

PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 19 juli 2021, 09:30 uur

Zaaknummer 200.294.908/01

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

Pleitnota mrs. R.W. Veldhuis en M.E.A. Möhring

1 Een complexe belangenafweging

- 1.1 De corona-epidemie in Nederland bevindt zich in een overgangsfase, waarin sprake is van een race tussen de snelheid waarmee wordt gevaccineerd en verspreiding van het virus.¹
- 1.2 Door een toenemende immuniteit als gevolg van vaccinatie en doorgemaakte infecties én door naleving van de nog bestaande maatregelen, is het aantal nieuwe gevallen in de periode van begin mei tot eind juni sterk afgenomen.² Deze afname in het aantal nieuwe gevallen leek het mogelijk te maken om – aan de hand van het openingsplan – de afgelopen periode een aanzienlijk deel van de maatregelen ter bestrijding van de corona-epidemie los te laten.
- 1.3 De periode vanaf eind juni heeft echter duidelijk gemaakt hoe grillig de corona-epidemie kan zijn. Ondanks de toenemende immuniteit als gevolg van vaccinatie en doorgemaakte infecties, is de situatie in Nederland razendsnel omgeslagen en is het aantal besmettingen in korte tijd sterk gestegen.³
- 1.4 Naast het versoepelen van de maatregelen en gedrag, speelt de opkomst van de deltavariant hierbij een grote rol. De deltavariant is fors besmettelijker dan de varianten die eerder in omloop zijn gekomen (volgens de laatste gegevens: 51% besmettelijker). Daarnaast lijkt de deltavariant niet alleen mensen te treffen die niet gevaccineerd zijn, maar ook mensen die wel deels, maar nog niet volledig, gevaccineerd zijn – zoals een groot deel van de Nederlandse bevolking. Op dit moment ligt de meest recente R-waarde – ondanks de stijgende vaccinatiegraad – ruim boven

¹ Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 1356 (maatregelenbrief COVID-19 van de Minister van VWS van 6 juli 2021, kenmerk 3221455-101265-PDC19), p. 2.

² Advies n.a.v. het 113^e OMT van 16 mei 2021, p. 3.

³ <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/positief-geteste-mensen>

de 2,0.⁴ Dat is de hoogste R-waarde sinds 24 februari 2020.

- 1.5 Het kabinet heeft naar aanleiding van deze snel omgeslagen situatie het OMT om een spoedadvies gevraagd. In dat spoedadvies van 9 juli jl. heeft het OMT erop gewezen dat het toenemende aantal besmettingen, dat ten tijde van het advies nog vooral onder jongeren zichtbaar was, ertoe zal leiden dat ook in toenemende mate verspreiding onder de niet-gevaccineerde bevolking en de kwetsbaren in de samenleving zal plaatsvinden (deze groepen samen bestaan uit ongeveer drie miljoen personen). De belasting van de zorg zal dan eveneens beduidend oplopen, zoals in het Vereniad Koninkrijk al te zien is. Daarbij benadrukt het OMT dat het aantal besmettingen sneller stijgt dan in de eerdere prognoses was voorzien. Het OMT wijst er verder op dat ook voor jongeren zelf de gezondheidsrisico's niet verwaarloosbaar zijn en dat bovendien het risico op het ontstaan van nieuwe virusvarianten toeneemt als het aantal besmettingen toeneemt. Het OMT adviseert dan ook tot het nemen van een aantal maatregelen.⁵
- 1.6 Het kabinet is vervolgens overgegaan tot het treffen van enkele aanvullende maatregelen.⁶
- 1.7 Met het voorgaande is nogmaals onderstreept dat het kabinet voortdurend kijkt of de maatregelen verder versoepeld kunnen worden, of dat anderzijds aanvullende maatregelen nodig zijn. Het kabinet weegt daarbij – daarover geadviseerd door onder andere het OMT – iedere (mogelijke) versoepeling of (mogelijke) nieuwe maatregel zorgvuldig af aan de hand van de betrokken epidemiologische, maatschappelijke en economische belangen en aan de hand van de drie richtinggevendende pijlers (belastbaarheid van de zorg, bescherming kwetsbaren en zicht houden op het virus).
- 1.8 Het voorgaande illustreert verder bij uitstek dat de noodzaak voor het bestaande wettelijke systeem, dat het kabinet de mogelijkheid geeft om snel en flexibel te kunnen acteren, maar dat tegelijkertijd voorziet in democratische waarborgen, nog onverminderd aanwezig is.
- 1.9 Dat geldt te meer nu onduidelijk blijft hoe de corona-epidemie zich op de middellange termijn zal ontwikkelen. Door het OMT is in dit verband gewezen op verschillende onzekere factoren, zoals (i) de grootte van het seizoenseffect, (ii) het al dan niet ontstaan van virusvarianten die zich aan de afweer na vaccinatie of doorgemaakte

⁴ Zie <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/varianten>; <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/reproductiegetal>; <https://www.rivm.nl/nieuws/deltavariant-rukt-op>; advies n.a.v. het 116^e en 117^e OMT van 18 juni 2021, p. 3-4; advies n.a.v. het 118^e OMT van 5 juli 2021, p. 3; advies n.a.v. het 119^e OMT van 9 juli 2021, p. 3-4. Zie bovendien de technische briefing van 7 juli 2021 door prof. dr. J.T. Van Dissel, p. 3, 7, 10 (<https://www.tweedekamer.nl/kamerleden-en-commissies/commissies/volksgezondheid-welzijn-en-sport/thema-coronavirus>).

⁵ Advies n.a.v. het 119^e OMT van 9 juli 2021, p. 4-5.

⁶ Kamerbrief van 9 juli 2021 van de Minister van VWS over het spoedadvies van het OMT en de kabinetsreactie, kenmerk 322812-1012657-PDC19; Regeling houdende wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met strengere maatregelen voor horeca, cultuur en evenementen, Stcrt. 2021, 35720.

infectie kunnen onttrekken, (iii) het al dan niet persisteren van immuniteit tot na de winterperiode en (iv) de hoogte en homogeniteit van de vaccinatiegraad.⁷

2 De inzet van dit kort geding

- 2.1 Met dit kort geding willen appellanten echter bereiken dat de rechter in één klap alle maatregelen ter bestrijding van de corona-epidemie van tafel veegt én het kabinet de bestaande wettelijke instrumenten om de corona-epidemie te bestrijden uit handen slaat.
- 2.2 Dat is onwenselijk vanuit epidemiologisch perspectief, vanuit het perspectief van de kwetsbaren in de samenleving en vanuit het perspectief van de zorg.
- ~~2.3~~ 2.3 De maatregelen ter bestrijding van de corona-epidemie zijn immers nog steeds nodig.⁸ Op het moment dat de vordering van appellanten zou worden toegewezen, zouden die maatregelen dan ook getroffen moeten worden op basis van noodverordeningen of op basis van noodwetgeving. Daarmee zouden niet alleen de grond- en mensenrechten minder beschermd zijn, maar zouden bovendien minder democratische waarborgen gelden dan nu het geval is.
- 2.4 Voor toewijzing van de vordering van appellanten bestaat ook geen juridische grond – al helemaal niet in kort geding.
- 2.5 De rechter in kort geding dient zich terughoudend op te stellen waar het gaat om de vraag welke maatregelen ter bestrijding van de corona-epidemie moeten worden getroffen en of die maatregelen proportioneel en subsidiair zijn. Dit vergt primair immers een politieke afweging. Bovendien heeft de rechter in kort geding alleen bij een onmiskenbaar onverbindende regeling de bevoegdheid om de betreffende bepalingen buiten werking te stellen.⁹

3 Geen onmiskenbaar onverbindende regeling

- 3.1 De vordering van appellanten is erop gebaseerd dat de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 onmiskenbaar onverbindend zou zijn. Daartoe voeren appellanten in de kern twee gronden aan, namelijk (i) dat sprake is van een feitelijke noodtoestand en (ii) dat de maatregelen niet kunnen worden gebaseerd op hoofdstuk Va van de Wpg omdat geen sprake is van een epidemie van een infectieziekte.

⁷ Advies n.a.v. het 116^e en 117^e OMT van 18 juni 2021, p. 6-7; advies n.a.v. het 118^e OMT van 5 juli 2021, p. 4-5.

⁸ Zie nader onder 3.7 van de pleitnota in eerste aanleg en de hoofdstukken 2 en 3 van de memorie van antwoord. Zie ook de meest recente adviezen van het OMT: het advies n.a.v. het 116^e en 117^e OMT van 18 juni 2021, p. 4-12; het advies n.a.v. het 118^e OMT van 5 juli 2021, p. 6-8 en het advies n.a.v. het 119^e OMT van 9 juli 2021.

⁹ Zie meer uitgebreid de memorie van antwoord in § 1.12, met nadere verwijzingen.

- 3.2 De Staat zal hierna toelichten dat de voorzieningenrechter deze door appellanten aangevoerde gronden terecht heeft verworpen.

Geen sprake van een feitelijke noodtoestand

- 3.3 Volgens appellanten is "door het geheel aan maatregelen" uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 sprake van een feitelijke noodtoestand.¹⁰ Het gaat daarmee in dit kort geding dus uitdrukkelijk niet over de afzonderlijke maatregelen die in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 zijn opgenomen.
- 3.4 Het "geheel aan maatregelen" dat appellanten voor ogen hadden, bestaat inmiddels echter niet meer. Als gevolg van de versoepelingen zijn negen van de drieëntwintig door appellanten bedoelde maatregelen immers komen te vervallen.¹¹ Van de andere veertien maatregelen hebben er twaalf inmiddels een andere inhoud.¹² Er zijn dus slechts twee artikelen ongewijzigd.¹³

Zo was bijvoorbeeld in art. 2a.2 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 ten tijde van de memorie van grieven de mondkapjesplicht voor onderwijsinstellingen opgenomen. Nu zijn in die bepaling (waartegen de vordering van appellanten zich nog steeds richt) echter juist uitzonderingen op die mondkapjesplicht opgenomen. En waar op grond van art. 4.4 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 ten tijde van de memorie van grieven een eet- en drinkgelegenheid in beginsel gesloten was, bepaalt dat artikel nu dat een eet- en drinkgelegenheid (onder voorwaarden) tussen 06:00 uur en 0:00 uur in principe open mag.

- 3.5 Dat en waarom het geheel van de nog resterende maatregelen – in hun huidige vorm – zou resulteren in een feitelijke noodtoestand, is door appellanten op geen enkele manier aannemelijk gemaakt. Alleen al om die reden kan de vordering van appellanten niet op deze grond worden toegewezen.
- 3.6 Met het geheel aan maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 is bovendien ook geen sprake van een feitelijke noodtoestand.
- 3.7 De grond- en mensenrechten gelden in Nederland onverkort. Bij het nemen van (corona-)maatregelen moet de Staat de grond- en mensenrechten dan ook naleven. Dat doet de Staat ook. Met de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 wordt dus ook

¹⁰ Hier wordt bedoeld op de in het petitum genoemde maatregelen, zie memorie van antwoord, § 4.20-4.24.

¹¹ Art. 2a.3 (mondkapjesplicht contactberoepen), art. 3.1 (groepsvorming boven de vier personen), art. 3.2 (groepsvorming boven de dertig personen), art. 4.a.1 (sluiting publieke plaats), art. 4.5 (sluitingstijd winkels), art. 4.8 (wellness), art. 6.9 (alcohol op openbare plaatsen) en art. 6.12 (bezettingsgraad logementen).

¹² Over andere onderwerpen gaan art. 2a.1 (was mondkapjesplicht publieke binnenruimte, is mondkapjesplicht voortgezet onderwijs), art. 4.2 (was maximaal dertig personen per zelfstandige ruimte, is openstelling doorstroomlocaties en spellocaties), art. 4.3 (was reservering doorstroomlocaties, is dansvoorzieningen) en art. 4.7 (was verkoop alcoholhoudende drank, is toegangsbewijzen eet- en drinkgelegenheden). Over hetzelfde onderwerp maar met een andere maatregel gaan de artt. 4.4, 5.1, 6.7a-c en 6.8,

¹³ Art. 4.1 en 6.10.

niet afgeweken van de grond- en mensenrechten.

- 3.8 Hooguit worden met de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 grond- en mensenrechten ingeperkt. Appellanten miskennen dat *inperking* van grond- en mensenrechten iets wezenlijks anders is dan *afwijking* van grond- en mensenrechten. De grond- en mensenrechten voorzien namelijk zelf in de mogelijkheid van inperking: inperking is mogelijk als de inperking aan de in de grond- en mensenrechten opgenomen voorwaarden voldoet (legitiem doel, bij wet voorzien, noodzakelijk in een democratische samenleving). Bij een inperking die aan deze voorwaarden voldoet, wordt dus ook niet afgeweken van de grond- en mensenrechten.
- 3.9 De maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 voldoen aan deze voorwaarden voor inperking van de grond- en mensenrechten, zoals door de Staat in deze procedure reeds uitvoerig is toegelicht.¹⁴ Het gaat om maatregelen die bij wet zijn voorzien (hoofdstuk Va van de Wpg) en die een legitiem doel dienen, nu zij strekken ter bescherming van de openbare veiligheid, de (volks)gezondheid en de rechten van anderen.
- 3.10 Ook zijn deze maatregelen noodzakelijk in een democratische samenleving, en dus ook proportioneel. De Staat heeft daarbij onder meer erop gewezen dat alleen al uit de verschillende OMT-adviezen die bij de besluitvorming zijn betrokken, blijkt dat het geheel aan maatregelen in het belang van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen noodzakelijk is in een democratische samenleving.¹⁵ In die adviezen is door het OMT steeds benadrukt dat de (bestaande) maatregelen nodig zijn om de epidemie te beheersen en dat er dus geen ruimte bestaat voor verdere versoepelingen.¹⁶ Het is inmiddels vaste jurisprudentie – ook van uw hof – dat de Staat mag vertrouwen op de adviezen van het OMT en zijn beleid daarop in belangrijke mate mag afstemmen.¹⁷
- 3.11 Verder heeft de Staat erop gewezen dat het treffen van een ministeriële regeling op grond van hoofdstuk Va van de Wpg (zoals de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19) met procedurele waarborgen is omkleed. Die waarborgen zien onder meer op de betrokkenheid van de Tweede en Eerste Kamer, het verval van rechtswege na drie maanden en het bepaalde in art. 58b lid 2 Wpg (een ministeriële regeling kan alleen getroffen worden voor zover dat (i) noodzakelijk is gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid, (ii) in overeenstemming is met uitgangspunten van de democratische rechtstaat en (iii) de uitoefening van de grondrechten zo min mogelijk beperkt en evenredig is).

¹⁴ Zie § 4 van de memorie van antwoord en § 3 van de pleitnota in eerste aanleg.

¹⁵ Zie ook de pleitnota in eerste aanleg, § 3.6-3.10.

¹⁶ Zie nader onder 3.7 van de pleitnota in eerste aanleg en de hoofdstukken 2 en 3 van de memorie van antwoord. Zie ook de meest recente adviezen: het advies n.a.v. het 116^e en 117^e OMT van 18 juni 2021, p. 4-12 en het advies n.a.v. het 118^e OMT van 5 juli 2021, p. 6-8, advies n.a.v. het 119^e OMT van 9 juli 2021.

¹⁷ Zie hfst. 5 van de conclusie van antwoord, in het bijzonder § 5.4. Zie in aanvulling daarop Hof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:869, rov. 5.2.

- 3.12 De inzet van dit kort geding is, als gezegd, niet of een bepaalde maatregel uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 onmiskenbaar onverbindend is, maar of de Staat tot het geheel aan (nog resterende) maatregelen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 heeft kunnen komen, zonder de noodtoestand af te kondigen. Uit het voorgaande blijkt dat dat zonder meer het geval is.

Hoofdstuk Va van de Wpg kan worden ingezet

- 3.13 Appellanten leggen aan hun vordering verder nog ten grondslag dat geen sprake zou zijn van een 'epidemie van een infectieziekte' in de zin van art. 1 van de Wpg.

- 3.14 Zoals door de Staat eerder al uiteengezet, is van een epidemie van een infectieziekte wel degelijk sprake, maar is bovenal voor het inzetten van de bevoegdheden op grond van hoofdstuk Va van de Wpg niet van belang of sprake is van een epidemie van een infectieziekte.¹⁸ Hoofdstuk Va van de Wpg is immers van toepassing op de bestrijding van 'de epidemie van covid-19'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt daarbij uitdrukkelijk dat op het niveau van de formele wet is vastgelegd dat de bevoegdheden uit hoofdstuk Va van de Wpg dienen ter bestrijding van de epidemie van covid-19, dat het toepassingsbereik van hoofdstuk Va van de Wpg daarmee afwijkt van dat van de andere hoofdstukken van de Wpg en dat hoofdstuk Va van de Wpg dus losstaat van de andere hoofdstukken van de Wpg.¹⁹

Slotsom

- 3.15 Slotsom is dan ook dat de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 niet onverbindend is, en dat van een *onmiskenbaar* onverbindende regeling al helemaal geen sprake is.

4 Conclusie

Tot bekrachtiging van het vonnis van de voorzieningenrechter, kosten rechtens.

¹⁸ Zie § 7 van de memorie van antwoord. Het wetsvoorstel tot incorporatie van de Regeling 2019-nCoV (de regeling waarmee covid-19 is aangemerkt als behorend tot groep A van de infectieziekten in de zin van de Wpg) in de Wpg, is inmiddels door de Tweede Kamer is aangenomen. Zie de Stemmingen van 6 juli 2021, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2020Z03689&dossier=35401#activiteit-2021a04016>

¹⁹ Zie nader nog Kamerstukken II 2020/21, 35401, nr. 7, p. 2 en nr. 9 (Kamerbrief van de Minister van VWS van 6 juli 2021 inzake de wijziging van de Wet publieke gezondheid tot incorporatie van de Regeling 2019-nCoV, kenmerk 3223932-1012461-WJZ).

behandeld door
correspondentie
telefoon
fax
e-mail
zaaknr

R.W. Veldhuis en M.E.A. Möhring

11016235