

Rechtbank Den Haag

Zitting van 28 december 2021, 12 uur

Zaak-/rolnummer C/09/622658 KG ZA 21-1237

Conclusie van antwoord

inzake

**de Staat der Nederlanden (Ministerie van
Volksgezondheid, Welzijn en Sport)**

gevestigd te Den Haag

gedaagde

advocaten: mr. J. Bootsma en mr. B.S.

Jaasma

tegen

1. Elke Lenting,

[REDACTED]

2. Tom Johannes Willem Gomersback,

[REDACTED]

3. Willemijn Glaphira Maria van Brenk,

[REDACTED]

4. Hans Peter van Tellingen,

[REDACTED]

5. Marijn Oivind Johan Rinck,

[REDACTED]

eisers,

advocaat: mr. B.J. Maes

1 Inleiding

1.1 Met ingang van 19 december 2021 is Nederland in lockdown. De epidemiologische situatie en de onzekerheid over de SARS-CoV-2-variant B.1.1.529 (hierna: omikronvariant) leidde ertoe dat het Outbreak Management Team (OMT) het kabinet adviseerde om vergaande maatregelen te nemen ter bestrijding van de epidemie. Het kabinet heeft dat advies gevolgd. De horeca, de binnenruimtes van sportlocaties, niet-essentiële winkels, kunst- en cultuurlocaties en veel andere publieke plaatsen zijn gesloten. Evenementen zijn niet toegestaan.¹

1.2 Mevrouw Lenting, de heer Gomersbach, mevrouw Van Brenk, de heer Van Tellingen en de heer Rinck (hierna: eisers) menen samengevat dat er geen enkele reden bestond tot het afkondigen van de lockdown en dat de lockdown op geen enkele wijze gerechtvaardigd kan worden. Om die reden vorderen eisers kort gezegd de schorsing c.q. buitenwerkingstelling van de artikelen 4.a1, 4.a2, 3.1, 3.2, 3.2 en 5.a1 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19.

Deze vordering is er volgens het petitum van de dagvaarding op gericht dat "continentaal Nederland terug gaat naar de situatie van voor 19 december 2021". De Staat merkt op dat de schorsing c.q. buitenwerkingstelling van deze artikelen verder gaat dan dat. Voor 19 december 2021 gold al een avondlockdown en golden ook andere maatregelen. Teruggaan naar de situatie van voor 19 december 2021 betekent dat wordt teruggevallen op de regeling die toen gold, en niet dat de door eisers in de vordering genoemde artikelen geheel worden geschorst of buiten werking gesteld.

De Staat merkt eveneens op dat eisers niet duidelijk maken waarom zij bij deze vordering, die een groot deel van de lockdown buiten werking moet stellen, concreet belang hebben.

1.3 Met deze vordering gaan eisers voorbij aan het toetsingskader in kort geding, waarbij slechts reden is tot ingrijpen op het moment dat de regeling onmiskenbaar onverbindend is. Van dat laatste is geenszins sprake. Daarnaast gaan zij ten onrechte voorbij aan onder meer het 134^e OMT-advies waarin de lockdown werd geadviseerd, de medisch-epidemiologische onzekerheid over de omikronvariant en de situatie in de ziekenhuizen. Deze omstandigheden maken samen dat het noodzakelijk was om strenge maatregelen te nemen. Mocht de situatie veranderen, bijvoorbeeld door snel veranderende inzichten over de omikronvariant, dan zullen de maatregelen opnieuw tegen het licht gehouden worden.

¹ Wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 van 18 december 2021, *Stcrt.* 2021, 50593 (productie 5).

- 1.4 Vooruitlopend op de zitting, licht de Staat dit al toe in deze conclusie van antwoord.

2 Zorgvuldige besluitvorming in tijden van crisis

- 2.1 De verantwoordelijkheid voor het te voeren beleid bij de bestrijding van een infectieziekte als COVID-19 ligt in het geval van een nationale crisis bij de Staat. De bestrijding van infectieziektes valt binnen het werkterrein van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS). Bij de aanpak van bovenregionale uitbraken van infectieziektes coördineert het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) operationeel de bestrijding.

- 2.2 Het kabinet wordt op medisch-epidemiologisch terrein geadviseerd door het OMT. Daarin zijn de deskundigen op de relevante terreinen verzameld.

De vaste leden betreffen de directeur RIVM-Cib, het hoofd van de Landelijke Coördinatie Infectieziektebestrijding (LCI) en vertegenwoordigers van het Nederlands Huisartsen Genootschap (NHG), het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB), de Nederlandse Vereniging voor Infectieziekten (VIZ), de Nederlandse Vereniging voor Internist-Infectiologen (NVII), de Nederlandse Vereniging van Medische Microbiologie (NMMM) en het Landelijk Overleg Infectieziektebestrijding (LOI).

Naast deze deskundigen, nemen, mede afhankelijk van de onderwerpen waarover geadviseerd moet worden, ook deskundigen uit specifieke vakgebieden deel. Deze experts zijn virologen, internisten, gynaecologen, kinderartsen, longartsen, epidemiologen en andere specialisten. Voor de bijeenkomsten in het kader van COVID-19 wordt een groot aantal vaste experts uitgenodigd. Op de website van het RIVM is gepubliceerd wie aan de OMT-advisering deelnemen.

De deskundigen van het OMT betrekken bij hun adviezen steeds de laatste (wetenschappelijke) inzichten en publicaties in internationale wetenschappelijke tijdschriften. Ook betrekken zij in hun advisering de adviezen van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en het Europees Centrum voor ziektepreventie- en bestrijding (ECDC).

- 2.3 Het kabinet wordt vervolgens geadviseerd door vertegenwoordigers van het lokaal, sectoraal en nationaal bestuur in het Bestuurlijk afstemmingsoverleg infectieziektebestrijding (BAO)². Het BAO beoordeelt de door het OMT geadviseerde maatregelen op politiek-bestuurlijke haalbaarheid en wenselijkheid en adviseert de minister.
- 2.4 Overeenkomstig deze structuur adviseert het OMT doorlopend over de actuele epidemiologische situatie. Het is vervolgens aan het kabinet om te wegen wat op basis van dat advies wordt besloten.

² Het BAO is ingesteld met het Instellingsbesluit Bestuurlijk afstemmingsoverleg infectieziektebestrijding.

- 2.5 Naast dat advies van het OMT is er ook ruimte voor een Sociaal Maatschappelijk Economische Reflectie. Hierbij worden de inzichten gebruikt van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP), de Ministeries van Financiën, Economische Zaken en Klimaat en Sociale Zaken en Werkgelegenheid (de 'Trojka'). Ook wordt gebruikgemaakt van uitvoeringstoetsen op de maatregelen door onder andere de gedragsunit van het RIVM, de Nationale Politie, het OM, de inspecties, Veiligheidsregio's en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Deze inzichten worden betrokken in de afweging over mogelijke maatregelen, worden gepubliceerd op rijksoverheid.nl en belicht in o.a. de Kamerbrieven.
- 2.6 Het kabinet weegt dus op basis van al deze input af of een maatregel moet worden doorgevoerd of dat een versoepeling verantwoord is. Daarbij neemt het kabinet tot uitgangspunt dat de combinatie van het epidemiologische en medische advies van het OMT, en de aangereikte maatschappelijke weging zeer richtinggevend zijn, en dat dat de inzichten zijn waar volgens deskundigen op hun terrein op dit moment vanuit moet worden gegaan.

3 Het toetsingskader in kort geding

- 3.1 De vordering van eisers in kort geding richt zich op de schorsing van een gedeelte van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19.
- 3.2 Het is vaste rechtspraak dat een dergelijke vordering in kort geding uitsluitend kan worden toegewezen als de betrokken wettelijke regeling onmiskenbaar onverbindend is. Hiervan is alleen sprake als de wettelijke regeling onmiskenbaar in strijd is met hogere regelgeving of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Van onmiskenbare onverbindendheid is sprake als die onverbindendheid buiten redelijke twijfel staat: slechts dan kan het verantwoord zijn om in kort geding een voorziening te treffen zoals gevorderd. De reden voor deze terughoudende toets is dat de (voorzieningen)rechter, gelet op de trias politica, alleen in uitzonderlijke gevallen de rechtskracht van democratisch gelegitimeerde wetgeving mag doorkruisen.

Zie (bijvoorbeeld):

- HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (Harmonisatiewetarrest).
- Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.3.
- Vzm. Rb. Den Haag 8 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:63, 4.2.
- Vzm. Rb. Den Haag 11 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12601, rov. 4.2.

Zie verder:

- Hof Den Haag 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1603, rov. 5.7.
- Hof Den Haag 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1920, rov. 4.2.
- HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2068, rov. 3.4.1.
- HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, rov. 3.4, derde alinea, NJ

1984/360.

- 3.3 Daar komt in dit geval nog bij dat de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 deel uitmaakt van de maatregelen die de Staat treft in het kader van de coronacrisis. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat de Staat in deze crisissituatie een grote mate van beleidsvrijheid heeft bij het nemen van maatregelen. Dit brengt mee dat de civiele rechter – en zeker de rechter in kort geding – zich bij de toetsing van dit handelen van de Staat zeer terughoudend opstelt. Er is hier geen plaats voor een eigen, “volle” afweging door de burgerlijke rechter. Over dit beleid en de bijbehorende maatregelen wordt nauwgezet verantwoording afgelegd aan de Tweede Kamer en de tot op heden gemaakte keuzes worden gesteund door een meerderheid van de Tweede Kamer en, waar van toepassing, de Eerste Kamer. Dat is ook de plek waar de afwegingen op dit gebied thuishoren. Het is niet aan de rechter om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.

Zie met name:

- Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.3.
- Gerechtshof Den Haag 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1603, rov. 5.7.
- Vزر. Rb. Den Haag 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10755, rov. 5.1.
- Vزر. Rb. Den Haag 21 augustus 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8776, rov. 4.1.
- Vزر Rb. Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013, rov. 4.3.

- 3.4 Zoals hierboven uiteengezet, is het door de Staat gevoerde beleid en zijn de bijbehorende maatregelen gebaseerd op adviezen van onafhankelijke adviesorganen, zoals het OMT. Ook de brede maatschappelijke weging die in het vorige hoofdstuk uiteen is gezet, wordt bij de besluitvorming betrokken. Het is vaste rechtspraak dat de Staat mag vertrouwen op de actuele adviezen van het OMT en zijn beleid daarop in zeer belangrijke mate mag afstemmen. Het OMT is niet voor niets verantwoordelijk voor het tot stand komen van het best mogelijke professionele advies over de te nemen crisismaatregelen.³ Een kortgedingprocedure leent zich er niet voor om de wetenschappelijke waarde van de adviezen die leidend zijn in het kader van de bestrijding van het coronavirus, en die breed worden gedragen door een grote groep deskundigen, vast te stellen. Bovendien is een andere manier van verantwoorde beleidsbepaling niet goed denkbaar.

Zie bijvoorbeeld:

³ Kamerstukken II 2000/01, 25295, nr. 3 (brief van de Minister van VWS van 22 juni 2001).

- Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.9;
- Vزر. Rb Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020: 3013, rov. 4.3 en 4.8;
- Vزر Rb Den Haag 24 juli 2020 ECLI:NL:RBDHA:2020:6856, rov. 4.12.

3.5 Ook als het precieze effect van maatregelen niet kan worden vastgesteld, doet dat niet af aan het gegeven dat de Staat zijn beleid in redelijkheid mag baseren op de adviezen van een vaste groep deskundigen zoals het OMT. Daarbij moet ook bedacht worden dat het precieze effect van maatregelen over het algemeen ook niet (snel) kán worden vastgesteld. Dat mag geen reden zijn om in een crisis maatregelen dan niet te treffen.

Vergelijk:

- Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.9;
- Vزر. Rb Den Haag 12 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2295, rov. 4.6.

3.6 Van een onmiskenbaar onverbindende wettelijke regeling is in dit geval geen sprake.

4 Feiten en achtergronden

4.1 Het coronabeleid van het kabinet is gebaseerd op drie pijlers: (i) een acceptabele belastbaarheid van de zorg, (ii) het beschermen van kwetsbare mensen in de samenleving, en (iii) het zicht houden op en het inzicht hebben in de ontwikkeling van de verspreiding van het virus.

Verslechtering epidemiologische situatie najaar 2021

4.2 In oktober 2021 begonnen de besmettingen weer sterk op te lopen. Ook steeg het aantal coronapatiënten in het ziekenhuis en op de IC. Het OMT adviseerde toen een bredere inzet van coronatoegangsbewijzen.⁴ Aangezien de besmettingen en ziekenhuisopnames bleven stijgen, adviseerde het OMT onder andere om weer de anderhalve meterregel in te voeren op plekken waar coronatoegangsbewijzen gebruikt moesten worden.⁵ In dit advies naar aanleiding van het 129e OMT werd ook al geadviseerd om sectoren (horeca, niet-essentiële detailhandel, cultuursector en sportlocaties) te sluiten of beperkt open te stellen om transmissie te beperken en om daarmee de kans op een overbelasting van de zorg te verkleinen. Het kabinet besloot op 12 november 2021 daarom om vanaf 13 november 2021, 18.00 uur, de 'avondlockdown' voor het eerst in te voeren. Het ging toen nog om verschillende sluitingstijden in verschillende sectoren, zoals bijvoorbeeld 20.00 uur voor de horeca.

4.3 In november 2021 stegen de besmettingen en ziekenhuisopnames door, waardoor het OMT op 25 november 2021 adviseerde om de eerdere maatregelen aan te scherpen en

⁴ Advies n.a.v. het 128e OMT van 1 november 2021, p. 7.

⁵ Advies n.a.v. het 129e OMT van 11 november 2021, p. 2, 3 en 7.

daarbij alle niet-essentiële plaatsen om 17.00 uur te sluiten en overal – binnen en buiten – de anderhalve meterregel te hanteren.⁶ Het kabinet besloot daarom per 28 november 2021 tot aanvullende maatregelen bovenop het maatregelenpakket van 12 november 2021. Zo werden de sluitingstijden vervroegd naar 17.00 uur en gingen deze ook gelden voor sport (m.u.v. topsporters) en de beoefening en vertoning van kunst en cultuur. Op locaties waar een coronatoegangsbewijs getoond moest worden ging aanvullend de verplichting gelden 1,5 meter afstand te houden en bij verplaatsing gold een mondkapjesplicht.

- 4.4 De druk op de ziekenhuizen was eind november al dermate hoog dat de reguliere en kritieke planbare zorg afgeschaald moest worden. 34% van de ziekenhuizen kon niet binnen zes weken kritieke planbare zorg leveren die wel binnen zes weken moet plaatsvinden om gezondheidsschade te voorkomen.⁷

Het 133^e OMT-advies en de omikronvariant

- 4.5 Het OMT geeft in het 133^e OMT-advies aan dat het naar laatste stand van zaken aannemelijk is dat de vooruitzichten voor de door de deltavariant veroorzaakte golf gunstig zijn. Het OMT waarschuwt echter wel dat de druk op de zorg nog steeds erg hoog is:

“Echter, het aantal nieuwe meldingen, de belasting van de hele zorgketen en de opnames in de ziekenhuizen en op de IC’s zijn nog steeds hoog; te hoog om de afschaling van de reguliere zorg al terug te kunnen draaien. Gezien deze ontwikkelingen adviseert het OMT om de maatregelen zoals die nu gelden in stand te houden tot ten minste na de feestdagen en de eerste week van januari.”⁸

- 4.6 Ook maakt het OMT melding van de omikronvariant. Die variant was aangetroffen in Nederland en er waren indicaties dat de omikronvariant een aanzienlijk groeivoordeel heeft ten opzichte van de deltavariant. De toenmalige verwachting van het OMT was dat de omikronvariant in januari dominant zou worden in Nederland. Bovendien wezen de eerste studies in dat kader op een verminderde effectiviteit van opgebouwde immuniteit door vaccinatie of eerder doorgemaakte infectie. Of de variant daarnaast ook een verhoogde besmettelijkheid en ziektelast kent, is nog niet duidelijk. Het OMT benadrukte wel dat er bij voortschrijdend inzicht ten aanzien van de omikronvariant specifieke adviezen zouden worden uitgebracht over de bestrijding:

“NB. Het OMT benadrukt dat voortschrijdend inzicht ten aanzien van de omikronvariant, ten aanzien van besmettelijkheid, ziekmakend vermogen en

⁶ Advies n.a.v. het 131^e OMT van 25 november 2021, p. 5.

⁷ Zie het nieuwsbericht van de NZa: <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2021/11/26/zorg-in-ziekenhuizen-opnieuw-verder-afgeschaald>.

⁸ Advies n.a.v. het 133^e OMT van 13 december 2021, p. 7 (productie 1).

verminderde bescherming van vaccinatie of doorgemaakte infectie, ertoe kan leiden dat eerder dan nu de planning is, al specifieke adviezen over bestrijding worden uitgebracht.”⁹

Het 134^e OMT-advies

- 4.7 Het OMT geeft in het 134^e OMT-advies aan dat de omikronvariant al in de week van 26 november 2021 in de kiemsurveillance van het RIVM voorkwam.¹⁰ Daarnaast blijkt uit het steekproefsgewijs onderzoeken van coronamonsters uit twee Amsterdamse GGD-teststraten dat de omikronvariant zich snel kan verspreiden en dat deze groeisnelheid conform de schattingen is op basis van gegevens uit andere landen in West-Europa, zoals Denemarken, Engeland en België.¹¹ Ook landelijk was er een lichte stijging in het aandeel van omikronverdachte monsters te zien.¹²
- 4.8 Over de precieze eigenschappen van de omikronvariant is nog onzekerheid maar er zijn indicaties dat de omikronvariant een ‘aanzienlijk groeivoordeel’ heeft ten opzichte van de deltavariant met een mogelijk snellere verspreiding tot gevolg.¹³ Of de variant daarnaast ook een verhoogde ziektelast kent, is nog niet duidelijk. Het OMT verwacht dat de omikronvariant rond eind december 2021 dominant zal worden in Nederland.¹⁴ Hoe hoog de bezetting in de ziekenhuizen en IC wordt is zeer onzeker:

Er is onzekerheid in welke mate de snelle relatieve groei wordt bereikt door ontsnapping aan de immuniteit die is opgewekt door natuurlijke infectie of vaccinatie, of door een hoger intrinsiek besmettend vermogen, of een combinatie van deze twee. Bij de mogelijke combinaties verwachten we een golf van infecties in de komende maand, van een grotere omvang dan de golf door de deltavariant die we net achter de rug hebben. De UK Health Security Agency rapporteerde deze week de eerste schattingen van het beschermend effect van een boostervaccinatie op milde ziekte. Een versnelde boostercampagne kan de golf verminderen. Als er veel mensen al blootgesteld worden aan de omikronvariant voordat ze een booster zullen ontvangen voor eind januari 2022 kan de golf aanzienlijk groter worden. De hoogte van de golf kan verkleind worden door bijkomende maatregelen te nemen die de verspreiding van het virus afremmen.

Hoe hoog de bezetting in de ziekenhuizen en IC wordt is zeer onzeker; aantallen die uitstijgen boven wat in eerdere golven is bereikt en wat de zorgcapaciteit aan zou kunnen zijn daarbij mogelijk. Een factor die bijdraagt

⁹ Advies n.a.v. het 133^e OMT van 13 december 2021 (productie 1).

¹⁰ Het RIVM onderzoekt periodiek een steekproef van monsters van het coronavirus om te bezien in hoeverre het virus is veranderd en wat dat betekent voor de verspreiding van het virus in Nederland. Dit heet de kiemsurveillance, zie hierover verder: de website van het RIVM ter zake, te raadplegen via: <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/onderzoek/kiemsurveillance>

¹¹ Advies n.a.v. het 134^e OMT van 18 december 2021, p. 4 (productie XXX); De groeisnelheid van de omikronvariant werd op basis van de Amsterdamse tests geschat op rond de 30% per dag. Het aandeel omikronvariant in de testen in Amsterdam was 1,2 % op 5 december 2021, 3,7% op 12 december 2021, 11,7% op 13 december 2021, 14,1% op 14 december 2021 en 24,9% op 15 december 2021.

¹² Advies n.a.v. het 134^e OMT van 18 december 2021, p. 5 (productie 2).

¹³ Advies n.a.v. het 134^e OMT van 18 december 2021, p. 5 (productie 2).

¹⁴ Advies n.a.v. het 134^e OMT van 18 december 2021, p. 6 (productie 2).

aan de onzekerheid is het gebrek aan kennis over de ernst van het beloop van de ziekte na besmetting met de omikronvariant, en de kans op ziekenhuisopname (en IC-opname) na besmetting. Een andere factor is de vaccineffectiviteit na een booster tegen infectie met de omikronvariant en tegen ziekenhuisopname na infectie. Weer een andere factor is de duur van de generatietijd – de typische tijdsduur tussen het besmet worden van een bron en het besmetten van andere gevallen door de bron – omdat dit ook de snelle groei zou kunnen verklaren. Verder is de te bereiken boostervaccinatiegraad onzeker.”¹⁵ (onderstrepingen adv.)

4.9 Uit dit citaat blijkt dat het OMT een mogelijke ‘vijfde golf’ door snelle verspreiding van de omikronvariant voorziet en daarmee een dreigende overbelasting van de Nederlandse zorgketen; die al onder druk staat. Daarom adviseert het OMT extra maatregelen te nemen om de verspreiding van de omikronvariant te beperken, om te beginnen met een versnelde boostercampagne. Uit de modellering blijkt dat een boostercampagne het aantal zieken terug kan dringen. Maar die boostercampagne zal naar verwachting tijd kosten. Daarom adviseert het OMT om, naast de al bestaande avondlockdown, extra maatregelen te nemen. Het OMT adviseert tot:

- sluiting van scholen en onderwijsinstellingen;
- sluiting van de horeca;
- sluiting van niet-essentiële winkels;
- sluiting van de cultuursector en sportclubs;
- sluiting van overige locaties.¹⁶

4.10 Van belang is dat het OMT benadrukt dat de omikronvariant goed in de gaten gehouden zal worden en dat de maatregelen eventueel weer teruggebracht kunnen worden als er meer duidelijkheid is over de karakteristieken van de omikronvariant:

“Het OMT benadrukt dat er wat betreft verschillende essentiële karakteristieken van de omikronvariant, zoals ziekmakend vermogen, nog geen eenduidig beeld is. Dit zou snel kunnen veranderen; reden voor het OMT om de internationale ontwikkelingen met betrekking tot de omikronvariant nauwgezet te volgen. Mocht duidelijk worden dat de omikronvariant een mild ziektebeeld veroorzaakt, met verminderde kans op ziekenhuis- en IC-opname ten opzichte van de deltavariant, dan zal het OMT dit direct doorrekenen in de modellen en op grond daarvan eventueel snel adviseren de maatregelen weer terug te brengen tot de huidige avondlockdown.”¹⁷

Druk op de zorg

4.11 Sinds 1 oktober 2021 is de instroom in het ziekenhuis (klinische en IC-opnames) sterk gestegen. Pas sinds 2 december 2021, toen op het hoogtepunt meer dan 300 opnames

¹⁵ Advies n.a.v. het 134e OMT van 18 december 2021, p. 6 en 7 (productie 2).

¹⁶ Advies n.a.v. het 134e OMT van 18 december 2021, p. 8 (productie 2).

¹⁷ Advies n.a.v. het 134e OMT van 18 december 2021, p. 8 (productie 2).

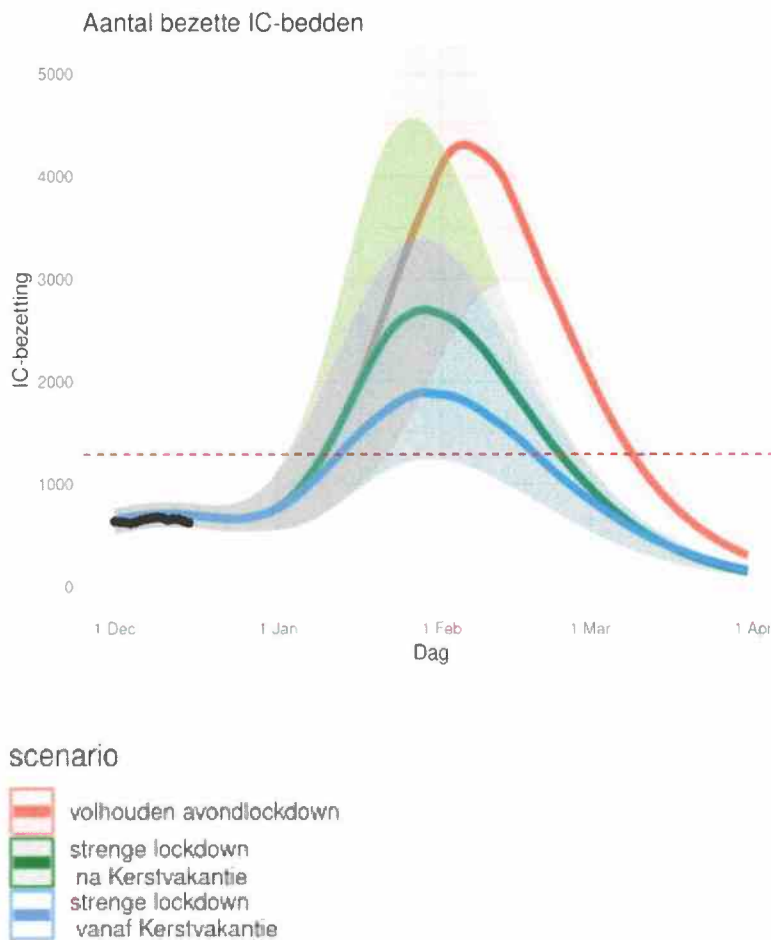
per dag waren, is er een daling zichtbaar in het aantal opnames per dag. De instroom blijft echter ook op dit moment hoog (zie o.a. pagina 2 van de presentatie van de heer Kuipers, **productie 6**).

- 4.12 De bezetting in de ziekenhuis is onverminderd hoog en bedroeg op 30 november 2021 2.853 bezette bedden, ongeveer net zo hoog als de pieken in de winter van 2020 en het voorjaar van 2021 (zie pagina 3). Op 23 december 2021 ging het om 1.657 bezette reguliere ziekenhuisbedden en om 564 bezette IC-bedden door patiënten met covid-19.¹⁸
- 4.13 Deze instroom in het ziekenhuis heeft grote gevolgen voor de zorg. Uit de meest recente cijfers van de NZa (Informatiekaart "Druk op de zorg" van 21 december 2021 (**productie 8**)) blijkt dat de planbare zorg in vrijwel alle ziekenhuizen is afgeschaald en meer dan een kwart van de ziekenhuizen niet alle kritiek planbare zorg (volledig) binnen zes weken kan leveren.¹⁹
- 4.14 In de technische briefing van de heer Van Dissel van 21 december 2021 aan de Tweede Kamer is ingegaan op de invloed van verschillende maatregelen scenario's op de bedbezetting in de ziekenhuizen (**productie 7**). In de onderstaande grafiek, die is opgenomen op sheet 28 van de presentatie van de heer Van Dissel, zijn de gevolgen voor de bezetting van de IC-bedden opgenomen per scenario (voortzetten avondlockdown (rood), lockdown na kerstvakantie (groen), strenge lockdown vanaf kerstvakantie (blauw)). Uit deze grafiek blijkt dat er zonder nadere maatregelen (en dus voortzetting van de avondlockdown, zoals eisers vorderen) het risico bestaat op

¹⁸ Zie het Coronadashboard, te raadplegen via: <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/intensive-care-opnames> en <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/ziekenhuis-opnames>.

¹⁹ Kritiek planbare zorg is zorg met een 'aanmerkelijk risico op permanente gezondheidsschade dan wel verlies van levensjaren' als het langer dan zes weken wordt uitgesteld.

een zorgvraag die de Nederlandse IC-capaciteit ver zal overschrijden.



datapunten

- NICE IC-opnames

Kabinetsbrief van 18 december 2021

- 4.15 Het kabinet heeft aangegeven dat het noodzakelijk is om de uitgangspositie van de zorg te verbeteren en ervoor gezorgd moet worden dat de verwachte omikrongolf verlaagd en vertraagd moet worden. Het kabinet heeft daarom naar aanleiding van het 134^e OMT-advies besloten tot een brede lockdown.²⁰ Deze lockdown bestaat onder andere uit de sluiting van de horeca, niet-essentiële winkels, contactberoepen (m.u.v. contactberoepen ten behoeve van zorg, audiciens, opticiens, rijinstructeurs en rijexaminateurs), de kunst- en cultuurlocaties, sportlocaties, alsook een evenementenverbod en schoolsluiting. Daarnaast worden enkele andere adviezen

²⁰ Zie voor de betreffende regeling: *Stcrt.* 2021, 50593, Regeling van de Minister van VWS, JenV en BZK van 18 december 2021, kenmerk 3282709-1019936-WJZ (productie 5).

aangescherpt.²¹ De maatregelen en adviezen zijn ingegaan per 19 december 2021 05.00 uur en lopen af op 15 januari 2022 05.00 uur.

- 4.16 In ieder geval op 3 januari 2022 is besluitvorming voorzien over het onderwijs. Het OMT zal daarvoor advies uitbrengen. Ook is in ieder geval een weegmoment voorzien op 14 januari 2022 en zoveel eerder als nodig of mogelijk. Het kabinet en het OMT geven aan een vinger aan de pols te houden door doorlopend te oordelen of het maatregelenpakket nog passend en proportioneel is. Indien mogelijk kan besloten worden (delen van) het maatregelenpakket op te schorten.
- 4.17 Inmiddels is het OMT ook op 23 december 2021 weer bijeen gekomen om te adviseren over de actuele situatie, en is op 24 december 2021 advies uitgebracht naar aanleiding van dit 135e OMT²². Het OMT geeft daarin aan dat de huidige verwachting is dat de omikronvariant binnen afzienbare termijn (eind december) dominant zal worden in geheel Nederland.
- 4.18 Op basis van het regressiemodel en de recente afname in meldingen verwacht het OMT voor de komende week dat het aantal ziekenhuis- en IC-opnames gaat dalen. Het transmissiemodel bevestigt dat de bezetting van ziekenhuizen en IC met covid-19-patiënten op korte termijn nu snel daalt. Het transmissiemodel voorspelt ook dat rond de jaarwisseling het aantal ziekenhuisopnames weer gaat toenemen, als gevolg van de snelle verspreiding van de omikronvariant.
- 4.19 De relatieve toenamesnelheid van de omikronvariant ten opzichte van de deltavariant in de RAI-teststraat wordt net als vorige week geschat op 0,28 per dag. Dat is een verdubbelingstijd van het aandeel omikron in de infecties van 2,5 dag. De snelle relatieve groei wordt grotendeels bereikt door ontsnapping aan de immuniteit die is opgewekt door natuurlijke infectie of vaccinatie, en deels door een hoger intrinsiek besmettend vermogen. Ook een kortere generatietijd zou een rol kunnen spelen.
- 4.20 De lockdownmaatregelen die vanaf 19 december 2021 werden doorgerekend, leiden tot een gunstiger beeld dan wanneer de lockdown later was ingegaan. Ook de planning van de versnelde booster campagne kon in de berekeningen worden meegenomen. Omdat er nog veel mensen blootgesteld kunnen worden aan de omikronvariant voordat ze een booster ontvangen, wordt de golf verkleind door de tijdige invoering van de lockdownmaatregelen en de versnelde booster campagne die samen de verspreiding van het virus significant afremmen.
- 4.21 Hoe hoog de bezetting in de ziekenhuizen en IC zal worden is zeer onzeker, zo overweegt het OMT. Voor een indicatie van de orde van grootte wordt naar een aantal

²¹ Kamerbrief van de Minister van VWS van 18 december 2021 inzake Maatregelen n.a.v. 134^e OMT-advies met kenmerk 25295-1672, p. 14 (productie 4).

²² Advies n.a.v. het 135e OMT van 24 december 2021, productie 9.

scenario's verwezen, die eerder in het advies zijn besproken, slechts om een orde van grootte aan te geven:

"De lockdownmaatregelen die nu vanaf 19 december werden doorgerekend, en de deels geüpdatete modelaannames, leiden tot een gunstiger beeld dan wanneer dezelfde maatregelen één (na de kerstdagen) of zelfs drie weken (na einde kerstvakantie) later zouden zijn ingevoerd. Bijvoorbeeld, slechts om een orde van grootte aan te geven van verschillende scenario's: met verschillende data van ingaan van de lockdown als enige variërende waarde, beperkt het snel laten ingaan van de lockdown op 19 december vergeleken met ingaan na de kerst of na de kerstvakantie, de mediane piek van het dagelijks aantal IC-opnames tot circa 50-60 per dag, tegenover tot circa 70-80 per dag en tot circa 100-120 per dag, respectievelijk. De daarbij verwachte piek in IC-bezetting komt dan uit op (mediane waarde) circa 700 bedden, versus circa 900 en 1350 bedden, respectievelijk. De onzekerheid rondom de mediane voorspellingen is overigens groot door de onzekerheden rondom ernst van ziekte en effectiviteit van de opgebouwde immuniteit, en loopt voor het gunstigste scenario van IC bedbezetting altijd nog van 250 tot ruim 1300 bedden."

- 4.22 Het OMT overweegt dat de tijdige invoering van maatregelen – de lockdown – nu resulteert in prognoses waarbij het *mogelijk zou kunnen zijn* om de aantallen ziekenhuis- en IC-opnames binnen de bestaande capaciteit op te vangen; gegeven de grote onzekerheidsmarges is het echter nog steeds mogelijk dat de aantallen daarboven uit gaan stijgen, zo overweegt het OMT.
- 4.23 Net als vorige week is een belangrijke factor die bijdraagt aan de onzekerheid van de prognoses de ernst van het beloop van de ziekte na besmetting met de omikronvariant, inclusief kans op ziekenhuisopname (en IC-opname) na besmetting. Het OMT gaat in het advies daarom ook in op de – nog zeer beperkte – kennis die er is over de omikronvariant.
- 4.24 Het OMT constateert – na bespreking van de beschikbare beperkte eerste data – dat:

"ofschoon deze voorlopige uitkomsten overall een gunstiger beeld van ernst van ziekte schetsen – al zijn de eerste berichten vanuit Denemarken afwijkend – de onderzoeken nog een sterk incomplete inschatting van ziekte ernst geven: allereerst zijn de absolute aantallen ziekenhuisopnames waarop deze onderzoeken hun conclusies trekken gering, en daarmee weinig robuust; in de meeste landen zijn nog voornamelijk jongeren ziek geworden en heeft uitbreiding naar de oudere en kwetsbare groepen nog niet plaatsgehad – en vanuit de jongere groepen is de kans op ziekenhuisopname nu eenmaal laag. Ook is ziekenhuisopname, dat nu veelal als eindpunt wordt gebruikt, slechts een binaire maat waar ernst van ziekte een spectrum vertegenwoordigt. Kortom, het OMT concludeert dat het nog te voorbarig is te concluderen dat de omikronvariant beduidend minder ziekmakend is en adviseert verdere gegevens over de kans op

ziekenhuisopname onder grotere groepen en onder diverse, kwetsbare groepen patiënten af te wachten. Naar verwachting komen dergelijke gegevens binnenkort, t.w. binnen één tot twee weken, beschikbaar.”

- 4.25 Het OMT adviseert dan ook om de lockdown en de versnelde boostercampagne in stand te laten:

“In conclusie: er is op dit moment nog onvoldoende zekerheid over de eigenschappen van de omikronvariant om aanpassingen van het huidige maatregelenpakket (m.n. de lockdownmaatregelen in combinatie met een versnelde boostercampagne) te adviseren. Temeer omdat zelfs als de omikronvariant in mindere mate dan de deltavariant tot ernstige ziekte leidt, de snelle verspreiding en te verwachten grote aantallen zieken nog altijd tot een te hoge zorgbelasting, van huisarts tot ziekenhuis tot verpleeghuis, kan leiden.” (cursivering en onderstreping toegevoegd)

Zie voor dit OMT-advies: **productie 9**.

- 4.26 Het kabinet heeft het OMT-advies op 24 december 2021 aan de Kamer gezonden en op basis van het advies aangegeven dat de maatregelen niet worden aangepast (**productie 10**).

Kamerbrief over steunmaatregelen

- 4.27 Bij Kamerbrief van 21 december 2021 laat het kabinet weten dat de nieuwe brede lockdown een grote teleurstelling is voor de hele samenleving.²³ Het kabinet begrijpt dat deze maatregelen veel vragen van werkenden en ondernemers die keer op keer worden geconfronteerd met beperkingen. Het kabinet geeft aan: “Het steunpakket in het vierde kwartaal van 2021 is ruim ingestoken – ruimer dan bij de lockdown vorig jaar winter – en ademt mee met mogelijke omzetverliezen ten gevolge van de huidige lockdown.”²⁴
- 4.28 Onderdeel van de (hernieuwde) steunmaatregelen is dat de NOW-regeling, in de brief wordt gesproken over de NOW-5 die in november en december 2021 loopt en de NOW-6 die het eerste kwartaal van 2022 zal lopen, wordt opgehoogd, in die zin dat de grens voor het maximaal te vergoeden omzetverlies wordt verhoogd van 80% naar 90%. De hoogte van de NOW-subsidie wordt voor die tijdvakken dus berekend aan de hand van een percentage van maximaal 90% omzetverlies.

²³ Kamerbrief van de ministers van EZK, Financiën, SZW en de staatssecretaris van Financiën van 21 december 2021 inzake Aanpassing steunmaatregelen met kenmerk CE / 21320774.

²⁴ Kamerbrief van de ministers van EZK, Financiën, SZW en de staatssecretaris van Financiën van 21 december 2021 inzake Aanpassing steunmaatregelen met kenmerk CE / 21320774, p. 1.

- 4.29 Het kabinet kondigt voorts aan te verkennen in hoeverre een (jaar)omzetverliesdrempel kan worden ingevoerd als aanvullend criterium in het kader van de NOW. De uitvoerbaarheid van een dergelijke drempel is nog onzeker.²⁵
- 4.30 Ten aanzien van de TVL wordt vermeld dat ondernemers in het laatste kwartaal van 2021 in plaats van vanaf 30%, vanaf 20% omzetverlies in aanmerking komen voor vergoeding.²⁶ Verder worden in de Kamerbrief ook andere financiële tegemoetkomingen voor door de coronamaatregelen veroorzaakt financieel nadeel aangekondigd en toegelicht.

Overigens is het aantal faillissementen op dit moment laag vergeleken met de periode voor het uitbreken van corona: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/50/meer-faillissementen-in-november>.

5 **Wet publieke gezondheid en coronamaatregelen in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19**

- 5.1 Eisers vorderen de schorsing c.q. buitenwerkingstelling van de Regeling die de lockdownmaatregelen in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 heeft neergelegd. Het gaat dan in ieder geval om de artikelen 4.a1 en 4.a2, 3.1 3.2 3.3 en 5.a1 van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19. In deze paragraaf wordt kort stilgestaan bij (de grondslagen van) deze maatregelen.

Wet publieke gezondheid

- 5.2 Hoofdstuk Va van de Wet publieke gezondheid (Wpg) is van toepassing op de bestrijding van de epidemie, veroorzaakt door covid-19, of een directe dreiging daarvan (artikel 58b lid 1 Wpg). In dat hoofdstuk staan de grondslagen om maatregelen te treffen ter bestrijding van de epidemie.
- 5.3 Artikel 58g Wpg bepaalt dat er plaatsen kunnen worden aangewezen waar het niet is toegestaan om zich met een bepaald aantal personen in groepsverband op te houden (groepsvorming).
- 5.4 Artikel 58h lid 1 Wpg biedt de minister van VWS een grondslag om maatregelen te nemen ten aanzien van de openstelling van publieke plaatsen. Dergelijke maatregelen kunnen inhouden dat bepaalde publieke plaatsen gesloten moeten zijn.
- 5.5 Daarnaast kunnen op grond van artikel 58i Wpg maatregelen genomen worden ten aanzien van evenementen.

²⁵ Kamerbrief van de ministers van EZK, Financiën, SZW en de staatssecretaris van Financiën van 21 december 2021 inzake Aanpassing steunmaatregelen met kenmerk CE / 21320774, p. 2.

²⁶ Kamerbrief van de ministers van EZK, Financiën, SZW en de staatssecretaris van Financiën van 21 december 2021 inzake Aanpassing steunmaatregelen met kenmerk CE / 21320774, p. 2 en 3.

Tijdelijke regeling maatregelen covid-19

- 5.6 De grondslag voor het nemen van maatregelen is opgenomen in de Wpg. De precieze maatregelen zijn neergelegd en uitgewerkt in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 (Trm).
- 5.7 Artikel 4.a1 Trm regelt dat publieke plaatsen niet voor het publiek mogen worden opengesteld, tenzij er in dat artikel een uitzondering wordt genoemd. Dat houdt in dat in beginsel alle publieke plaatsen (horeca, sportscholen, theaters, winkels, etc.) gesloten moeten worden voor publiek, tenzij de plaats valt onder één van de essentiële plaatsen die genoemd zijn in het artikel, zoals winkels in de levensmiddelenbranche (onder a) en tankstations (onder h). Voor de publieke plaatsen die – vanwege een uitzondering – wel opengesteld mogen worden, geldt op grond van artikel 4.a2 lid 1 Trm een placeerplicht. Die placeerplicht geldt op grond van artikel 4.a2 lid 2 niet voor doorstroomlocaties en openbaar vervoer en ander bedrijfsmatig personenvervoer.
- 5.8 Daarnaast volgt er uit artikel 5.a1 lid 1 Trm een evenementenverbod. In het tweede lid zijn uitzonderingen gemaakt voor uitvaarten, warenmarkten, sportwedstrijden van topsporters (zonder toeschouwers) en sportwedstrijden van kinderen tot en met 17 jaar (tussen leden van één sportvereniging onderling).
- 5.9 In artikel 3.1 tot en met 3.3 Trm zijn regels over groepsvorming neergelegd. In publieke en besloten binnenruimten mogen maximaal 50 personen samenkomen (tenzij er een uitzondering van toepassing is). Op openbare plaatsen en erven bij besloten of publieke plaatsen ('buiten') geldt dat er maximaal twee personen in groepsverband mogen samenkomen. Daarvoor geldt tijdens Kerst en oud en nieuw een generieke uitzondering (dan maximaal vier personen). Daarnaast gelden er specifieke uitzonderingen (onder andere voor jongeren en voor groepsverbanden die noodzakelijk zijn voor de continuering van de dagelijkse werkzaamheden van instellingen en bedrijven).

6 Geen strijd met grondrechten, EVRM of artikel 58b lid 2 Wpg

- 6.1 Eisers voeren aan dat de Staat vanwege de lockdown grondrechten schendt. Eisers noemen daarbij een groot aantal grondrechten, maar laten bij de meeste grondrechten na om te motiveren waarom er sprake is van een schending van dat grondrecht.

Los daarvan heeft een aantal van de door eisers ingeroepen grondrechten geen rechtstreekse werking en hebben eisers niet gesteld dat er sprake is van een grensoverschrijdende situatie of een situatie waarbij het recht van de EU wordt toegepast, waardoor de grondrechten uit het Handvest van de grondrechten van de EU niet van toepassing zijn.

6.2 De Staat merkt – vooruitlopend op de zitting – voor wat betreft de gestelde schending van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM (artikel 1 Eerste Protocol EVRM), artikel 8 van het EVRM en artikel 11 van het EVRM het volgende op.

6.3 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM waarborgt het recht op ongestoord genot van eigendom, beschermt tegen de ontneming van eigendom en regelt de mogelijkheid van regulering van eigendom. Om binnen de reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM te vallen, moet er sprake zijn van ontneming of regulering van ‘possession’. Van onteigening is bij de coronamaatregelen geen sprake. Sommige maatregelen, zoals een winkelsluiting, kunnen echter wel een inmenging vormen op het eigendomsrecht.

6.4 Artikel 8 lid 1 van het EVRM beschermt het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De maatregelen die het kabinet moet nemen ter bestrijding van covid-19, kunnen dat recht raken. Artikel 11 lid 1 van het EVRM bepaalt dat een ieder het recht heeft op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging.

Ten aanzien van artikel 11 EVRM merkt de Staat op dat eisers niet hebben gemotiveerd waarom dat recht voor hen op de tocht komt te staan. Een verwijzing naar de groepsvormingsregels is daarvoor onvoldoende.

6.5 De rechten uit het EVRM zijn niet absoluut. Een inbreuk op de artikelen 8 en 11 EVRM is gerechtvaardigd op het moment dat de inbreuk is voorzien bij wet, een legitiem doel dient en voldoet aan de eisen van proportionaliteit (‘noodzakelijk in een democratische samenleving’). Voor artikel 1 Eerste Protocol EVRM geldt dat de regulering van eigendom moet zijn voorzien bij wet, een algemeen belang moet dienen en er sprake moet zijn van een ‘fair balance’.

De Staat merkt daarbij op dat artikel 58b lid 2 Wpg aansluit bij deze toets. Het doel van artikel 58b lid 2 Wpg was om grondrechtentoets te expliciteren en om duidelijk te maken dat maatregelen alleen te rechtvaardigen zijn als dat een reëel perspectief biedt op daadwerkelijke vermindering van de besmettingskansen in vergelijking met andere (minder vergaande) maatregelen.

6.6 De huidige coronamaatregelen voldoen hieraan.

Voorzien bij wet

6.7 De maatregelen zijn gebaseerd op de Wpg en de Trm. Alle maatregelen hebben een formele grondslag in de Wpg en zijn nader uitgewerkt in de Trm. Daarmee zijn de maatregelen voorzien bij wet. Dat is tussen partijen ook niet in geschil.

Legitiem doel / algemeen belang

- 6.8 De maatregelen zijn noodzakelijk ter bescherming van de volksgezondheid, wat een erkend algemeen belang en legitiem doel is.

Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 14 december 2021,
ECLI:NL:GHDHA:2021:2453, r.o. 6.8:

“6.8. De Trm heeft bovendien een legitiem doel, te weten de bescherming van de volksgezondheid (en de bescherming van daarvan afgeleide belangen).”

Proportionaliteit

- 6.9 Uit het OMT advies n.a.v. het 134^e OMT blijkt dat er noodzaak is om snel geschikte maatregelen te nemen om de snelle opkomst van de omikronvariant af te remmen en meer tijd te hebben voor de boostercampagne. De situatie was volgens het OMT dermate zorgelijk dat de avondlockdown uitgebreid moest worden naar een algemene lockdown. Zoals de Staat heeft toegelicht in paragraaf 4, heeft het kabinet de noodzakelijke maatregelen genomen ter bestrijding van het coronavirus. Andere maatregelen die tot hetzelfde resultaat leiden, zijn niet denkbaar. De Staat wijst er boven op dat steeds aan de hand van de meest recente epidemiologische en maatschappelijke inzichten wordt nagegaan of versoepelingen mogelijk zijn. De maatregelen zijn nodig en proportioneel.

7 Verweer

- 7.1 De Staat zal ter zitting nader verweer voeren en in aanvulling op wat al in deze conclusie naar voren is gebracht, nader toelichting waarom de vorderingen van eisers moeten worden afgewezen.

8 Conclusie

De Staat concludeert:

- (i) tot afwijzing van het gevorderde;
- (ii) met hoofdelijke veroordeling van eisers in de kosten van het geding, zulks met bepaling dat over die proceskostenveroordeling de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de vijftiende dag na de datum van het te dezen te wijzen vonnis;
- (iii) en met hoofdelijke veroordeling van eisers in de nakosten, conform het liquidatietarief begroot op € 157 dan wel, in het geval van betekening, € 239;

- (iv) met verklaring dat deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad zijn.



Advocaat

behandeld door	J. Bootsma en B.S. Jaasma
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	+31 70 515 3838
fax	+31 70 515 3314
e-mail	jannetje.bootsma@pelsrijcken.nl
zaaknr	11017457