

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.290.085/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/607056 / KG ZA 21-118

Arrest in kort geding van 26 februari 2021

inzake

De Staat der Nederlanden

(Ministerie van Algemene Zaken en Ministerie van Justitie en Veiligheid),

zetelend te Den Haag,

appellant,

nader te noemen: de Staat,

advocaat: mr. R.W. Veldhuis te Den Haag,

tegen

1. Stichting Viruswaarheid.nl,

gevestigd te Rotterdam,

2. Willem Christiaan Engel,

wonende te Rotterdam,

3. Jeroen Sebastiaan Pols,

wonende te Vogelenzang, gemeente Bloemendaal,

geïntimeerden,

hierna tezamen te noemen: Viruswaarheid,

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

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- De stukken van de eerste aanleg en het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 16 februari 2021 (hierna: het vonnis)¹;
- Het exploot van dagvaarding in hoger beroep (na verlot spoedappel) van 16 februari 2021;
- Het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van het incident op grond van artikel 351 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) van 16 februari 2021;
- De uitspraak met toepassing van artikel 30p Rv in het incident op grond van artikel 351 Rv van 16 februari 2021;
- De memorie van grieven met de producties;
- De memorie van antwoord met de producties.

¹ Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder nummer ECLI:NL:RBDHA:2021:1100.

- 1.2 Op 19 februari 2021 heeft de mondelinge behandeling in de hoofdzaak plaatsgevonden. Partijen hebben de zaak op die zitting toegelicht, de Staat mede door mr. J. Bootsma, advocaat te Den Haag. Beide partijen hebben bij die gelegenheid nog producties in het geding gebracht. Van de mondelinge behandeling is een proces-verbaal opgemaakt.

2. Waar gaat de zaak over?

- 2.1. Deze zaak gaat in hoger beroep kort gezegd om de vraag of de avondklok moet worden opgeheven, zoals de voorzieningenrechter in het vonnis heeft gedaan. Volgens Viruswaarheid heeft de Staat een ondeugdelijke wettelijke grondslag gekozen voor de avondklok. Bovendien worden volgens Viruswaarheid door de invoering van de avondklok diverse mensenrechten geschonden, zonder dat daar een voldoende rechtvaardiging voor is.

3. De feiten

- 3.1. Sinds medio maart 2020 heeft het kabinet diverse maatregelen genomen in verband met de uitbraak van het SARS-Cov-2 virus (verder: het virus of het Covid-19 virus). Het kabinet wordt bij de bestrijding van het virus geadviseerd door het Outbreak Management Team (hierna: OMT). Het OMT bestaat uit (deels wisselende) deskundigen uit verschillende disciplines die onafhankelijk van de Staat advies uitbrengen.
- 3.2. Op 19 januari 2021 heeft het OMT een advies uitgebracht waarin onder meer wordt gesteld dat er nieuwe varianten van het virus rondwaren (waaronder de Britse variant) die veel besmettelijker zijn dan de oude variant, waardoor het aantal besmettingen zal toenemen en de vooruitzichten op lange termijn zeer zorgelijk zijn. Het OMT heeft daarom onder meer geadviseerd om een avondklok in te stellen.
- 3.3. Naar aanleiding hiervan heeft de Tweede Kamer op 21 januari 2021 een spoeddebat gehouden en heeft de meerderheid van de Kamer ingestemd met het voornemen van het kabinet tot het invoeren van een tijdelijke avondklok op basis van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (verder: Wbbbg).
- 3.4. Daarop is bij koninklijk besluit van 22 januari 2021 op voordracht van de Minister-President artikel 8 eerste en derde lid Wbbbg in werking gesteld.² Aansluitend is met toepassing van artikel 8 lid 1 en lid 3 Wbbbg de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19 (verder: de Tijdelijke regeling) gepubliceerd.³ Daaruit blijkt dat de avondklok geldt met ingang van 23 januari 2021 dagelijks van 21.00 uur tot 4.30 uur tot en met 10 februari 2021. Tegelijkertijd met de avondklok is dringend geadviseerd per dag niet meer dan één persoon te ontvangen (hierna: de bezoekbeperking).
- 3.5. Op 2 februari 2021 is (overeenkomstig artikel 1 lid 2 Wbbbg) een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer gezonden over het voortduren van de avondklok (verder: de

² Stb. 2021, 24.

³ Stcrt. 2021, nr. 4191.

Voortduringswet). Dit wetsvoorstel is op 11 februari 2021 door de Tweede Kamer aangenomen. De Eerste Kamer moet hierover nog beslissen.

- 3.6. Bij brief van 3 februari 2021 heeft Viruswaarheid de Staat aangeschreven met het verzoek de avondklok onmiddellijk op te heffen. De Staat heeft aangegeven daartoe niet bereid te zijn.
- 3.7. Op 7 februari 2021 heeft het OMT een nieuw advies aan de regering uitgebracht. Daarin heeft het geadviseerd de avondklok te verlengen, omdat de Britse variant van het virus aan een opmars bezig is. Het R-getal (dat weergeeft hoeveel nieuwe besmettingen gemiddeld door één besmet persoon worden veroorzaakt) van de Britse variant ligt hoger dan dat van de oorspronkelijke variant. Dat betekent volgens het OMT dat de Britse variant besmettelijker is. De avondklok kan volgens het OMT een waardevolle aanvulling zijn op de overige reeds geldende maatregelen. Nadat in de Tweede Kamer over een verlenging van de avondklok een spoeddebat is gevoerd bleek voor verlenging een Kamermeerderheid te bestaan.
- 3.8. Vervolgens is verlenging aangekondigd van de avondklok tot en met 3 maart 2021 om 04.30 uur. Daarbij is aangekondigd dat er tussentijds, op 23 februari 2021, zal worden geëvalueerd of de maatregel nog langer nodig is.
- 3.9. Uit een technische briefing van 16 februari 2021⁴ blijkt dat het RIVM op dat moment verwacht dat de nieuwe varianten (de Britse en de Zuid-Afrikaanse variant) tegen april 2021 bijna 100% van de gevallen zullen betreffen. De verdringing van de oude variant komt door de hogere besmettingsgraad van de nieuwe varianten dan die van de oude variant. De besmettingsgraad ligt 37% hoger voor de Britse variant en 47% hoger voor de Zuid-Afrikaanse variant. Het aantal ziekenhuis- en IC-opnames zal zonder de maatregel van de avondklok en de bezoekbeperking snel toenemen. Naar verwachting is die toename veel beperkter als de avondklok en de bezoekbeperking met de overige maatregelen gehandhaafd blijven, aldus nog steeds het OMT.

4. De procedure in eerste aanleg

- 4.1. Viruswaarheid heeft in eerste aanleg gevorderd de Staat te gelasten het koninklijk besluit van 22 januari 2021 en de daarmee verbonden Tijdelijke regeling buiten werking te stellen.
- 4.2. Viruswaarheid heeft aangevoerd dat de Staat door de invoering van de avondklok via de weg van de Wbbbg onrechtmatig handelt. Volgens Viruswaarheid is er geen sprake van een uitzonderlijke en spoedeisende noodsituatie die voorwaarde is voor gebruik van de Wbbbg. Bovendien behelst de avondklok een vergaande inperking van grondrechten van burgers. De redenen die de Staat aanvoert voor het treffen van een vergaande maatregel als een avondklok zijn onvoldoende. De avondklok is niet proportioneel. Er hadden ook andere, minder vergaande maatregelen kunnen worden getroffen, aldus Viruswaarheid.
- 4.3. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Viruswaarheid toegewezen. De voorzieningenrechter was van oordeel dat een zwaarwegende maatregel als een

⁴ Technische briefing van prof. dr. Van Dissel van 16 februari 2021 aan de MCC.

avondklok onder de gegeven omstandigheden niet via de weg van de Wbbbg en de daaruit volgende ministeriële regeling had mogen worden ingevoerd. De daarvoor volgens de voorzieningenrechter vereiste ‘superspoed’ als rechtvaardiging om een normaal (spoed)wetgevingstraject niet af te kunnen wachten, is onvoldoende onderbouwd. De mogelijkheid van een avondklok is namelijk al ruim voor de daadwerkelijke invoering ervan als een van vele mogelijke opties naar voren gekomen. Daaruit blijkt al dat aan de bijzondere eisen voor activering van de Wbbbg niet is voldaan. Bovendien heeft voorafgaand aan de inwerkingstelling van artikel 8 Wbbbg een spoeddebat in de Tweede Kamer plaatsgevonden. Het feit dat daarvoor ruimte bestond maakt duidelijk dat van een daadwerkelijke spoedsituatie als bedoeld in de Wbbbg in dit geval geen sprake was. Door het indienen van de Voortduringswet kan de onjuiste keuze voor de Wbbbg ook niet achteraf worden gerechtvaardigd.

- 4.4. De Staat heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter bovendien onvoldoende gemotiveerd dat het instellen van de avondklok voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De druk op de zorg is momenteel minder groot dan eerder het geval is geweest. Ook toen de zorg eerder op maximale capaciteit draaide is een avondklok niet noodzakelijk geacht. De Staat vindt een avondklok nu wel nodig vanwege het optreden van mutaties van het virus, die besmettelijker lijken te zijn dan het oorspronkelijke virus. Op dit moment staat echter niet vast dat de mutaties van het virus tot een onhoudbare situatie zullen leiden.
- 4.5. De overheid behoort zich weliswaar voor te bereiden op nieuwe ontwikkelingen, maar voordat een vergaande beperking als een avondklok wordt ingevoerd moet wel duidelijk zijn dat er geen andere minder verstrekkende maatregelen meer open staan en dat de invoering van de avondklok daadwerkelijk een substantieel effect zal hebben. Dat is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende gebleken. Het OMT heeft naar eigen zeggen geen bewijs dat de avondklok een substantiële bijdrage levert aan het terugdringen van het virus. Het feit dat enkele landen daarover positief hebben gerapporteerd overtuigt niet. Het is immers de vraag of de situatie in Nederland één op één vergelijkbaar is met die in andere landen. Daar komt nog bij dat vast staat dat gelijktijdig met het instellen van de avondklok een dringend advies is gegeven niet meer dan één persoon per dag thuis te ontvangen. Het OMT heeft in haar prognoses over effecten van maatregelen geen onderscheid gemaakt tussen de avondklok enerzijds en de éénpersoons-bezoekregeling anderzijds. Dat vertekent het beeld met betrekking tot nut en noodzaak van de avondklok aanzienlijk. De stelling van de Staat dat een avondklok onvermijdelijk is, is volgens de voorzieningenrechter kortom onvoldoende overtuigend gemotiveerd.
- 4.6. De voorzieningenrechter heeft de Staat daarom veroordeeld om artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg per omgaande buiten werking te stellen, waardoor ook de Tijdelijke regeling vervalt.

5. De procedure in hoger beroep

- 5.1. De Staat heeft spoedappel ingesteld en op grond van artikel 351 Rv als voorlopige voorziening gevorderd om het bestreden vonnis te schorsen totdat het hof eindarrest heeft gewezen in de hoofdzaak. Deze voorziening is nog dezelfde dag door het hof

toegewezen.⁵

- 5.2. In de hoofdzaak heeft de Staat gevorderd om het vonnis te vernietigen en de vordering van Viruswaarheid alsnog af te wijzen. De invoering van de avondklok is volgens de Staat wel degelijk noodzakelijk voor de veiligheid en gezondheid van de burgers, en mocht op de Wbbbg worden gebaseerd. In elk geval kan volgens de Staat niet worden gezegd dat de avondklok onmiskenbaar onverbindend is.
- 5.3. Viruswaarheid heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De verdere stellingen van partijen zullen bij de beoordeling van het hoger beroep waar nodig aan de orde komen.

6. De beoordeling van het hoger beroep

Algemene uitgangspunten

- 6.1. De Staat legt met zijn grieven het geschil in volle omvang aan het hof voor. Het hof beoordeelt het geschil op basis van de feiten die op het moment van het sluiten van de zitting (op 19 februari 2021 omstreeks 14.30 uur) bekend waren en door partijen aan hun stellingen en verweren ten grondslag zijn gelegd.
- 6.2. Inzet van dit hoger beroep is de vraag of de Wbbbg in deze situatie mocht worden gebruikt voor de invoering van de avondklok.
- 6.3. De vraag welke maatregelen moeten worden getroffen ter bestrijding van de coronacrisis en of die maatregelen proportioneel en subsidiair zijn vergt primair een politieke afweging. Dat die politieke afweging met betrekking tot de invoering van de avondklok ook heeft plaatsgevonden, blijkt zowel uit de toelichting bij de Voortduringswet als uit het besluit van het kabinet om voorafgaand aan het instellen van de avondklok de Tweede Kamer te raadplegen. 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 beleidsvrijheid 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. Hij mag de Staat niet bevelen wetgeving tot stand te brengen met een bepaalde, specifieke inhoud.⁶

⁵ De mondelinge uitspraak is op www.rechtspraak.nl gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:GHDHA:2021:252.

⁶ HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666 (NJ 1984, 360). HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

Het systeem van de Wbbbg

- 6.4. De Wbbbg is een wet in formele zin en voorziet in de mogelijkheid om, wanneer *buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken*, bepaalde bevoegdheden toe te kennen aan het openbaar gezag. Een van die bevoegdheden is het instellen van een avondklok (artikel 8 Wbbbg). Deze bevoegdheden bestaan op grond van artikel 1 lid 1 Wbbbg naast de algemene en beperkte noodtoestand zoals bedoeld in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (Cwu). De in die laatste wet bedoelde noodsituatie is thans in Nederland niet aan de orde, ook niet feitelijk zoals door Viruswaarheid is gesteld.
- 6.5. De Wbbbg kan worden geactiveerd bij koninklijk besluit (KB) op voordracht van de Minister-President. Na het KB wordt onverwijld een wetsvoorstel over het voortduren van de in werking gestelde bepalingen (de Voortduringswet) naar de Tweede kamer gestuurd. Als de Tweede en Eerste Kamer het hier niet mee eens zijn dan worden bij koninklijk besluit de bepalingen die in werking zijn gesteld, weer buiten werking gesteld en komt voor dat moment een eind aan de werking van de bepalingen (artikel 1, leden 2 en 3 Wbbbg).

De maatstaf voor toepassing van de Wbbbg

- 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. Nederland heeft al bijna een jaar te maken met een pandemie. Deze heeft zich inmiddels over de hele wereld verspreid en heeft grote aantallen dodelijke slachtoffers gemaakt, ook in Nederland. Ondanks vele (vaak vergaande) maatregelen is het Covid-19 virus nog steeds niet uitgedoofd en is dit aan het muteren in (veelal) nog besmettelijkere varianten. Het wachten is uiteindelijk op voldoende vaccinatiemogelijkheden, maar zover is het nu nog niet, terwijl bovendien onzeker is of de thans bestaande vaccins onverminderd werken bij de nieuwe varianten.
- 6.8. Volgens de regering is de situatie zeer zorgelijk, omdat twee epidemiologische situaties zich naast elkaar ontwikkelen, te weten het 'oude' Covid-19 virus en de veel besmettelijkere buitenlandse varianten die naar verwachting de boventoon zullen gaan voeren. Alles op alles moet worden gezet om het aantal besmettingen zo laag mogelijk te houden en zo te voorkomen dat Nederland wordt overspoeld met een derde golf bovenop de tweede. De regering baseert zich hierbij op het OMT (met specifieke deskundigheid), dat in verband hiermee dringend adviseert tot invoering van de avondklok omdat geen gelijkwaardige alternatieven voorhanden zijn.
- 6.9. Naar het oordeel van het hof mag het kabinet in beginsel op de adviezen van het OMT afgaan. Niet voor niets is dit orgaan verantwoordelijk voor het tot stand komen van het best mogelijke professionele advies over de te nemen crisismaatregelen.⁷ De

⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 25 295, nr. 3 (brief van de Minister van VWS van 22 juni 2001).

omstandigheid dat niet exact gewogen kan worden in hoeverre de tevens dringend geadviseerde bezoekbeperking mede effect sorteert, maakt niet dat daarmee de noodzaak van de avondklok ontbreekt of is vervallen. De Staat heeft voldoende onderbouwd dat de avondklok ook effect heeft, althans dat hij hier in redelijkheid van mag uitgaan.

- 6.10. Viruswaarheid heeft nog gesteld dat het invoeren van de avondklok niet noodzakelijk is omdat het aantal besmettingen terugloopt, evenals de ziekenhuis- en IC-bezetting, terwijl het aantal besmettingen bovendien niet gelijk staat aan even zovele zieken en het om een 'vrij onschuldig' virus gaat. Viruswaarheid miskent hiermee dat het OMT ondanks de verminderde druk op de zorg uitvoerig en wetenschappelijk onderbouwd heeft toegelicht dat verder ingrijpen noodzakelijk is, met name in verband met de toename van de nieuwe varianten. Dit ter voorkoming van het risico – dit is geen zekerheid en hoeft en kan ook geen zekerheid (te) zijn – van versneld oplopende ernstige besmettingen en daarmee (over)belasting van de zorg. De stelling dat de "donkere wolk" die door het OMT is geschetst "nog nooit regen heeft opgeleverd" is een miskenning van de feitelijke toestand waarin Nederland sinds ongeveer een jaar verkeert en waarvan het kabinet mag oordelen dat die zodanig is dat een verergering moet worden voorkomen.
- 6.11. Al met al heeft de Staat daarom 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. Anders dan Viruswaarheid heeft betoogd, vereist de Wbbbg niet dat is voldaan aan de eisen voor afkondiging van de noodtoestand en dus ook niet dat de uitwendige of inwendige veiligheid van de Staat niet meer anders kan worden gewaarborgd. Het hof verwerpt het betoog van Viruswaarheid (en in lijn daarmee het oordeel van de voorzieningenrechter) dat de Wbbbg slechts is bedoeld voor situaties die letterlijk geen enkel uitstel kunnen dulden, omdat er sprake is van een acute noodsituatie, zoals een onverwachte dijkdoorbraak. Deze aldus geformuleerde 'lat' ligt te hoog en volgt ook niet uit de wet of de wetsgeschiedenis. Ook al zal in het wettelijke vereiste van 'buitengewone omstandigheden' vaak enige spoedeisendheid besloten liggen, kan dit echter niet betekenen dat (buiten de wettekst en zonder duidelijke aanwijzingen in de wetsgeschiedenis) aan de invoering van de avondklok zodanige eisen van spoedeisendheid worden gesteld als de voorzieningenrechter heeft aangenomen. Deze hoge eisen zouden ook zonder goede reden de bruikbaarheid van de in art. 8 lid 1 Wbbbg gegeven bevoegdheid sterk beperken. Het zou immers ongewenst en niet logisch zijn om deze noodbevoegdheid pas na 'een dijkdoorbraak' te kunnen aanwenden en niet al bij een dreigende 'dijkdoorbraak'. Daarmee verwerpt het hof ook het betoog van Viruswaarheid en het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Wbbbg niet kon worden ingezet omdat er voorafgaand aan de invoering van de avondklok overleg met de Tweede Kamer heeft plaatsgevonden. De Staat was juridisch tot dat overleg vooraf niet gehouden. De Wbbbg gaat immers uit van een toetsing door het parlement direct nadat de bijzondere bevoegdheden zijn aangewend. Het feit dat het kabinet de Tweede Kamer op voorhand om instemming heeft gevraagd is zorgvuldig, maar leidt er vanzelfsprekend niet toe dat de bestaande bevoegdheid om zelfstandig te handelen kwam te vervallen. 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. Om diezelfde reden is ook niet relevant dat de avondklok eerder in 2020 ter sprake is gekomen. Op dat eerdere moment is invoering door het kabinet niet aangewezen geacht; het advies van het OMT om een avondklok in te stellen naar aanleiding waarvan de Staat besloot te handelen dateert van 19 januari 2021. Onduidelijk is wat voor wetgevingstraject destijds in de ogen van Viruswaarheid (en in navolging daarvan de voorzieningenrechter) gestart had moeten worden en evenmin is duidelijk hoe dat tot iets anders had kunnen leiden dan een regeling zoals thans in de Wbbbg is neergelegd. Uiteraard dienen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bij de daadwerkelijke inzet van de Wbbbg wel in acht te worden genomen. Het hof zal hierna deze aspecten toetsen.

Proportionaliteit en subsidiariteit

- 6.12. Niet in geschil is dat met de invoering van de avondklok diverse grondrechten worden beperkt, die onder meer zijn verankerd in internationale verdragen. Het gaat daarbij om het recht op bewegingsvrijheid (artikel 2 Vierde Protocol EVRM), het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet - Gw) en indirect de vrijheid van vergadering, betoging en het belijden van godsdienst en levensovertuiging (artikel 9 en artikel 10 EVRM en artikel 6 en artikel 9 Gw).
- 6.13. Deze grondrechten bieden ruimte voor een inperking daarvan (onder meer) als dat noodzakelijk is voor de bescherming van de volksgezondheid. De Staat is tot deze bescherming verplicht op grond van artikel 22 Gw en de artikelen 2 en 8 EVRM. Een dergelijke inperking is mogelijk voor zover deze (i) een legitiem doel dient, (ii) bij de 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 verwezenlijken. De Staat heeft hierbij een grote beoordelingsvrijheid (*a wide margin of appreciation*).
- 6.14. Vast staat dat de inperking (i) een legitiem doel dient en (ii) bij wet is voorzien. De Staat heeft aangevoerd (iii) dat de maatregel ook proportioneel is. Minder zware maatregelen volstaan niet. Voor zover de avondklok de uitoefening van grondrechten beperkt, is dat alleen in de latere avond en nacht. Op die tijden is de mobiliteit sowieso al minder hoog. Daarbij is gekeken naar de mobiliteitsgegevens. Daaruit blijkt dat de meeste verplaatsingen plaatsvinden tussen 5.00 en 20.00 uur. Overdag kunnen de grondrechten wel worden uitgeoefend. Met de keuze voor een avondklok die geldt tussen 21.00 en 4.30 uur wordt ook voldoende ruimte gelaten aan iedereen om te sporten en aan kinderen om buiten te spelen. Op de avondklok zijn in de Tijdelijke regeling allerlei uitzonderingen gemaakt, waardoor maatwerk mogelijk is en strikt noodzakelijke reisbewegingen niet door de avondklok worden geraakt, aldus nog steeds de Staat.
- 6.15. Naar het oordeel van het hof is, gelet op de klemmende situatie waar de Staat blijkens het voorgaande vanuit mocht gaan, de maatregel van deze avondklok (iii) proportioneel en voldoet deze ook aan de eisen van subsidiariteit. Afwachten hoe de situatie zich ontwikkelt, zoals Viruswaarheid (samengevat) betoogt, heeft de Staat in redelijkheid niet willen en hoeven doen. Ook heeft de Staat redelijkerwijs te

risicovol kunnen vinden om te volstaan met het 'dringend advies om thuis te blijven'. Bij dat oordeel neemt het hof in aanmerking dat de avondklok inderdaad in zoverre beperkt is dat deze, anders dan in andere landen binnen Europa, pas vanaf 21.00 uur geldt, en dat er uitzonderingen zijn gemaakt voor diegenen voor wie het noodzakelijk is zich buitenshuis te begeven.

- 6.16. Dit betekent dat de grieven slagen en dat deze niet verder besproken hoeven te worden.

Overige argumenten

- 6.17. Voor de volledigheid overweegt het hof verder nog als volgt. Viruswaarheid heeft nog gesteld dat de Staat alleen mag afwijken van genoemde grondrechten indien een noodtoestand is afgekondigd, terwijl de Staat zich daarbij moet houden aan de criteria die daarvoor zijn geformuleerd in artikel 15 EVRM, artikel 4 IVBPR en de zogenaamde Siracusa Principles.⁸ Het hof verwerpt deze stelling. Van een noodtoestand in juridische zin is, zoals in overweging 6.4 is overwogen, geen sprake, ook niet feitelijk. Er zijn immers slechts in beperkte mate buitengewone bevoegdheden toegepast. Artikel 15 EVRM, artikel 4 IVBPR en de zogenaamde Siracusa Principles zijn reeds daarom niet van toepassing. Viruswaarheid kan daaraan dus reeds om die reden geen rechten ontlenen. De mogelijkheid tot het beperken van de hiervoor besproken grondrechten volgt in dit geval daarom ook niet uit artikel 15 EVRM, maar uit de beperkingsmogelijkheid die de betreffende grondrechten zelf kennen.
- 6.18. Overigens is uitgangspunt van het staatsnoodrecht dat de Staat kiest voor de lichtst mogelijke maatregel en slechts de (beperkte of algehele) noodtoestand uitroept als andere middelen niet volstaan. In dit geval heeft de Staat op goede gronden geoordeeld dat hij kon volstaan met het invoeren van een avondklok, zonder dat daarvoor de noodtoestand hoefde te worden afgekondigd. De Wbbbg biedt daarvoor voldoende basis.
- 6.19. Anders dan tijdens een noodtoestand mag de Staat bij gebruik van een beperkte noodbevoegdheid zoals de invoering van de avondklok, niet afwijken van de in de grondwet en internationale verdragen gewaarborgde mensenrechten, maar deze slechts beperken voor zover de betreffende bepalingen daarin voorzien. De naleving van mensenrechten is dus beter gewaarborgd in de huidige situatie dan wanneer de Staat de noodtoestand zou hebben uitgeroepen. Voor toepassing van artikel 15 EVRM of de Siracusa Principles is ook om die reden geen plaats.
- 6.20. Viruswaarheid heeft verder aangevoerd dat op de huidige situatie primair de Internationale Gezondheidsregeling (IGR) van de WHO en de Wet publieke Gezondheid (Wpg) van toepassing zijn. Het doel daarvan is immers om te voorkomen dat de samenleving ontwricht raakt door een virusuitbraak. Zowel de IGR als de Wpg gaan volgens Viruswaarheid uit van drang in plaats van dwang. De in de Wpg genoemde dwangmaatregelen mogen alleen in individuele gevallen, en niet generiek worden gebruikt. Zij staan daarom in de weg aan het invoeren van een

⁸ The Siracusa Principles on the limitation and derogation provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, E/CN.4/1985/4.

dwangmaatregel als de avondklok, aldus nog steeds Viruswaarheid.

- 6.21. Het hof overweegt als volgt. De IGR regelt internationale samenwerking ter bestrijding van grensoverschrijdende infectieziekten. De daarin opgenomen aanbevelingen zijn echter niet bindend en hebben ook geen rechtstreekse werking. Op basis van de IGR kan Viruswaarheid dus geen rechten afdwingen. Uit de Wpg kan niet worden afgeleid dat de daarin genoemde dwangmaatregelen ter bestrijding van infectieziekten en meer specifiek ter bestrijding van het virus, alleen in individuele gevallen gebruikt mogen worden en niet generiek zouden mogen worden ingezet. Ook als dat anders zou zijn, kan dat overigens niet tot een ander oordeel leiden omdat de Staat de avondklok niet op de Wpg heeft gebaseerd en ook niet daarop heeft hoeven te baseren. Het enkele feit dat een bepaalde bevoegdheid die de Staat wenst in te zetten ter bestrijding van een infectieziekte niet in de Wpg is opgenomen, rechtvaardigt niet de conclusie dat die bevoegdheid niet op een andere wet zou mogen worden gebaseerd.

Slotsom

- 6.22. De conclusie van het voorgaande is dat het vonnis zal worden vernietigd en dat de vordering van Viruswaarheid alsnog zal worden afgewezen. De Staat heeft bij de invoering van de avondklok gebruik mogen maken van de separate noodbevoegdheid in de Wbbbg. De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn daarbij niet uit het oog verloren.
- 6.23. Viruswaarheid zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties, die van het incident in hoger beroep daaronder begrepen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 16 februari 2021; en opnieuw rechtdoende
- wijst de vordering af.
- veroordeelt Viruswaarheid in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 667 aan griffierecht en € 1.016 aan salaris advocaat;
- veroordeelt Viruswaarheid in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 103,83 aan kosten voor de appeldagvaarding, € 772 aan griffierecht en op € 3.342 aan salaris advocaat, en op € 163 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85 indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden

vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.A.F. Tan-de Sonnaville, S.A. Boele en J.J. van der Helm en is uitgesproken in het openbaar op 26 februari 2021 in aanwezigheid van de griffier.

Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag



