

PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 28 december 2021

Zaaknummer 200.302.220

Memorie van antwoord

inzake

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

zetelende te Den Haag,

geïntimeerde,

advocaten: mrs. J. Bootsma, M.E.A. Möhring
en M.P. Sluijter

tegen

1. Bart Jan Maes

[REDACTED]

2. Elke Lenting

[REDACTED]

appellanten,

advocaten: mrs. B.J. Maes en M.Y. Hodak

1 Inleiding

- 1.1 Het gaat in dit kort geding over het coronatoegangsbewijs (CTB). De wettelijke regeling van het CTB is opgenomen in art. 58ra e.v. van de Wet publieke gezondheid (Wpg) en in diverse bepalingen uit de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 (Trm).
- 1.2 Met ingang van 19 december 2021 is Nederland in lockdown. De epidemiologische ontwikkelingen worden nauwlettend in de gaten gehouden. De horeca, de binnenruimtes van sportlocaties, niet-essentiële winkels en kunst- en cultuurlocaties zijn gesloten. Evenementen zijn niet toegestaan.¹ Daarmee zijn (vrijwel) alle locaties waarin op grond van de wettelijke regeling om een CTB werd gevraagd, gesloten. Dit betekent dat het (spoedeisend) belang bij de vordering van Maes en Lenting is komen te vervallen.
- 1.3 De Staat zal hierna dan ook slechts ten overvloede ingaan op de vraag die in dit kort geding aan de orde is gesteld, te weten of de wettelijke regeling van het CTB onmiskenbaar onverbindend is.

In dit kort geding is dus, anders dan Maes en Lenting kennelijk menen,² hoe dan ook niet de vraag aan de orde of een – eventuele – bredere of andere inzet van het CTB in de toekomst onmiskenbaar onverbindend is. Dat kan ook helemaal niet.³ Het is immers nog niet duidelijk of en in hoeverre het CTB breder of anders ingezet zal gaan worden en hoe de regeling met betrekking tot het CTB dan zal luiden.⁴ Pas als dat het geval is, kan aan de rechter worden voorgelegd of de regeling zoals die dan luidt onmiskenbaar onverbindend is. Grief 4 faalt reeds op deze grond.

Evenmin is in dit kort geding aan de orde of ‘alle maatregelen moeten worden afgeschaald, zodat het virus kan circuleren’,⁵ net zo min als aan de orde is of de mondkapjesverplichting discriminerend is.⁶ De vorderingen hebben evenmin betrekking op de diverse uitlatingen waar Maes en Lenting op wijzen, te meer niet waar deze niet namens de Staat zijn gedaan.

- 1.4 Het CTB is een bewijs dat kan worden verkregen door middel van (i) een recente negatieve testuitslag, (ii) vaccinatie of (iii) een herstelbewijs. Met dat bewijs kan vervolgens toegang worden verkregen tot locaties waar een CTB vereist is.⁷
- 1.5 Het CTB is een middel om opening, of het openhouden, van de maatschappij op een zo veilig mogelijke wijze mogelijk te maken.⁸ Het CTB levert een belangrijke bijdrage aan

¹ Regeling van 18 december 2021, Stcrt. 2021, 50593 (**productie 1**) en Kamerbrief van de Minister van VWS van 18 december 2021 inzake Maatregelen n.a.v. het 134^e OMT advies (**productie 2**).

² Zie grief 4 en bijvoorbeeld ook § 35 onder d van de memorie van grieven.

³ Zie ook het vonnis van de voorzieningenrechter in rov. 4.20.

⁴ Zie Kamerbrief van de Minister van VWS van 2 november 2021, p. 15-16 (**productie 3**).

⁵ Memorie van grieven, § 35 onder h.

⁶ Zie § 36 van de memorie van grieven.

⁷ Zie ook de conclusie van antwoord, § 10.4-10.7.

⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35961, nr. 3, p. 2.

het *beperken van het risico op besmetting met het coronavirus*.⁹ Dat doet het doordat ieder van de middelen waarmee een CTB kan worden verkregen – een recente negatieve test, een herstelbewijs en vaccinatie – het risico aanzienlijk beperkt dat die persoon besmet is met het coronavirus en dat virus overdraagt aan anderen. Het CTB sluit de kans dat iemand besmettelijk virus bij zich draagt en daarmee potentieel besmettelijk is voor anderen niet uit. Dat is ook niet waarvoor het CTB is bedoeld.¹⁰

- 1.6 Maes en Lenting keren zich tegen het CTB. Daaraan leggen zij kort gezegd ten grondslag dat het “medisch zinloos” zou zijn, omdat ook gevaccineerden anderen kunnen besmetten. Het CTB zou verder in strijd zijn met mensenrechten en grondrechten, waaronder het verbod op discriminatie.
- 1.7 Maes en Lenting gaan er met hun stellingen aan voorbij dat er in de coronacrisis geen gemakkelijke keuzes zijn. Zij wegen evenmin mee dat andere coronamaatregelen bepaald impact hebben, waarbij grondrechten ook in het geding zijn. Zo hebben beperkte openingstijden, beperkingen van het aantal aanwezigen en andere voorwaarden gevolgen voor de publieke plaatsen (winkels, eet- en drinkgelegenheden, theaters en dergelijke) waar ze voor gelden. Voor zover publieke plaatsen geheel moeten sluiten geldt dat te meer. Het CTB maakt het mogelijk dat andere maatregelen niet of later kunnen worden genomen of eerder losgelaten, of dat zij beperkter zijn.¹¹ Zo kan met CTB’s overdag wel het theater worden bezocht of een eet- en drinkgelegenheid, terwijl zonder CTB’s eerder een sluiting aangewezen is of langer beperkte openingstijden (met een avondlockdown) hebben te gelden. Ook dat heeft gevolgen, en ook daarbij zijn bepaalde grondrechten in het geding, zoals art. 1 Eerste Protocol EVRM. Maes en Lenting geven zich daar met hun stellingen ten onrechte geen rekenschap van.
- 1.8 Het kabinet heeft dit alles steeds te wegen. Daarvoor is een zorgvuldig besluitvormingsproces ingericht. Tot keuzes die niet in redelijkheid konden worden gemaakt, heeft dat niet geleid.
- 1.9 In de persconferentie van 2 november jl. omschreef minister-president Rutte het als volgt:¹²

“Alles wat met corona te maken heeft [leidt] tot steeds meer discussie in de samenleving en het is belangrijk dat mensen niet tegenover elkaar komen

⁹ De gedachte dat het primaire doel van het coronatoegangsbewijs is om de druk op de zorg te voorkomen (zie onder andere memorie van grieven, § 2 en 40) is dus onjuist.

¹⁰ Advies OMT van 13 september 2021 n.a.v. het 126^e OMT, p. 5-7 (productie 2 bij conclusie van antwoord). Zie ook Advies OMT van 11 november 2021 n.a.v. 129^e OMT, p. 6 (**productie 4**).

¹¹ Kamerstukken II 2021/22, 35961, nr. 3, p. 2.

¹² <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/11/02/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-2-november-2021>. Uit dit citaat blijkt ook dat de Staat zich juist inzet voor saamhorigheid in de maatschappij – anders dan de inleiding van de memorie van grieven suggereert. In reactie op die inleiding merkt de Staat nog op dat een groot deel van de daar genoemde citaten afkomstig is van personen waarvoor de Staat niet verantwoordelijk kan worden gehouden (zoals verschillende artsen en virologen). Deze citaten kunnen de Staat dan ook niet worden tegengeworpen – laat staan toegerekend. Datzelfde geldt voor de in § 35 onder a van de memorie van grieven genoemde interviews en filmpjes.

staan. Feit is: sommige mensen zijn tegen alle maatregelen, een voorzichtige groep wil juist liever strengere maatregelen, maar de meesten van ons zitten daar ergens tussenin. Feit is ook: bijna iedereen kijkt vanuit de eigen leefwereld naar hoe het verder zou moeten en dat is logisch. Want het maakt gewoon uit: of je jong bent of wat ouder, of je thuis kunt werken of niet, of je in de stad in een flat woont of op het platteland, of je een ondernemer bent of een vast salaris hebt, of je op school zit of werkt, of je een kwetsbare gezondheid hebt of niet, en ja: ook of je gevaccineerd bent of niet. Het is begrijpelijk dat we daar in ons land steeds meer mee worstelen, net als trouwens in de meeste landen om ons heen. Want hoe langer dit duurt en hoe vaker we te maken krijgen met weer een nieuwe golf van besmettingen, des te ingewikkelder wordt het om de regels te volgen. En zoals ik al vaker heb gezegd: de rek gaat eruit en dat merken we allemaal.

Het is aan ons, als kabinet, in de mix van al die verschillende belangen elke keer opnieuw een verstandige route te vinden. En ik zeg maar gewoon open: dat is ook een worsteling. Want aan de ene kant leven we in een land waarin iedereen recht heeft op een eigen mening en een vrije keuze, een land waarin niemand buitengesloten mag worden. Aan de andere kant hebben we met corona wel een groot probleem te pakken dat we alleen gezamenlijk kunnen oplossen. Dat betekent dat we steeds, ook vandaag weer, al die belangen tegen elkaar afwegen, op basis van deskundige adviezen. Niet alleen de medische adviezen van het Outbreak Management Team, het OMT, maar ook de economische adviezen van het Centraal Planbureau, de sociaal-maatschappelijke adviezen van het Sociaal en Cultureel Planbureau, de adviezen van gedragswetenschappers en communicatieadviseurs en de adviezen van de burgemeesters in het Veiligheidsberaad. Daarnaast zijn we steeds in gesprek met allerlei sectoren: van de horeca tot de winkeliers, van de theaters tot de evenementenorganisaties en van het onderwijs tot de sport. Al die adviezen en al die belangen tellen mee, wat per definitie betekent dat het onmogelijk is aan elk apart belang voor 100 procent recht te doen. En ik vind het belangrijk dat dilemma vanavond nog eens hier open op tafel te leggen. Want we moeten dit samen blijven doen en vooral ook met een beetje begrip voor ieders mening en voor ieders situatie. Met een beetje mildheid naar elkaar. Als we allemaal bereid blijven af en toe een stukje in te schikken en een ander wat ruimte te geven, dan hoeven we het echt niet steeds over alles met elkaar eens te zijn.”

- 1.10 De wettelijke regeling met betrekking tot het CTB is de uitkomst van een zorgvuldig besluitvormingsproces, waarbij alle relevante belangen zijn betrokken en gewogen. Met het CTB kan en mag men het oneens zijn. Van een onverbindende regeling is echter geen sprake, laat staan dat de regeling onmiskenbaar onverbindend zou zijn. De Staat zal dat hierna nader toelichten.

2 Verslechtering epidemiologische situatie najaar 2021

- 2.1 De Staat heeft in § 4-9 van de conclusie van antwoord het (recentere deel van het) verloop van de corona-epidemie tot aan dat moment geschetst. In aanvulling hierop

gaat de Staat hierna in op de epidemiologische ontwikkelingen van het najaar van 2021.

Het 127^e OMT-advies; geen versoepelingen door het kabinet

- 2.2 Het OMT benadrukte op 13 september 2021 in het 126^e OMT-advies dat de covid-19-epidemie nog niet voorbij is.¹³ De gang van zaken na 13 september 2021 illustreert dit. In het 127^e OMT-advies van 11 oktober jl. signaleert het OMT dat “een kantelpunt” is bereikt in de epidemiologische situatie: het aantal besmettingen en ziekenhuis- en IC-opnames neemt toe.¹⁴
- 2.3 Het OMT benadrukt in het 127^e OMT-advies het positieve effect van de CTB’s op bestrijding van de uitbraak van covid-19. De prognoses voor de komende herfst- en wintermaanden schetsen een ongunstiger beeld dan eerder gemodelleerd was. Er is een grote mate van onzekerheid, waarbij ook een forse toename van ziekenhuis- en IC-opnames niet uitgesloten is. Het OMT adviseert geen versoepelingen door te voeren.¹⁵
- 2.4 Mede in navolging van dit advies heeft het kabinet geen versoepelingen doorgevoerd.

Het 128^e OMT-advies en de aanvullende maatregelen door het kabinet

- 2.5 Begin november 2021 was sprake van een sterke stijging van het aantal meldingen van met covid-19 besmette personen. Ook was er een stijging van het aantal coronapatiënten in het ziekenhuis en op de IC, waarbij de verwachting van het OMT was dat die stijging verder zou doorzetten. Vanwege de daarmee gepaard gaande druk op de zorg, adviseert het OMT om aanvullende maatregelen te treffen.¹⁶
- 2.6 Het OMT adviseert onder meer tot uitbreiding van de inzet van het CTB, meer thuiswerken en bredere inzet van mondkapjes.¹⁷ Het OMT onderstreept dat een bredere inzet van het CTB effect kan hebben op de transmissie van het virus. Het OMT benadrukt opnieuw dat het gebruik van het CTB een gunstige invloed heeft op te verwachten ziekenhuisopnames, ook nu recent is gebleken dat vaccinatie de transmissie van het virus minder lijkt te onderdrukken dan eerder werd gedacht. Het aantal besmettingen onder het ongevaccineerde deel van de bevolking is nog steeds hoger dan onder het gevaccineerde deel van de bevolking. Ook is de kans op transmissie na vaccinatie kleiner, zo benadrukt het OMT.

Zie: Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 7.

“Breder inzetten van het CTB is een gerichte maatregel die effect kan hebben op de transmissie, de doorgifte van het virus. Voor de onderbouwing ervan verwijst het OMT naar haar eerdere adviezen hierover, maar hecht eraan hier

¹³ Advies OMT van 13 september 2021 n.a.v. 126^e OMT, p. 4.

¹⁴ Advies OMT van 11 oktober 2021 n.a.v. 127^e OMT, p. 2 (**productie 5**).

¹⁵ Advies OMT van 11 oktober 2021 n.a.v. 127^e OMT, p. 5.

¹⁶ Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 2-3 (**productie 6**).

¹⁷ Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 6-7.

op te merken dat het gebruik van CTB een gunstige invloed heeft op te verwachten ziekenhuisopnames, ook nu recent is gebleken dat vaccinatie de transmissie van het virus recent weliswaar minder lijkt te onderdrukken dan eerder het geval was. De prevalentie van besmettingen is immers nog steeds hoger in het ongevaccineerde deel van de bevolking, en de kans op transmissie bij een besmetting na vaccinatie is kleiner.” (onderstreping advocaat)

- 2.7 Het OMT adviseert het CTB in de volgende situaties in te zetten: kunst- en cultuurbeoefening (vanaf 18 jaar); buitenterrassen bij horeca; doorstroomlocaties (zoals musea, kermis, etc.); sportbeoefening (vanaf 18 jaar), met name daar waar het binnensport betreft, waaronder ook sportscholen; en publiek bij amateurwedstrijden.¹⁸
- 2.8 Mede in navolging van het 128^e OMT-advies heeft het kabinet aanvullende maatregelen getroffen.¹⁹ Het kabinet heeft daarbij gezocht naar een balans tussen enerzijds het zo veel mogelijk beperken van verspreiding van het virus en het aantal besmettingen, en anderzijds het behouden van zoveel mogelijk vrijheden voor iedereen, gevaccineerden en ongevaccineerden. Er is dan ook bewust gekozen voor maatregelen die beschermend zijn, maar voor de meeste mensen niet onnodig beperkend.²⁰
- 2.9 Eén van de maatregelen betreft de uitbreiding van de inzet van het CTB. Allereerst wordt de uitzondering voor doorstroom van publiek voor cultuur en evenementen opgeheven. Dat betekent dat bijvoorbeeld bezoekers van musea, kermissen en bepaalde sportevenementen een CTB moeten laten zien. Daarnaast dient ook op terrassen, door het publiek bij amateursport en bij sport-, kunst- en cultuurbeoefening een CTB getoond te worden.²¹
- 2.10 De verbrede inzet van het CTB past binnen de doelstellingen van het kabinetsbeleid: het beheersbaar houden van de druk op de zorg, het beschermen van kwetsbare mensen in de samenleving, het houden van zicht op het virus, aandacht voor structurele maatschappelijke en economische schade en voorkomen dat de lasten onevenredig neerslaan bij bepaalde groepen.²²

Het 129^e OMT-advies en aanvullende maatregelen door het kabinet

- 2.11 De toename van het aantal besmettingen zette in de eerste week van november 2021 verder door. Het aantal ziekenhuisopnames is in twee weken tijd bijna verdubbeld. Ook het aantal IC-opnames is toegenomen. Het OMT adviseert in het 129^e OMT-advies dan ook aanvullende maatregelen om transmissie te beperken om daarmee de kans op

¹⁸ Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 7.

¹⁹ Zie de regeling van 4 november 2021, *Stcrt.* 2021, 46176 (**productie 7**).

²⁰ Kamerbrief van de Minister van VWS van 2 november 2021 inzake Stand van zakenbrief COVID-19 met kenmerk 3277006-1019136-PDC19, p. 1.

²¹ Kamerbrief van de Minister van VWS van 2 november 2021, p. 18 Zie ook de regeling van 4 november 2021, *Stcrt.* 2021, 46176.

²² Kamerbrief van de Minister van VWS van 2 november 2021, p. 15.

een overbelasting van de zorg te verkleinen. Verder adviseert het OMT de inzet van het CTB voort te zetten, gecombineerd met placering en het houden van anderhalve meter afstand.²³

- 2.12 Het kabinet heeft mede naar aanleiding van het 129^e OMT-advies nadere maatregelen ingevoerd.²⁴ Allereerst is de anderhalve meter afstandsnorm opnieuw geïntroduceerd.²⁵ Daarnaast gelden voor de detailhandel, niet-essentiële dienstverlening en horeca verplichte sluitingstijden. Verder geldt tussen 18.00 uur en 06.00 uur een evenementenverbod. Ook is publiek bij sport niet langer toegestaan. De inzet van het CTB wordt niet verder verbreed ten opzichte van de maatregelen die op 6 november 2021 zijn gaan gelden.²⁶

Het 130^e OMT-advies

- 2.13 Het OMT concludeert in het 130^e OMT-advies van 22 november 2021 dat nog onvoldoende resultaat te zien is van de eerder genomen maatregelen.²⁷ Het OMT benadrukt de noodzaak van het opvolgen van de basisregels.²⁸ Daarnaast acht het OMT de controle en handhaving van de CTB's van groot belang, omdat het CTB een deel van de basisregels vervangt.²⁹
- 2.14 Het OMT blijft daarbij het belang van een hoge immuniteit benadrukken. Alleen dit zal de bevolking beschermen tegen nieuwe infectiegolven. Het blijft dan ook essentieel om in te zetten op een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad.³⁰
- 2.15 In het 130^e OMT-advies wordt ingegaan op de effectiviteit van verschillende uitvoeringsmodaliteiten voor het CTB. Het OMT beoordeelt de effectiviteit van: a) 3G (getest, gevaccineerd of hersteld); b) 2G (gevaccineerd of hersteld); c) 3G gecombineerd met 1G (iedereen getest, ook indien gevaccineerd of hersteld), en; d) 2G gecombineerd met 1G (gevaccineerd of hersteld EN getest).³¹
- 2.16 Voordat het aan de weging van de verschillende uitvoeringsmodaliteiten van het CTB toekomt benadrukt het OMT dat het CTB – in welke vorm dan ook – een middel is om risico's te beperken bij opening van de samenleving, maar geen maatregel om de corona-epidemie te bestrijden, zoals de basisregels en collectieve maatregelen dat wel zijn.³²

²³ Advies OMT van 11 november 2021 n.a.v. 129^e OMT, p. 2, 3 en 7.

²⁴ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/11/12/besmettingen-moeten-omlaag-strengere-regels-om-contacten-te-beperken>; Zie ook de regeling van 12 november 2021, *Stcrt.* 2021, 47013 (**productie 8**).

²⁵ De anderhalve meter afstandsnorm geldt weer sinds 24 november 2021, zie: *Stb.* 2021/564.

²⁶ Zie hiervoor in § 2.8 en 2.9.

²⁷ Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 4 (**productie 9**).

²⁸ Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 5.

²⁹ Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 2-3.

³⁰ Advies OMT van 11 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 5.

³¹ Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 6.

³² Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 6.

- 2.17 Het CTB kan volgens het OMT effect hebben op het voorkomen van besmettingen en daarmee op ziekenhuis- en IC-opnames. Dit risico-verminderend effect van het CTB is afhankelijk van een aantal randvoorwaarden, zoals deugdelijke controle en handhaving, naleving van de basisregels en de juiste timing van het uitvoeren van een test daar waar een test onderdeel van het CTB is.³³
- 2.18 Het OMT komt tot de volgende conclusies met betrekking tot de effectiviteit van de verschillende CTB-modaliteiten:

Zie Advies OMT van 11 november 2021 n.a.v. 129^e OMT, p. 7.

“Vergeleken met het huidige 3G-systeem, dringt een 2G-systeem het aantal besmettingen op die locaties met ongeveer 50% terug en het aantal ziekenhuisopnames ten gevolge van besmettingen op de locatie met ongeveer 82%. Een 3G+1G-systeem zal infecties met ongeveer 35% reduceren ten opzichte van 3G, en ziekenhuisopnames ook met 35%. Afschaffen van het 3G-systeem leidt tot een toename van ongeveer 59% in infecties en ziekenhuisopnames. Een 2G+1G-systeem waarbij ook een test vereist is voor gevaccineerden en recent herstelden, leidt tot een reductie van ongeveer 79% in infecties en ongeveer 93% in ziekenhuisopnames, vergeleken met het huidige 3G-systeem. De precieze percentages zijn afhankelijk van de gebruikte waarden voor vaccineffectiviteit en testsensitiviteit. Bij de huidige waarden is 2G dus beter dan 3G+1G, 3G+1G is beter dan 3G, en 3G is beter dan geen maatregelen in het voorkomen van besmettingen op de locatie.” (onderstreping advocaat)

- 2.19 Volgens het OMT dient afhankelijk van de setting, doelgroep en fase in de epidemie beoordeeld te worden welke modaliteit effectief en proportioneel is.³⁴

Het 131^e OMT-advies

- 2.20 Het OMT concludeert in het 131^e OMT-advies dat het epidemiologisch beeld vooralsnog geen kentering in het aantal meldingen en opnames laat zien. De effecten van de maatregelen stellen niet gerust. Tegelijkertijd neemt de druk op de zorg toe.³⁵
- 2.21 Het OMT adviseert verschillende generieke maatregelen in te voeren, waaronder een breed gebruik van het CTB met in alle binnenruimtes, inclusief in de retail, horeca, cultuur, sport, etc., een beperking van het aantal bezoekers tot 33% van de oorspronkelijke capaciteit en gebruik van mondkapjes bij verplaatsingen binnen. Daarnaast adviseert het OMT het breed gebruik van het CTB, met in de horeca overdag de noodzaak tot placering, en mondkapjes bij verplaatsingen in de zaak. Verder adviseert het OMT om het CTB in te voeren voor personeel in alle sectoren waar bezoekers een CTB moeten tonen (horeca, sport, cultuur, etc.).³⁶

³³ Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 7.

³⁴ Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 9.

³⁵ Advies OMT van 25 november 2021 n.a.v. 131^e OMT, p. 3 (**productie 10**).

³⁶ Advies OMT van 25 november 2021 n.a.v. 131^e OMT, p. 5.

- 2.22 Het kabinet heeft – mede in navolging van het 131^e OMT-advies – het pakket van maatregelen van 12 november 2021 verlengd en daarnaast aanvullende maatregelen ingevoerd.³⁷ De aanvullende maatregelen betreffen onder meer aanscherping van de sluitingstijden voor de detailhandel, niet-essentiële dienstverlening en horeca en uitbreiding van deze sluitingstijden naar locaties voor sport- en kunst- en cultuurbeoefening. Het kabinet acht deze maatregelen noodzakelijk om een kentering te forceren en de belasting van de zorg sterk terug te dringen.³⁸ De regeling met betrekking tot het CTB is niet aangepast.

Het 132^e OMT-advies

- 2.23 In het OMT-advies van 6 december 2021 signaleert het OMT voorzichtig een eerste effect van de maatregelen zoals die vanaf 13 november 2021 gelden. Wel wijst het OMT erop dat het aantal personen dat niet beschermd is tegen infectie en een zeker risico op ziekenhuisopname loopt op 1,6 miljoen wordt geschat. Voorkomen moet worden dat dit tot een piek in de zorg leidt. Het OMT adviseert op dit moment echter geen extra maatregelen te nemen en de ontwikkelingen in de komende weken af te wachten.³⁹ Het kabinet heeft dit advies opgevolgd.

Het 133^e en 134^e OMT-advies en de daaropvolgende maatregelen

- 2.24 In het 133^e OMT-advies van 13 december 2021 heeft het OMT geadviseerd om de op dat moment bestaande maatregelen te handhaven. Daarnaast heeft het OMT in dit advies gewezen op de opkomst van de omikronvariant en de daarover bestaande onzekerheden. Het OMT heeft aangekondigd later in dezelfde week met een meer gedetailleerd advies ten aanzien van die omikronvariant te komen.⁴⁰
- 2.25 Dat meer gedetailleerde advies is opgenomen in het 134^e OMT-advies van 18 december 2021. In dat advies is door het OMT de verwachting uitgesproken dat de omikronvariant eind december 2021 de meest dominante variant in Nederland zal zijn. Het OMT benadrukt dat er nog veel onzekerheden bestaan ten opzichte van de omikronvariant. Uit de eerste inzichten kan echter worden afgeleid (i) dat nog niet duidelijk is welke ziektelast de omikronvariant kent, maar dat de omikronvariant zich aanzienlijk sneller lijkt te verspreiden dan de deltavariant, wat op zichzelf reeds kan zorgen voor een (te) hoge druk op de zorg, en (ii) dat vaccins (zonder booster) een verminderde effectiviteit lijken te kennen tegen de omikronvariant. Het OMT adviseert op basis hiervan tot het nemen van aanzienlijke aanvullende maatregelen.⁴¹
- 2.26 Het kabinet heeft – onder meer op basis van dit advies – besloten dat Nederland met ingang van 19 december 2021, kort gezegd, weer in lockdown gaat. Onder meer de

³⁷ Zie de regeling van 26 november 2021, *Stcrt.* 2021, 48461 (**productie 11**) en de regeling van 22 november 2021, *Stcrt.* 2021, 47808 (**productie 12**).

³⁸ Kamerbrief van de Minister van VWS van 26 november 2021, p. 1 en p. 10 (**productie 13**).

³⁹ Advies OMT van 6 december 2021 n.a.v. 132^e OMT, p. 4 en 6 (**productie 14**).

⁴⁰ Advies OMT van 13 december 2021 n.a.v. 133^e OMT, p. 6-7 (**productie 15**).

⁴¹ Advies OMT van 18 december 2021 n.a.v. 134^e OMT, p. 4-9 (**productie 16**).

horeca, binnenruimtes van sportlocaties, locaties waar niet-medische contactberoepen worden uitgeoefend, scholen, niet-essentiële winkels en kunst- en cultuurlocaties zijn gesloten. Evenementen zijn niet toegestaan.⁴²

3 Wettelijke regeling CTB's

- 3.1 De Staat heeft in § 10 van de conclusie van antwoord de wettelijke regeling met betrekking tot het CTB uitgebreid weergegeven.
- 3.2 Hiervoor heeft de Staat toegelicht dat het CTB ten opzichte van de situatie ten tijde van de conclusie van antwoord breder wordt ingezet (maar dat (vrijwel) alle CTB-locaties op dit moment gesloten zijn). Dat heeft ook geleid tot daarmee corresponderende wijzigingen in de Trm (zie in § 2.8-2.10).
- 3.3 Daarnaast is art. 58ra lid 1 Wpg aangepast, omdat de sectoren waarin een CTB kan worden gevraagd zijn verruimd.⁴³ Daarmee is de inzet van het CTB ook mogelijk bij niet-essentiële detailhandel en niet-essentiële dienstverlening op publieke plaatsen. Van deze mogelijkheid wordt op dit moment geen gebruik gemaakt.

4 Toetsingskader in kort geding (grief 3)

- 4.1 De vordering van Maes en Lenting richt zich, als gezegd, op het buiten effect stellen van (delen van) de wettelijke regeling met betrekking tot het CTB.
- 4.2 Het is vaste rechtspraak dat een dergelijke vordering in kort geding uitsluitend kan worden toegewezen als de betrokken wettelijke regeling *onmiskkenbaar onverbindend* is. Daarvoor is vereist dat die onverbindendheid buiten redelijke twijfel staat. Alleen dan is er grond om – in kort geding – een democratisch gelegitimeerde wettelijke regeling buiten effect te stellen.⁴⁴
- 4.3 Dat geldt te meer nu het CTB een van de maatregelen is die de Staat heeft getroffen in het kader van de bestrijding van de corona-epidemie. De vraag welke maatregelen in het kader van de corona-epidemie moeten worden getroffen, vergt primair een politiek-bestuurlijke afweging. Die politiek-bestuurlijke afweging komt tot stand op basis van een zorgvuldig besluitvormingsproces, waarbij alle relevante belangen worden betrokken. Precies om deze reden is het inmiddels vaste rechtspraak dat de Staat een aanzienlijke mate van beslissingsruimte heeft bij het nemen van dergelijke

⁴² Kamerbrief van de Minister van VWS van 18 december 2021, p. 11 en de Regeling van 18 december 2021, Stcrt. 2021, 50593.

⁴³ Stb. 2021, 585. Per 4 december 2021 zijn aan art. 58ra, lid 1 van de Wpg de onderdelen "f" en "g" toegevoegd.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet arrest*); Hof Den Haag 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1603, rov. 5.7; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.3; Hof Den Haag 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1920, rov. 4.2; Hof Den Haag 14 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2452, rov. 6.3-6.6; Hof Den Haag 14 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2453, rov. 6.1-6.4.

maatregelen.⁴⁵

- 4.4 Onderdeel van het zorgvuldige besluitvormingsproces rondom de maatregelen die de Staat treft in het kader van de bestrijding van de corona-epidemie, is dat de Staat bij de politieke afweging de adviezen van diverse onafhankelijke en deskundige adviesorganen betreft.
- 4.5 Eén van die adviesorganen is het OMT. Het OMT is verantwoordelijk voor het tot stand brengen van het best mogelijke medisch-epidemiologische advies over de te nemen crisismaatregelen.⁴⁶ Bij de totstandkoming van dat advies betreft het OMT de meest recente wetenschappelijke inzichten en de adviezen van onder andere de WHO en het ECDC, die het OMT – vanwege de in het OMT verzamelde kennis en kunde – kan duiden en vertalen naar de Nederlandse situatie van het moment. Het is dan ook vaste rechtspraak dat de Staat mag vertrouwen op de actuele adviezen van het OMT en zijn beleid daarop in zeer belangrijke mate mag afstemmen. Een andere manier van verantwoorde beleidsbepaling is niet goed denkbaar.⁴⁷
- 4.6 Het is in het bijzonder niet goed denkbaar dat (eventuele) verschillen van inzicht in de wetenschap – een zogenaamde ‘battle of experts’ – door de rechter in kort geding zouden worden beslecht. Een kortgedingprocedure leent zich niet voor om de wetenschappelijke waarde van verschillende rapporten vast te stellen, en al helemaal niet om de wetenschappelijke waarde van 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.⁴⁸
- 4.7 De Staat laat zich overigens niet alleen door het OMT adviseren en baseert zijn besluitvorming ook niet alleen op het advies van het OMT. De kennelijke gedachte van Maes en Lenting dat de Staat blind zou varen op het OMT,⁴⁹ is dan ook onjuist.
- 4.8 Zo worden mogelijke maatregelen onder andere ook besproken in het BAO (het bestuurlijk afstemmingsoverleg, met de veiligheidsregio’s), dat de door het OMT geadviseerde maatregelen beoordeelt op politiek-bestuurlijke haalbaarheid en wenselijkheid. Daarnaast wordt er over de maatschappelijke effecten van de crisis en mogelijke maatregelen geadviseerd door het Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) en adviseren de ministeries van EZK, SZW en Financiën (de Trojka) over de economische, sociale en financiële effecten. Tot slot worden er uitvoeringstoetsen uitgevoerd door onder andere de gedragsunit van het RIVM, de Nationale Politie, de veiligheidsregio’s en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten.

⁴⁵ Hof Den Haag 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1603, rov. 5.7; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.3; Hof Den Haag 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1920, rov. 4.2.

⁴⁶ Kamerstukken II 2000/01, 25295, nr. 3 (brief van de Minister van VWS van 22 juni 2001), p. 2.

⁴⁷ Zie onder andere Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.9.

⁴⁸ Zie onder andere Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.9.

⁴⁹ Memorie van grieven, § 43-44, 51.

- 4.9 Op deze wijze is de inbreng van relevante deskundigheid in het besluitvormingsproces gewaarborgd. Dit leidt tot goede en afgewogen besluitvorming door het kabinet. Het kabinet is daardoor immers in staat om alle relevante belangen bij de besluitvorming te betrekken. Uiteindelijk moet het kabinet aan de hand van deze belangen afwegen welk maatregelenpakket nodig en passend is bij de huidige stand van de epidemie.
- 4.10 Het kabinet legt over de maatregelen vervolgens verantwoording af aan de Tweede en Eerste Kamer. De ministeriële regelingen waarin de maatregelen worden getroffen, moeten binnen twee dagen worden voorgelegd aan beide Kamers en treden in beginsel een week nadien in werking.⁵⁰ Als de Tweede Kamer binnen die termijn besluit niet in te stemmen met de regeling, vervalt de regeling van rechtswege.⁵¹ De tot op heden gemaakte keuzes worden dan ook gesteund door een meerderheid van de Tweede Kamer. Dat is ook de plek waar de afwegingen op dit gebied thuishoren.
- 4.11 De Voorzieningenrechter heeft dit alles dan ook terecht tot uitgangspunt genomen. De Voorzieningenrechter heeft terecht gesteld dat het niet aan de rechter is om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen, maar dat alleen plaats is voor rechterlijk ingrijpen als evident is dat de Staat niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen.⁵²
- 4.12 Daarvan is met betrekking tot het CTB geen sprake. Met de uiteindelijk gemaakte afwegingen en de maatregel van het CTB kan men het oneens zijn, maar dat maakt die afweging en die maatregel nog niet onjuist – laat staan evident onjuist.

5 Het CTB is niet “zinloos” (grief 1)

- 5.1 Maes en Lenting stellen in de eerste plaats dat de regeling van het CTB onmiskenbaar onverbindend is omdat er “medisch en wetenschappelijk bewijs” zou zijn voor de “zinloosheid” van het CTB. Hieraan leggen Maes en Lenting, kort gezegd, ten grondslag dat gevaccineerden na hun vaccinatie onvoldoende beschermd zijn tegen besmetting met het coronavirus en ook besmettelijk zijn voor anderen.⁵³
- 5.2 Bij ministeriële regeling van 11 juni 2021 is besloten dat CTB’s, behalve op basis van een negatieve testuitslag, ook na volledige vaccinatie en na herstel worden verstrekt.⁵⁴ Bij deze ministeriële regeling is, zoals vereist in art. 58ra, tweede lid, Wpg, op basis

⁵⁰ Vanwege de snel opvolgende ontwikkelingen, wordt de laatste tijd met enige regelmaat gebruik gemaakt van de in art. 58c lid 3 Wpg voorziene spoedprocedure. In dat geval treedt de regeling al eerder in werking, maar moet de regeling binnen twee dagen aan de beide Kamers worden toegezonden en vervalt de regeling weer op het moment dat de Tweede Kamer binnen een week na toezending besluit niet in te stemmen met de regeling.

⁵¹ Zie art. 58c lid 2 Wpg. De ministeriële regeling vervalt bovendien uiterlijk drie weken na inwerkingtreding ervan, tenzij de ministeriële regeling wordt verlengd, zie art. 58c lid 7 Wpg.

⁵² Hof Den Haag 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1603, rov. 5.7; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, rov. 6.3.

⁵³ Zie grief 1 en de toelichting daarop.

⁵⁴ Regeling van 11 juni 2021, Stcrt. 2021, 33032 (**productie 17**).

van de weging van de bijdrage aan het verminderen van de overdracht van het coronavirus door volledige vaccinatie, na herstel van het coronavirus en bij een bewijs van een negatieve testuitslag, bepaald dat ook een bewijs van volledige vaccinatie tot een CTB kan leiden.

- 5.3 Deze weging en bepaling is gebaseerd op een advies van de Gezondheidsraad en een advies van het OMT. Dat blijkt uit de toelichting bij de betreffende ministeriële regeling, waarin is opgenomen:⁵⁵

“In het advies 'Transmissie na vaccinatie' van 20 mei 2021 constateert de Gezondheidsraad dat de op dat moment beschikbare studies beperkt in aantal zijn en veelal indirect bewijs leveren, maar wel in dezelfde richting wijzen. De Gezondheidsraad acht het waarschijnlijk dat vaccinatie tot op zekere hoogte transmissie tegengaat. Meer onderzoek zal uitwijzen in welke mate, hoe lang en in welke omstandigheden vaccinatie transmissie tegengaat en welke factoren hierop van invloed zijn. De Gezondheidsraad sluit af met de conclusie dat vaccinatie de gevaccineerde beschermt tegen (ernstige) ziekte en sterfte en in meer of mindere mate bijdraagt aan het voorkomen van infecties bij anderen.

Het OMT onderschrijft in het advies van 24 mei 2021 (114e OMT, deel 2) het advies van de Gezondheidsraad. Het OMT verwacht dat het daadwerkelijke effect van vaccinatie op voorkómen van transmissie zelf onderschat is. Volgens het OMT kennen alle voorgestelde vormen van een toegangsbewijs – een recent negatief testresultaat, een bewijs van vaccinatie of een doorgemaakte SARS-CoV-2-infectie – een gering restrisico op besmetting met het coronavirus, waardoor de besmettelijkheid van de houder van een toegangsbewijs en daarmee de transmissie naar anderen nooit volledig is uitgesloten.”

- 5.4 De Staat constateert dat de vordering van Maes en Lenting niet gericht is tegen de ministeriële regeling van 11 juni 2021, waarbij is bepaald dat er een vergelijkbare kans op overdracht van het coronavirus bestaat als bij een bewijs van een negatieve testuitslag zoals bedoeld in art. 58ra Wpg. Daarmee dient dat tot uitgangspunt te worden genomen. Voor zover de vordering van Maes en Lenting erop is gebaseerd dat niet is voldaan aan het vereiste van art. 58ra lid 2 Wpg, stuit de vordering hierop reeds af.
- 5.5 Ten overvloede merkt de Staat nog het volgende op.
- 5.6 Uit de toelichting op de ministeriële regeling van 11 juni 2021 blijkt dat het besluit van de Staat is gebaseerd op de (hiervoor in § 5.3 geparafraseerd weergegeven) adviezen

⁵⁵ Zie de in Stcrt. 2021, 33032 opgenomen toelichting op de in de vorige voetnoot genoemde regeling, onder '2.2 Randvoorwaarden'. Het betreffende advies van de Gezondheidsraad legt de Staat hierbij over als **productie 18**. Het betreffende OMT-advies legt de Staat hierbij over als **productie 19**, de relevante passage van dat advies is op p. 1-2 en p. 5 te vinden.

van de Gezondheidsraad en het OMT.⁵⁶

- 5.7 De stelling van Maes en Lenting dat het advies van de Gezondheidsraad zou zijn gebaseerd op “methodiek van zeer matige kwaliteit, waarbij de uitkomst vrijwel zeker vertekend werd door de vele versturende factoren” is niet onderbouwd en wordt door de Staat betwist. De Staat mag ervan uitgaan dat de Gezondheidsraad – als deskundige autoriteit – zijn advies baseert op wetenschappelijke bronnen en daarbij bij uitstek in staat is om de waarde van die bronnen te wegen en die bronnen te duiden. De Staat wijst erop dat de Gezondheidsraad in het advies ook onder ogen heeft gezien dat het aantal studies beperkt is en dat de studies veelal indirect bewijs leveren. Desondanks komt de Gezondheidsraad tot de conclusie dat het waarschijnlijk is dat vaccinatie tot op zekere hoogte transmissie tegengaat en in meer of mindere mate bijdraagt aan het voorkomen van infecties bij anderen: alle studies wijzen immers in dezelfde richting.⁵⁷
- 5.8 In aanvulling op deze adviezen van de Gezondheidsraad en het OMT, kan – eveneens ten overvloede – worden gewezen op de volgende bronnen die de juistheid van het besluit van de Staat bevestigen.
- 5.9 Allereerst het rapport ‘Risk of SARS-CoV-2 transmission from newly-infected individuals with documented previous infection or vaccination’ van 29 maart 2021 van het European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), waarin onder meer is opgenomen:⁵⁸
- “There is evidence that vaccination significantly reduces viral load and symptomatic/asymptomatic infections in vaccinated individuals, which could translate into reduced transmission, although the vaccine efficacy varies by vaccine product and target group. In light of this fact, the total number of infections is expected to decrease significantly as vaccination coverage increases, provided that there is a match between the vaccine strains and the circulating virus strains. This will lead to decreased transmission overall.”
(onderstreping advocaat)
- 5.10 Zie verder het rapport “Interim guidance on benefits of full vaccination against COVID-19 for transmission and implications for non-pharmaceutical interventions” van het ECDC van 21 april 2021, waarin wordt verwezen naar een reeks aan onderzoeken en vervolgens is opgenomen:⁵⁹

⁵⁶ Zie ook de Commissiebrief Eerste Kamer Maatregelen COVID-19 van 25 oktober 2021 van de Minister van VWS, kenmerk 3269826-1017704-PDC19, p. 21 (**productie 20**).

⁵⁷ De Staat merkt hierbij op dat in § 13 van de memorie van grieven selectief wordt geciteerd uit het advies van de Gezondheidsraad. Voor een meer accurate weergave van het advies van de Gezondheidsraad verwijst de Staat naar de hiervoor in § 5.3 geciteerde toelichting bij de ministeriële regeling van 11 juni 2021 en naar het als productie [•] ingebrachte advies van de Gezondheidsraad.

⁵⁸ Zie **productie 21**, p. 2. Zie ook: <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/sars-cov-2-transmission-newly-infected-individuals-previous-infection>

⁵⁹ Zie **productie 22**, p. 8-9. Zie ook <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Interim-guidance-benefits-of-full-vaccination-against-COVID-19-for-transmission-and-implications-for-non-pharmaceutical-interventions.pdf>

“Information on transmission of SARS-CoV-2 from fully vaccinated individuals is currently scarce although new evidence is becoming available (...)

In summary, based on the limited evidence available, the likelihood of an infected vaccinated person transmitting the disease is currently assessed to be **very low to low.**”

- 5.11 Het OMT heeft voorts – zowel het advies van 11 augustus 2021⁶⁰ als in het advies van 13 september 2021⁶¹ – uitdrukkelijk benadrukt dat de kans dat een gevaccineerde besmettelijk virus bij zich draagt, dusdanig laag is dat het gerechtvaardigd is om aan gevaccineerden op basis van hun vaccinatie een CTB te verstrekken. In het advies van 1 november 2021 schrijft het OMT voorts dat de prevalentie van besmettingen hoger is bij ongevaccineerden en dat de kans op transmissie bij een besmetting na vaccinatie kleiner is.⁶² Tot slot wijst het OMT in het advies van 11 november 2021 erop dat een 2G-systeem (alleen een CTB na vaccinatie of met een herstelbewijs) het aantal besmettingen op CTB-locaties met 50% terugdringt ten opzichte van het huidige 3G-systeem (waarin ook na een negatieve test een CTB wordt verkregen).⁶³ Daaruit volgt dat volgens het OMT het restrisico op transmissie en besmetting na vaccinatie of met een herstelbewijs aanzienlijk wordt beperkt en zelfs kleiner is dan na een negatieve test.
- 5.12 Maes en Lenting halen diverse onderzoeken aan waarin wordt omschreven dat de *piek* in ‘viral burden’ bij gevaccineerden die besmet zijn, (nagenoeg) gelijk zou zijn aan de piek bij ongevaccineerden.⁶⁴ Daaruit zou volgens Maes en Lenting volgen dat gevaccineerden net zo besmettelijk zijn als ongevaccineerden. Hiermee gaan zij eraan voorbij dat de piek in ‘viral burden’ niet noodzakelijkerwijs iets zegt over de kans op transmissie / besmettelijkheid.
- 5.13 Recent onderzoek van het RIVM bevat wél gegevens over de transmissie / besmettelijkheid van gevaccineerden naar anderen (**productie 23**). Uit dat onderzoek blijkt (i) dat de transmissie van gevaccineerden naar gevaccineerden 40% minder is dan de overdracht van ongevaccineerden naar gevaccineerden en (ii) dat de transmissie van gevaccineerden naar ongevaccineerden 63% minder is dan de transmissie van ongevaccineerden naar ongevaccineerden. Zelfs als de piek in ‘viral burden’ bij gevaccineerden en ongevaccineerde al gelijk zou zijn, resulteert dat dus niet in een gelijke mate van transmissie. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de piek bij gevaccineerden maar zeer kort aanwezig is, terwijl bovendien gevaccineerden minder klachten (zoals hoesten en niezen) hebben bij besmetting, waardoor de kans op transmissie verder wordt beperkt.⁶⁵ In dit verband benadrukt de Staat dat op het

⁶⁰ Advies OMT van 11 augustus 2021 n.a.v. 123^e en 124^e OMT, p. 5 (productie 4 bij cva).

⁶¹ Advies OMT van 13 september 2021 n.a.v. 126^e OMT, p. 6-7.

⁶² Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 7.

⁶³ Advies OMT van 11 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 7.

⁶⁴ Memorie van grieven, § 15-16.

⁶⁵ Zie aldus ook D.W. Eyre e.a., The impact of SARS-CoV-2 vaccination on Alpha & Delta variant transmission, te raadplegen via: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.09.28.21264260v2> . Tot deze conclusie

moment dat gevaccineerden wél klachten hebben, zij – net zoals ongevaccineerden – zich moeten laten testen en (verder) thuis moeten blijven.

- 5.14 In het ECDC-rapport van 1 september 2021, getiteld 'Interim public health considerations for the provision of additional COVID-19 vaccine doses', wordt ook gewezen op een onderzoek dat de bevindingen van het RIVM ondersteunt:⁶⁶

"A recent study by Pouwels et al., conducted with the Office for National Statistics COVID-19 Infection Survey in the UK, showed that individuals experiencing Delta VOC infections after two vaccine doses (with Comirnaty or Vaxzevria) had comparable peak levels of viral load to unvaccinated infected individuals. With the Alpha VOC, those infected after being vaccinated had much lower peak levels of viral load. However, a study from Singapore showed that the viral load in individuals infected with Delta VOC after full vaccination decline more rapidly than viral loads in individuals naturally infected with the Delta VOC." (onderstreping advocaat)

- 5.15 Dat de kans op besmetting (en transmissie) veel lager is bij gevaccineerden dan bij ongevaccineerden, volgt bovendien ook uit de landelijke cijfers⁶⁷ over het aantal gevaccineerden en ongevaccineerden dat besmet raakt met het coronavirus en dat in het ziekenhuis en op de IC wordt opgenomen.⁶⁸
- 5.16 Bij de duiding van die cijfers moet worden bedacht dat dat de groep gevaccineerden veel groter is dan de groep ongevaccineerden. Van de bevolking van 18 jaar of ouder is 85% van de mensen volledig gevaccineerd en bijna 90% deels gevaccineerd.⁶⁹ De groep volledig ongevaccineerden bestaat daarmee uit zo'n 10% van de bevolking van 18 jaar of ouder.
- 5.17 De landelijke cijfers laten zien dat in de maand oktober 2021 meer dan de helft van de corona-patiënten die in het ziekenhuis zijn opgenomen niet gevaccineerd was.⁷⁰

wordt overigens ook gekomen in het door Maes en Lenting als productie 6 bij memorie van grieven overgelegde onderzoek (zie regel 41-48). Ook wijzen Maes en Lenting in § 22 van de memorie van grieven zelf erop dat gevaccineerden minder klachten hebben dan ongevaccineerden.

⁶⁶ **Productie 24**, p. 14. Zie ook: <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Interim-public-health-considerations-for-the-provision-of-additional-COVID-19-vaccine-doses.pdf>

⁶⁷ Die dus – anders dan in § 7 van de memorie van grieven wordt gesuggereerd – wel degelijk openbaar worden gemaakt.

⁶⁸ Het is veel te beperkt om alleen te kijken naar twee ziekenhuizen, zoals Maes en Lenting in § 7 van de memorie van grieven doen. In de nieuwsberichten over die twee ziekenhuizen, waar Maes en Lenting hun stellingname kennelijk op baseren, staat ook vermeld dat de landelijke cijfers een ander beeld geven. Zie <https://www.nu.nl/coronavirus/6164500/in-maastricht-umc-liggen-juist-wel-vooral-gevacineerden-hoe-kan-dat.html> en <https://www.cwz.nl/over-cwz/nieuws-en-pers/nieuwsoverzicht/het-laatste-nieuws-over-covid/>. Dat met een dergelijke selectieve blik een onjuist beeld kan worden verkregen, kan ook worden geïllustreerd door te wijzen op artikelen en over twee andere ziekenhuizen – die juist een diametraal ander beeld schetsen (90% van de IC-opnames betreft ongevaccineerden). Zie: <https://www.rijnmond.nl/nieuws/1437909/Een-ochtend-op-de-overbelaste-onderbezette-ic-in-Rotterdam-Zuid-Geen-tijd-om-bij-te-komen> en <https://www.tubantia.nl/enschede/vrijwel-alle-coronapatienten-op-de-ic-in-enschede-zijn-niet-gevacineerd-speel-geen-russische-roulette~a9d3be62/>

⁶⁹ <https://coronadashboard.rijksoverheid.nl/landelijk/vaccinaties>

⁷⁰ Het gaat om 1392 ongevaccineerden en 1175 gevaccineerden. Zie tabel 1 van RIVM, Effectiviteit van COVID-19 vaccinatie tegen ziekenhuis en intensive-care-opname in Nederland (opnames 11 juli – 23 november 2021) (**productie 25**), te raadplegen via <https://www.rivm.nl/documenten/effectiviteit-van-covid-19-vaccinatie-tegen-ziekenhuis-en-intensive-care-opname-in-1>.

Bovendien was meer dan twee derde van de patiënten die in oktober 2021 op de IC werden opgenomen, niet gevaccineerd.⁷¹ Uit de cijfers van het RIVM blijkt verder dat van de mensen die positief testen op het coronavirus, ongeveer 50% gevaccineerd is en ongeveer 50% ongevaccineerd is.⁷²

- 5.18 Dat betekent dat uit de 10% van de bevolking die volledig ongevaccineerd is (i) ongeveer 50% van het aantal besmettingen afkomstig is, (ii) net iets minder dan de helft van het aantal ziekenhuisopnamen afkomstig is en (iii) meer dan twee derde van de IC-opnames afkomstig is. Met andere woorden: de cijfers laten zien dat de kleine groep ongevaccineerden een relatief grote bijdrage levert aan het aantal besmettingen en in relatief grote mate druk legt op de zorg.⁷³ De cijfers illustreren verder – anders dan Maes en Lenting menen – juist dat vaccinatie in belangrijke mate werkt tegen besmetting, tegen ziekenhuisopname en tegen IC-opname.

De meest recente cijfers geven hetzelfde beeld. Op grond van de eerste Nederlandse data lijkt de vaccineffectiviteit tegen infectie voor de omikron-variant circa 4 tot 5 keer zo laag als tegen de delta-variant.⁷⁴ Dat is zonder boosterprik. De komende tijd wordt daar dan ook vol op ingezet. De vaccineffectiviteit en de situatie als geheel wordt nauw gemonitord.

- 5.19 Daarbij geldt dat het inderdaad juist is – zoals Maes en Lenting aanvoeren⁷⁵ – dat ook gevaccineerden besmet kunnen raken met het coronavirus. Hoewel de kans veel kleiner is, kunnen ook gevaccineerden, ondanks hun vaccinatie, met het coronavirus besmet raken, net zoals een ongevaccineerde ook na een negatieve test nog besmet kan zijn (of raken) met het coronavirus. Dat staat in beide gevallen echter niet in de weg aan het gebruik van het CTB. Het CTB is niet bedoeld om het risico dat iemand met een CTB het coronavirus heeft en kan overdragen geheel uit te sluiten. Het CTB is bedoeld om de kans dat dit het geval is, te beperken. En die kans wordt door vaccinatie aanzienlijk beperkt – net zoals na een negatieve test.

- 5.20 Maes en Lenting halen tot slot nog diverse onderzoeken aan waaruit zou blijken dat de effectiviteit van vaccins tegen besmetting met het verloop van tijd afneemt.⁷⁶ De Staat is (mede) om deze reden inmiddels gestart met het aanbieden van een boostervaccinatie,⁷⁷ waarmee de effectiviteit van het vaccin tegen besmetting op peil

⁷¹ Het gaat om 319 ongevaccineerden en 138 gevaccineerden. Zie tabel 1 van het in de vorige voetnoot genoemde overzicht van het RIVM.

⁷² Zie RIVM, Epidemiologische situatie van SARS-CoV-2 in Nederland, 30 november 2021, te raadplegen via: https://www.rivm.nl/sites/default/files/2021-11/COVID-19_WebSite_rapport_wekelijks_20211130_1223_final.pdf

⁷³ Zie ter illustratie ook sheet 16 van de technische briefing van prof. Van Dissel van 1 december jl. (**productie 26**). Ook te raadplegen via: <https://www.tweedekamer.nl/kamerleden-en-commissies/commissies/volksgezondheid-welzijn-en-sport/thema-coronavirus> (sheet 16).

⁷⁴ Zie de presentatie van prof. Van Dissel van 21 december 2021, vanaf sheet 7 (**productie 27**).

⁷⁵ Memorie van grieven, § 21-22.

⁷⁶ Memorie van grieven, § 17-20, 23.

⁷⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-vaccinatie/aanpak-coronavaccinatie/boostervaccinatie>. Het boostervaccin mag niet eerder dan zes maanden na de laatste vaccinatie worden gegeven, zie <https://www.gezondheidsraad.nl/over-ons/documenten/adviezen/2021/11/02/boostervaccinatie-tegen-covid-19-vervolgadvies>.

wordt gehouden.⁷⁸ Bovendien wordt de effectiviteit en de noodzaak van het CTB constant gemonitord en onderzocht.⁷⁹

- 5.21 Kortom: zowel de WHO, het ECDC, het OMT, het RIVM als de Gezondheidsraad – deskundigen die hun rapporten en adviezen baseren op wetenschappelijk onderzoek – zijn het erover eens dat vaccinaties voldoende helpen om de transmissie van het coronavirus tegen te gaan.
- 5.22 De Staat mag in belangrijke mate vertrouwen op de rapporten en adviezen van deze deskundigen, te meer waar die gestaafd worden door de cijfers. In dit kort geding is geen plaats voor een wetenschappelijk debat over de inhoud van deze rapporten en adviezen.
- 5.23 Uit het voorgaande blijkt dat, anders dan Maes en Lenting stellen, art. 58ra Wpg ook een grondslag biedt voor deze invulling van het CTB. In die bepaling is opgenomen dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld met betrekking tot, kort gezegd, het CTB.
- 5.24 Uitgangspunt van de wet is blijkens art. 58ra lid 1 Wpg dat altijd de mogelijkheid moet worden geboden om een CTB te krijgen op basis van een negatieve test. Uit art. 58ra lid 2 Wpg volgt dat een CTB pas kan worden verkregen op basis van een vaccinatie tegen het coronavirus of een herstelbewijs, als op basis van een bewijs van vaccinatie tegen het coronavirus of een herstelbewijs kan worden vastgesteld dat een vergelijkbare kans op overdracht van het coronavirus bestaat als bij een bewijs van een negatieve testuitslag.
- 5.25 De achtergrond van art. 58ra van de Wpg is dat ten tijde van de invoering van deze bepaling nog niet bekend was of en in hoeverre vaccinatie (of herstel van het coronavirus) ook (voldoende) zou bijdragen aan de bestrijding van de transmissie van het coronavirus. Als dat zo zou zijn, dan zou ook een vaccinatie tot een CTB kunnen leiden, maar dan zou dat wel bepaald moeten worden.⁸⁰
- 5.26 Daarbij is benadrukt dat met ‘een vergelijkbare kans’ op overdracht, niet is bedoeld dat mathematisch moet worden vastgesteld dat bij gevaccineerden of bij mensen met een herstelbewijs een kwantitatief vergelijkbare kans op overdracht van het coronavirus bestaat als bij mensen met een testbewijs. Dat kan ook niet. Bij gevaccineerden en mensen met een herstelbewijs, gaat het immers om vraag in hoeverre het vaccin c.q. de doorgemaakte infectie de transmissie vermindert. Bij mensen met een negatief testbewijs gaat het daarentegen om het aantal vals-

⁷⁸ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-vaccinatie/aanpak-coronavaccinatie/boostervaccinatie> Zie ook Kamerbrief van de Minister van VWS van 2 november 2021 inzake Stand van zakenbrief COVID-19 met kenmerk 3277006-1019136-PDC19, p. 2 en Advies OMT van 11 november 2021 n.a.v. 129^e OMT, p. 4.

⁷⁹ Zie Kamerbrief van de Minister van VWS van 14 december 2021 inzake Stand van zakenbrief COVID-19 met kenmerk 3295279-1021660-PDC19, p. 42 (**productie 28**).

⁸⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35807, nr. 3, p. 56 (destijds was dit vereiste opgenomen in art. 58rf).

negatieve testen en het aantal mensen dat na de negatieve test alsnog besmettelijk wordt. Die verschillende waarden kunnen niet met elkaar worden vergeleken en dat vereist art. 58ra Wpg dan ook niet. Het gaat in plaats daarvan erom of bij alle drie de type bewijzen sprake is van een aanvaardbaar te achten risico dat iemand geïnfecteerd is en het virus overdraagt. Het gaat daarbij om (niet meer dan) een bandbreedte.⁸¹

“Ten aanzien van de vergelijkbare kans op overdracht van het virus, merken indieners op dat men de bewijzen niet precies kwantitatief kan vergelijken. Bij vaccinatie en herstel van het virus gaat het om de vraag in hoeverre het de transmissie vermindert, bij testbewijzen om het aantal vals-negatieve testen en het aantal mensen dat na de negatieve test alsnog besmettelijk wordt. Het gaat er bij alle drie de type bewijzen om dat er sprake is van een aanvaardbaar te achten risico dat iemand geïnfecteerd is en het virus overdraagt. De weging van dit restrisico zal worden gemaakt op basis van wetenschappelijk adviezen. Een ministeriële regeling voor de inzet van een of meerdere bewijzen zal altijd worden voorgelegd aan de Kamers volgens de gebruikelijke nahanprocedure.”⁸² (onderstreping adv.)

- 5.27 Om die reden is (i) in art. 58ra lid 1 Wpg bepaald dat een geldig CTB in ieder geval met een negatieve test kan worden verkregen en is (ii) in art. 58ra lid 2 Wpg tot uitdrukking gebracht dat de beslissing of dat ook mogelijk is op basis van een herstelbewijs of vaccinatiebewijs vooruit wordt geschoven naar een moment dat duidelijk zou zijn of ook op basis daarvan met een CTB kon worden gewerkt, omdat ook daarmee het risico dat iemand geïnfecteerd is en het virus overdraagt voldoende werd beperkt. Dan kan dan de weging die de wetgever verlangt, worden gemaakt.
- 5.28 Die weging is ook gemaakt en, zoals aan het begin van deze paragraaf al is toegelicht, gebaseerd op advies van de Gezondheidsraad en het OMT, neergelegd in de ministeriële regeling van 11 juni 2021. Van enige strijd met art. 58ra lid 2, aanhef en onder a, Wpg is dan ook geen sprake.

6 Geen ongerechtvaardigde discriminatie (grief 2)

- 6.1 Maes en Lenting stellen voorts dat de regeling van het CTB onmiskenbaar onverbindend is, omdat sprake zou zijn van verboden discriminatie doordat een (ongerechtvaardigd) onderscheid tussen gevaccineerden en ongevaccineerden zou worden gemaakt.⁸³
- 6.2 De centrale stelling die Maes en Lenting daarbij innemen is dat sprake is van verboden discriminatie, vanwege het ontbreken van een “deugdelijke medische en/of wetenschappelijke onderbouwing” voor het CTB. Dat deze centrale stelling onjuist is,

⁸¹ *Kamerstukken II 2020/21, 35807, nr. 25, p. 6. Vgl. Handelingen II, 2020/21, 35807, nr. 57, p. 124 en Kamerstukken II 2020/21, 35807, nr. 3, p. 53.*

⁸² *Kamerstukken II 2020/21, 35807, nr. 52, p. 5.*

⁸³ Zie § 9 en grief 2 en de toelichting daarop.

blijkt reeds uit hetgeen hiervoor in § 2 en 5 van deze memorie is opgenomen. Reeds daarmee ontvalt de grondslag aan deze grief. De Staat zal ten overvloede uiteenzetten dat van verboden discriminatie of een ongerechtvaardigd onderscheid tussen gevaccineerden en ongevaccineerden geen sprake is.

Geen (ongerechtvaardigd) onderscheid in behandeling

- 6.3 Vanwege de grondrechten die in het geding zijn, is van begin af aan goed naar de mogelijke inzet van CTB's 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 CTB kan worden ingezet. De Gezondheidsraad heeft daarvoor een ethisch-juridisch kader opgesteld.⁸⁴
- 6.4 Maes en Lenting stellen dat de inzet van CTB's in strijd is met de door hen opgesomde grondrechten en daarom al niet zou mogen. Als het advies van de Gezondheidsraad wordt gezien, valt op dat de Gezondheidsraad de inzet van CTB's – 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 CTB's aan de Wpg zijn toegevoegd, heeft geadviseerd.⁸⁵
- 6.5 Hier is bepalend dat de regeling van het CTB geldt voor iedereen van 13 jaar en ouder.⁸⁶ Een CTB kan worden verkregen na een negatieve test, na het overleggen van een herstelbewijs en na vaccinatie. Iedereen is daarbij vrij om te kiezen of hij of zij een CTB wenst te verkrijgen en, zo ja, door welk middel het CTB wordt verkregen. De voorwaarden waaronder het CTB kan worden verkregen, zijn dus voor iedereen hetzelfde. Voor zover vanwege een specifieke – bijvoorbeeld medische – situatie daar uitzonderingen voor moeten worden gemaakt, is dat mogelijk. Van een schending van het verbod op discriminatie is dan ook geen sprake. De grief van appellanten stuit daar op af.
- 6.6 Voor zover Maes en Lenting stellen dat het CTB tot (verboden) discriminatie zou leiden, is dat dus onjuist. Voor iedereen gelden dezelfde voorwaarden voor het CTB.
- 6.7 Voor personen die de keuze hebben gemaakt geen gebruik te maken van de kosteloos aangeboden vaccinatie, geldt dat zij zich kosteloos dienen te laten testen (of over een herstelbewijs moeten beschikken). Dat is niet zozeer een onderscheid. Het gaat om

⁸⁴ Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden' van 14 januari 2021, nr. 2021/02, Kamerstukken II 2020/21, 35 807, bijlage bij de memorie van toelichting (nr. 3). Zie in het bijzonder p. 3 van het kader.

⁸⁵ Kamerstukken II 2020/21, 35 807, nr. 4.

⁸⁶ Voor de volledigheid: hoewel de regeling van het CTB geldt voor iedereen van 13 jaar en ouder, is in sommige settings de leeftijdsgrens voor het CTB gesteld op 18 jaar (zie bijvoorbeeld art. 4.2 lid 3, aanhef en onder b, Trm ten aanzien van sportkantines en art. 4.3 lid 2 ten aanzien van het beoefenen van kunst en cultuur). In die gevallen hoeft het CTB dus alleen te worden getoond door iedereen van 18 jaar en ouder.

verschillende mogelijkheden om een CTB te verkrijgen. Het College voor de Rechten van de Mens acht de aanwezigheid van alternatieven voor het verkrijgen van een CTB na vaccinatie, zoals het overleggen van een negatief testbewijs, juist van groot belang.⁸⁷ Zonder vaccinatiebewijs is dan wel een herstelbewijs of testbewijs nodig, omdat anders het risico op het besmetten van andere aanwezigen te groot is. Dat probeert het CTB nu juist in te perken. Dat sluit ook aan bij de positieve verplichting van de overheid om de volksgezondheid te bevorderen. De Raad van State benadrukt in verschillende adviezen dat de keuze om zich niet te vaccineren “gerespecteerd moet worden, maar tegelijkertijd niet vrijblijvend is vanwege de gevolgen daarvan voor anderen en in het bijzonder voor de zorg.”⁸⁸ Er zijn nadrukkelijk ook grondrechten van anderen in het geding, zoals de vrijheid van beweging en het recht op gezondheidszorg.⁸⁹

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.⁹⁰

- 6.8 Voor de goede orde: hier is van verplichte vaccinatie geen sprake. Bovendien kan ook met een negatieve test of een herstelbewijs een CTB worden verkregen.

Juist de beschikbaarheid van die alternatieven maakte dat uw Hof stellingen van stichting Viruswaarheid over een vermeend onrechtmatig verschil in behandeling tussen gevaccineerde en niet gevaccineerde personen, in een eerdere procedure heeft verworpen. Zie: Hof Den Haag 22 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1094, rov. 5.12.

- 6.9 De gemaakte afweging is dan ook evenredig. Het gaat uitsluitend om niet-essentiële sectoren, zodat eenieder de keuze kan maken om niet naar de locaties toe te gaan waar om een CTB wordt gevraagd. Om een CTB te verkrijgen, hoeft men zich niet (kosteloos) te laten vaccineren: men kan ook ervoor kiezen zich (kosteloos) te laten testen. In beide gevallen betreft het een geringe en overkomelijke handeling, die kan worden gevraagd om anderen te beschermen en de verspreiding van het virus tegen te gaan.⁹¹ Het CTB maakt het bovendien mogelijk (i) dat de beperking van grondrechten als gevolg van andere – meer ingrijpende – coronamaatregelen wordt teruggebracht (de Raad van State benoemt in haar adviezen dat dit element een rol speelt in de totaalbeoordeling van de proportionaliteit⁹²) en (ii) dat de kwetsbaren aan de samenleving kunnen (blijven) deelnemen en zich ook in risicovolle settings kunnen begeven. Waar dat nodig is, is voorzien in uitzonderingen op het CTB.

⁸⁷ <https://mensenrechten.nl/nl/coronavirus-en-mensenrechten>.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2021/22, 35 961, nr. 4, p. 4; *Kamerstukken II* 2021/22, 35971, nr. 4, p. 4.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35973, nr. 4, p. 4.

⁹⁰ EHRM 8 april 2021, *Vavricka e.a./ Tsjechië*, appl. 47621/13 e.v.; ECLI:CE:ECHR:2021:048JUD004762113. 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).

⁹¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 807, nr. 4, p. 5; *Kamerstukken II* 2021/22, 35 961, nr. 4, p. 4.

⁹² *Kamerstukken II* 2021/22, 35 961, nr. 4, p. 4-5

- 6.10 De Tweede Kamer heeft na zorgvuldig en uitvoerig debat de rechtvaardiging en evenredigheid van de inzet van CTB's onderschreven.⁹³
- 6.11 Met deze afweging kan men het oneens zijn. Men kan vinden dat voor andere coronamaatregelen moet worden gekozen, zoals (meer of langer) sluiting van niet-essentiële sectoren, en dat de verstreckende gevolgen daarvan voor lief hadden 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 hier niet voor. De gemaakte afweging kon in redelijkheid worden gemaakt en is niet onmiskenbaar onverbindend.

Overige grond- en mensenrechten

- 6.12 Maes en Lenting hebben hun grief alleen gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat geen sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen gevaccineerden en ongevaccineerden (rov. 4.10-4.15). Dat blijkt niet alleen uit de tekst van de grief zelf ("heeft de voorzieningenrechter ten onrechte aangenomen dat sprake was van een gerechtvaardigd onderscheid tussen gevaccineerden en ongevaccineerden"), maar ook uit de toelichting op de grief. In die toelichting gaan Maes en Lenting immers alleen in op dit vermeende ongerechtvaardigd onderscheid.

De Staat constateert dat Maes en Lenting geen grief hebben gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat geen sprake is van een (ongerechtvaardigde) inperking van bepaalde andere grond- en mensenrechten (rov. 4.16-4.19). Zij sommen in de memorie van grieven wel enkele grond- en mensenrechten op waarvan zij menen dat die in het geding zouden zijn (§ 37 MvG), maar een voldoende kenbare grief tegen het oordeel van de voorzieningenrechter in rov. 4.16-4.19 valt in die opsomming niet te ontwaren. Maes en Lenting volstaan immers met die opsomming en gaan vervolgens enkel in op de vermeende discriminatie.

- 6.13 Dit betekent dat in hoger beroep vaststaat dat geen sprake is van een (ongerechtvaardigde) inperking van andere grond- en mensenrechten.
- 6.14 De Staat zal hierna – zekerheidshalve en ten overvloede – kort ingaan op de door Maes en Lenting opgesomde grond- en mensenrechten die volgens Maes en Lenting door de inzet van het CTB in het geding zouden zijn.⁹⁴

⁹³ *Handelingen II* 2020/21, 107^e debat, donderdag 26 september (ongecorrigeerd stenogram).

⁹⁴ De Staat merkt hierbij op dat het EU-Handvest in deze zaak geen toepassing vindt. Het EU-Handvest is immers alleen van toepassing op het handelen van de lidstaten, als de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen (art. 51 lid 1 EU-Handvest). Daarvan is hier geen sprake. Zie ook Hof Den Haag 14 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2452, rov. 6.28.

6.15 In die opsomming zijn verschillende grond- en mensenrechten opgenomen die door de inzet van het CTB niet worden geraakt, zoals het beginsel van habeas corpus, het recht op onderwijs, het recht op vrijheid van beroep, het recht om te werken en het recht op bescherming tegen onredelijk ontslag.⁹⁵

6.16 Daar komt bij dat Maes en Lenting in dit hoger beroep in persoon optreden. Er is dus geen sprake van een collectieve actie, waarbij Maes en Lenting opkomen voor de belangen van anderen: zij komen alleen op voor hun eigen belangen. Dat betekent dat Maes en Lenting – op zijn minst – dienen toe te lichten op welke wijze *zij* in de opgesomde grondrechten worden geraakt door het CTB. Dat hebben Maes en Lenting echter nagelaten. Ook om deze reden dient het beroep van Maes en Lenting op de overige grond- en mensenrechten te falen.

Ter illustratie wijst de Staat erop dat bijvoorbeeld niet valt in te zien hoe Maes (die eigen baas is) en Lenting (die bij Maes in dienst is) worden geraakt in hun recht om te werken, of in de vrijheid van ondernemerschap. Maar ook ten aanzien van de andere genoemde grond- en mensenrechten is zonder nadere toelichting niet duidelijk waarom sprake zou zijn van een (ongerechtvaardigde) inperking van deze grond- en mensenrechten.

6.17 Voor zover ook ten aanzien van Maes en Lenting sprake zou zijn van een inperking van de door hen ingeroepen grond- en mensenrechten, is die inperking gerechtvaardigd. Dat is het geval als (i) sprake is van een grondslag in een wet in formele zin, (ii) de inperking een legitiem doel dient en (iii) de inperking noodzakelijk is.

6.18 Dat het CTB een deugdelijke wettelijke grondslag heeft (art. 58ra Wpg), een legitiem doel dient (bescherming van de volksgezondheid) en noodzakelijk is, is in eerste aanleg⁹⁶ en hiervoor in § 2, 3 en 5 reeds uitgebreid toegelicht.⁹⁷ In aanvulling daarop merkt de Staat nog het volgende op.

De Staat wijst erop dat de Gezondheidsraad⁹⁸ en de Afdeling Advisering van de Raad van State⁹⁹ in recente adviezen ook tot de slotsom zijn gekomen dat de huidige inzet van het CTB geen (ongerechtvaardigde) inperking van de grond- en mensenrechten vormt. De huidige regeling van het CTB is in lijn met het door de Gezondheidsraad opgestelde ethisch-juridisch kader.

⁹⁵ Zie meer uitgebreid § 2.2 e.v. van de pleitnota van de Staat in eerste aanleg.

⁹⁶ Zie § 2.3-2.6, 2.12-2.13 van de pleitnota in eerste aanleg.

⁹⁷ Zie ook *Stcrt.* 2021, 41410, toelichting, p. 13 (productie 1 bij conclusie van antwoord) en *Stcrt.* 2021, 46176, p. 10.

⁹⁸ Zie "Testbewijzen voor SARS-CoV-2: ethische en juridische voorwaarden" van 14 januari 2021, nr. 2021/02 en *Kamerstukken II* 2020/21, 35 807, 3, p. 3. Zie meer uitgebreid § 2.15 van de pleitnota van de Staat van 28 september 2021; zie art. 58ra Wpg en art. 58rb Wpg.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35 807, 4; *Kamerstukken II* 2021/22, 35 961, 4; *Kamerstukken II* 2021/22, 35973, 4.

- 6.19 Op de Staat rust een positieve verplichting om de volksgezondheid te beschermen (zie art. 22 Gw en art. 2 en 8 EVRM).¹⁰⁰ Deze positieve verplichting noodzaakt de Staat om maatregelen te treffen ter bestrijding van de corona-epidemie.

Hiervoor is niet relevant of de Staat vóór de corona-epidemie al dan niet maatregelen had kunnen treffen – zoals opschaling van de zorg (§ 41 MvG)¹⁰¹ – die het mogelijkwerijs nu gemakkelijker hadden gemaakt om de corona-epidemie te bestrijden. Met andere woorden: dat de Staat in het verleden al dan niet maatregelen had kunnen treffen, ontslaat de Staat niet van zijn verplichting om nu maatregelen te treffen.

- 6.20 Bij de vraag welke maatregelen de Staat dient te treffen, dient vervolgens een brede afweging te worden gemaakt. Vaak zal gekozen moeten worden tussen verschillende coronamaatregelen, die in verschillende mate impact hebben op verschillende grond- en mensenrechten.
- 6.21 De inzet van het CTB is noodzakelijk en proportioneel. Het CTB kan op grond van art. 58ra van de Wpg alleen in niet-essentiële sectoren worden ingezet.¹⁰² Dat betekent dat eenieder de keuze kan maken om niet naar de locaties waar een CTB verplicht is te gaan. Voor personen voor wie deze keuze, bijvoorbeeld vanwege hun beroep, niet vrij staat, is een uitzondering in de wettelijke regeling opgenomen.¹⁰³ In de wettelijke regeling zijn daarnaast ook diverse andere uitzonderingen opgenomen, bijvoorbeeld voor mensen die zich niet kunnen laten vaccineren en testen.¹⁰⁴ Ook heeft het kabinet de toegankelijkheid van het CTB voor minder digitaal-vaardige personen gewaarborgd door ook een papieren CTB beschikbaar te stellen. Het College voor de Rechten van de Mens acht dit laatste in het bijzonder van belang.¹⁰⁵
- 6.22 Het CTB draagt bij aan beperking van de verspreiding van het coronavirus op de locatie waar om het CTB wordt gevraagd. Hiermee maakt het CTB het mogelijk om onderdelen van de samenleving te heropenen of geopend te houden en gelijktijdig de verspreiding van het virus te beperken.¹⁰⁶ Dat is zowel sociaal-maatschappelijk, economisch als in het kader van de volksgezondheid van belang. Het CTB is dus onder meer gerechtvaardigd, omdat daardoor bepaalde sectoren (op ruimere capaciteit) geopend kunnen blijven, wat ook bijdraagt aan de mentale en fysieke gezondheid van

¹⁰⁰ Vgl. EHRM 4 januari 2008, Shelley/VK, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006, waarin het EHRM ten aanzien van art. 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.

¹⁰¹ Het vergroten van het aantal ziekenhuis- en IC-bedden is minder eenvoudig dan Maes en Lenting doen voorkomen, terwijl het coronavirus bovendien exponentiële groei kent, zodat het effect van opschaling van het aantal ziekenhuis- en IC-bedden bij de bestrijding van het virus relatief beperkt is.

¹⁰² De inzet van het coronatoegangsbewijs blijft, zoals de Gezondheidsraad heeft geadviseerd, dus beperkt tot de niet-essentiële sectoren. De enige uitzondering daarop is het onderwijs, waarvoor bij de inzet van het coronatoegangsbewijs wel extra waarborgen gelden zoals een amvb en instemming van betrokkenen (studentenraad, ondernemingsraad e.d.) (zie art. 58ra lid 3 en 4 Wpg). Het coronatoegangsbewijs wordt in het onderwijs op dit moment niet ingezet.

¹⁰³ Dat dit voor Maes en Lenting aan de orde is, hebben zij niet aangevoerd en ligt ook niet voor de hand.

¹⁰⁴ Ook hier geldt dat niet blijkt dat dit voor Maes en Lenting geldt.

¹⁰⁵ Zie: <https://mensenrechten.nl/toegelicht/coronatoegangsbewijs-en-mensenrechten>.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35 807, 3, p. 2; Advies OMT van 22 november 2021 n.a.v. 130^e OMT, p. 6.

de bevolking. Zou het CTB niet worden ingezet, dan zou (verdere) sluiting van deze sectoren noodzakelijk kunnen zijn. Dat zou raken aan het door art. 1 Eerste Protocol beschermde eigendomsrecht. Bovendien dragen de activiteiten die deze sectoren faciliteren bij aan zelfontplooiing – en daarmee aan de gezondheid van de bevolking.¹⁰⁷

- 6.23 De Raad van State erkent in een recent advies dat het CTB juist kan bijdragen aan het voorkomen of verminderen van de beperking van grondrechten.

“De Afdeling onderschrijft dan ook de toelichting waar gesteld wordt dat de inzet van het ctb, meer ingrijpende maatregelen (zoals een lockdown) kan voorkomen of – als zodanige maatregelen toch noodzakelijk zijn gebleken – kan betekenen dat bij een verbetering van de situatie eerder kan worden afgeschaald. In die zin kan een verruimde inzet van het ctb bijdragen aan het voorkomen of verminderen van de beperking van grond- en mensenrechten.”¹⁰⁸

- 6.24 Met de brede inzet van het CTB neemt het kabinet de noodzakelijke maatregelen ter bestrijding van het coronavirus. De bredere inzet van het CTB is onder meer gebaseerd op het 128^e OMT-advies. In dat advies riep het OMT op zo spoedig mogelijk aanvullende maatregelen te treffen “om de toename van ziekenhuis en daarmee IC-opnames te keren en deze in de tijd te spreiden zodat de zorgcapaciteit in brede zin voor zowel patiënten binnen de reguliere zorg als voor covid-19-patiënten geborgd blijft”.¹⁰⁹ Het OMT adviseerde in dat advies uitdrukkelijk tot bredere inzet van het CTB (zie hiervoor in § 2). De noodzaak tot de brede inzet van het CTB blijft het OMT ook in latere adviezen onderschrijven.¹¹⁰

- 6.25 Bij de bredere inzet van het CTB is verder rekening gehouden met de inzichten van en reflecties op de maatregelen van het SCP en de ‘Trojka’ en met diverse uitvoeringstoetsen. De Trojka acht daarbij de sociaal-maatschappelijke en economische effecten van het verbreden van de CTB’s relatief beperkt.¹¹¹ Daar staan de ingrijpendere effecten van andere maatregelen tegenover.¹¹²

- 6.26 De Staat wijst bovendien erop dat steeds aan de hand van de meest recente epidemiologische en maatschappelijke inzichten wordt nagegaan of strengere maatregelen nodig zijn, of dat juist versoepelingen mogelijk zijn.¹¹³ Met andere woorden: het CTB is tijdelijk.

- 6.27 Resumerend geldt dat het kabinet – zeker in tijden van crisis, waarin snelle besluitvorming in onzekere omstandigheden is vereist – in redelijkheid tot de met

¹⁰⁷ *Stcrt.* 2021, 46176, p. 11.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2021/22, 35971, nr. 4, p. 4.

¹⁰⁹ Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 7.

¹¹⁰ Advies OMT van 1 november 2021 n.a.v. 128^e OMT, p. 5-6.

¹¹¹ *Stcrt.* 2021, 46176, p. 10 en 12.

¹¹² Vgl. *Kamerstukken II* 2021/22, 35971, nr. 4, p. 4; *Kamerstukken II* 2021/22, 35973, nr. 4, p. 5.

¹¹³ Vgl. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/11/02/letterlijke-tekst-persconferentie-minister-president-rutte-en-minister-de-jonge-2-november-2021>.

betrekking tot het CTB gemaakte afweging heeft kunnen komen. Van een onmiskenbaar onverbindende regeling is geen sprake.

7 Afrondende opmerkingen

- 7.1 De Staat merkt tot slot met betrekking tot de vorderingen van Maes en Lenting nog op dat (i) Maes en Lenting nog geen bodemprocedure hebben aangespannen, zodat hun vordering in feite erop neerkomt dat een streep door de CTB's wordt gezet, (ii) dat van een voorziening vanaf de datum van het arrest geen sprake kan zijn, omdat bij – onverhoopte – toewijzing van de vordering (in ieder geval als de lockdown op dat moment is opgeheven) andere maatregelen zullen moeten worden getroffen ter bestrijding van het coronavirus en (iii) dat de Staat rechterlijke vonnissen nakomt en dat voor het opleggen van een dwangsom dus geen grond bestaat (zie ook § 12 van de conclusie van antwoord).

8 Conclusie

De Staat concludeert:

- i. tot verwerping van het beroep,
- ii. tot hoofdelijke veroordeling van appellanten in de proceskosten van beide instanties, daaronder begrepen de nakosten van telkens € 163 (in het geval van betekening van het hofarrest te verhogen met € 85), zulks met bepaling dat over de proceskostenveroordelingen wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang na veertien dagen na de datum van het te dezen te wijzen arrest, en met verklaring dat deze proceskostenveroordeling – de veroordeling van de nakosten daaronder begrepen – uitvoerbaar bij voorraad zal zijn.

Advocaat

behandeld door	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