

PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 14 januari 2022, 9.30 uur

Zaak-/rolnummer 200.302.220

Staat der Nederlanden (ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)/Bart Jan Maes en Elke Lenting

Pleitnota J. Bootsma

1 Inleiding

- 1.1 De heer Maes en mevrouw Lenting stellen zich op het standpunt dat het vragen van een coronatoegangsbewijs jegens hen onrechtmatig is en vorderen in kort geding kort gezegd de regeling van het coronatoegangsbewijs te schorsen of op te schorten, of te bepalen dat zij geen coronatoegangsbewijs hoeven te laten zien.

Voor zover appellanten ook een oordeel in de zin van een verklaring voor recht zouden vorderen, verhoudt zich dat niet met de aard van een kort gedingprocedure.

- 1.2 Voor de goede orde merkt de Staat op dat het hier dus niet om een collectieve actie gaat, maar om een door appellanten in persoon ingestelde vordering. De heer Maes en mevrouw Lenting hebben geen bijzondere persoonlijke omstandigheden aan hun vorderingen ten grondslag gelegd (zoals dat zij zich vanwege hun geloofsovertuiging niet willen laten vaccineren of dat zij medische redenen hebben om zich niet te laten vaccineren). Het gaat hier dus uitsluitend om de vraag of van de heer Maes en mevrouw Lenting, net als van ieder ander, kan worden verlangd dat zij een coronatoegangsbewijs tonen als zij toegang willen tot de niet-essentiële voorzieningen waarvoor dat verplicht was gesteld.
- 1.3 Doel van het coronatoegangsbewijs is om risico's te beperken bij het weer openen of langer openhouden van de samenleving. Door de inzet van het coronatoegangsbewijs kan eerder de toegang tot bepaalde sectoren mogelijk worden gemaakt of kan dat onder minder strenge voorwaarden. Of, als sprake is van toenemende besmettingen, kunnen door de inzet van het coronatoegangsbewijs sectoren langer open blijven of onder minder strenge voorwaarden.

- 1.4 Zo konden in juni van het afgelopen jaar bijvoorbeeld meer mensen in theaters en horeca samenkomen door de inzet van het coronatoegangsbewijs. In het najaar konden sectoren die anders met de opkomende golf al eerder gesloten hadden moeten worden, langer open worden gehouden. Ook als met de huidige golf de vraag naar mogelijke versoepelingen op tafel komt, geeft het coronatoegangsbewijs de mogelijkheid om risico's bij het openen van de samenleving te beperken en daarmee eerder meer mogelijk te maken.
- 1.5 Als het coronatoegangsbewijs niet wordt ingezet, is het alternatief dus dat maatregelen langer gelden of langer streng blijven, of juist eerder moeten worden aangescherpt. Die maatregelen maken inbreuk op grondrechten, van bijvoorbeeld de ondernemers die hun restaurant langer gesloten moeten houden, of in hun theater minder bezoekers mogen ontvangen, en van degenen die in een café willen samenkomen. Het gaat dus om een afweging van belangen.
- 1.6 Appellanten bepleiten dat geen gebruik mag worden gemaakt van het coronatoegangsbewijs. Zij stellen dat het niet effectief zou zijn voor gevaccineerden, dat het in strijd zou zijn met het verbod op discriminatie en dat van hen daarom geen coronatoegangsbewijs zou mogen worden gevraagd. Op de belangen van anderen en de inbreuk op grondrechten van anderen die door langere of scherpere maatregelen wordt gemaakt, gaan zij niet in.
- 1.7 De Staat heeft die belangen wel in de besluitvorming te betrekken, en heeft dat op zorgvuldige wijze gedaan. Met de uitkomst kan men het oneens zijn, maar dat betekent niet dat de Staat niet in redelijkheid tot deze uitkomst heeft kunnen komen. De toets in kort geding is dat de regeling onmiskenbaar onverbindend moet zijn. Daar is geen sprake van.
- 1.8 Ik verwijs daarvoor in de eerste plaats naar de conclusie van antwoord, de pleitnota in eerste aanleg en de memorie van antwoord van de Staat. Ik ga in aanvulling daarop nog op een aantal punten in.

2 Actuele situatie

- 2.1 De epidemiologische situatie aan het eind van vorig jaar maakte dat een algehele lockdown moest worden ingesteld. Op dit moment wordt dan ook geen coronatoegangsbewijs verlangd.

De enige uitzondering is bij zwemles, voor ouders die hun kinderen daarbij moeten begeleiden. De heer Maes en mevrouw Lenting hebben niet gesteld dat deze situatie voor hen geldt. Voor hen geldt daarom net als voor vrijwel iedereen in Nederland dat er geen situaties zijn waarvoor een coronatoegangsbewijs wordt gevraagd.

- 2.2 Het kabinet beslist vandaag over de vraag of er versoepelingen mogelijk zijn, en zo ja, welke en onder welke voorwaarden. Die beslissing moet vervolgens vanavond bekend worden gemaakt en uitgewerkt. De beslissing en de uitwerking daarvan is er nog niet. Dat geldt ook voor de regeling waarin die besluitvorming moet worden verwerkt. Die ligt hier dan ook niet voor. Op de besluitvorming kan hier niet vooruit worden gelopen. Een debat daarover is ook nog niet mogelijk, omdat de besluitvorming en de motivering die daarvoor wordt gegeven, nog niet voorhanden is.
- 2.3 Hier zal het dus moeten gaan om het coronatoegangsbewijs zoals dat ten tijde van het kort geding in eerste aanleg is gehanteerd. Een eventuele toewijzing van de vorderingen zou daar ook toe beperkt moeten zijn.
- 2.4 De daartegen gerichte vorderingen zijn naar de mening van de Staat terecht door de Voorzieningenrechter afgewezen.

3 Toetsingskader: omgaan met onzekerheden en veranderingen

- 3.1 De Staat benadrukt in de eerste plaats dat de besluitvorming die vandaag moet plaatsvinden opnieuw duidelijk laat zien dat wij ons nog steeds midden in de coronacrisis bevinden. Er blijven zich nieuwe ontwikkelingen voordoen. Er zijn onzekerheden, bijvoorbeeld over de omikronvariant. Er moet steeds op basis van de op dat moment beschikbare kennis een beslissing worden genomen, met inachtneming van de onzekerheden die er zijn. Met het nemen van een beslissing kan niet worden gewacht, totdat daar meer – of zelfs volledige – (wetenschappelijke) zekerheid over is verkregen.

Zie: Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.10 (avondklok).

- 3.2 Voor zover appellanten aan hun vorderingen ten grondslag leggen dat wetenschappelijke zekerheid – voor zover die ooit volledig kan worden gegeven – over de precieze effectiviteit van het coronatoegangsbewijs zou moeten bestaan voordat tot invoering daarvan zou mogen worden overgegaan, leggen zij dan ook een onjuiste toets aan.
- 3.3 Het is inmiddels vaste rechtspraak dat de Staat in een zorgvuldig besluitvormingsproces in deze coronacrisis heeft voorzien. Dat is ook de manier om om te gaan met wat nog niet bekend is. De deskundigen in het OMT adviseren over de medisch-epidemiologische situatie en de benodigde maatregelen die vanuit medisch-epidemiologisch perspectief nodig zijn. In het bestuurlijk afstemmingsoverleg (BAO) wordt met de veiligheidsregio's over de maatregelen overlegd. Het SCP en de Trojka (de ministeries van EZK, SZW en Financiën) leveren een bijdrage voor de besluitvorming vanuit hun perspectief, zodat in een brede maatschappelijke weging kan worden voorzien. Het kabinet weegt al deze verschillende adviezen af om

vervolgens tot maatregelen te komen. Daarbij is het vaste rechtspraak dat de Staat zich op het medisch-epidemiologische advies van het OMT mag baseren.

Zo ook de Afdeling advisering van de Raad van State in haar advies van 10 november 2021 over het voorstel tot wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met aanpassing van de tijdelijke regels over de inzet van coronatoegangsbewijzen bij niet-essentiële detailhandel en niet-essentiële dienstverlening op publieke plaatsen (deze wijziging is nu nog niet aan de orde, maar de overwegingen van de Afdeling gelden hier evenzeer):

“Tegen deze achtergrond heeft de Afdeling begrip voor de voorgestelde uitbreiding. Zij is relatief beperkt en heeft, in lijn met de huidige wet, uitsluitend betrekking op niet-essentiële voorzieningen. Hoewel de effectiviteit ervan niet onomstotelijk vaststaat en op bepaalde punten nadere toelichting behoeft, maakt de toelichting met verwijzing naar het OMT-advies, in algemene zin voldoende aannemelijk dat een ruimere inzet van coronatoegangsbewijzen kan bijdragen aan beperking van de verspreiding van het virus.”¹ (onderstreping toegevoegd)

Aan deze lat wordt, anders dan appellanten stellen, met het coronatoegangsbewijs bepaald voldaan.

4 Effectiviteit coronatoegangsbewijs voldoende aannemelijk

- 4.1 Het coronatoegangsbewijs kan worden verkregen op basis van een negatieve test, een vaccinatiebewijs of een herstelbewijs.
- 4.2 Appellanten hebben nog een groot aantal aanvullende producties overgelegd. Een deel van de producties heeft betrekking op nieuwsberichten waarin is opgenomen dat ook gevaccineerde personen besmet kunnen worden en elkaar kunnen besmetten. De Staat benadrukt dat het coronatoegangsbewijs niet tot doel heeft om besmettingen uit te sluiten. Zowel voor personen die getest zijn als voor personen die gevaccineerd zijn, geldt dat zij alsnog besmet kunnen zijn met het virus. Het coronatoegangsbewijs heeft tot doel om de risico's bij de opening van sectoren te beperken, en daarmee de risico's voor het verloop van de epidemie in algemene zin en de gevolgen die dat voor de samenleving heeft.

Het gaat niet alleen om het risico voor een individuele persoon. De rechtvaardiging voor die maatregelen is dus niet (primair) gelegen in het absolute risico dat mensen op individueel niveau lopen om ernstig ziek te worden of om te overlijden als gevolg van een besmetting met het coronavirus, maar in de optelsom van al die absolute individuele risico's en de gevolgen die dat op maatschappelijk niveau heeft.

¹ Kamerstukken II 2021/22, 35 961, nr. 4, p. 4.

- 4.3 In dat licht dient dan ook de effectiviteit van het coronatoegangsbewijs te worden gezien.
- 4.4 Als er sprake is van een hoge prevalentie van het virus, laat opening van sectoren ook met coronatoegangsbewijs risico's bestaan. Die risico's zijn relevant voor de besluitvorming, en hebben er bijvoorbeeld toe geleid dat de afgelopen periode een algehele lockdown is ingesteld, zonder coronatoegangsbewijs.

Zie: advies n.a.v. het 130^e OMT, blz. 6 (**productie 9** bij de memorie van antwoord).

- 4.5 Het OMT benadrukt verder de vele variabelen. Het gaat dan niet alleen om de effectiviteit van testen of vaccinaties. Het effect van een coronatoegangsbewijs op het voorkomen van besmettingen en ziekenhuis- en IC-opnames is volgens het OMT ook sterk afhankelijk van bijvoorbeeld de setting waar het coronatoegangsbewijs wordt toegepast (aantal, duur en intensiteit van het contact), de bezoekers van die setting (denk aan leeftijd, groepsgrootte, mix van gevaccineerden en niet-gevaccineerden, aanwezigheid van personen met een verhoogd risico op een ernstig verloop van een besmetting), of mensen ook in andere settings dan locaties waar met het coronatoegangsbewijs wordt gewerkt, bij elkaar komen en hoe.

Zie uitgebreider: advies n.a.v. het 130^e OMT, blz. 6 (**productie 9** bij de memorie van antwoord), blz. 7.

- 4.6 De inzet van het coronatoegangsbewijs, niet als doel op zich maar als instrument om risico's te beperken, vergt dan ook een weging. Van de effectiviteit, van de vraag waar je het wil inzetten, hoe zwaar weegt of die sector eerder open moet of minder streng gereguleerd moet worden, en of het in het kader van de epidemiologische omstandigheden aangewezen is om risico's door de inzet van het coronatoegangsbewijs dan wel te beperken.
- 4.7 Appellanten keren zich niet tegen het coronatoegangsbewijs op basis van een negatieve test of een herstelbewijs. Wel tegen de inzet van het coronatoegangsbewijs op basis van een vaccinatiebewijs. Hun stelling is dat van niet-gevaccineerde personen niet mag worden verlangd dat zij voor de plaatsen waarvoor een coronatoegangsbewijs is vereist, een test ondergaan, terwijl gevaccineerden dat niet hoeven. Zij leggen daaraan ten grondslag dat vaccinaties niet effectief zouden zijn bij het tegengaan van besmettingen en dat er "geen enkele houdbare medisch-wetenschappelijke grondslag voor een CTB" zou zijn (appeldagvaarding, punt 35 onder e).
- 4.8 Daar wordt door veel deskundigen anders over gedacht. Door het ECDC (het "Europese RIVM"). Door de Gezondheidsraad. En door het OMT. In andere Europese

landen is op basis van adviezen van het eigen "OMT" ook tot invoering van vormen van een coronatoegangsbewijs mede op basis van vaccinaties overgegaan.

Ik verwijs daarvoor naar de vindplaatsen in de memorie van antwoord (zie o.a.: hoofdstuk 5 en de bespreking van de recente OMT-adviezen in hoofdstuk 2 van de memorie) en de stukken in eerste aanleg (zie o.a. punt 11.4 t/m 11.6 van de conclusie van antwoord en de bespreking van de OMT-adviezen in de algemene hoofdstukken daarvoor en punt 2.8 t/m 2.11 van de pleitnota in eerste aanleg).

- 4.9 In dit verband kan ook nog worden gewezen op het advies n.a.v. het 130^e OMT (productie 9 bij de memorie van antwoord). Het OMT is in dat advies nader ingegaan op de effectiviteit van de verschillende uitvoeringsmodaliteiten van het CTB.

In de bijlage bij het 130^e OMT-advies worden de volgende aannames genoemd voor de effectiviteit van een gemiddeld persoon boven de 12:

1. Het aandeel gevaccineerden en recent geïnfecteerden onder nieuwe infecties: 54,2%
2. De vaccineffectiviteit tegen transmissie: 50%.
3. De testsensitiviteit van de gebruikte antigeentest: 59%.

Om de vatbaarheid van een gemiddeld persoon vanaf 12 jaar te bepalen, worden de volgende cijfers gebruikt:

4. Het aandeel gevaccineerden en recent geïnfecteerden in de algemene bevolking 12+: 80,2%.
5. De vaccineffectiviteit tegen infectie: 70%.
6. De vaccineffectiviteit tegen ziekenhuisopname: 94%.

Vaccineffectiviteit in relatie tot transmissie kent dus twee stappen. Er is sprake van een reductie in de kans om besmet te worden, en een reductie in de mate waarin er na een besmetting bij een gevaccineerd persoon andere mensen worden besmet.

Zie: bijlage 1 bij het advies n.a.v. het 130^e OMT van 22 november 2021 (Effectiviteit CTB), gepubliceerd op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/11/22/bijlage-1-bij-advies-omt-130-effectiviteit-ctb>.

Zie ook: de beantwoording van Kamervragen van 6 januari 2022, 3291449-1021005-PDC19, gepubliceerd op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/01/06/antwoorden-op-kamervragen-over-de-brief-overwegingen-1g>.

- 4.10 Anders dan appellanten stellen, volgt hieruit dat de effectiviteit van vaccinatie en testen in dezelfde orde van grootte liggen.

Voor de volledigheid merkt de Staat nog op dat over de inhoud van de als productie 26 en 27 ingebrachte artikelen ook Kamervragen zijn gesteld,² die op korte termijn zullen worden beantwoord.

- 4.11 De Staat wijst er daarbij op dat voor een *battle of experts* in kort geding geen plaats is.

Zie o.a.: Hof Den Haag 14 december 2021, ECLI:NL:GDHA:2021:2453, rov. 6.12 (over de mondkapjesverplichting):

“De invoering en uitbreiding van de mondkapjesplicht is dus in lijn met de adviezen van het OMT. De Staat mag in beginsel op die adviezen afgaan. Het OMT is verantwoordelijk voor het tot stand komen van het best mogelijke professionele advies over de te nemen crisismaatregelen. Anders dan de Stichting kennelijk meent is het OMT geen “partijdeskundige”, maar een onafhankelijke organisatie waarin verschillende expertises zijn verenigd. De adviezen van het OMT zijn op hun beurt in lijn met die van de WHO en het ECDC. Dat er nog niet veel bewijs is voor de effectiviteit van niet-medische mondkapjes en dat er ook studies zijn die concluderen dat ze niet effectief zijn, is naar het voorlopig oordeel van het hof niet voldoende om te concluderen dat de Staat in redelijkheid niet op deze OMT-adviezen mocht afgaan en niet mag aannemen dat de mondkapjesplicht als één van de maatregelen – als onderdeel van een meeromvattend pakket – kan bijdragen aan de bestrijding van (de verspreiding van) het virus. Daar komt bij dat in kort geding geen ruimte is voor een uitvoerig debat over de verschillende wetenschappelijke inzichten, en evenmin voor het gelasten van een deskundigenonderzoek. (...)”

- 4.12 Het OMT, de Gezondheidsraad en de ECDC komen allen tot de conclusie dat vaccinaties ook de transmissie van (en besmetting met) het virus tegengaan, en dus zinvol zijn als onderdeel van het coronatoegangsbewijs. De Staat heeft dat dan ook terecht tot uitgangspunt mogen nemen, ook bij de toepassing van artikel 58ra lid 2 Wpg.
- 4.13 Ten behoeve van de besluitvorming van de wetgever over de vraag of (ook) coronatoegangsbewijzen in een andere vorm – 1G, 2G – of in andere situaties – zoals op de werkplaats – mogelijk gemaakt moeten worden, vindt verder onderzoek naar (de verschillen in) de effectiviteit van de verschillende vormen van een coronatoegangsbewijs plaats. Naar aanleiding van de recente ontwikkelingen is nog een extra doorrekening op basis van de nu bekende informatie over de omikronvariant uitgevraagd. Dit onderzoek wordt op heel korte termijn verwacht en zal ook bij de verdere besluitvorming worden betrokken.
- 4.14 Ook ten aanzien van de huidige epidemiologische situatie (en nieuwe varianten) geldt vanzelfsprekend dat actuele relevante inzichten in de besluitvorming worden

² <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2021Z22653&did=2021D48078>.

meegewogen. Appellanten wijzen erop dat de bescherming van vaccins na verloop van tijd lijkt af te nemen. Mede vanwege dit risico (en de omikronvariant) is de afgelopen tijd vol ingezet op de boostercampagne. Als blijkt dat de omikronvariant een kortere regeneratietijd zou hebben, heeft dat mogelijk ook invloed op het aantal mensen dat tussen moment van testen en toegang besmettelijk worden. De Staat benadrukt dat het coronatoegangsbewijs altijd besmettingen zal voorkomen. De mate van effectiviteit en de beperking van risico's is dus een element om in de afweging over de inzet van het coronatoegangsbewijs te betrekken. Het belang om een bepaalde sector verder te openen, is evenzeer relevant. Het zal steeds om een bredere afweging gaan.

- 4.15 Bij besluitvorming over of versoepelingen mogelijk zijn en zo ja, welke en in welke vorm, zullen dan ook steeds de actuele epidemiologische omstandigheden worden betrokken.
- 4.16 Los daarvan speelt de vraag of de werking van het vaccinatiebewijs in tijd moet worden beperkt. Daarmee zou ook worden aangesloten bij de besluitvorming op Europees niveau waar vanaf 1 februari 2022 de werking van het vaccinatiebewijs zal worden beperkt tot negen maanden, tenzij een boosterprik is verkregen.
- 4.17 Deze besluitvorming ligt in dit kort geding niet voor, maar dit proces laat wel zien dat actuele inzichten op een zorgvuldige wijze in de besluitvorming worden verwerkt. Van onmiskenbaar onverbindende besluitvorming is dan ook geen sprake.

5 Het coronatoegangsbewijs is niet in strijd met grondrechten

- 5.1 Vanwege de grondrechten die met het coronatoegangsbewijs in het geding kunnen zijn, is van begin af aan goed naar de mogelijke inzet van coronatoegangsbewijzen gekeken en is voorzien in een zorgvuldig proces om tot een goede afweging te komen. Het kabinet heeft de Gezondheidsraad verzocht om te adviseren over de voorwaarden waaronder een coronatoegangsbewijs kan worden ingezet. De Gezondheidsraad heeft daarvoor een ethisch-juridisch kader opgesteld.³
- 5.2 Appellanten stellen dat de inzet van coronatoegangsbewijzen in strijd is met het verbod op discriminatie en daarom niet zou mogen. Als het advies van de Gezondheidsraad wordt bezien, valt op dat de Gezondheidsraad de inzet van coronatoegangsbewijzen – juist als wordt getoetst aan de grondrechten – in bepaalde omstandigheden uitdrukkelijk wel gerechtvaardigd acht. Datzelfde geldt voor de Afdeling advisering van de Raad van State die over het wetsvoorstel waarmee de coronatoegangsbewijzen aan de Wpg zijn toegevoegd, heeft geadviseerd.⁴
- 5.3 De Gezondheidsraad en de Afdeling advisering van de Raad van State onderkennen dat juist vanwege de ingrijpendheid van andere coronamaatregelen, de inzet van een

³ *Kamerstukken II 2020/21, 35 807, bijlage bij de memorie van toelichting (nr. 3).*

⁴ *Kamerstukken II 2020/21, 35 807, nr. 4.*

verplicht coronatoegangsbewijs aangewezen kan zijn. Dat kan zich dan ook goed met een toets aan de grondrechten verhouden, of daar juist uit voortvloeien.

- 5.4 Daarbij staat voorop dat de Staat vanwege verschillende redenen over een ruime *margin of appreciation* beschikt.
- 5.5 In de eerste plaats vanwege de crisis. Niet voor niets onderstreept ook het EHRM het uitzonderlijke karakter van de coronapandemie, en de impact daarvan voor de volksgezondheid, maar ook voor de samenleving, de economie en in algemene zin.

“À titre liminaire, la Cour remarque que la mesure contestée par le requérant s’inscrit dans un contexte particulier. À cet égard, la Cour note que la mesure en question a été imposée dans le cadre de l’état d’urgence instauré en Roumanie le 16 mars 2020 (paragraphe 5 ci-dessus) pour des raisons sanitaires. L’état d’urgence, selon la loi roumaine, est un régime juridique spécial permettant de prendre un ensemble de mesures exceptionnelles dérogeant à l’ordre constitutionnel établi. Il intervient donc en cas de péril imminent ou en cours, pour une durée déterminée, et permet à l’État de prendre des mesures ayant pour effet de restreindre l’exercice de certaines libertés fondamentales (paragraphe 20 ci-dessus). De l’avis de la Cour, il ne fait aucun doute que la pandémie de COVID-19 peut avoir des effets très graves non seulement sur la santé, mais aussi sur la société, sur l’économie, sur le fonctionnement de l’État et sur la vie en général, et que la situation doit donc être qualifiée de « contexte exceptionnel imprévisible » (voir à cet égard le préambule du décret no 195/2020, reproduit au paragraphe 23 ci-dessus).”⁵ (cursivering en onderstreping toegevoegd)

- 5.6 In de tweede plaats vanwege de positieve verplichting die op de overheid rust om de gezondheid te beschermen en te doen wat nodig is om de epidemie te bestrijden.

Deze positieve verplichting volgt o.a. uit artikel 22 Grondwet en artikel 2 en 8 EVRM. Het gaat hier dus om verschillende grondrechten die tegenover elkaar moeten worden gewogen. Vgl. bijv.: EHRM 4 januari 2008, Shelley/VK, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006, waarin het EHRM ten aanzien van artikel 8 EVRM overwoog dat “(...) it is not excluded that a positive obligation might arise to eradicate or prevent the spread of a particular disease or infection”, al was een positieve verplichting in die procedure niet aan de orde.

- 5.7 En in het bijzonder, in de derde plaats, omdat hier sprake is van botsende grondrechten.

Zie bijv.: EHRM 8 april 2021, Vavricka e.a./ Tsjechië, appl. 47621/13 e.v.; par. 275, ECLI:CE:ECHR:2021:048JUDO04762113 (vaccinatieplicht kinderopvang):

⁵ EHRM 13 april 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0413DEC004993320, NJ 2021/221, m.nt. B.E.P. Myjer (Terheş/Roemenië), § 39, raadpleegbaar via: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210026>.

"Lastly, the Court reiterates that the respondent State's margin of appreciation will usually be wide if it is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see, for example, *Evans v. the United Kingdom* GC, no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I, with further references)."

5.8 Er moet ook worden meegewogen wat de impact van andere coronamaatregelen is, in het bijzonder op de grondrechten. Denk bijvoorbeeld aan: de beperking die een verplichte 1,5 meter afstand met zich brengt voor de mogelijkheden om je vrij te bewegen, de mogelijkheden om fysiek samen te komen en te vergaderen, en de beperking van het door artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermde eigendomsrecht van ondernemers om hun zaak met volle bezetting te openen of zelfs niet geheel gesloten te hoeven houden. Het SCP en de Trojka hebben in het bijzonder aandacht gevraagd voor deze gevolgen.⁶ Bij de afweging van maatregelen zal dat alles in samenhang moeten worden gezien. De uitkomst kan dan heel wel zijn dat de inzet van coronatoegangsbewijzen gerechtvaardigd is, als daardoor bepaalde sectoren verder open kunnen of geopend kunnen blijven. Appellanten verliezen die brede afweging geheel uit het oog, net als het gegeven dat het hier bij uitstek een politiek-bestuurlijke verantwoordelijkheid is om die afweging te maken.

5.9 Het EHRM oordeelde op basis van vergelijkbare afwegingen dat zelfs een vaccinatieplicht voor kinderen die naar de kinderopvang in Tsjechië wilden, in overeenstemming was met alle relevante bepalingen uit het EHRM. Ouders kunnen besluiten hun kinderen niet te laten vaccineren, maar het gevolg daarvan is dan dat hun kinderen niet naar de opvang kunnen. Dat is een gevolg van de eigen keuze van de ouders, en mede gegeven de positieve verplichting van de overheid om de gezondheid van haar inwoners te beschermen, niet in strijd met het EHRM.

Zie: EHRM 8 april 2021, *Vavricka e.a./ Tsjechië*, appl. 47621/13 e.v.; ECLI:CE:ECHR:2021:048JUDO04762113.

Vgl. ook de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 5 maart 2020 (No. W13.19.0401/III/Vo, Kamerstukken I 2020/2021, 35 049, nr. J) waarin ook de Raad van State al tot de conclusie kwam dat de verdragsrechtelijke en grondwettelijke kaders ruimte bieden voor een regeling die de deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma als voorwaarde stelt voor de toegang tot de kinderopvang. Dat kan, als de daarmee gemoeide beperking van grond- en mensenrechten een wettelijke grondslag heeft, een legitiem doel dient en evenredig is. Aan die voorwaarden wordt hier evenzeer voldaan.

5.10 Omdat hier geen sprake is van verplichte vaccinatie en met een negatieve test eveneens een coronatoegangsbewijs kan worden verkregen is overigens een indirect onderscheid op basis van godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging waar bij

⁶ Toelichting op de Regeling, Staatscourant 2021, 41410, 21 september 2021, onder par. 4 (productie 1).

de kinderopvang sprake van zou kunnen zijn, niet aan de orde. Appellanten hebben hier ook niet op gewezen. Ook dat onderscheid zou overigens volgens de Raad van State in dat geval door de wetgever gemaakt mogen worden.

- 5.11 Voor de goede orde: hier is van verplichte vaccinatie geen sprake. Bovendien kan ook met een negatieve test of een herstelbewijs een coronatoegangsbewijs worden verkregen. Dat betekent dat hier voor iedereen dezelfde regels gelden: je kan een coronatoegangsbewijs verkrijgen, maar dan is wel een negatieve test, een herstelbewijs of een vaccinatiebewijs nodig. Van discriminatie is dan ook geen sprake. Voor zover onderscheid wordt gemaakt tussen gevaccineerden – die op basis van hun vaccinatiebewijs een coronatoegangsbewijs kunnen verkrijgen – en niet-gevaccineerden – die daarvoor een negatief testbewijs nodig hebben, is dat onderscheid gerechtvaardigd.

De voorzieningenrechter heeft dat in rov. 4.10 en 4.11 van het bestreden vonnis terecht geoordeeld.

- 5.12 In de woorden van de Afdeling advisering:

“In dat licht bezien acht de Afdeling het acceptabel dat – zoals de toelichting stelt – de eis om over een coronatoegangsbewijs te beschikken met name personen treft die niet gevaccineerd zijn. Voor die groep is het vragen van een bewijs weliswaar extra belastend, maar in zijn effect relatief beperkt. Daarbij geldt dat de beslissing om zich niet te laten vaccineren weliswaar gerespecteerd moet worden, maar tegelijkertijd niet geheel vrijblijvend is vanwege de gevolgen daarvan voor anderen en in het bijzonder ook voor de zorg.”

Zie: *Kamerstukken II* 2021/22, 35 961, nr. 4, p. 4 (over het voorstel tot wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met aanpassing van de tijdelijke regels over de inzet van coronatoegangsbewijzen bij niet-essentiële detailhandel en niet-essentiële dienstverlening op publieke plaatsen (deze wijziging is nu nog niet aan de orde, maar de overwegingen van de Afdeling gelden hier evenzeer).

- 5.13 De gemaakte afweging is dan ook evenredig:

- het gaat uitsluitend om niet-essentiële sectoren;
- personen kunnen de keuze maken om niet naar de betrokken locaties toe te gaan;
- het maakt het mogelijk dat de beperking van grondrechten als gevolg van coronamaatregelen in die sectoren vervalft of minder wordt;
- er is voorzien in uitzonderingen waar dat nodig is, zoals voor werknemers, zodat personen die niet kunnen kiezen om niet naar het café of een voorstelling te gaan, geen bewijs nodig hebben;

- personen hoeven zich niet te laten vaccineren, maar kunnen zich ook laten testen; dat betreft een geringe en overkomelijke handeling die van personen mag worden gevraagd om anderen te beschermen en de verspreiding van het virus tegen te gaan;
- testen is dan kosteloos;
- het maakt het bovendien mogelijk dat kwetsbaren aan de samenleving kunnen (blijven) deelnemen en zich ook in risicovolle settings kunnen begeven.

5.14 De Tweede Kamer heeft na zorgvuldig en uitvoerig debat de rechtvaardiging en evenredigheid van de inzet van coronatoegangsbewijzen onderschreven.⁷

5.15 Met deze afweging kan men het oneens zijn. Men kan vinden dat andere coronamaatregelen wel langer en strenger moeten zijn, en dat de verstrekkende gevolgen voor het nog niet verder kunnen openen van een aantal niet-essentiële sectoren voor lief moeten worden genomen. Voor het buiten werking stellen van algemeen verbindende voorschriften in kort geding is echter uitsluitend plaats als zij onmiskenbaar onverbindend zijn en als buiten redelijke twijfel staat dat de regeling – ook in tijden van crisis waarin snelle besluitvorming in onzekere omstandigheden is vereist – onverbindend is en deze afweging niet had kunnen worden gemaakt. Die situatie doet zich niet voor. De Voorzieningenrechter heeft dat terecht geoordeeld.

6 Conclusie

Als in de memorie van antwoord.

⁷ *Handelingen II 2020/21, 107^e debat, donderdag 26 september (ongecorrigeerd stenogram).*



behandeld door	J. Bootsma
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	+31 70 515 3838
fax	+31 70 515 3314
e-mail	jannetje.bootsma@pelsrijcken.nl
zaaknr	11016917