn:

1. De stichting **Stichting Viruswaarheid.nl**, gevestigd te [REDACTED]
2. **Willem Christiaan Engel**, wonende te [REDACTED]
3. **Jeroen Sebastiaan Pols**, wonende te [REDACTED] gemeente [REDACTED]

hierra tezamen te noemen: Viruswaarheid.

Viruswaarheid kiest te dezer zake domicilie te [REDACTED] aan de [REDACTED] ten kantore van Damsté advocaten, van welk kantoor mr. J. de Jong van Lier ten deze tot advocaat bij de Hoge Raad wordt aangewezen om eisers in cassatie te vertegenwoordigen en die als zodanig wordt gesteld en deze procesinleiding indient.

Verweerster in cassatie is: De Staat der Nederlanden (Ministerie van Algemene Zaken en Ministerie van Justitie en Veiligheid), zetelend te [REDACTED] nader te noemen: de Staat.

In de vorige instantie van deze zaak heeft de Staat domicilie gekozen ten kantore van zijn advocaat mr R.W. Veldhuis, kantoorhoudende te [REDACTED] aan de [REDACTED]

Viruswaarheid stelt hierdoor cassatie in tegen het arrest onder zaaknummer 200.290.085/01 tussen partijen (de Staat als appellant en Viruswaarheid als geïntimeerde) op 26 februari 2021 door het gerechtshof Den Haag in kort geding gewezen.

De Staat wordt opgeroepen om ten laatste op vrijdag de éénentwintigste mei tweeduizendeenentwintig (21-05-2021), vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad, te verschijnen op de zitting van de enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad in diens gebouw aan het Korte Voorhout 8 te Den Haag.

De enkelvoudige civiele kamer behandelt de zaken, vermeld op het in artikel 15 van het Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, op vrijdagen zoals vermeld in hoofdstuk 1 van het procesreglement Hoge Raad der Nederlanden om 10:00 uur.

Viruswaarheid richt zich tegen het arrest onder zaaknummer 200.290.085/01 tussen partijen (de Staat als appellant en Viruswaarheid als geïntimeerde) op 26 februari 2021 door het gerechtshof Den Haag in kort geding gewezen met het navolgende

## MIDDEL VAN CASSATIE:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, door te overwegen en op grond daarvan te beslissen als in voormelde arresten weergegeven, zulks om de volgende, mede in onderlinge samenhang te lezen redenen.

### Inleiding

1.

Deze "avondklokzaak" heeft veel publieke aandacht gekregen. Aanvankelijk was haar voornaamste inzet het beëindigen van de vrijheidsbeperking, die was gelegen in de bij ministeriële regeling (verder: Tijdelijke Regeling)<sup>1</sup> ingevoerde avondklok.

2.

In eerste aanleg veroordeelde de voorzieningenrechter de Staat bij vonnis van 16 februari 2021, uitvoerbaar bij voorraad, onder meer ertoe "*artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg, per ommegaande buiten werking te stellen, waardoor ook de Tijdelijke Regeling vervalt*".<sup>2</sup>

3.

*Als je wint, heb je vrienden.* Maar eisers hebben niet lang van hun overwinning kunnen genieten. Nog dezelfde dag schorste het hof op de voet van artikel 351 Rv de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis. De Minister van Volksgezondheid kwalificeerde eisers daarna als "viruswappies".

4.

In het in dit cassatieberoep bestreden arrest van 26 februari 2021 heeft het hof het vonnis (eerste aanleg) van 16 februari 2021 vernietigd.<sup>3</sup> Maar voordat het arrest gewezen was, was er al met stoom en kokend water aan (het voorduren van) de avondklok een wet in formele zin ten grondslag gelegd.<sup>4</sup> Daarmee hadden eisers en de mensen voor wie ze opkomen hun vrijheid nog niet terug.

5.

In deze cassatieprocedure draait het uiteindelijk om de vraag of de Tijdelijke Regeling een geldige basis was voor de avondklok. Daarmee draait het om de vraag of de vrijheidsbeperking, die al een voldongen feit is, rechtmatig op het noodrecht van de Wbbbg gebaseerd mocht worden. In dit geval gaat het om de beperking van het grondrecht van artikel 2, Vierde Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, tot het waarborgen van bepaalde rechten en vrijheden die niet reeds in het Verdrag en in het eerste Protocol daarbij zijn opgenomen (*freedom to movement/the right to liberty of movement*).

<sup>1</sup> Regeling van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 januari 2021, nr. 3192465, tot instelling van een landelijke avondklok ter bestrijding van de epidemie van covid-19 (Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19) (*Stcrt.* 2021, 4191).

<sup>2</sup> Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100.

<sup>3</sup> Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285.

<sup>4</sup> Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19 (*Stb.* 2021, 85).

6.

Het antwoord op die vraag naar de rechtmatigheid van de Tijdelijke Regeling is van zaaksoverstijgend belang. Het antwoord heeft relevantie voor eventuele toekomstige situaties, waarin het kabinet, anders dan bij wet in formele zin, grondrechten beperkt door middel van het toepassen van noodrecht. Dat kunnen ook situaties zijn waarin, zoals ook bij de avondklok het geval is, verplichtingen voor burgers in het leven worden geroepen, waarvan de niet-naleving met strafsancities is bedreigd.

7.

Het antwoord heeft ook zaaksoverstijgende relevantie voor de afwikkeling van (volgens berichten in de pers)<sup>5</sup> ongeveer 33.000 "Avondklokboetes", die zijn gebaseerd op schending van de avondklok in de periode, waarin de avondklok was gebaseerd op de Tijdelijke Regeling.

8.

Voor eisers tot cassatie zelf (en degenen in wiens belang de stichting optreedt) heeft de zaak nog belang, voor de vaststelling dat zij onrechtmatig van hun vrijheid zijn beroofd.<sup>6</sup> Verder is er nog een belang gelegen in de proceskostenveroordeling.

## Juridisch kader

9.

Artikel 1 lid 1 van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (hierna: Wbbbg) luidt (onderstrepingen toegevoegd):

*Onverminderd de artikelen 7, eerste lid, en 8, eerste lid, van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden kunnen, ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken, bij koninklijk besluit, op voordracht van Onze Minister-President, de artikelen 5, 6, 7, 8, eerste en derde lid, 9, eerste, tweede, derde en vijfde lid, en 10 gezamenlijk of afzonderlijk in werking worden gesteld.*

10.

Artikel 8 lid 1 Wbbbg luidt:

*Onze Minister van Veiligheid en Justitie en de commissaris van de Koning zijn bevoegd het vertoeven in de open lucht te beperken.*

11.

Op de voet van artikel 1 lid 1 Wbbbg is bij koninklijk besluit van 22 januari 2021 (hierna: het Besluit) op voordracht van de Minister-President artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg in werking gesteld.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> <https://wnl.tv/2021/02/26/hof-doet-uitspraak-over-avondklok-wat-gebeurt-er-met-de-boetes/>

<sup>6</sup> HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2292, NJ 2011/390, m.nt. S.F.M. Wortmann: Aan degene die een rechtsmiddel instelt tegen een tijdelijke maatregel als gevolg waarvan hem zijn vrijheid is ontnomen, behoort zijn procesbelang niet te worden ontzegd op de enkele grond dat de periode waarvoor die maatregel gold, inmiddels is verstreken (rov 3.7).

<sup>7</sup> Besluit van 22 januari 2021, houdende inwerkingtreding en inwerkingstelling van artikel 8, eerste en derde lid, van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Stb. 2021, 24).

12.

Eveneens op 22 januari 2021 is met toepassing van artikel 8, eerste en derde lid, van de Wbbbg de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19 gepubliceerd (de Tijdelijke Regeling).<sup>8</sup>

13.

Het in elke rechtsstaat geldende legaliteitsbeginsel behelst onder meer dat beslissingen die de burgers binden, moeten worden genomen door overheidsorganen die de bevoegdheid daartoe bij krachtens wet hebben gekregen.<sup>9</sup> De onderdelen van dit cassatiemiddel zien op de vraag of de Staat met het Besluit en de Tijdelijke Regeling een bevoegdheid heeft aangewend waarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat.<sup>10</sup> Zonder wettelijke grondslag is de uitvoerende macht, geleid op het legaliteitsbeginsel, niet bevoegd om fundamentele rechten van burgers te beperken (HR 13 januari 1879, *W (1879) 4330 (Meerenberg)* en later uitgebreid in *NJ 1973/386 (Fluoridering)* en *NJ 1987/898 (Methadonbrief)*).<sup>11</sup>

14.

Subonderdeel 1.1 draait om de vraag of de verspreiding van een virusinfectie een "buitengewone omstandigheid" in de zin van artikel 1 Wbbbg kan zijn. Eisers tot cassatie verdedigen, kort gezegd, dat een zich verspreidend virus niet een buitengewone omstandigheid in de zin van artikel 1 lid 1 Wbbbg kan zijn.

De klacht van subonderdeel 1.2 heeft er betrekking op dat het hof heeft miskend dat artikel 1 lid 1 jo artikel 8 Wbbbg noodrecht bevat, dat naar zijn aard slechts mag worden toegepast als de te treffen maatregelen niet langs de weg van wetgeving in formele zin kunnen worden gerealiseerd.

## Bestreden overwegingen

15.

Onder het kopje "*De maatstaf voor toepassing van de Wbbbg*" heeft het hof in het bestreden eindarrest onder meer overwogen (cursivering in origineel; onderstreping toegevoegd):

*6.6 In deze procedure is de vraag aan de orde of er sprake is van buitengewone omstandigheden die invoering van de avondklok noodzakelijk maken.*

*6.7 Het begrip buitengewone omstandigheden is in de wet of de wetsgeschiedenis bij de Wbbbg niet gedefinieerd. Naar het oordeel van het hof is het zonder meer duidelijk dat er sprake is van buitengewone omstandigheden.*

(...)

<sup>8</sup> Regeling van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 januari 2021, nr. 3192465, tot instelling van een landelijke avondklok ter bestrijding van de epidemie van covid-19 (Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19) (*Stcrt.* 2021, 4191).

<sup>9</sup> Neerhof 2019 benoemt ook nog een tweede en een derde element van het legaliteitsbeginsel, namelijk dat het overheidshandelen in overeenstemming met rechtsregels plaatsvindt en dat het overheidshandelen plaatsvindt op basis van regels die adequaat bekend zijn gemaakt.

<sup>10</sup> Het hof heeft in rov 6.3 met juistheid onder ogen gezien, dat plaats is voor rechterlijk ingrijpen indien in de gegeven omstandigheden de wettelijke grondslag ontbreekt.

<sup>11</sup> HR 13 januari 1879, *W (1879) 4330 (Meerenberg)*, HR 10 april 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD2208, *NJ 1973/386*, m.nt. A.R. Bloembergen (*Fluoridering II*) en HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9460, *NJ 1987/898*, m.nt. M. Scheltema (*Methadonbrief*).

6.11 "Al met al heeft de Staat in redelijkheid kunnen oordelen dat er sprake was van buitengewone omstandigheden die invoering van de avondklok noodzakelijk maakten. De inzet van de Wbbbg is dus in beginsel op zijn plaats en het kabinet kon op grond van artikel 8 lid 1 en lid 3 de Tijdelijke regeling vaststellen (...). Evenmin leidt de (theoretische) mogelijkheid van een spoedwet ertoe dat de Staat de bevoegdheid van de Wbbbg niet kon inzetten.

(...)

Met de Wbbbg heeft het parlement immers op voorhand voor situaties als thans aan de orde het kabinet de bevoegdheid toegekend een avondklok in te stellen."

## Onderdeel 1

De onjuiste maatstaf voor de beoordeling ervan of er sprake is van buitengewone omstandigheden die noodzakelijk maken dat de artikelen 5, 6, 7, 8, eerste en derde lid, 9, eerste, tweede, derde en vijfde lid, en 10 Wbbbg gezamenlijk of afzonderlijk in werking worden gesteld. (zie artikel 1 lid 1 Wbbbg)

### Subonderdeel 1.1 – Rechtsklacht (m.b.t. "buitengewone omstandigheden")

16.

Het hof is in de rechtsoverwegingen 6.6, 6.7 en 6.11 uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting over het rechtsbegrip "buitengewone omstandigheden" zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 Wbbbg en daarmee over de situaties waarvoor het parlement op voorhand een bevoegdheid aan het kabinet heeft toegekend. Het oordeel dat de inzet van de Wbbbg dus (omdat de Staat al met al in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat er sprake was van buitengewone omstandigheden die invoering van de avondklok noodzakelijk maakten) in beginsel op zijn plaats was en het kabinet op grond van artikel 8 lid 1 en lid 3 de Tijdelijke Regeling kon vaststellen, miskent de betekenis van het rechtsbegrip "buitengewone omstandigheden" in artikel 1 Wbbbg. De Wbbbg biedt namelijk geen grondslag voor het invoeren van maatregelen die primair zijn gericht op het beschermen van de volksgezondheid door het voorkomen van de verdere verspreiding van een virus (zie ook artikel 3 Wbbbg). Het begrip "buitengewone omstandigheden" in de Wbbbg omvat slechts omstandigheden die een bedreiging vormen voor de openbare orde en veiligheid (in beperkte zin). Bescherming van de volksgezondheid valt niet onder de openbare orde en veiligheid (in beperkte zin).

Onjuist is dan ook dat "het zonder meer duidelijk [is] dat er sprake is van buitengewone omstandigheden" (rov. 6.7).

### Onderdeel 1.1 – Toelichting

17.

Inwerkingstelling van artikel 8 Wbbbg is op grond van artikel 1 lid 1 Wbbbg alleen mogelijk "indien buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken".<sup>12</sup>

Wat moeten we ons voorstellen bij de daar bedoelde dergelijke "buitengewone omstandigheden"?

<sup>12</sup> Art 8 lid 1 en 3 Wbbbg kan ook langs andere weg in werking treden, namelijk door een daartoe strekkend besluit na inwerkingtreding van de beperkte of algehele noodtoestand – zie de artikelen 7 en 8 van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. Die andere weg is hier niet aan de orde.

18.

"Buitengewone omstandigheden" is een begrip dat in diverse regelingen van staatsnoodrecht voorkomt, maar dat steeds een verschillende betekenis heeft.

19.

Het is een keuze van de wetgever geweest om de terminologie in de Oorlogswet voor Nederland, de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, de wet Veiligheidsregio's en de Wbbbg te harmoniseren, aldus dat elk van deze vier wetten het begrip "buitengewone omstandigheden" kent.<sup>13</sup>

20.

Daniëls formuleert de juridische kwalificatie van de buitengewone omstandigheid met verwijzing naar de wetshistorie als:

*"Een omstandigheid waarin een vitaal belang wordt bedreigd (1) en normale omstandigheden niet toereikend zijn om deze bedreiging af te wenden (2)."*<sup>14</sup>

21.

Maar die harmonisatie is verwarrend, want in elk van die vier wetten gaat het om "buitengewone omstandigheden" van onderscheiden aard.

Wetsbepaling	Om welke buitengewone omstandigheden gaat het? (grammaticaal)
Artikel 1 lid 1 Coördinatiewet Uitzonderingstoestanden	buitengewone omstandigheden die het noodzakelijk maken  <i>ter handhaving van de uitwendige of inwendige veiligheid de beperkte noodtoestand of de algemene noodtoestand af te kondigen.</i> <sup>15</sup>
Artikel 1 lid 1 Oorlogswet voor Nederland	buitengewone omstandigheden die het noodzakelijk maken  <i>dat de artikelen 9 tot en met 14 (oorlogs-noodrecht) gezamenlijk of afzonderlijk in werking worden gesteld.</i>
Artikel 52 lid 1 Wet Veiligheidsregio's	buitengewone omstandigheden die het noodzakelijk maken  <i>dat de artikelen 53 en 54 in werking worden gesteld.</i>
Artikel 1 lid 1 Wbbbg	buitengewone omstandigheden die het noodzakelijk maken  <i>dat de artikelen 5, 6, 7, 8, eerste en derde lid, 9, eerste, tweede, derde en vijfde lid, en 10 ("woelingen-noodrecht") gezamenlijk of afzonderlijk in werking worden gesteld</i>

<sup>13</sup> Invoeringswet coördinatiewet uitzonderingstoestanden. Zie (Kamerstukken II 1993/94, 23791 nr. 3, p. 1-2.

<sup>14</sup> Daniëls 2021, § 2.4.

<sup>15</sup> Uit de MvT (Kamerstukken II 1993/94, 23790 nr. 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."

22.

Tussenconclusie:

De "buitengewone omstandigheden" hebben in elk van deze vier wetten een afzonderlijke betekenis. Zie ook *Kamerstukken II 1987/88, 20028, nr. 4, p. 7*:

*"Per door een noodwet bestreken beleidsterrein kan de kwalificatie van omstandigheden als buitengewone verschillend liggen."*

23.

*De inwerkingtreding van art 8 lid 1 Wbbbg kan zowel gebaseerd zijn op "buitengewone omstandigheden die dit noodzakelijk maken in de zin van art 1 lid 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden", als (bij "separate toepassing") op de andere "buitengewone omstandigheden die dit noodzakelijk maken in de zin van art 1 lid 1 Wbbbg".*

De Coördinatiewet Uitzonderingstoestanden regelt, ter uitvoering van artikel 103 Grondwet, de afkondiging van de beperkte noodtoestand of de algemene noodtoestand. Indien met toepassing van die Coördinatiewet Uitzonderingstoestanden de noodtoestand is afgekondigd, kan daarbij art 8 lid 1 en lid 3 van de Wbbbg in werking worden gesteld.<sup>16</sup>

Voor deze zaak is van belang dat er geen sprake is geweest van (afkondiging van de beperkte of de algemene) noodtoestand.

24.

De Tijdelijke Regeling is dus niet te hereiden naar afkondiging van een noodtoestand, maar naar de "separate inwerkingstelling" van artikel 1 lid 1 Wbbbg. Ofschoon er dan niet een noodtoestand is, is er ook dan wel sprake van noodrecht.

25.

Nu de inwerkingstelling van artikel 8 Wbbbg in deze zaak niet was gebaseerd op de afkondiging van een noodtoestand is niet de vraag aan de orde of er sprake was van een "buitengewone omstandigheid" in de zin van de coördinatiewet Uitzonderingstoestanden, maar is de vraag aan de orde of er sprake is van een "buitengewone omstandigheid" in de zin van art 1 lid 1 Wbbbg.

26.

Onder verwijzing naar Cammelbeeck schrijft Kummeling:

*"Het begrip 'buitengewone omstandigheden' is niet nader (juridisch) gedefinieerd. Het gaat hier om een feitelijk, bestuurlijk oordeel dat de situatie niet met de normale bevoegdheden kan worden aangepakt."<sup>17</sup>*

27.

Ofschoon een definitiebepaling ontbreekt en "buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 1 lid 1 Wbbbg" heel uiteenlopende omstandigheden kunnen zijn, gaat het wel degelijk om een rechtsbegrip. Zoals hierna wordt aangetoond kan er alleen sprake zijn van "buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 1 lid 1 Wbbbg" bij binnenlands oproer; "woelingen". Een

<sup>16</sup> Voor de beperkte noodtoestand volgt dat uit artikel 7 lid 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. Voor de algehele noodtoestand volgt dat uit artikel 8 lid 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

<sup>17</sup> Kummeling 2014, p. 278.



uitzonderlijke toestand vanwege de verspreiding van een virus is niet een buitengewone omstandigheid in de zin van artikel 1 lid 1 Wbbbg. (De hypothetische dijkdoorbraak of een in meer of mindere mate acute dreiging daarvan is evenmin een "buitengewone omstandigheid in de zin van artikel 1 lid 1 Wbbbg").

Dat blijkt uit het hiernavolgende.

28.

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wbbbg expliciet overwogen dat de Wbbbg slechts mag worden gebruikt ter handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid "in engere zin" (zie ook artikel 3 van de Wbbbg).<sup>18</sup> Het beschermen van de volksgezondheid door het voorkomen van de verspreiding van het coronavirus valt niet onder die openbare orde, rust of veiligheid in engere zin.

29.

*Kamerstukken II 1949/50, Bijlagen 1539, nr. 3 (MvT, Uitvoering van artikel 196 der Grondwet), p. 2 (onderstreping toegevoegd):*

*Alvorens dit nader toe te lichten, mogen de ondergetekenden eerst ingaan op de reeds hierboven aangeduide beperking van de voorgestelde regeling, nl. dat zij uitsluitend zal dienen tot een versterking van de handhaving van de openbare orde, rust of veiligheid. In dit verband zij verwezen naar de considerans en de artikelen 1, 3, 10, 15, 23 en 24. Hoewel de begrippen openbare orde, rust en veiligheid op zich zelf een vaag begrensd en algemeen karakter hebben, zijn zij in het ontwerp in beperkte zin opgevat, en wel in die zin, dat met de handhaving daarvan wordt bedoeld het voorkomen van en het optreden tegen woelingen. De begrippen zijn derhalve niet uitgewerkt in hun ruime en algemene bestuurlijke zin. Onderwerpen als evacuatie van gebieden, bescherming van de bevolking tegen oorlogshandelingen, burgerlijke dienstplicht alsmede economische, financiële en waterstaatsaangelegenheden hebben in het ontwerp geen regeling gevonden. Mitsdien is daarmede de mogelijkheid opengelaten om, indien ten aanzien van deze en dergelijke takken van overheidszorg, verband houdende met de uit- of inwendige veiligheid van het Rijk, daartoe de behoefte mocht bestaan, ook daarvoor te zijner tijd de nodige voorzieningen te treffen.*

30.

En, in de toelichting op hoofdstuk 1:

*Zoals reeds in het algemeen gedeelte dezer Memorie is opgemerkt, menen de ondergetekenden de doelstelling van het wetsontwerp te moeten beperken tot de handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid in engere zin.*

31.

Dat de wetgever de mogelijkheid om "het vertoeven in de open lucht" te beperken niet heeft bedoeld ter bescherming van de volksgezondheid (maar slechts ter handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid) blijkt ook duidelijk uit de oorspronkelijke redactie van de Wbbbg. Het huidige artikel 8

<sup>18</sup> *Kamerstukken II 1949/50, Bijlagen 1539, nr. 3 (MvT, Uitvoering van artikel 196 der Grondwet), p. 2 en Kamerstukken II 1994/95, 23789, nr. 5, p. 5.*



stond toen, samen met het huidige artikel 9, in artikel 13 Wbbbg 1952 (Stb. 1952, 361). Uit de samenhang tussen sub b en sub a van lid 1 van artikel 13 van de oorspronkelijke Wbbbg blijkt duidelijk (duidelijker dan mogelijk uit het huidige artikel 8 Wbbbg blijkt) de bedoeling van de wetgever om het "het vertoeven in de open lucht" slechts te kunnen beperken ter voorkoming van een verstoring van de openbare orde, rust of veiligheid ("woelingen").

32.

Artikel 13 Wbbbg 1952

*1. Onverminderd het bij andere wetten bepaalde zijn Onze Minister van Binnenlandse Zaken, Onze Commissaris in de provincie en de burgemeester bevoegd*

- a. het vertoeven in de open lucht te beperken;*
- b. aan personen, ten aanzien van wie ernstig vermoeden bestaat, dat zij de openbare orde, rust of veiligheid in gevaar zullen brengen, te bevelen een gebied te verlaten, of te verbieden zich daarheen te begeven of daarin terug te keren.*

33.

Bij de latere herzieningen van het staatsnoodrecht is expliciet niet beoogd de reikwijdte van de Wbbbg te verruimen.

34.

Zie *Kamerstukken II 1994/95, 23789, nr. 5, p. 5* (onderstreping toegevoegd):

*De leden van de GPV-fractie vroegen of er geen sprake is van tegenstrijdigheid tussen artikel 3, waarin de handhaving van de openbare orde het criterium vormt voor de uitoefening van bevoegdheden op grond van deze wet, en artikel 18, waarin wordt gesproken over het in gevaar brengen van de openbare orde, rust en veiligheid. De tekst van deze artikelen is overgenomen van de artikelen 3, respectievelijk 24 van de huidige Wbbbg. In de Wbbbg, zoals deze in 1952 in werking trad, werd in deze artikelen als criterium de handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid gebruikt. Bij de wet van 16 juli 1964, Stb. 338, waarin een aantal wetten waaronder de Wbbbg aan de Oorlogswet voor Nederland werd aangepast, werd «openbare orde, rust en veiligheid» veranderd in «openbare orde», opdat de Wbbbg beter zou aansluiten bij de toen geldende Gemeentewet en Politiewet. Met deze aanpassing werd echter geen inhoudelijke wijziging beoogd (kamerstukken II 1962/63, 4108, nr. 12). Bij de wet van 11 februari 1988 tot wijziging van de Wbbbg en de Oorlogswet voor Nederland ter aanpassing aan artikel 15, tweede lid, van de Grondwet, Stb. 36, werd in artikel 24 «openbare orde» weer vervangen door «openbare orde, rust en veiligheid». Deze vervanging vond plaats naar aanleiding van een vraag uit de Kamer of de term «veiligheid» geen eigen betekenis had, die vooral zinvol zou kunnen zijn in de bijzondere situatie van de burgerlijke uitzonderingstoestand, en berustte voorts op de overweging dat daardoor parallelle zou ontstaan met artikel 24a, tiende lid (artikel 19, tiende lid, van het wetsvoorstel), waarin de termen «openbare orde» en «'s lands veiligheid» naast elkaar worden gebruikt. Ook bij die gelegenheid kwam in het standpunt van het kabinet echter naar voren dat door deze vervanging geen inhoudelijke wijziging zou ontstaan (kamerstukken II 1986/87, 19 538, nr. 6, blz. 7). Tegen de achtergrond van deze wetsgeschiedenis menen wij dat het*

*desbetreffende tekstverschil tussen de artikelen 3 en 18 van het wetsvoorstel niet als een inhoudelijk verschil mag worden uitgelegd. Om evenwel elk misverstand te vermijden, achten wij het wenselijk dat de artikelen van de Wbbbg op dit punt dezelfde redactie kennen. Gelet op de wetsgeschiedenis bestaat voldoende ruimte om hierbij voor het begrip «openbare orde en veiligheid» te kiezen. De term «veiligheid» kwam immers in dit verband ook tussen 1952 en 1964 al in de Wbbbg voor. Voor gebruik van het begrip «openbare orde en veiligheid» pleit dat dit een inmiddels volledig ingeburgerd begrip is, dat bovendien de lading van de bevoegdheden waarop de desbetreffende bepalingen in de Wbbbg betrekking hebben, beter dekt dan het begrip «openbare orde». Wij wijzen daarbij op de bevoegdheden van de burgemeester in de artikelen 173, 175 en 176 van de Gemeentewet, die uitsluitend of mede betrekking hebben op de handhaving van de veiligheid. Het gebruik van de term «rust» kan achterwege blijven, omdat deze term al in voldoende mate in de term «orde» ligt opgesloten. Een en ander heeft tot gevolg dat in bijgaande nota van wijziging de artikelen 3, 6, 7, 9, 15, 17 en 18 zijn aangepast.*

35.

Het hof heeft aangenomen dat de uitzonderlijke omstandigheden die het kabinet aan de invoering van de avondklok ten grondslag heeft gelegd (kortweg: een zeer zorgelijke situatie, omdat twee epidemiologische situaties zich naast elkaar ontwikkelen; er moet worden voorkomen dat Nederland wordt overspoeld met een derde golf bovenop de tweede; het OMT adviseert invoering van een avondklok, omdat geen gelijkwaardige alternatieven voorhanden zijn (rov. 6.8)) buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 1 Wbbbg zijn.

36.

Daarmee miskent het hof dat "buitengewone omstandigheden" als bedoeld in artikel 1 Wbbbg niet de uitzonderlijke situatie van de bedreiging van de volksgezondheid door de verspreiding van een virus in zich sluit.<sup>19</sup> De Wbbbg is nooit bedoeld om ingezet te worden ter bescherming van de volksgezondheid door de verspreiding van een virus onder de bevolking tegen te gaan. De Wbbbg biedt niet een grondslag om ten behoeve van het tegengaan van de verspreiding van een virus een avondklok in te stellen.

37.

Er is geen enkel grondrecht waar geen uitzonderingen op gemaakt kunnen worden. Artikel 2 Vierde protocol bij het EVRM regelt (in het derde lid) zelf, in welke categorieën van gevallen het grondrecht beperkt kan worden. Daar onderscheidt het "the protection of health" van andere beperkingsgronden:

*"No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."*

<sup>19</sup> De Wbbbg ademt nog volledig de sfeer van de Koude Oorlog. Vgl. Cammelbeeck, AA 1996, afl. 12, p. 768. Cammelbeeck vroeg zich in 1996 al af of de noodwetgeving wel voldoende op de huidige tijd toegesneden was of nog te sterk was georiënteerd op de vroegere Oost-West tegenstelling in het veiligheidsdenken.

38.

In het Vierde Protocol wordt bescherming van de nationale en openbare veiligheid en de openbare orde expliciet onderscheiden van de bescherming van gezondheid (vgl. ook artikel 45 lid 3 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie voor eenzelfde onderscheid). Zou de bescherming van de volksgezondheid nu onder het begrip "veiligheid" worden geschaad, zoals de Staat bepleit, dan wordt het onderscheid tussen openbare orde dan wel veiligheid en (volks)gezondheid in de internationale verdragen zinledig, dan wordt de reikwijdte van de Wbbbg te ver opgerekt en daarmee tenslotte ook het legaliteitsbeginsel uitgehold. Dat de reikwijdte van de Wbbbg dan te ver wordt opgerekt geldt temeer nu de wetgever slechts de veiligheid in beperkte zin heeft bedoeld, waarmee, zo lichtte de wetgever toe, is bedoeld het voorkomen van en het optreden tegen woelingen (*Kamerstukken II 1949/50, Bijlagen 1539, nr. 3 p. 2*).

39.

Door nu te overwegen dat "het zonder meer duidelijk [is] dat er sprake is van buitengewone omstandigheden" (rov. 6.7) en "de Staat daarom [toevoeging: verwijzend naar omstandigheden verband houdend met de verspreiding van het coronavirus en de bescherming van de volksgezondheid] in redelijkheid [heeft] kunnen oordelen dat er sprake was van buitengewone omstandigheden die invoering van de avondklok noodzakelijk maakten" (rov. 6.11) heeft het hof de reikwijdte van de Wbbbg miskend.

40.

De corona-crisis levert dus niet "buitengewone omstandigheden" op, in de zin van art 1 lid 1 Wbbbg. De Wbbbg biedt geen grondslag voor het invoeren van een avondklok ter bescherming van de volksgezondheid. Ook als een maatregel ter bescherming van de volksgezondheid een legitiem doel dient, biedt de Wbbbg daarvoor geen grondslag.

41.

Opmerking verdient nog, dat uit het voorgaande niet volgt, dat het staatsnoodrecht nooit een grondslag zou kunnen bieden voor noodwetgeving bij "virus-noodsituaties". Indien een virus een ramp veroorzaakt of indien er een ernstige vrees is, dat een virus een ramp veroorzaakt, heeft de burgemeester immers de bevoegdheden om op de voet van art 175 jo 176 Gemeentewet alle bevelen te geven die hij ter beperking van gevaar nodig acht en algemeen verbindende voorschriften te geven die ter beperking van gevaar nodig zijn. Onder de omstandigheden als genoemd in art. 39 Wet Veiligheidsregio's komen die "burgemeesters-bevoegdheden" bij uitsluiting toe aan de voorzitter van de veiligheidsregio. Aan het begin van de corona-crisis zijn op die grondslag ook tal van noodverordeningen tot stand gekomen.

Subonderdeel 1.2 – Rechtsklacht (m.b.t. "noodzakelijk maken dat de artikelen 8, eerste en derde lid, Wbbbg in werking worden gesteld" en het daarmee samenhangende subsidiaire karakter van noodrecht)

42.

In de beide rechtsoverwegingen 6.6 en 6.11 miskent het hof dat artikel 1 lid 1 Wbbbg jo artikel 8 lid 1 Wbbbg een noodrechtregeling is en dat noodrecht een subsidiair karakter heeft: het mag alleen worden gebruikt als het gewone wettelijke kader tekortschiet om een (nood)situatie te beheersen. In

de overwegingen van het hof ligt het onjuiste uitgangspunt besloten dat de regeling van artikel 1 lid 1 j<sup>o</sup> artikel 8 lid 1 Wbbbg voor de bestrijding van een (nood)situatie gebruikt kan worden indien het eveneens mogelijk is om de (nood)situatie te beheersen door middel van wetgeving in formele zin.

43.

Die rechtsfouten bouwen voort op een onjuist begrip van het in artikel 1 lid 1 Wbbbg bedoelde "noodzakelijk maken". De in artikel 1 lid 1 Wbbbg genoemde noodzakelijkheid heeft (anders dan het hof in rov 6.6 en de eerste volzin van rov 6.11 onjuist tot uitgangspunt nam) geen betrekking op de uiteindelijk te treffen maatregel (in deze zaak: "invoering van de avondklok") op zich, maar op de noodzakelijkheid om die maatregel in te voeren langs de weg van 8, eerste en derde lid, Wbbbg, omdat de gewone weg van wetgeving in formele zin in de buitengewone omstandigheid niet voldoet.

44.

Daaruit vloeit voort dat het hof in rechtsoverweging 6.11:

- eveneens onjuist overweegt dat voor het inzetten van de Wbbbg niet is vereist dat (...) de uitwendige of inwendige veiligheid van de Staat niet meer anders kan worden gewaarborgd en;
- eveneens onjuist overweegt dat de (theoretische) mogelijkheid van een spoedwet niet ertoe leidt dat de Staat de bevoegdheid van de Wbbbg niet kon inzetten omdat het parlement met de Wbbbg immers op voorhand voor situaties als thans aan de orde het kabinet de bevoegdheid toe heeft gekend een avondklok in te stellen.

## Toelichting onderdeel 1.2

*Over noodrecht en artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg*

45.

In een democratische rechtsstaat gaan verbindende voorschriften uit van de democratische wetgever. De wetgever heeft onderkend dat er zich noodsituaties kunnen voordoen waarin de gewone wetgevingsroute niet geschikt is om met voldoende spoed verbindende voorschriften af te kondigen. ~~Waar de gelijke situatie~~ Voor dergelijke situaties bevat het objectieve staatsnoodrecht voorafgaand aan de noodsituatie geschreven recht, bedoeld om te gelden in tijden van staatsnood. Het staatsnoodrecht bevat bepalingen ten aanzien van de bevoegdheden, welke uitgeoefend mogen worden in zulke tijden.<sup>20</sup>

46.

Artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg (en artikel 1, Wbbbg, dat de inwerkingstelling van artikel 8 lid 1 en 3 regelt) zijn zulke bepalingen van noodrecht. Artikel 8 lid 1 Wbbbg kan "separaat" worden toegepast. Dat wil zeggen dat in werking stelling mogelijk is zonder dat een algemene of beperkte noodtoestand hoeft te worden uitgeroepen.

---

<sup>20</sup> Loof 2016, par. 2.1.

47.

In dit geval is artikel 8 lid 1 separaat toegepast. Ook bij die separate toepassing is er sprake van de toepassing van noodrecht.<sup>21</sup>

48.

Noodrecht heeft een subsidiair karakter. Slechts indien het gewone wettelijke kader tekortschiet om de (nood)situatie te beheersen, mag het noodrecht worden gebruikt. Dit is de nadrukkelijke opvatting van de wetgever geweest en wordt ook in de literatuur aangenomen.

49.

Zie *Kamerstukken II 1994/95*, 23789, nr. 5, p. 1-2:

*"Voor het antwoord op de vraag of de algemene dan wel beperkte noodtoestand in werking moet worden gesteld dan wel de mogelijkheid moet worden geopend bepaalde bevoegdheden van de Wbbbg separaat toe te passen, is immers beslissend of de betrokken bestuursorganen met de bevoegdheden die de «gewone» wetgeving voor normale omstandigheden geeft, in een bepaalde situatie nog langer uit de voeten kunnen."*

50.

En, als antwoord op de vraag of de Wbbbg een voldoende basis biedt om terroristische activiteiten die de interne veiligheid kunnen bedreigen te lijf te gaan:

*"Gelet op het subsidiaire karakter van noodwetgeving zullen dergelijke activiteiten in eerste instantie moeten worden bestreden met gebruikmaking van de bevoegdheden die de gewone wetgeving biedt. (...) Eerst indien deze mogelijkheden niet toereikend zijn, komt een wet als de Wbbbg in beeld."*

51.

Vgl. ook hetgeen Minister Dijkstal bij de herziening van het noodrecht overwoog (*Handelingen II 1994/95*, nr. 5833-5855, nr. 95, p. 12):

*"Noodwetgeving is, zoals het woord zegt, bedoeld voor situaties waarin de normale wettelijke bevoegdheden onvoldoende mogelijkheden bieden om in een buitengewone situatie als overheid afdoende te reageren en op te treden. Dat is wat anders dan dat je in een of andere prangende situatie meent dat er met grote spoed wetgeving moet komen om in die situatie het probleem op te lossen."*

52.

*Kamerstukken II 1949/50*, Bijlagen 1539, nr. 3, toelichting op hf. 1:

*"Het onderhavige wetsontwerp heeft zich daarmee echter niet bezig te houden; elke aanslag op de openbare orde, rust of veiligheid, welke niet op de normale wijze (men zie o.a. de artikelen 217 e.v. van de gemeentewet en de artikelen 15, 16, 17 van het Politiebesluit 1945) door de burgerlijke gezagsorganen afdoende kan worden bestreden, zal een krachtiger optreden van het burgerlijk gezag, uitgerust met bijzondere bevoegdheden, kunnen motiveren."*

<sup>21</sup> Cammelbeeck, AA 1996, afl. 12, p. 762 r.k. en het antwoord op de vragen Groenlinks-39 en Groenlinks-40, *Kamerstukken I 2020/21*, 35526, nr. G. Uitgebreider over het begrip (staats)noodrecht, Kortmann *MRT* 1984, p. 184-185.

53.

Loof:

*"De kwalificatie buitengewone omstandigheden bestaat uit twee onderdelen, te weten (a) de bedreiging van een vitaal belang en (b) de ontoereikendheid van de normale bevoegdheden. Daarmee is de inzet van buitengewone bevoegdheden dus niet zozeer gekoppeld aan feitelijke omstandigheden die een bepaalde ernst of omvang moeten hebben, maar vooral aan het antwoord op de vraag of de normale bevoegdheden toereikend zijn om de crisissituatie het hoofd te bieden."*<sup>22</sup> (Zie ook, inhoudelijk gelijklopend: Brainich.<sup>23</sup>)

*Artikel 1 lid 1 Wbbbg en de noodzakelijkheidseis ("ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken").*

54.

Voor inwerkingtreding van het noodrecht geldt volgens de Nederlandse systematiek altijd de materiele voorwaarde dat er sprake is van in "buitengewone omstandigheden" gelegen noodzakelijkheid.<sup>24</sup> Ook artikel 8 lid 1 van de Wbbbg kan slechts in werking worden gesteld ingeval "buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken".

55.

Het woord "dit" in artikel 1 lid 1 Wbbbg verwijst naar het inzetten van noodrecht. Het ziet op "het in werking gesteld worden van de artikelen 5, 6, 7, 8, eerste en derde lid, 9, eerste, tweede, derde en vijfde lid, en 10 gezamenlijk of afzonderlijk".

56.

Het hof heeft met zijn overwegingen in rov. 6.11, dat het inzetten van de Wbbbg niet vereist dat de uitwendige of inwendige veiligheid van de Staat niet meer anders kan worden gewaarborgd en dat de (theoretische) mogelijkheid van een spoedwet [niet] ertoe [leidt] dat de Staat de bevoegdheid van de Wbbbg niet kon inzetten, het karakter van noodrecht miskend.

57.

Anders dan het hof onjuist tot uitgangspunt heeft genomen<sup>25</sup> verwijst het woord "dit" in artikel 1 lid 1 Wbbbg ("ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken") NIET naar "invoering van de avondklok".

58.

Dat de maatregel (invoering van de avondklok) niet de noodrecht-route vereiste, doordat de avondklok bij wet in formele zin ingevoerd had kunnen worden, is zowel door Viruswaarheid<sup>26</sup> als

<sup>22</sup> Loof 2016, p. 97.

<sup>23</sup> Brainich, T&C Openbare Orde en Veiligheid, commentaar op art. 103 Gw, aant. 3 sub d:

*"In de definitie van buitengewone omstandigheden zijn de twee elementen van besluitvorming opgenomen, namelijk*

1. *de bedreiging van een vitaal belang; en*
2. *de ontoereikendheid van de normale bevoegdheden*

*(...) Het eerste onderdeel van deze kwalificatie vormt een vertaling van het beginsel van proportionaliteit; het tweede onderdeel is de vertaling van het beginsel van subsidiariteit.*

<sup>24</sup> Brainich, T&C Openbare Orde en Veiligheid, commentaar op aanhef CWU, aant. 2.

<sup>25</sup> Rov 6.6, rov 6.11 eerste volzin

<sup>26</sup> PV mondelinge behandeling in HB, pagina 3, onderaan: "Je kunt het staatsnoodrecht niet naar believen inroepen. Er is al vanaf december over een avondklok gedebatteerd. Er was dus voldoende tijd voor een normaal wetgevingstraject. Je kunt

door Pols gesteld<sup>27</sup>, en ongeoordeeld gebleven. Daarmee behoort het tot de hypothetische feitelijke grondslag.<sup>28</sup>

59.

Eisers tot cassatie zijn het niet eens met het oordeel van het hof dat de Staat in redelijkheid kon oordelen dat invoering van de avondklok noodzakelijk was. Maar in deze cassatieprocedure gaat het niet om de noodzakelijkheid van het invoeren van de avondklok. De vraag die het hof had moeten beantwoorden, is de vraag of (uitgaande van de noodzaak de avondklok in te voeren) buitengewone omstandigheden het noodzakelijk maakten artikel 8, eerste en derde lid, Wbbbg in werking te stellen (en aldus langs een andere weg dan de weg van het tot stand doen komen van een wet in formele zin, de avondklok in te stellen). Door voor de Wbbbg te kiezen, in plaats van een wet in formele zin, heeft het kabinet de Raad van State en de Eerste Kamer ten onrechte, want niet strikt noodzakelijk, niet vooraf bij de invoering van de avondklok betrokken.<sup>29</sup> Maar in de plaats ervan te beoordelen of *toepassing van het noodrecht van artikel 8 lid 1 Wbbbg noodzakelijk was*, heeft het hof geoordeeld *of de invoering van de avondklok vanwege buitengewone omstandigheden noodzakelijk was*.


60.

Daarmee is het hof in de rov 6.6 en 6.11 uitgegaan van de onjuiste rechtsopvatting, dat, indien buitengewone omstandigheden de invoering van een avondklok noodzakelijk maken, dus *“de inzet van de Wbbbg in beginsel op zijn plaats is en het kabinet op grond van artikel 8 lid 1 en lid 3 Wbbbg de Tijdelijke regeling kon vaststellen”*.

61.

Uitgaande van de juiste rechtsopvatting over de subsidiariteit van de op artikel 1 lid 1 jo artikel 8 lid 1 Wbbbg had het hof moeten beoordelen of de noodrecht-route noodzakelijk was. Als (zoals voortvloeit uit de hypothetische feitelijke grondslag) die route niet noodzakelijk was, had het hof tot het oordeel moeten komen, dat de Tijdelijke Regeling een onmiskenbaar onverbindende regeling is.

Enschede, 23 april 2021

  
J. de Jong van Lier  
Advocaat bij de Hoge Raad

---

dan niet terugvallen op de Wbbbg. De Tweede Kamer is zelfs gevraagd om een mening. Van grote spoed was dus geen sprake”

<sup>27</sup> PV mondelinge behandeling in HB, pagina 4, onderaan: *“De avondklok is op 14 december aangekondigd. Toen al is besproken dat die begin januari in zou moeten gaan. Er werd toen zelfs al een concrete datum voor de invoering genoemd. Er is dus geen sprake van een acute noodsituatie”*

<sup>28</sup> Inmiddels heeft de recente geschiedenis ook geleerd, dat de avondklok binnen 3 werkdagen bij wet ingevoerd kon worden. Op 17 februari 2021 is het Voorstel van wet spoedwet avondklok ingediend (Zie: *Kamerstukken II 2020/21, 35732, nr. 2*). Op 18 februari is het voorstel door de Tweede kamer aanvaard. Op 19 februari is het voorstel door de Eerste Kamer aanvaard (Zie: *Kamerstukken I 2020/21, 35732, nr. D*)

<sup>29</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2020/21, 35722, nr. 6, p. 14 vraag 37*.



## Bronnenlijst

### Literatuur

#### **Brainich 2020a**

E.T. Brainich, 'Commentaar op art. 103 Grondwet', in: E.R. Muller, E.T. Brainich, J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Tekst & Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, Kluwer Navigator (actueel t/m 1 oktober 2020).

#### **Brainich 2020b**

E.T. Brainich, 'Commentaar op aanhef CWU', in: E.R. Muller, E.T. Brainich, J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Tekst & Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, Kluwer Navigator (actueel t/m 11 september 2020).

#### **Daniëls, S 2021**

Commentaar op artikel 103 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021 ([www.Nederlandrechtsstaat.nl](http://www.Nederlandrechtsstaat.nl))

#### **Cammelbeeck, AA 1996, afl. 12**

T.D. Cammelbeeck, 'Het staatsnoodrecht herzien: het onvoorzienbare gesystematiseerd', *Ars Aequi* 1996, afl. 12 p. 762-768.

#### **Kortmann, MRT 1984**

C.A.J.M. Kortmann, 'Iets over staatsnoodrecht', *Militair-Rechterlijk Tijdschrift* 1984, p. 183-186.

#### **Kummeling 2014**

H.R.B.M. Kummeling, 'Recht in nood', in: *Crises, rampen en recht, Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 263-99.

#### **Loof 2016**

J. Loof, 'Noodtoestanden in het Nederlandse publiekrecht', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2016, afl. 1, p. 87-132.

#### **Neerhof 2019**

A.R. Neerhof, 'Het wetmatigheidsbeginsel' in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid* 2019 [73.3]

### Regelgeving

Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19 (*Stb.* 2021, 85).

Wet van 23 juli 1952, regelende buitengewone bevoegdheden van het burgerlijk gezag (Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag) (*Stb.* 1952, 361).

Besluit van 22 januari 2021, houdende inwerkingtreding en inwerkingstelling van artikel 8, eerste en derde lid, van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (*Stb.* 2021, 24).



Regeling van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 januari 2021, nr. 3192465, tot instelling van een landelijke avondklok ter bestrijding van de epidemie van covid-19 (Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19) (*Stcrt.* 2021, 4191).

## Kamerstukken

*Kamerstukken II* 1949/50, Bijlagen 1539, nr. 3 (*MvT; Uitvoering van artikel 196 der Grondwet*).

*Kamerstukken II* 1987/88, 20028, nr. 4.

*Kamerstukken II* 1994/95, 23789, nr. 5.

*Kamerstukken II* 1993/94, 23790 nr. 3.

*Kamerstukken I* 2020/21, 35526, nr. G.

*Kamerstukken II* 2020/21, 35722, nr. 4.

*Kamerstukken II* 2020/21, 35722, nr. 6.

*Kamerstukken II* 2020/21, 35732, nr. 2.

*Kamerstukken I* 2020/21, 35732, nr. D.

*Handelingen II* 1994/95, nr. 5833-5855, nr. 95 (datum: 29 augustus 1995).

## Rechtspraak

HR 30 oktober 1946, ECLI:NL:HR:1946:87 NJ 1946, 737 ("Verbindende kracht bezettingsbesluiten")

HR 13 januari 1879, *W* (1879) 4330 (*Meerenberg*).

HR 10 april 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD2208, NJ 1973/386, m.nt. A.R. Bloembergen (*Fluoridering II*).

HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9460, NJ 1987/898, m.nt. M. Scheltema (*Methadonbrief*).

HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2292, NJ 2011/390, m.nt. S.F.M. Wortmann.

Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100.

Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285.