

## NOTITIE ADVIESGROEP CORONA EN AANSPRAKELIJKHEID

24 juli 2020

### 1. Inleiding

Sinds het coronavirus in Nederland is vastgesteld, is door de Staat en de veiligheidsregio's een groot aantal maatregelen genomen teneinde de verdere verspreiding van het virus te voorkomen. Deze maatregelen hebben grote gevolgen (gehad) voor (groepen uit) de samenleving die door de maatregelen in hun rechten worden beknót. Als gevolg daarvan is de Staat in diverse juridische procedures betrokken waarin versoepeling, opheffing of juist verscherping van de maatregelen werd gevorderd. Ook zijn (los daarvan) verzoeken tot schadevergoeding of nadeelcompensatie ontvangen.

Gegeven de forse impact van de reeds genomen en wellicht in de toekomst nog te nemen maatregelen, is het waarschijnlijk dat de legitimiteit van deze maatregelen in diverse juridische procedures aan de orde zal worden gesteld. Evenzeer is het aannemelijk dat in de nabije toekomst meer vorderingen tot schadevergoeding (nadeelcompensatie) zullen worden ontvangen. Deze vorderingen kunnen – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – ofwel alleen tegen de Staat ofwel alleen tegen de veiligheidsregio, dan wel tegen de Staat en de veiligheidsregio gezamenlijk worden ingediend.<sup>1</sup>

In deze notitie wordt daarom ingegaan op de legitimiteit/rechtmaticheid van de maatregelen die de Staat en de veiligheidsregio's hebben genomen (en nog kunnen nemen) om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, alsmede op de vraag of de Staat en/of de veiligheidsregio's (al dan niet via een beroep op nadeelcompensatie) aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schade die deze maatregelen hebben veroorzaakt.<sup>2</sup>

Deze notitie is opgesteld om de Staat en de veiligheidsregio's een handreiking te bieden bij het beoordelen van en het reageren op dit soort vorderingen. Deze handreiking is evenwel bedoeld voor intern gebruik (binnen de overheid), heeft geen externe werking, en is geen beleidsregel waaraan gedupeerde burgers en/of bedrijven direct of indirect rechten kunnen ontleenen.

De opbouw van deze notitie is als volgt:

In paragraaf 2 wordt ingegaan op de achtergrond van de coronacrisis in Nederland en het wettelijk kader op grond waarvan de Staat en de veiligheidsregio zich baseren bij het treffen van maatregelen. Daarbij wordt ook aandacht geschonken aan de wijze waarop de Staat zich steeds voorafgaand aan het nemen van maatregelen uitvoerig laat adviseren door diverse nationale en internationale deskundigen, evenals aan de steunmaatregelen die de Staat heeft genomen teneinde de gevolgen te mitigeren die de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus op de economie hebben. Ook wordt in deze paragraaf ingegaan op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die evenals bij ander (civielrechtelijk) overheidshandelen doorwerken op de maatregelen.

<sup>1</sup> Alleen tegen de Staat indien een bepaalde maatregel bijvoorbeeld alleen door de Staat is genomen, of omdat (zoals uit het behandelde in paragraaf 4 zal blijken) er tegen de vaststelling van de noodverordening (als algemeen verbindend voorschrift) geen bezwaar of beroep tegen de veiligheidsregio mogelijk is.

Alleen tegen de veiligheidsregio indien de veiligheidsregio nadere beslissingen neemt op grond van de noodverordening, bijvoorbeeld een vrijstelling verleent op grond van art. 3.1, lid 1, onderdeel c van de noodverordening of een specifiek gebied aanwijst als 'verboden gebied' i de zin van art. 2.5 van de noodverordening. Tegen dit soort besluiten kan alleen bestuursrechtelijk (en in beginsel alleen tegen de veiligheidsregio) worden opgekomen.

Gezamenlijk tegen zowel de Staat als de veiligheidsregio, indien beide overheidslichamen met hun maatregelen hebben bijgedragen aan het ontstaan van schade. Bijvoorbeeld indien het sluiten van Sauna's (op grond van de noodverordening) achteraf als een te ingrijpende maatregel wordt aangemerkt, en de betreffende onderneming tevens een last onder dwangsom (opgelegd door de veiligheidsregio) heeft verleend.

<sup>2</sup> Strikt genomen wordt de vraag of er een verplichting is tot het betalen van nadeelcompensatie bij de civiele rechter ook op grond van het leerstuk van de onrechtmatige daad beoordeeld. De gedachte is daarbij dat het optreden van de overheid pas rechtmatig wordt indien de door een bepaalde (rechts-)persoon onevenredig geleden schade wordt vergoed.

In paragraaf 3 worden de door de Staat genomen maatregelen bezien in het licht van de grondrechten waarop deze maatregelen *mogelijk* een inbreuk maken. In deze paragraaf wordt de wettelijke basis besproken voor de in de acute crisissituatie gekozen instrumenten (de noodverordeningen) om de grondrechten te beperken.

Paragraaf 4 behandelt de vraag of de bestuursrechter dan wel de civiele rechter bevoegd is om kennis te nemen van procedures die in verband met de genomen maatregelen tegen de Staat is aangespannen. Deze complicatie doet zich niet, althans in veel mindere mate, voor bij de maatregelen die de veiligheidsregio neemt. Die maatregelen zijn alle bestuursrechtelijk van aard, zodat in beginsel bij de bestuursrechter dient te worden opgekomen tegen dit soort maatregelen.<sup>3</sup>

Ofschoon de meeste maatregelen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan via noodverordeningen en de daarin verwerkte opdrachten/aanwijzingen van de minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport (VWS) tot stand zijn gekomen, nemen de veiligheidsregio's daarnaast een eigen, zelfstandige positie in bij de bestrijding van het coronavirus. Deze eigen positie, de door de veiligheidsregio zelf genomen maatregelen en besluiten en de daaraan verbonden mogelijkheid om de veiligheidsregio in rechte te betrekken, worden behandeld in paragraaf 5.

Vervolgens zal in paragraaf 6 worden ingegaan op vorderingen tot nadeelcompensatie, waarmee zowel de Staat als de veiligheidsregio's kunnen worden geconfronteerd. Omdat de beoordeling van een vordering tot nadeelcompensatie zeer afhankelijk is van de concrete casus, wordt in deze paragraaf volstaan met de bespreking van de belangrijkste elementen die daarbij een rol spelen.

Paragraaf 7 stipt kort enkele onderwerpen aan waarmee rekening dient te worden gehouden indien een verzoek tot zgn. 'onverplichte tegemoetkoming' wordt ontvangen of verdergaande compensatie in de vorm van een 'onverplichte tegemoetkoming' door de overheid zelf wordt overwogen. Uit het aldaar behandelde zal blijken dat – mede gelet op de reeds verleende steunpakketten – met dit soort maatregelen terughoudend dient te worden omgegaan.

Ten slotte worden in paragraaf 8 de concrete vorderingen tegen de Staat en de voorzitters van de veiligheidsregio's besproken. In paragraaf 8.2 wordt – in algemene zin – de maatstaf behandeld die wordt gehanteerd bij het antwoord op de vraag of de overheid bij de bestrijding van het coronavirus rechtmatig heeft gehandeld. In paragraaf 8.3 worden enkele handreikingen geboden bij de beoordeling van aansprakelijkstellingen op grond van onrechtmatige daad, zoals het bestaan van een rechtvaardigingsgrond, de vraag of er voldoende causaal verband is, de relativiteit, en de formele rechtskracht. Ten slotte wordt in paragraaf 8.4 een opsomming gegeven van de verschillende typen claims die tegen de Staat en de veiligheidsregio's zouden kunnen worden ingediend en het verweer dat tegen deze typen vorderingen zou kunnen worden gevoerd. Dit verweer vloeit logischerwijs voort uit het eerder in deze notitie behandelde.

<sup>3</sup> Een uitzondering vormt de vaststelling van de noodverordening door de voorzitter van de veiligheidsregio, omdat dit een algemeen verbindend voorschrift betreft waartegen ingevolge art. 8:3 Awb niet kan worden opgekomen bij de bestuursrechter, tenzij er toepassing wordt gegeven aan het leerstuk van 'exceptieve toetsing' namelijk door beroep in te stellen tegen een bestuursrechtelijk appellabel besluit dat op het bestreden avv is gebaseerd. Indien de bestuursrechter een avv of de toepassing daarvan bij zijn toets onrechtmatig acht, kan de rechter het aangevochten avv onverbindend verklaren of het in het concrete geval buiten toepassing laten.

## 2. *Achtergrond, wettelijk kader van de maatregelen en de daaraan ten grondslag liggende adviezen*

In december 2019 stak in de regio Wuhan (China) een nieuw coronavirus de kop op, ook wel SARS-Cov-2 genoemd (hierna: het coronavirus). In Nederland werd op 27 februari 2020 de eerste patiënt met het virus vastgesteld. Op 30 januari 2020 heeft de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) de uitbraak tot 'Public Health Emergency of International Concern' uitgeroepen. Op 11 maart 2020 verklaarde de WHO de uitbraak van het virus tot pandemie. De WHO heeft de lidstaten van de Europese regio daarbij opgeroepen alles te doen wat nodig is in hun nationale context om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Dat wil zeggen dat volgens de WHO ieder land goed moet kijken naar de eigen situatie en in overleg met experts bepaalt welke maatregelen moeten worden genomen.

Sindsdien zijn door de Staat veel maatregelen genomen om de verdere verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Zo moesten bijvoorbeeld scholen en restaurants dicht, werden mensen verplicht 1,5 meter afstand van elkaar te houden, werden er beperkingen gesteld aan het aantal mensen dat aanwezig mocht zijn bij (religieuze) bijeenkomsten, en werden (contact-)beroepen en evenementen verboden. Deze maatregelen heeft de Staat genomen op grond van de bevoegdheden uit de Wet publieke gezondheid (Wpg) en de Wet Veiligheidsregio's (Wvr).<sup>4</sup> Het staatsnoodrecht<sup>5</sup> is niet toegepast.

De Staat was onder de concrete omstandigheden ook verplicht om handelend op te treden. De noodzaak van overheidsoptreden ter bestrijding van de epidemie vloeit mede voort uit het recht op gezondheidszorg als mensenrecht. Artikel 22 van de Grondwet waarborgt dat de overheid maatregelen treft ter bevordering en bescherming van de volksgezondheid. De strekking van dit sociaal grondrecht komt overeen met wat in internationale verdragen is bepaald. Zo brengt bijvoorbeeld artikel 12 van het Internationaal verdrag inzake economische en sociale en culturele rechten (IVESCR) mee dat het recht op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid wordt erkend door de overheid en dat ter volledige verwezenlijking van dat recht maatregelen worden genomen, zoals maatregelen ter voorkoming, behandeling en bestrijding van epidemische en endemische ziekten alsmede van beroepsziekten en andere ziekten. Een hoog niveau van de bescherming van de menselijke gezondheid is tevens verdrags-echtelijk gewaarborgd in artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest en artikel 35 van het Europees Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest).<sup>6</sup>

Het coronavirus is op 28 januari 2020 door de Minister van Medische Zorg en Sport aangemerkt als een infectieziekte behorende tot groep A, de hoogste categorie van de vier: het betreft een virus waarbij ernstig gevaar voor de volksgezondheid bestaat.<sup>7</sup> Dit heeft tot gevolg dat de Minister van VWS de leiding heeft over de bestrijding van de ziekte (art. 7, lid 1, Wpg). De zorg voor de algemene bestrijding van de infectieziekte ligt bij een groep A-ziekte bij de voorzitter van de Veiligheidsregio's (art. 6, lid 4, Wpg). De Minister van VWS kan de voorzitters van de Veiligheidsregio's opdragen hoe de bestrijding ter hand te nemen (art. 7, lid 1, Wpg). De Minister van VWS heeft – al dan niet in overeenstemming met de Minister van J&V – ter bestrijding van het coronavirus herhaaldelijk toepassing gegeven aan deze bevoegdheid. Deze aanwijzingen/opdrachten vormen de basis voor noodverordeningen van de voorzitters van de Veiligheidsregio's. De juridische grondslag van deze noodverordening ligt in artikel 39 van de Wvr in samenhang met artikel 176 van de Gemeentewet. Deze noodverordeningen bevatten de burgers rechtstreeks bindende (algemene) regels.

<sup>4</sup> Deze bevoegdheden lijken weliswaar sterk op noodbevoegdheden, maar worden formeel niet als zodanig aangemerkt. Zie Kamerstukken II 2017/18, 29668, nr. 48, p. 3-4. Het onderscheidend kenmerk is dat de thans door de Staat getroffen noodmaatregelen berusten op bevoegdheden die niet via een koninklijk besluit behoeven te worden geactiveerd.

<sup>5</sup> Zie voor de beschrijving van het noodrecht bijvoorbeeld paragraaf 2 van de 'Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen' van de Raad van State van 25 mei 2020, kenmerk W04.20.0139/1/Vo (via de link: <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/0121106/w04-20-0139-vo/>).

<sup>6</sup> Memorie van toelichting bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, pagina 28-29, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 35 526, nr. 3.

<sup>7</sup> Regeling 2019-nCoV, Stcrt. 2020, 6800 (berustend op artikel 20 van de Wpg).

Het beleid van de Staat en de daaruit voortvloeiende maatregelen zijn steeds gebaseerd op adviezen van een grote groep deskundigen.<sup>8</sup> De bestrijding van infectieziekten valt binnen het werkkterrein van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS). De minister van VWS wordt ten behoeve van de besluitvorming in het kader van het coronavirus, geadviseerd door vertegenwoordigers van het lokaal, sectoraal en nationaal bestuur in het Bestuurlijk Afstemmingsoverleg (BAO) en ontvangt medisch-epidemiologisch advies van deskundigen in het Outbreak Management Team (OMT).

Bij de aanpak van bovenregionale uitbraken van infectieziekten zoals hier aan de orde coördineert het RIVM operationeel de bestrijding. Bij een uitbraak van een zeldzame ziekte in het buitenland, waarvan het gevaar bestaat dat mensen deze naar Nederland overbrengen, is het de taak van het Centrum Infectieziektebestrijding van het RIVM (Cib) om Nederland ten aanzien van het medisch-epidemiologische beleid zo goed mogelijk voor te bereiden. De directeur van het Cib kan in dergelijke gevallen het zogeheten OMT bij elkaar roepen. In het OMT zitten experts en vertegenwoordigers vanuit verschillende beroepsorganisaties die vanuit hun eigen expertisegebied adviseren. Zij leggen vanuit verschillende invalshoeken de basis voor een adequate risicoanalyse van, en advisering over, de bestrijding van infectieziekten, en betrekken in hun adviezen steeds de laatste (wetenschappelijke) inzichten en publicaties in internationale wetenschappelijke (peer reviewed) tijdschriften en de actuele adviezen van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en het Europees Centrum voor ziektepreventie en -bestrijding (ECDC).

Een advies van het OMT wordt vervolgens door het Cib ingebracht in het Bestuurlijk afstemmingsoverleg infectieziektebestrijding (BAO), dat de door het OMT geadviseerde maatregelen op politiek-bestuurlijke haalbaarheid en wenselijkheid beoordeelt. Het BAO adviseert de minister vervolgens over de te nemen maatregelen. De minister heeft in de gegeven omstandigheden geen andere mogelijkheid dan op het advies van experts te vertrouwen.

De elkaar snel opvolgende ontwikkelingen en nieuw verworven inzichten over het virus worden steeds in de adviezen betrokken en daardoor tevens in het beleid en de maatregelen van de Staat. Door de opzet en werking van de bestuurlijke adviesstructuur rondom de bestrijding van uitbraken van infectieziekten is gewaarborgd dat door de Staat onmiddellijk en effectief de maatregelen kunnen worden getroffen die door deskundigen noodzakelijk worden geacht om een gezondheidscrisis als de onderhavige het hoofd te bieden. De maatregelen worden op basis van de actuele ontwikkelingen voortdurend geëvalueerd en – indien de betrokken deskundigen dat mogelijk, respectievelijk noodzakelijk vinden – aangepast (versoepeld of aangescherpt).

De situatie rond het coronavirus heeft zich dusdanig ontwikkeld dat versoepelingen van de beperkingen zijn doorgevoerd. Daarbij wordt dezelfde bestuurlijke adviesstructuur gehanteerd als hierboven uiteengezet. De Staat heft de beperkende maatregelen zo snel als dat volgens de deskundigen kan op, zodat de beperking van de vrijheden van burgers niet langer duren en niet verder gaan dan door de deskundigen strikt noodzakelijk wordt geacht. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft bevestigd dat de Staat in deze specifieke crisissituatie op de adviezen van de diverse deskundigen mag vertrouwen en zijn beleid daarop mag afstemmen.<sup>9</sup>

Over dit beleid en de bijbehorende maatregelen vindt wekelijks een parlementair debat plaats, zodat de maatregelen door middel van steun van een meerderheid van de Tweede Kamer ook democratisch worden gelegitimeerd.

Naast het hierboven gegeven wettelijk kader op grond waarvan de maatregelen zijn gebaseerd, dienen de genomen maatregelen ook in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ('a.b.b.b.').<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Zie ook de Kamerbrief van de Minister van JV van 13 maart 2020 inzake Inzet nationale crisisstructuur COVID-19, met kenmerk: 2860322.

<sup>9</sup> Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 03 april 2020, ECLI: NL:RBGHA: 2020:3013.

<sup>10</sup> De a.b.b.b. zijn gedeeltelijk gecodificeerd, en bestaan uit: het legaliteitsbeginsel; het motiveringsbeginsel van art. 3:46 jo. 3:47 Awb; het rechtszekerheidsbeginsel/verbod op willekeur; het fair-play-beginsel (art. 2:4 Awb); het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb); het vertrouwensbeginsel; het gelijkheidsbeginsel; en het evenredigheidsbeginsel.

Krachtens art. 3:1, lid 1, sub a, Awb is op besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften ('avv's') afdeling 3.2 Awb (de zorgvuldige voorbereiding) slechts van toepassing voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet. Op grond van het tweede lid van art. 3:1, Awb, zijn op andere handelingen dan besluiten de afdeling 3.2 tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing, echter wederom voor zover de aard van de handeling zich daar niet tegen verzet.<sup>11</sup>

Omdat de door de Staat genomen maatregelen via noodverordeningen (= avv's) zijn genomen, biedt art. 3:1, lid 1, sub a, Awb enige ruimte om aan deze maatregelen, vanwege de bijzondere aard daarvan en vanwege de zeer bijzondere omstandigheden waarin daartoe is besloten, minder zware eisen te stellen dan normaal het geval is aan (bijvoorbeeld) de zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb) van deze maatregelen en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb).

Daarnaast geldt dat zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel met zich meebrengen dat de rechter bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan art. 3:2 en 3:4 terughoudendheid moet betrachten (HR 16 mei 1986, NJ 1987/251, AB 1986/574 (Landbouwwerklagers)).<sup>12</sup>

De navolgende omvangrijke economische steunmaatregelen die de Staat heeft genomen, moeten ook in het licht van de a.b.b.b. worden gezien. Doordat deze steunpakketten de ingrijpende gevolgen van de maatregelen op de economie waar mogelijk en nodig verzachten, dragen zij daardoor bij aan het handelen van de overheid in overeenstemming met (bijvoorbeeld) het evenredigheidsbeginsel. Om de (ernstige) economische gevolgen van de maatregelen het hoofd te kunnen bieden, heeft de Staat allerlei omvangrijke economische steunmaatregelen genomen,<sup>13, 14</sup> zoals:

- De Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (hierna: NOW-regeling),<sup>15</sup> en de verlenging daarvan door de NOW-regeling 2.0.<sup>16</sup>
- De Tegemoetkoming Ondernemers Getroffen Sectoren (TOGGS).<sup>17</sup>
- De Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers (Tozo).<sup>18</sup>
- Maatregelen voor uitstel en versoepeling van belastingen.
- De verruiming van de Borgstellingsregeling Midden- en Kleinbedrijf (BMKB-C), een overbruggingslening waarbij de overheid borg staat voor 75% van de financiering.
- De Garantie Ondernemersfinanciering (GO-C), waaronder banken tegen gunstige voorwaarden krediet kunnen verstrekken aan ondernemingen in verband met liquiditeitstekorten als gevolg van de coronamaatregelen, omdat de Staat voor 80 tot 90% garant staat.

<sup>11</sup> Omgekeerd bepaalt art. 3:14 BW dat een bevoegdheid die iemand krachtens privaatrecht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Deze beide schakelbepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht en het Burgerlijk Wetboek zijn vooral van belang indien de overheid zich van private bevoegdheden bedient. Daarbij mag niet in strijd met de a.b.b.b. worden gehandeld.

<sup>12</sup> T&C Awb, commentaar op art. 3:1 Awb.

<sup>13</sup> Zie Kamerbrief van de Minister van EZK, de Minister van Financiën en de Minister van SZW van 12 maart 2020 inzake Economische maatregelen met betrekking tot het coronavirus, met kenmerk: CE-ABP/20072624, Kamerbrief van de Staatssecretaris van EZK van 15 maart 2020 inzake Verruiming borgstelling midden- en kleinbedrijf (BMKB) als gevolg van de Coronacrisis, met kenmerk: DGBI/2007546 en Kamerbrief van de Minister van EZK, de Minister van Financiën, de Minister van SZW, de Staatssecretaris van EZK en de Staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst van 17 maart 2020 inzake Noodpakket banen en economie, met kenmerk: CE-ABP/20077147 en Kamerbrief van Minister van EZK, de Minister van Financiën en de Minister van SZW van 20 mei 2020 inzake Noodpakket 2.0, met kenmerk: CE-ABP / 20148518.

<sup>14</sup> Zie voor een volledig en actueel overzicht van de steunmaatregelen: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-financiële-regelingen/overzicht-financiële-regelingen](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-financiële-regelingen/overzicht-financiële-regelingen).

<sup>15</sup> Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-0000466302020-0000046763, tot vaststelling van een Tijdelijke subsidieregeling tegemoetkoming in de loonkosten in verband met het coronavirus (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), Stcrt. 2020, 19874.

<sup>16</sup> Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2020, nr. 2020-0000085008, tot vaststelling van de tweede tranche van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tweede tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid).

<sup>17</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 27 maart 2020, nr. WIZ/20077977, tot tegemoetkoming in de schade geleden door ondernemingen in bepaalde sectoren door de maatregelen ter bestrijding van de verdere verspreiding van COVID-19 (Beleidsregel tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren COVID-19), Stcrt. 2020, 19159.

<sup>18</sup> Besluit van 17 april 2020, houdende tijdelijke regels omtrent bijstandverlening aan zelfstandigen die financieel getroffen zijn door de gevolgen van de crisis in verband met COVID-19 (Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers), Stb. 2020, 118.

- \* De Klein Krediet Coronaregeling (KKC-regeling), een steunmaatregel waarbij de Staat voor 95% garant staat voor in totaal € 750 miljoen aan overbruggingskredieten voor kleine ondernemingen met een relatief kleine financieringsbehoefte (van € 10.000 tot € 50.000).

De zorgvuldigheid en proportionaliteit van het handelen van de Staat wordt aldus vormgegeven door niet alleen de maatregelen te baseren op adviezen van vele nationale en internationale deskundigen, de maatregelen onmiddellijk te actualiseren en te versoepelen waar dat volgens de deskundigen kan, maar tegelijkertijd ook door indien mogelijk en nodig steunmaatregelen te nemen om de impact van de maatregelen op de economie te beperken.

### 3. Grondrechten, beperkingsgronden en verschil Europese en nationale grondrechten

Zoals aangegeven heeft de Staat de beperkende maatregelen voornamelijk getroffen via de noodverordeningen van de voorzitters van de 25 veiligheidsregio's, die zijn vastgesteld op grond van art. 39 WvR jo. art. 176 jo. art. 175 van de Gemeentewet. In de noodverordeningen zijn de aanwijzingen/opdrachten van de Minister van VWS verwerkt op grond van art. 7 Wpg. De reikwijdte van de bevoegdheid – die normaal gesproken bij de burgemeester berust – verandert daarmee niet.

Zowel bij het geven van een noodbevel als bij het opstellen van een noodverordening geldt dat in beginsel weliswaar mag worden afgeweken van wettelijke voorschriften, maar niet van grondrechten uit de Grondwet, zo vermeldt de tekst van beide artikelen in de Gemeentewet.<sup>19, 20</sup>

Vaststaat dat verschillende bepalingen in de (model)noodverordening een mogelijke beperking op de uitoefening van grondrechten impliceren. De vraag is daarom hoe het bepaalde in de (model)noodverordening enerzijds en de grondrechten (en de daarin vastgelegde beperkingsclausules) anderzijds zich tot elkaar verhouden.

De in de noodverordeningen opgenomen maatregelen beperken (mogelijk) de volgende grondrechten:

- \* De vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing (artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM, artikel 10 EU-Handvest);
- \* Het recht op privéleven, waaronder familieleven en huisrecht (artikel 10 Grondwet, artikel 8 EVRM, artikel 7 EU-Handvest);
- \* De vrijheid van vergadering en betoging (artikel 9 Grondwet, artikel 11 EVRM, artikel 12 EU-Handvest m.b.t. vergadering);
- \* De vrijheid van onderwijs (artikel 23 Grondwet, artikel 2 EP EVRM, artikel 14 EU-Handvest);
- \* De vrije arbeidskeuze (artikel 19, derde lid Grondwet, artikel 4, tweede lid, EVRM, artikel 15 EU-Handvest, artikel 1 Europees Sociaal Handvest);
- \* Het eigendomsrecht (artikel 14 Grondwet, artikel 1 Eerste Protocol (EP) EVRM, artikel 17 EU-Handvest);
- \* De vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 EU-Handvest);

<sup>19</sup> Artikel 176, lid 1, Gemeentewet luidt: *In geval van oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is de burgemeester bevoegd alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken.* Art. 177, lid 1, Gemeentewet luidt: *Wanneer een omstandigheid als bedoeld in artikel 175, eerste lid, zich voordoet, kan de burgemeester algemeen verbindende voorschriften geven die ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig zijn. Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken. Hij maakt deze voorschriften bekend op een door hem te bepalen wijze.*

<sup>20</sup> Aan het einde van deze paragraaf zal blijken dat de noodverordening op grond van de artt. 175 en 176 Gemeentewet, in combinatie met de bevoegdheden uit de Wpg en de WvR, in zeer urgente omstandigheden toch een inbreuk op de grondrechten mogelijk maken.

- \* De bewegingsvrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM, artikel 45 EU-Handvest).

Voor het antwoord op de vraag of het de Staat in de huidige crisissituatie is toegestaan de grondrechten te beperken, dienen zowel de in de Grondwet, als de in verdragen vastgelegde grondrechten te worden beschouwd. Indien de grondrechten uit de verdragen en de Grondwet elkaar overlappen, gelden de voorwaarden die aan de beperking van de verdragsrechtelijke grondrechten worden gesteld en de voorwaarden die aan de beperking van de grondrechten uit de Grondwet worden gesteld cumulatief.

Beperkingen van de hierboven genoemde verdragsrechtelijke grondrechten moeten (1) een grondslag hebben in het nationale recht,<sup>21</sup> (2) een legitiem doel dienen,<sup>22</sup> en (3) in een democratische samenleving noodzakelijk zijn (de maatregel die inbreuk maakt op het grondrecht dient op grond van dit derde criterium zowel noodzakelijk als proportioneel te zijn).<sup>23,24</sup> Daarbij valt en staat alles met een goede onderbouwing van een te nemen maatregel. Belangrijke vragen daarbij zijn: (i.) Is de maatregel geschikt om het doel te bereiken? (ii.) Zijn minder vergaande alternatieven overwogen (proportionaliteit)? (iii.) Waarom waren die niet geschikt? (iv.) Wordt er tijdig afgeschaald? En (v.) Worden er compenserende maatregelen getroffen?

Ingevolge art. 5.1 van de noodverordening wordt de verordening bekendgemaakt door plaatsing op een of meerdere websites en wordt de verordening tevens gepubliceerd in de gemeentebladen van de betrokken gemeenten en het publicatieblad van de veiligheidsregio. Daarmee is de verordening in elk geval toegankelijk en daadwerkelijk te raadplegen (en daarmee 'accessible').

De eventuele inbreuk op het grondrecht vindt daarnaast zijn ratio in de uit mensenrechtelijke verdragen voortvloeiende actieve verplichting tot het beschermen van de volksgezondheid (het doelcriterium), terwijl de Staat zich bij de maatregelen steeds laat adviseren door vele deskundige over de noodzakelijkheid te nemen maatregelen en deze maatregelen ook weer onmiddellijk worden versoepeld indien dat naar de mening van de adviseurs mogelijk is (de noodzakelijkheidseis en de proportionaliteitseis). In het kader van de proportionaliteit van de getroffen maatregelen is daarbij tevens van belang dat de Staat steunmaatregelen heeft vastgesteld die onder meer zien op compensatie van inkomsten- en omzetverliezen van ondernemers. Deze in het slot van paragraaf 2 genoemde steunmaatregelen mitigeren de gevolgen van de inbreuk, en maken de inbreuk op de verdragsrechtelijke grondrechten daardoor eerder proportioneel en daarmee gerechtvaardigd.

De grondrechten opgenomen in de Grondwet vereisen dat beperkingen steeds herleidbaar zijn tot een specifieke wet in formele zin. Aan bepalingen in lagere regelgeving die zijn gericht op het beperken van grondwettelijke grondrechten, moet een formele wet ten grondslag liggen. De in deze formele wet opgenomen grondslag voor het beperken van het grondrecht dient bovendien voldoende specifiek te zijn: een algemene, formeel-wettelijke (ruim geformuleerde) grondslag is niet voldoende.

De noodverordeningen, die tijdens de acute noodsituatie de basis vormden voor het beperken van de grondrechten uit de Grondwet, zijn uit het oogpunt van democratische legitimatie voor de

<sup>21</sup> Anders dan in de Grondwet wordt aan de term een materiële betekenis toegekend, zodat ook jurisprudentie en ongeschreven recht onder omstandigheden onder het verdragsrechtelijke begrip 'wet' kunnen worden geschaard. Het EHRM kijkt daarbij vooral naar de vraag of de regel waaruit de beperking voortvloeit toegankelijk ('accessible') en voorzienbaar ('foreseeable') zijn. Aan het toegankelijkheidsvereiste is in ieder geval voldaan als de regel is gepubliceerd en daadwerkelijk is te raadplegen. De eis van voorzienbaarheid hangt hiermee nauw samen. Regels moeten voldoende duidelijk zijn, zodat burgers hun gedrag erop kunnen afstemmen.

<sup>22</sup> De beperkingsclausules van de grondrechten bevatten doelcriteria waarin wordt aangegeven in het kader van welke belangen het grondrecht mag worden beperkt. Het gaat bijvoorbeeld om beperkingen in het belang van de openbare veiligheid of de bescherming van de gezondheid.

<sup>23</sup> De beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een maatregel hangt sterk af van de concrete omstandigheden van het geval. Meestal moet immers een afweging worden gemaakt tussen individuele belangen (die van de rechtzoekende) en maatschappelijke belangen (die worden gediend met het legitieme doel), waarbij tevens van belang is in hoeverre voor de minst vergaande maatregel is gekozen.

Daarbij valt en staat alles met een goede onderbouwing van een te nemen maatregel. Belangrijke vragen daarbij zijn: (i.) Is de maatregel geschikt om het doel te bereiken? (ii.) Zijn minder vergaande alternatieven overwogen (proportionaliteit)? (iii.) Waarom waren die niet geschikt? (iv.) Wordt er tijdig afgeschaald? En (v.) Worden er compenserende maatregelen getroffen? In deze afweging hebben de verdragsstaten bij het EVRM een aanzienlijke eigen beoordelingsruimte, de zogenaamde 'margin of appreciation'. Zeker waar het preventieve maatregelen met het oog op de gezondheid betreft erkent het EHRM dat staten een aanzienlijke beoordelingsruimte hebben.

<sup>24</sup> Ter nuancering: de mogelijkheden om een grondrecht in te perken geldt weliswaar voor de hierboven opgesomde mensenrechten, maar niet voor de in de verdragen 'absoluut' geformuleerde mensenrechten zoals het recht op leven (art. 2 EVRM) en het verbod op onmenselijke behandeling (art. 3 EVRM).

langere termijn minder geschikt dan een wet die is vastgesteld door de regering en het parlement. Voor thans en in de toekomst noodzakelijke beperkende maatregelen is daarom een steviger juridisch fundament nodig, zoals de Afdeling advisering van de Raad van State heeft opgemerkt in haar voorlichting aan de Tweede Kamer naar aanleiding van de motie-Van der Staaij/Jetten.<sup>25,26</sup> Om die reden is op 13 juli jl. het wetsvoorstel *Tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn* ("Tijdelijke wet maatregelen covid-19")<sup>27</sup> aan de Tweede Kamer toegezonden.<sup>28</sup>

In navolging op de zeer beperkte relativeringen van de grondwettelijke beperkingssystematiek (die reeds bij de totstandkoming van de grondwetsherziening van 1983 zijn erkend),<sup>29</sup> is in de loop van de tijd door de wetgever en in de literatuur over artt. 175 en 176 van de Gemeentewet een genuanceerder standpunt ingenomen. De regering heeft hierover in de memorie van antwoord bij het huidige art. 175 van de Gemeentewet gesteld dat de burgemeester bij bevelen of verordeningen grondrechten mag beperken voor zover de Grondwet daartoe bijleens de betreffende grondwetsbepaling de mogelijkheid biedt.<sup>30</sup> Naar mag worden aangenomen kunnen de noodbevoegdheden uit artt. 175 en 176 van de Gemeentewet in bijzondere urgente gevallen (zoals het onderhavige) gezien worden als de delegerende wet die door deze grondwetsbepalingen vereist wordt.<sup>31</sup>

De rechter heeft dit standpunt voor zover het ging om concrete noodbevelen gevolgd,<sup>32</sup>

Gelet op het voorgaande is het verdedigbaar dat in een acute, concrete en levensbedreigende situatie – zoals het plotseling uitbreken van het coronavirus – de beperking van grondrechten gedurende een betrekkelijk korte periode op een globalere wettelijke grondslag kan berusten dan de Grondwet normaliter vereist. Daarbij speelt een rol dat de overheid in deze situatie onmiskenbaar een, evenzeer uit mensenrechtenverdragen voortvloeiende, actieve verplichting heeft om het recht op leven en de gezondheid van de bevolking te beschermen.

Voor de in de toekomst nog te nemen beperkende maatregelen vormt de nieuwe wet een steviger juridisch fundament.<sup>33</sup> De noodverordeningen worden dan ook met de inwerkingtreding van de tijdelijke wet ingetrokken. De minister van VWS zal hiertoe op grond van artikel 7 Wpg opdracht geven.<sup>34</sup>

De Tijdelijke wet maatregelen covid-19 maakt een eind aan het gebruik van noodverordeningen, zo blijkt ook uit de toelichting bij de wet zoals deze is ingediend bij de Tweede Kamer. De noodverordeningen zullen bij inwerkingtreding van de wet worden ingetrokken. Alleen als er nieuwe maatregelen noodzakelijk zijn en de vereiste spoed het niet mogelijk maakt de regels bij ministeriële regeling te treffen, kan worden teruggevallen op de noodverordeningen op aanwijzing van de Minister van VWS. Deze noodverordening geldt dan maximaal twee weken totdat deze wordt vervangen door een ministeriële regeling.<sup>35</sup>

#### 4. Procedurele aspecten: burgerlijke rechter of bestuursrechter?

De noodverordeningen bevatten algemeen verbindende voorschriften, waartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat.<sup>36</sup> De burgerlijke rechter is dus bevoegd te oordelen over

<sup>25</sup> Voorlichting over de grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, 25 mei 2020 (W04.20.0139/1/Vo), § 11; Kamerstukken II 2019/20, 25 295, nr. 234 (motie).

<sup>26</sup> Dit wordt ook in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel opgemerkt. Zie Memorie van toelichting bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, pagina 2, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 526, nr. 3.

<sup>27</sup> <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/debillerid=2020213912&dossier=35526>

<sup>28</sup> Memorie van Toelichting (pag. 2) bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 526, nr. 3.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 1985/86, 19427, nr. 3, p. 10.

<sup>30</sup> MvA, TK 1988–1989, 19 403, nr. 10, p. 96.

<sup>31</sup> Zie paragraaf 11, onderdeel b, van de 'Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen' van de Raad van State van 25 mei 2020, kenmerk W04.20.0139/1/Vo (via de link: <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/0121106/w04-20-0139-y0/>).

<sup>32</sup> ARRVS 30 december 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3571, AB 1994/242, Gst. 1994/6983, nr. 4; ABRVS 21 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2820, Gst. 2020/50, JB 2019/146. Ook in de zaak Viruswaarheid c.s. lijkt de rechter tot dit oordeel te komen. Zie r.o.v. 4.4 van het vonnis van de Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDA:2020:6856.

<sup>33</sup> Memorie van toelichting bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, pagina 2, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 526, nr. 3.

<sup>34</sup> Memorie van toelichting bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, pagina 3, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 526, nr. 3.

<sup>35</sup> Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, pagina 12, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 526, nr. 3.

<sup>36</sup> Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 19 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2495.

vorderingen die gericht zijn tegen de noodverordeningen als zodanig. Over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om van dit soort geschillen kennis te nemen, lijkt geen discussie te zijn. Het vorenstaande betekent niet dat de bestuursrechter volledig buiten spel staat: hij kan de noodverordeningen exceptief toetsen in een beroep tegen een op die verordeningen gebaseerd uitvoeringsbesluit.<sup>37</sup> Hetzelfde geldt voor de strafrechter in een strafrechtelijke procedure tegen overtreding van een noodverordening.

Besluiten van de voorzitter van de veiligheidsregio zullen daarentegen in beginsel altijd voor de bestuursrechter kunnen worden gebracht, waarbij het besluit zelf (en ingeval van exceptieve toetsing) ook de daaraan ten grondslag liggende noodverordening, in volle omvang kunnen worden getoetst.

Bij gebreke aan een grondslag in de wet voor nadeelcompensatie, geldt de leer van de processuele connexiteit. Als tegen de schadeveroorzakende handeling bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, dan geldt dat ook voor het schadebesluit. Zo niet, dan dient de benadeelde zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Dat is het geval indien de gestelde schade veroorzaakt is door de Staat op grond van de Wpg en Wvr genomen maatregelen via de noodverordeningen. Hetzelfde geldt voor schade veroorzaakt door de verordeningen zelf. Indien de voorzitter van een veiligheidsregio echter op grond van de noodverordening een nader besluit neemt (zie paragraaf 5), zijn die besluiten wel vatbaar voor bestuursrechtelijk bezwaar en beroep. Voor schade als gevolg van die besluiten is de bestuursrechter ook bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tot nadeelcompensatie.

##### **5. Zelfstandige vorderingen tegen veiligheidsregio's en de eigen positie van de voorzitters van de veiligheidsregio's**

Zoals in paragraaf 4 reeds werd aangegeven, bevat de noodverordening naar zijn aard algemeen verbindende voorschriften zodat deze daarom, gelet op de artikelen 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, en 7:1 van de Awb, niet als een besluit kan worden aangemerkt waartegen bezwaar kan worden gemaakt. Om die reden werd de gevraagde (bestuursrechtelijke) voorlopige voorziening tegen het vaststellen van de noodverordening in een zaak van marktplaatsvergunninghouders tegen de voorzitter van de veiligheidsregio Rotterdam-Rijnmond afgewezen.<sup>38</sup>

Rechtstreekse, bestuursrechtelijke acties tegen de voorzitter van de veiligheidsregio zijn in dit verband evenwel toch mogelijk, namelijk indien de voorzitter van de veiligheidsregio:

- a. los van de noodverordening eigen maatregelen neemt;
- b. ter uitwerking van de noodverordening gebruik maakt van de vrijstellingen, ontheffingen en overige instrumenten die de noodverordening hem biedt; en
- c. de verboden uit de noodverordening in een concreet geval handhaaft door middel van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom.

In al deze gevallen kan tegen dit soort besluiten van de voorzitter van de veiligheidsregio bij de bestuursrechter worden opgekomen. Deze gevallen worden hier achtereenvolgens kort behandeld.

<sup>37</sup> Zie rechtbank Limburg, 15 mei 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3633; zie verder rechtbank Amsterdam, 9 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2878.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 19 maart 2020 (ECLI:NL:RBROT:2020:2495). Evenmin is een nadere bekendmaking van de noodverordening door de voorzitter van een veiligheidsregio, of een bericht met (nadere) informatie over de artikelen in de noodverordening die de lezer beter informeren over de voorwaarden die worden gesteld aan samenkomsten, een besluit in de zin van de Awb zodat een voorlopige voorziening daartegen werd afgewezen. Zie de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, van 25 mei 2020, op het verzoek om een voorlopige voorziening van Coöperatieve Vereniging Utopie U.A., tegen de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Haaglanden (ECLI:NL:RBDHA:2020:4606).

• Ad a. De voorzitter van de veiligheidsregio neemt eigen maatregelen:

De noodverordening staat er niet aan in de weg dat een voorzitter van een veiligheidsregio gebruik maakt van andere bevoegdheden om de verspreiding van het coronavirus te voorkomen. Dit zijn alle besluiten waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Dit kunnen (bijvoorbeeld) de volgende maatregelen zijn:

- i. Op grond van artikel 6, lid 4, Wpg, kan de voorzitter van de veiligheidsregio ten behoeve van de zorg voor de bestrijding van een epidemie van een infectieziekte behorend tot groep A, of een directe dreiging daarvan, toepassing te geven aan de artikelen 34, vierde lid, 47, 51, 54, 55 of 56 Wpg. Het gaat dan bijvoorbeeld om het laten opnemen van personen in gesloten afdelingen van ziekenhuizen, het controleren van terreinen, gebouwen, vervoermiddelen of goederen op besmetting, deze te ontsmetten of zelfs te sluiten, het aan de gezagvoerder van een schip of luchtvaartuig bij aankomst verzoeken om een gezondheidsverklaring af te geven, het opdagen aan een exploitant van een (lucht-)haven om ter bestrijding van een besmetting gebouwen of terreinen dan wel gedeelten daarvan te sluiten, een vervoerexploitant opdragen om een schip of luchtvaartuig en de hierin aanwezige goederen te controleren op de aanwezigheid van een besmetting en ter bestrijding van een besmetting een schip of luchtvaartuig en de hierin aanwezige goederen te ontsmetten.
- ii. Op grond van artikel 39 Wvr is de voorzitter van de veiligheidsregio onder andere belast met het toezicht op de openbare samenkomsten en vermakelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven. Daarbij is de voorzitter bevoegd bij de uitoefening van het toezicht de bevelen te geven die met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid nodig zijn.
- iii. Op grond van art. 39, lid 1, sub d, Wvr heeft de voorzitter van de veiligheidsregio belangrijke hem toekomende bevoegdheden uit de Wet openbare manifestaties (Wom). Voor zover bekend is er in verband met het coronavirus tot op heden enkel geprocedeerd tegen besluiten van de voorzitters van veiligheidsregio's om demonstraties te verbieden of om het demonstratierecht te beperken. Daarom wordt in het navolgende nader op deze bevoegdheden ingegaan.

Zoals reeds in paragraaf 3 werd opgemerkt, betekent het verbieden of beperken van het recht om te demonstreren dat daardoor een inbreuk wordt gemaakt op grondrechten: Art. 9 Grondwet, art. 11 EVRM en art. 21 IVBPR leggen het recht tot vergadering en betoging vast. Daarbij is gecodificeerd dat aan de uitoefening van dit recht geen andere beperkingen mogen worden verbonden dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Ingevolge art. 5, tweede lid, aanhef en onder c, van de Wom<sup>39</sup> kan een verbod slechts worden gegeven indien een van de in art. 2 genoemde belangen dat vordert.<sup>40</sup> Dit zgn. 'noodzakelijkheidsvereiste' bij het *verbieden* van demonstraties vormt is een strenger criterium dan de vereisten die gelden voor het stellen van *beperkingen* aan het demonstratierecht. Voor beperkingen is voldoende dat de maatregelen *dienstig* zijn aan een of meer van de in artikel 2 van de Wom genoemde belangen.

Op grond van art. 2 Wom kunnen de aan overheidsorganen gegeven bevoegdheden tot beperking van het recht tot het belijden van godsdienst of levensovertuiging en het recht tot vergadering en betoging die bij of krachtens paragraaf II Wom kunnen worden uitgeoefend, slechts worden

<sup>39</sup> Art. 5, lid 2, aanhef en sub c luidt: Een verbod kan slechts worden gegeven indien: (...) c. een van de in artikel 2 genoemde belangen dat vordert.

<sup>40</sup> Art. 2 Wom luidt: De bij of krachtens de bepalingen uit deze paragraaf aan overheidsorganen gegeven bevoegdheden tot beperking van het recht tot het belijden van godsdienst of levensovertuiging en het recht tot vergadering en betoging, kunnen slechts worden aangewend ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

aangewend ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Daarbij is van belang dat uit vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt dat de bescherming van de gezondheid óók ziet op de gezondheid van de betogers zelf.<sup>41</sup>

Ingevolge artikel 5, eerste lid, van de Wom, kan de burgemeester naar aanleiding van een kennisgeving dat een manifestatie zal plaatsvinden daaraan voorschriften en beperkingen stellen of de manifestatie verbieden. Ingevolge het tweede lid, aanhef en onder c, kan een verbod slechts worden gegeven indien een van de in artikel 2 genoemde belangen dat vordert. Deze bevoegdheid komt op grond van art. 39, eerste lid, aanhef, en onder d, van de Wpg in een acuut geval als het onderhavige bij uitsluiting toe aan de voorzitter van de veiligheidsregio.<sup>42</sup>

In de zaak van Code Rood tegen de plaatsvervangend voorzitter van de veiligheidsregio Haaglanden oordeelde de voorzieningenrechter dat de beperking van het aantal demonstranten tot maximaal 30 deelnemers op voorhand niet onredelijk was, gelet op de bescherming gezondheid van de deelnemers aan de demonstratie en de gezondheid van de politiemedewerkers die moesten kunnen optreden ingeval van ongeregelde heden of calamiteiten. Daarbij werd van belang geacht dat de voorzitter van de veiligheidsregio zich bij het nemen van de maatregel had gebaseerd op het kabinetsstandpunt dat (i.) bij manifestaties een maximum van 30 personen heeft vastgesteld, (ii.) dat dit standpunt na advies van het OMT tot stand is gekomen en (iii.) dat de voorzitter van de veiligheidsregio zich bovendien voorafgaand aan het nemen van de maatregel heeft laten adviseren door de GGD.<sup>43</sup> Het lijkt erop dat de voorzieningenrechter hier eenzelfde redenering toepast als bij de beoordeling van de maatregelen die de Staat treft. In beide gevallen is in elk geval van groot belang dat de bestuurders zich bij het bepalen van het beleid uitvoerig hebben laten adviseren door (medisch deskundig) adviseurs.

Een algeheel verbod op het houden van een demonstratie werd toegestaan in de zaak die werd aangespannen door de Stichting Viruswaanin.<sup>44</sup> De voorzieningenrechter oordeelde in die zaak dat de voorzitter van de veiligheidsregio Haaglanden de demonstratie mocht verbieden ter bescherming van de gezondheid en ter voorkoming van wanordelijkheden. Daarbij gold dat op de voorzitter van de veiligheidsregio (evenals de Staat) op grond van artikel 22 van de Grondwet<sup>45</sup> de positieve verplichting rustte om maatregelen te treffen ter bevordering en bescherming van de volksgezondheid, zoals neergelegd in onder meer de Wpg en de maatregelen die op basis daarvan kunnen worden genomen. De voorzitter van de veiligheidsregio had zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter bij het nemen van het verbodsbesluit mogen baseren op de adviezen van diverse deskundigen, waaronder de aanwijzing van de minister van VWS. De voorzieningenrechter volgt het betoog van de voorzitter van de veiligheidsregio dat een voorlopige voorzieningprocedure zich er niet voor leent om de wetenschappelijke waarde van de adviezen en aanwijzingen – die breed worden gedragen door een grote groep deskundigen – vast te stellen.

Tot eenzelfde conclusie kwam de voorzieningenrechter in een andere door de stichting Viruswaanin nieuw aangespannen zaak wegens een door de voorzitter van de veiligheidsregio verboden demonstratie.<sup>46</sup>

• *Ad b. De voorzitter gebruikt bevoegdheden uit de noodverordening:*

Afgezien van rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend tegen zelfstandige, door de voorzitters van de veiligheidsregio's genomen noodbevelen of maatregelen, zoals hierboven behandeld, is het voorts denkbaar dat er (bestuursrechtelijke) rechtsmiddelen worden aangewend tegen besluiten die de voorzitter van de veiligheidsregio op grond van de noodverordening kan nemen, zoals:

<sup>41</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:899.

<sup>42</sup> Voorzieningenrechter rechtbank Noord-Nederland, 9-7-2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2417.

<sup>43</sup> Actiegroep Code Rood tegen de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Haaglanden (voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 18-05-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378).

<sup>44</sup> Stichting Viruswaanin tegen de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Haaglanden (voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5577).

<sup>45</sup> Evenals op grond van art. 11 Europees Sociaal Handvest en art. 12 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten.

<sup>46</sup> Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 27 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865.

- i. de aanwijzing van een gebied waar het verboden is om zich te bevinden;<sup>47</sup>
- ii. het besluit om (na overleg met de vervoerder) voorzieningen voor openbaar vervoer en overig bedrijfsmatig personenvervoer te beëindigen of beperken;<sup>48</sup>
- iii. een besluit op grond waarvan bepaalde (categorieën van) gevallen zijn vrijgesteld of worden ontheven van de verboden in de noodverordening;<sup>49</sup> en
- iv. de besluiten tot vrijstellingen en ontheffingen en de daaraan te verbinden voorschriften en beperkingen.<sup>50</sup>

Al deze beslissingen zijn in beginsel vatbaar voor bezwaar en beroep, zodat tegen deze beslissingen ook een (bestuursrechtelijke) voorlopige voorziening kan worden aangespannen.

In dit verband kan worden gewezen op de (civielrechtelijke) voorlopige voorziening die door de Klimmuur Amsterdam was aangespannen tegen zowel de Staat als de Veiligheidsregio Amsterdam-Amstelland. In die zaak oordeelde de rechter dat de afweging of in een concreet geval sprake is van 'binnen sporten' of 'buiten sporten' (als bepaald in de noodverordening), tot de bevoegdheid van de veiligheidsregio behoort. De voorzieningenrechter oordeelde dat de noodverordening de mogelijkheid biedt van het indienen van een ontheffingsverzoek (zie artikel 3.1, lid 1, sub c van de noodverordening),<sup>51</sup> zodat tegen een beslissing van de voorzitter van de (of tegen het uitblijven daarvan) bezwaar en beroep kan worden ingesteld en een voorlopige voorziening kan worden gevraagd bij de bestuursrechter, zodat ten aanzien van dat onderdeel voorshands sprake is van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.<sup>52</sup>

\* *Ad c. De voorzitter treedt op grond van de noodverordening handhavend op.*

De voorzitter van een veiligheidsregio kan door middel van het toepassen van bestuursdwang of door middel van het opleggen van een last onder dwangsom de verboden uit de noodverordening handhaven. Tegen deze besluiten kan uiteraard bezwaar en beroep worden ingesteld en een voorlopige voorziening worden gevraagd bij de bestuursrechter. Een aantal recente zaken illustreren dit.

Zo kwam de onderneming VIP-SPA in een (bestuursrechtelijke) voorlopige voorziening op tegen een door de voorzitter van de veiligheidsregio Hollands-Midden gegeven last onder dwangsom om binnen één uur na ontvangst van het primaire besluit de exploitatie van de sauna te beëindigen en beëindigd te houden.<sup>53</sup> VIP-SPA stelde dat zij geen sauna exploiteerde in de betekenis van de noodverordening op grond waarvan alle sauna's moesten sluiten. De voorzieningenrechter sanctioneerde de beslissing van de voorzitter van de veiligheidsregio omdat in de noodverordening geen onderscheid is gemaakt tussen verschillende soorten sauna's, en verder in de 'frequently asked questions' die zijn opgesteld in opdracht van het Veiligheidsberaad ten behoeve van de 25 veiligheidsregio's van 1 april 2020 zelfs uitdrukkelijk was vermeld dat ook privé-sauna's onder het verbod vielen. Onder deze omstandigheden mocht de voorzitter een last onder dwangsom tot het sluiten van de sauna geven.

In een voorlopige voorziening tegen de door de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Limburg-Noord opgelegde last onder dwangsom, oordeelde de rechter dat deze ten onrechte was opgelegd aan een werkgever omdat zijn werknemers onvoldoende afstand hielden.<sup>54</sup> Het verbod om zich in de publieke ruimte of in een besloten plaats, niet zijnde een

<sup>47</sup> Art. 2.5 van de modelnoodverordening.

<sup>48</sup> Art. 2.7, lid 2 van de modelnoodverordening.

<sup>49</sup> Art. 3.1, sub c, van de modelnoodverordening.

<sup>50</sup> Art. 3.2, lid 2 van de modelnoodverordening.

<sup>51</sup> Artikel 3 van de noodverordening luidt: 1. De verboden in deze verordening zijn niet van toepassing op:

a. de betrokken hulpdiensten en toezichthouders;

b. activiteiten die noodzakelijk zijn voor de voortgang van vitale processen;

c. door de voorzitter te bepalen (categorieën van) gevallen.

2. De voorzitter kan voorschriften en beperkingen verbinden aan een vrijstelling of ontheffing op basis van het eerste lid, onderdeel c. Het is verboden om in strijd met dergelijke voorschriften en beperkingen te handelen.

<sup>52</sup> Voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam, 9 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2878. De kort gedingrechter verklaarde zich niet bevoegd om van de vorderingen jegens de veiligheidsregio kennis te nemen.

<sup>53</sup> VIP-SPA tegen de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Hollands-Midden, voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 14-04-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3379.

<sup>54</sup> Voorlopige voorzieningenrechter rechtbank Limburg, 15 mei 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3633.

woning of een daarbij behorend erf, op te houden zonder tot de dichtstbijzijnde persoon een afstand te houden van ten minste 1,5 meter (art. 2.2, eerste lid, van de noodverordening), was naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet gericht tot de werkgever. De werkgever kon niet verantwoordelijk worden gehouden voor het gedrag van haar werknemers.

Ten slotte oordeelde de voorzieningenrechter in de zaak van Postillion Hotels tegen de voorzitter van de Veiligheidsregio Noord- en Oost-Gelderland, dat een hotelarrangement voor diner, overnachting en ontbijt, waarbij het diner muzikaal werd omlijst door een muzikoptreden, anders dan de voorzitter van de veiligheidsregio meende, niet kon worden aangemerkt als een (in de noodverordening verboden) 'evenement'.<sup>55</sup> Omdat geen sprake was van een evenement in de zin van de noodverordening, was van overtreding van de noodverordening geen sprake. De voorzitter van de veiligheidsregio was daarom niet bevoegd om handhavend op te treden.

Tegen alle hierboven genoemde besluiten van de voorzitter van de veiligheidsregio kan worden opgekomen bij de bestuursrechter. Daarbij zal in alle gevallen worden beoordeeld of:

- i. het besluit berust op een wettelijke bevoegdheid;
- ii. het besluit (de beperking) gelet op de omstandigheden van het geval noodzakelijk is;
- iii. het besluit proportioneel is, gelet op enerzijds de met het besluit beoogde doelen ter bescherming van de publieke gezondheid en anderzijds de andere bij het betrokken besluit betrokken belangen (die door het besluit worden geschaad); en
- iv. het besluit zorgvuldig is genomen, bijvoorbeeld doordat de voorzitter zich bij de voorbereiding van het besluit heeft gebaseerd op het kabinetsbeleid en zich ook zelf laten adviseren door ter zake deskundigen zoals in de zaak Code Rood door de voorzieningenrechter van belang werd geacht.<sup>56</sup>

## 6. Omgaan met verzoeken tot nadeelcompensatie

Een aparte categorie vorderingen vormt de vordering/het verzoek tot nadeelcompensatie. Nadeelcompensatie is een begrip dat wordt gebruikt in de situatie waar sprake is van een rechtmatige overheidsdaad waarmee onevenredige schade wordt toegebracht aan één of meer (rechts-)personen. Uitgangspunt is dat een ieder in beginsel zijn eigen schade dient te dragen. Een geslaagd beroep op nadeelcompensatie is daardoor uitzonderlijk.

Nadeelcompensatie is gebaseerd op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten (égalité-beginsel). De gemeenschap profiteert en het individu ondervindt de lasten. De vraag is gerechtvaardigd of dit beginsel past bij dit soort situaties waarin de overheid maatregelen treft om de gehele gemeenschap te beschermen tegen een virus.<sup>57</sup> Dit geldt temeer nu de overheid een uitgebreid steunpakket heeft samengesteld en eigenlijk op die manier al de gewenste "gelijkheid" in de openbare lasten herstelt.<sup>58</sup>

Daarbij komt dat de schade moet zijn veroorzaakt door publiekrechtelijk handelen of nalaten van de overheid. Primaire oorzaak van de schade is hier het virus. De overheidsmaatregelen zijn genomen om de nadelige gevolgen van dit virus te beperken. De parallel dringt zich op met faunaschade. Daar veroorzaakt het dier de schade en is er geen direct publiekrechtelijk handelen van de overheid, anders dan dat de overheid verbiedt om het dier te ver- of bejagen. Om dat te omzeilen, biedt de Wet natuurbescherming een expliciete grondslag voor vergoeding. Hier ontbreekt die grondslag en dus, zo is betoogbaar, de mogelijkheid voor nadeelcompensatie. Bovendien ontbreekt in veel gevallen het vereiste causale verband. Ook zonder overheidsingrijpen is aannemelijk dat het economische leven in belangrijke mate zou zijn stilgevallen.

<sup>55</sup> Bestuursrechter rechtbank Gelderland, 29 mei 2020, (ECLI:NL:RBGEL:2020:2769).

<sup>56</sup> Actiegroep Code Rood tegen de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Haaglanden (voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 18-05-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378).

<sup>57</sup> Hierin verschilt deze situatie van bijvoorbeeld nadeelcompensatie bij dierziekten, waarbij het ingrijpen van de overheid ook de financiële belangen van de rest van de sector direct dient en het dus voor de hand ligt dat het nadeel niet op een individu wordt afgewenteld.

<sup>58</sup> Zie het slot van paragraaf 2 van deze notitie voor een opsomming van enkele steunmaatregelen.

De verwachting is dus dat in principe geen ruimte bestaat voor de vergoeding van nadeelcompensatie.

## 7. De onverplichte tegemoetkoming

Ofschoon de Staat reeds uitgebreide steunmaatregelen heeft genomen om de economische impact van de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus te mitigeren (zie het slot van paragraaf 2), zou de Staat/de decentrale overheid de wens kunnen bestaan om – in aanvulling daarop – een verdergaande compensatie aan gedupeerden te bieden.

Van een 'onverplichte tegemoetkoming' is sprake wanneer er van overheidswege een geldelijke verstrekking plaatsvindt ter compensatie van geleden schade, zonder dat daar een rechtsplicht aan ten grondslag ligt.

In beginsel wordt door de Staat/overheid alleen een schadevergoeding of een financiële tegemoetkoming betaald als daartoe een rechtsplicht bestaat (op grond van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, een plicht tot nadeelcompensatie dan wel op grond van een bijzondere wettelijke regeling). Er is dan ook weinig ruimte voor het onverplicht verstrekken van tegemoetkomingen van de zijde van de overheid. Alléén in uitzonderingssituaties kan de overheid overwegen om toch bepaalde categorieën gedupeerden onverplicht tegemoet te komen.

Bij de beslissing over de vraag of een groep gedupeerden onverplicht tegemoet zal worden komen, is het raadzaam om de volgende onderwerpen te betrekken in de besluitvorming:

- Levert de onverplichte tegemoetkoming met het EU-recht onverenigbare staatssteun op?
- Was de schade redelijkerwijs voorzienbaar en verzekeraar?
- Vindt er reeds vergoeding plaats uit andere hoofde? Indien een gedupeerde uit anderen hoofde, bijvoorbeeld uit hoofde van een verzekering of uit hoofde van een wettelijke regeling een tegemoetkoming in zijn schade heeft verkregen of kan verkrijgen, levert dit een reden op om niet tot onverplichte tegemoetkoming over te gaan. In dit verband wordt verwezen naar de steunmaatregelen die zijn besproken aan het einde van paragraaf 2.
- Valt de schade onder het 'normaal maatschappelijk risico'? Indien de schade waarvoor om een tegemoetkoming wordt verzocht onder het normaal maatschappelijk risico valt, levert dat een reden op om niet onverplicht tot een tegemoetkoming over te gaan.
- Heeft de overheid een rol gehad in het ontstaan van de schade? In dit concrete geval dient te worden benadrukt dat de schade primair is veroorzaakt door de uitbraak van het coronavirus en niet door de maatregelen die de Staat daartegen heeft genomen.
- Heeft de overheid behoorlijk gereageerd in vervolg op de schadeveroorzakende gebeurtenis? Opnieuw kan in dit verband gewezen worden op het uitgebreide pakket aan steunmaatregelen die de Staat beschikbaar heeft gesteld om de economische impact van de bestrijding van corona te mitigeren.
- De schrijnendheid van de situatie waarin de gedupeerde of de groep van gedupeerden terecht is gekomen ten gevolge van de uitbraak van het coronavirus.
- De mate van maatschappelijke ontwrichting ten gevolge van de schadeveroorzakende gebeurtenis, al dan niet in samenhang met de maatschappelijke onrust die deze tot gevolg heeft.
- De eigen rol van de gedupeerde of groep van gedupeerden, zowel met betrekking tot het ontstaan van de geleden schade als ten aanzien van de getroffen maatregelen ter voorkoming en beperking van de schade.
- Precedentwerking: bij het maken van een afweging om al dan niet een onverplichte tegemoetkoming te verstrekken is het raadzaam de mogelijke precedentwerking in

ogenschouw te nemen. Zouden andere groepen met een beroep op het gelijkheidsbeginsel ook aanspraak kunnen maken op een onverplichte tegemoetkoming?

Al deze factoren tezamen illustreren dat deze categorie van schadevergoeding uitsluitend voor (schrijnende) uitzonderingsgevallen geschikt is.

## 8. De denkbare vorderingen en aansprakelijkstellingen

### § 8.1 - Voorafgaande opmerkingen bij de toetsing door de rechter en algemene verweren tegen aansprakelijkheid in de onderhavige situatie

Voor wat betreft de diverse rechtszaken die tegen de overheid zijn (en nog kunnen worden) aangespannen in verband met de genomen (en nog te nemen) maatregelen, kan de overheid in vier type procedures worden betrokken (civielrechtelijke korte gedingen en bodemprocedures en bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningen en bodemprocedures, zie daarvoor paragraaf 4). In een civielrechtelijke of bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningsprocedure geeft de voorzieningenrechter anders dan in een bodemprocedure slechts een voorlopig oordeel. Uit de tot nog toe gedane uitspraken blijkt dat de Staat in dit soort acute crisissituaties een grote mate van (beleids-)vrijheid heeft bij de inzet van bestuurlijke en juridische middelen. De besluiten die de Staat in dit kader neemt, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het domein van de uitvoerende macht. Dit brengt met zich dat de civiele rechter – en temeer de rechter in kort geding – zich zeer terughoudend dient op te stellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat op dit punt.<sup>59</sup> Niet valt in te zien dat deze opstelling van de rechter in bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningsprocedures of civiel- of bestuursrechtelijke bodemprocedures tegen de Staat of tegen de veiligheidsregio's heel anders zou zijn (zie ook paragraaf 8.2).

Ook is van belang dat een rechter (zowel in een bodemprocedure, als in een voorlopige voorzieningsprocedure) een door de Staat of veiligheidsregio genomen maatregel 'ex tunc' zal toetsen. Daarbij toetst de rechter of er op het moment waarop de maatregel is genomen, voldoende juridische en wetenschappelijke argumenten voorhanden waren om te rechtvaardigen dat tot het nemen van die maatregel is besloten. Indien de wetenschap als gevolg van voortschrijdend inzicht op een later moment tot de conclusie komt dat andere (minder vergaande) vrijheidsbeperkende maatregelen beter zouden zijn geweest, doet dit nieuwe inzicht niet af aan de rechtmatigheid van het destijds naar beste inzicht genomen besluit om de maatregel te nemen teneinde het coronavirus in te dammen. In verband met de acute noodzaak van een aantal maatregelen is onvermijdelijk dat de gevolgen daarvan in sommige gevallen ernstiger zijn dan vooraf bedacht was. Dat kan echter geen grond zijn voor onrechtmatigheid als voldoende zorgvuldig is overwogen wat de gevolgen zouden kunnen zijn.

### § 8.2 - Algemeen toetsingskader bij de beoordeling of de overheid onrechtmatig heeft gehandeld:

Mede gelet op het bepaalde in paragraaf 8.1, kan voorzichtig<sup>60</sup> een toetsingskader worden opgesteld op grond waarvan wordt beoordeeld op de Staat en/of de veiligheidsregio met het treffen van de diverse maatregelen rechtmatig hebben gehandeld. Daarbij geldt dat bij de beoordeling een zwaardere toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd dan normaal gesproken het geval zal zijn bij het antwoord op de vraag of de Staat (en de veiligheidsregio's) rechtmatig hebben gehandeld. Hiervoor kan de volgende redenering worden gebruikt:

- i. Nederland is in een acute crisissituatie beland als gevolg van (de steeds verdere verspreiding van) het coronavirus.

<sup>59</sup> Zie r.o.v.4.3 van de uitspraak van de voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 03 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

<sup>60</sup> Wegens gebrek aan voldoende uitspraken.

- ii. De overheid is onder deze omstandigheden verplicht om (actief) handelend op te treden. De verplichting om op te treden ter bestrijding van de epidemie vloeit voort uit het recht op gezondheidszorg als mensenrecht. Artikel 22 van de Grondwet waarborgt dat de overheid maatregelen treft ter bevordering en bescherming van de volksgezondheid. De strekking van dit sociaal grondrecht komt overeen met wat in internationale verdragen is bepaald. Zo brengt bijvoorbeeld artikel 12 van het Internationaal verdrag inzake economische en sociale en culturele rechten (IVESCR) mee dat het recht op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid wordt erkend door de overheid en dat ter volledige verwezenlijking van dat recht maatregelen worden genomen, zoals maatregelen ter voorkoming, behandeling en bestrijding van epidemische en endemische ziekten. Een hoog niveau van de bescherming van de menselijke gezondheid (en een actieve houding van de overheid daarbij) is tevens verdragsrechtelijk gewaarborgd in artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest en artikel 35 van het Europees Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest).
- iii. Ofschoon er op de overheid de verplichting rust om actief te handelen, bevindt de overheid zich in een situatie waarin vele aspecten verband houdende met het coronavirus en de effectiviteit van de eventueel te treffen maatregelen nog onbekend zijn. Die onbekendheid kan de overheid niet worden verweten. Desalniettemin heeft de overheid zich bij het nemen van de maatregelen zo goed als mogelijk uitgebreid laten adviseren door diverse nationale en internationale deskundigen, die deze adviezen bovendien steeds hebben geëvalueerd en aangepast aan de meest recente wetenschappelijke inzichten, waarna de overheid haar beleid daarop steeds heeft aangepast. Belangrijk is daarbij ook dat de overheid noodmaatregelen heeft versoepeld zodra de deskundigen dat mogelijk achtten.
- iv. Omdat de overheid de maatregelen via noodverordeningen (= avv's) heeft genomen, biedt art. 3:1, lid 1, Awb enige ruimte om – vanwege de bijzondere aard van deze in zeer bijzondere omstandigheden genomen besluiten – minder zware eisen te stellen dan normaal gesproken aan deze besluiten zouden worden gesteld, bijvoorbeeld voor wat betreft de zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb) van de getroffen maatregelen en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb). De aard van de noodverordeningen, althans de bijzondere omstandigheden waarin deze moesten worden afgekondigd, beletten de overheid immers om rustig alle belangen af te wegen voordat tot het nemen van een maatregel werd besloten.
- v. Daarbij komt dat zowel de aard van de wetgevende functie, als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel, met zich meebrengen dat de rechter bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan art. 3:2 en 3:4 Awb ingevolge art. 3:1, eerste lid Awb terughoudendheid moet betrachten.<sup>61</sup>
- vi. De overheid heeft in crisissituaties als de onderhavige een (nog) grotere mate van beleids- en beoordelingsvrijheid bij het nemen van maatregelen door middel van de inzet van bestuurlijke en juridische middelen. De besluiten die de regering in dit kader neemt, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het domein van de uitvoerende macht. Dit brengt met zich dat de rechter – en temeer de rechter in kort geding – zich zeer terughoudend dient op te stellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de overheid op dit punt. Er is hierbij geen plaats voor een eigen, "volle" afweging door de (burgerlijke of bestuursrechtelijke) rechter. De rechter heeft niet de taak om naar eigen inzicht belangen te wegen of waarde toe te kennen aan wetenschappelijke adviezen. Uitsluitend indien evident is dat de overheid onjuiste keuzes maakt en de overheid aldus niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.<sup>62, 63</sup>

<sup>61</sup> Hoge Raad, 16 mei 1986, NJ 1987/251, AB 1986/574 (Landbouwwillegers).

<sup>62</sup> Aldus: voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 03 april 2020, ECLI:NL:RBDOHA:2020:3013.

<sup>63</sup> Zie ook r.o.v. 4.8 van het vonnis van de voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDOHA:2020:6856 (Zaak Viruswaarheid c.s./Staat): "Bij de beoordeling van dat standpunt wordt vooropgesteld dat aan de Staat een ruime beoordelingsvrijheid ("margin of appreciation") toekomt bij de keuzen die hem uit het oogpunt van algemeen belang nodig of gewenst voorkomen, in het bijzonder als het gaat om preventieve maatregelen op het gebied van gezondheid (vgl. EHRM 4 januari 2008, Shelly/VK, nr. 23800/06). Deze vrijheid om (politieke) keuzen te maken, beperkt de vrijheid van de voorzieningenrechter in de toetsing van de noodzaak

- vii. De overheid is daarom in beginsel alleen aansprakelijk voor in de gegeven omstandigheden 'ernstig verwijtbare' handelingen of nalatigheden. Het gaat daarbij niet alleen om vrijheid van handelen, maar vooral ook om de onvermijdelijkheid van een beperkt inzicht in de effectiviteit en de gevolgen van de te nemen maatregelen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Daarom is de overheid pas aansprakelijk indien zij forse fouten heeft gemaakt.
- viii. De overheid heeft ondanks de situatie waarin zij zich bevond een (uitgebreid) pakket aan steunmaatregelen beschikbaar gesteld, waardoor zij aantoonbaar ook rekening heeft gehouden met de (economische) belangen van degenen die door de maatregelen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan economisch het hardst zijn geraakt. Dit draagt verder bij aan de proportionaliteit van de door de overheid genomen maatregelen.<sup>64</sup>

### § 8.3 - Algemene handvatten om aansprakelijkstellingen te beoordelen

Indien een schadevergoeding wordt gevorderd op grond van onrechtmatig handelen, kunnen de volgende handvatten behulpzaam zijn om op de aansprakelijkstelling te reageren.

Vooraf wordt benadrukt dat schadeplichtigheid kan optreden indien de inbreuk op een (grond-)recht niet gelegitimeerd is zoals omschreven in paragraaf 3, of – indien de inbreuk wél berust op een voldoende wettelijke basis – de genomen maatregelen (en de daarmee gepaard gaande inbreuk op een (grond-)recht) als niet noodzakelijk, als disproportioneel of als in strijd met de a.b.b.b. zou moeten worden aangemerkt. Zoals in paragraaf 3 is beschreven, bestaat er voorts nog wel een voldoende wettelijke grondslag voor het nemen van maatregelen die inbreuk op een (grond-)recht maken. In zo'n geval is er geen sprake van een onrechtmatige daad en als gevolg daarvan evenmin van een verplichting om schade te vergoeden. Dit zou anders kunnen zijn indien een genomen maatregel als niet gerechtvaardigd of als disproportioneel zouden moeten worden aangemerkt. Daarvan is (nog) niet gebleken.<sup>65</sup>

De handvatten die bij de beoordeling van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad kunnen worden meegegeven zijn:

- *Is er een rechtvaardigingsgrond? Zo ja: dan is er geen onrechtmatige daad:*

In beginsel kan het handelen van de Staat en de veiligheidsregio's als rechtmatig worden aangemerkt. Maar zelfs een in beginsel onrechtmatige maatregel verliest zijn onrechtmatige karakter indien er voor de maatregel een rechtvaardigingsgrond bestaat (art. 6:162, lid 2, BW). Betoogd zou kunnen worden dat het nemen van de – in beginsel onrechtmatige – maatregelen niettemin gerechtvaardigd zijn in het licht van de acute crisisfase van de coronapandemie. Vanwege de bescherming van de volksgezondheid bestond er voor de Staat in die situatie een uit de grondwet en internationale verdragen voortvloeiende verplichting om actief op te treden en daarbij de nodige maatregelen te treffen tegen de verspreiding van het coronavirus. Er is, met andere woorden, sprake van een noodtoestand waarbij de Staat heeft moeten handelen om een hoger belang (de bescherming van het recht op leven en de bescherming van de volksgezondheid) te beschermen.

daarvan. De besluiten die de regering in dit kader neemt, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het domein van de uitvoerende macht. Dit brengt met zich dat de civiele rechter – en temeer de rechter in kort geding – zich zeer terughoudend dient op te stellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat op dit punt. Er is – anders dan Viruswaarheid c.s. kennelijk menen – geen plaats voor een eigen, "volle" afweging door de burgerlijke rechter. Zo heeft de rechter niet de taak om naar eigen inzicht belangen te wegen of waarde toe te kennen aan wetenschappelijke adviezen. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten de nu nog geldende maatregelen voort te laten duren, is plaats voor rechterlijk ingrijpen."

<sup>64</sup> Zie ook r.o.v. 4.7 van het vonnis van de voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDA:2020:6856, waar wordt opgemerkt: "(...) Overigens blijkt uit het feit dat is gepoogd tegemoet te komen aan economische belangen door middel van een omvangrijk pakket aan steunmaatregelen, dat de Staat zich terdege bewust is van de economische schade die de maatregelen teweeg hebben gebracht en nog brengen en dat de Staat die belangen ook heeft meegewogen."

<sup>65</sup> Aldus: voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 03 april 2020, ECLI:NL:RBDA:2020:3013.

• *Geen conditio sine qua non-verband/ geen causaal verband:*

Indien een genomen maatregel al een ongerechtvaardigde of disproportionele inbreuk op de rechten van derden zou maken, en daarvoor geen rechtvaardigingsgrond zou bestaan, behoeft er nog geen sprake te zijn van een verplichting om schade te vergoeden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan betoogd worden dat er geen voor vestiging van aansprakelijkheid noodzakelijk 'conditio sine qua non-verband' bestaat tussen de schade zoals die is geleden door de gedupeerde en de door de Staat en de veiligheidsregio's genomen maatregelen. Betoogd kan worden dat het schadeveroorzakende feit hier in de eerste plaats vooral de wereldwijde uitbraak van het coronavirus is, waar de Staat (en veiligheidsregio's) slechts met maatregelen op hebben gereageerd. Het is de vraag of de schade zoals die is geleden niet ook zou zijn opgetreden, en mogelijk groter was geweest, indien de Staat en de veiligheidsregio's in het geheel géén maatregelen zouden hebben genomen. Ook in dat geval is het immers aannemelijk dat (bijvoorbeeld) de horecasector, de sauna's en de sportscholen te maken zouden krijgen met (fors) teruglopende aantallen bezoekers. Indien er geen conditio sine qua non-verband bestaat tussen de maatregelen en de geleden schade, bestaat er geen verplichting tot schadevergoeding.

Verder zou het causaal verband in de zin van art. 6:98 BW evenzeer kunnen ontbreken: er is dan onvoldoende causaal verband tussen de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis (de betreffende maatregel) en een schade zoals de benadeelde die stelt te hebben geleden. Het ontbreken van causaal verband staat in de weg aan de vergoedbaarheid van de schade.<sup>65</sup>

• *Relativiteit:*

Ook vormt artikel 6:163 BW een mogelijke hindernis bij de toewijzing van een vorderingen tot schadevergoeding. Volgens dit artikel bestaat er geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Enkele vorderingen die tot op heden tegen de Staat en de veiligheidsregio's zijn ingesteld, bevatten hier voorbeelden van.

Zo baseert de Klimmuur Amsterdam zijn vordering onder meer op het recht bewegingsvrijheid. De voorzieningenrechter merkt daarover op dat het recht op bewegingsvrijheid een andere betekenis heeft dan in de visie van de Klimmuur.<sup>67</sup> Indien het recht op bewegingsvrijheid dus al geschonden zou zijn, kan de Klimmuur zich niet beroepen op schadevergoeding omdat de schade die de Klimmuur daardoor stelt te hebben geleden niet wordt beschermd.

Ook in reactie op de vordering van de Koninklijke vereniging Horeca Nederland (KHN) tegen de Staat is wellicht een relativiteitsverweer mogelijk. KHN stelt dat de maatregelen in de noodverordening (en dan met name de 1,5 meter-eis) een inbreuk maken op de bewegingsvrijheid van de bezoekers zoals neergelegd in art. 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM.<sup>68</sup> Ofschoon de horecaondernemers van deze beperking evident ook hinder ondervinden, valt te betwijfelen of de eventueel geschonden norm strekt ter bescherming van de omzetsderving van de horecaondernemers. Evenzeer is twijfelachtig of de 1,5 meter maatregel (waardoor horecaondernemers volgens KHN minder stagiairs kunnen aannemen en daardoor problemen in het onderwijs ontstaan) inbreuk maakt op het recht op onderwijs, laat staan dat bij een (eventuele) inbreuk daarop kan worden geconcludeerd dat deze norm beoogt de omzetsderving van horecaondernemers te beschermen. Van dat laatste lijkt geen sprake te zijn.

<sup>65</sup> Artikel 6:98 BW luidt: Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

<sup>67</sup> Klimmuur Amsterdam tegen de Staat en de voorzitter van de Veiligheidsregio Amsterdam-Amstelland, voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam, 9 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2878, r.o.v. 4.3.

<sup>68</sup> Artikel 2 (Freedom of movement) luidt:

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of 'ordre public', for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.
4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

Relativiteit kan dus, afhankelijk van de aard van de vordering en de omstandigheden van het geval, een reden vormen om de aansprakelijkheid af te wijzen.

\* *Formele rechtskracht:*

Indien de besluiten van de voorzitters van de veiligheidsregio's bestuursrechtelijk worden aangevochten, geldt dat met de vernietiging van een besluit daardoor meteen ook vaststaat dat onrechtmatig is gehandeld. Een belangrijke beperking is daarbij wel dat deze consequentie – de onrechtmatigheid van het besluit – uitsluitend geldt ten aanzien van de persoon wiens beroep tot de vernietiging leidde. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad en de bestuursrechter is een vernietigd besluit in beginsel rechtmatig jegens een andere persoon, die wel tegen dat besluit in beroep had kunnen gaan maar dat niet heeft gedaan.

\* *Is de vordering ingesteld bij de bevoegde rechter?*

Ten slotte wordt in dit verband nog gewezen op de competentieregeling van art. 8:89 Awb. Ingevolge het tweede lid dit artikel is de civiele rechter bij uitsluiting van de bestuursrechter bevoegd om kennis te nemen van vorderingen hoger dan € 25.000. Indien tijdens of na afloop van de procedure bij de bestuursrechter blijkt dat de schade hoger uitvalt dan € 25.000, kan de benadeelde voor de schade die uitstijgt boven de € 25.000 wel alsnog een vordering instellen bij de burgerlijke rechter.<sup>69</sup>

§ 8.4 - Verschillende denkbare vorderingen in verband met de noodverordeningen:

In verband met de maatregelen die de Staat en de veiligheidsregio's hebben genomen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, zijn er verschillende typen vorderingen denkbaar:

- a. Er zijn ten onrechte geen of onvoldoende adequate maatregelen genomen.
- b. Er zijn ten onrechte te vroeg, te veel of te ingrijpende maatregelen genomen.
- c. Er is geen (toereikende) juridische basis voor de genomen maatregelen.
- d. De maatregelen hebben onevenredig nadeel tot gevolg gehad.
- e. Er zijn bepaalde belangengroepen ten onrechte buiten beschouwing gelaten.

Al deze vorderingen kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, tegen zowel de Staat als tegen de veiligheidsregio's worden ingesteld. Het tegen deze typen vorderingen te voeren verweer, vloeit voort uit het eerder in deze notitie behandelde.

\* *Ad a. Er zijn ten onrechte te laat, geen of onvoldoende adequate maatregelen genomen.*

Een concreet voorbeeld van dit type vordering is te vinden in de uitspraak van de kortgedingrechter in de zaak van de Stichting De Vijfde Macht tegen de Staat. De stichting vorderde in deze procedure (kort gezegd) de Staat te gebieden tot het nemen van verdergaande maatregelen (neerkomend op een volledige lockdown) dan de maatregelen die de Staat tot op dat moment had genomen.<sup>70</sup>

Zoals is aangegeven in de brief aan de Tweede Kamer van 12 maart 2020,<sup>71</sup> heeft de Staat één dag na de mededeling van de WHO waarbij de uitbraak van het coronavirus tot pandemie werd

<sup>69</sup> MvT bij de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, Kamerstukken 32621, 3, p. 49.

<sup>70</sup> Rechtbank Den Haag, 3 april 2020, ECLI:NL:RBGHA:2020:3013.

<sup>71</sup> Kamerbrief van de Minister voor Medische Zorg en Sport van 12 maart 2020 inzake COVID-19 Nieuwe maatregelen, met kenmerk: 1662780-203180-PG.

uitgeroepen en de lidstaten werd gevraagd alles in het werk te stellen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, maatregelen genomen waarbij evenementen met meer dan 100 personen werden afgelast, sport- en fitnessclubs werden gesloten, evenals alle horeca, sauna's, seksinrichtingen en coffeeshops.

Bovendien is het coronavirus al ruim vóór de bovenbedoelde mededeling van de WHO, namelijk op 28 januari 2020, door de Minister van Medische Zorg en Sport aangemerkt als een infectieziekte behorende tot groep A, de hoogste categorie van de vier groepen genoemd in de Wpg.<sup>72</sup> Daardoor kon de Staat na 11 maart 2020 snel reageren en opschalen.

Bij het beantwoorden van de vraag of deze maatregelen ook "voldoende adequaat" zijn geweest, moet worden geconstateerd dat de Staat zich steeds voorafgaand aan het nemen van maatregelen heeft laten adviseren door een grote groep van verschillende nationale en internationale deskundigen (zie paragraaf 2), op wiens adviezen de Staat is afgegaan bij het vaststellen van het beleid.<sup>73</sup> Dit beleid werd bovendien continu geëvalueerd en aangepast aan de meest recente wetenschappelijke inzichten.

Ten slotte geldt dat de Staat in dit soort acute crisissituaties een grote mate van (beleids-)vrijheid toekomt bij het nemen van maatregelen door middel van de inzet van bestuurlijke en juridische middelen, en dat de rechter dit slechts terughoudend zal kunnen toetsen.<sup>74</sup>

Voor de veiligheidsregio's lijkt hier eenzelfde redenering te kunnen worden gebruikt, althans voor zover de veiligheidsregio voorafgaande aan de te nemen maatregel het kabinetsbeleid als uitgangspunt neemt en zich daarbij ook laat adviseren door deskundigen zoals de GGD. Zie de zaak Actiegroep Code Rood voor een concreet voorbeeld waarin de voorzieningenrechter deze aanpak voldoende vond.<sup>75</sup>

• *Ad b. Er zijn ten onrechte te vroeg, te veel of te ingrijpende maatregelen genomen.*

Evenals het hierboven behandelde, onder a, dient hier als uitgangspunt te worden genomen dat de Staat en veiligheidsregio's in crisissituaties als deze een grote mate van (beleids-)vrijheid hebben bij de inzet van bestuurlijke en juridische middelen. De besluiten die de zij in dit verband nemen, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het domein van de uitvoerende macht. De rechter kan dit slechts terughoudend toetsen.

De Staat heeft zijn beleid gebaseerd op vele deskundigen (het RIVM, de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO), het Europees Centrum voor ziektepreventie en -bestrijding (ECDC) en het zogenoemde Outbreak Management Team (OMT)). Daarbij worden de adviezen steeds geüpdatet en geëvalueerd en wordt het beleid van de Staat (en de door de Staat te nemen maatregelen) steeds aangepast aan de nieuwste wetenschappelijke inzichten.

De veiligheidsregio's nemen op hun beurt het kabinetsbeleid als uitgangspunt, en laten zich evenzeer voorafgaande aan het nemen van maatregelen adviseren door medische deskundigen.

• *Ad c. Er is geen (toereikende) juridische basis voor de genomen maatregelen*

Allereerst kan worden vastgesteld dat het kabinetsbeleid continu onderwerp is van debat en dit beleid alsmede de door de Staat genomen maatregelen de steun hebben van de meerderheid van de Tweede Kamer. De maatregelen zijn daarmee democratisch gelegitimeerd.

De bevoegdheid van de Staat en de veiligheidsregio's om vrijheidsbeperkende maatregelen te nemen, vloeit voort uit de Wpg en de Wvr.

<sup>72</sup> Regeling 2019-nCoV, Stcrt. 2020, 6800 (berustend op artikel 20 van de Wpg).

<sup>73</sup> Dit werd door de voorzieningenrechter gesanctioneerd. Zie r.o.v. 4.8 van de uitspraak van de voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 03 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

<sup>74</sup> Zie r.o.v. 4.3 van de uitspraak van de voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 03 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

<sup>75</sup> Zie bijvoorbeeld de r.o.v. 4.4 in de zaak van Actiegroep Code Rood tegen de plaatsvervangend voorzitter van de Veiligheidsregio Haaglanden (voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 18-05-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378).

Voor zover er daarbij sprake is van beperking van grondrechten, dan is die beperking in dit geval, zoals vereist, geschied bij of krachtens formele wet, in dit geval art. 175 en art. 176 van de Gemeentewet, in combinatie met de artt. 6 en 7 van de Wpg en art. 39 van de Wvr. De beperking van de fundamentele rechten is daarbij mede ingegeven door de verplichting die op de Staat en de veiligheidsregio's rust om actieve maatregelen te nemen om de gezondheid van de bevolking te beschermen.

De rechter heeft dit standpunt voor zover het ging om concrete noodbevelen al meerdere malen gevolgd.<sup>76</sup> Zie verder ook (vrijwel letterlijk) overweging 4.4 van het vonnis in de zaak van Klimmuur Amsterdam tegen de Staat en de veiligheidsregio Amsterdam-Amstelland.<sup>77</sup>

Met de komst van de 'Tijdelijke wet maatregelen covid-19' wordt het fundament van de maatregelen versterkt.

\* *Ad d. De maatregelen hebben onevenredig nadeel tot gevolg gehad.*

Een voorbeeld van een dergelijke vordering is de zaak *Viruswaarheid c.s./Staat*, waarin om opheffing van alle door de Staat genomen maatregelen werd gevraagd.<sup>78</sup>

Uitgangspunt in het Nederlands recht is dat ieder zijn eigen schade draagt. Er moet dus een bijzondere reden zijn om schade op een ander te kunnen afwentelen. Daarbij geldt dat eventueel onevenredig nadeel als gevolg van de door de Staat genomen steunmaatregelen al kan zijn weggenomen (zie daarvoor ook het slot van paragraaf 2).

Eventuele schade die niet door deze mitigerende maatregelen wordt gedekt, kan onder het normaal ondernemersrisico vallen (zie ook paragraaf 6).

Slechts bij hoge uitzondering kan overgegaan worden tot een onverplichte bijdrage, indien de omstandigheden zich daar niet tegen verzetten (zie ook paragraaf 7).

\* *Ad e. Er zijn bepaalde belangengroepen ten onrechte buiten beschouwing gelaten.*

De Staat en (naar wordt aangenomen ook) de veiligheidsregio's laten zich vooraf uitgebreid adviseren over de sociale en economische impact van de door hen te nemen maatregelen. Daarbij wordt zo goed als mogelijk gelet op alle groepen die door deze maatregelen worden geraakt. Indien achteraf blijkt dat een groep ten onrechte toch over het hoofd is gezien, dient allereerst te worden onderzocht of dit gegeven aanleiding vormt om het beleid en/of de regelgeving aan te passen.

Op de concrete vordering kan (afhankelijk hoe de concrete vordering is geformuleerd) vervolgens als volgt worden gereageerd.

Waarschijnlijk wordt bij dit type vorderingen een (al dan niet impliciet) beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan, waarbij wordt gevorderd dat de 'vergeten groep' of individuele personen alsnog op dezelfde wijze dienen te worden behandeld als daarmee vergelijkbare gevallen. Daarom zal primair moeten worden onderzocht of er sprake is van 'gelijke gevallen'. In lang niet alle gevallen zal daar sprake van zijn, maar bestaan er daarentegen juist goede argumenten (afhankelijk van de specifieke casus) om de verschillende groepen verschillend te behandelen.

In het uitzonderlijke geval dat de groepen toch gelijk aan elkaar blijken te zijn, zal de 'vergeten groep' op grond van het gelijkheidsbeginsel aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling. Dat betekent dat voor de leden van deze groep dezelfde steunmaatregelen beschikbaar worden gesteld als voor de andere, daarmee vergelijkbare groepen het geval is.

Ten slotte zal bij dit type vorderingen wellicht een beroep worden gedaan op schending van de a.b.b.b. zoals het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4

<sup>76</sup> ARRvS 30 december 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3571, AB 1994/242, Gst. 1994/6983, nr. 4; ARRvS 21 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2820, Gst. 2020/50, JB 2019/146.

<sup>77</sup> Voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam, 9 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2878, r.ov. 4.4.

<sup>78</sup> Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856.

Awb) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 jo. art. 3:50 Awb), omdat gesteld wordt dat uit niets blijkt (en niet is gemotiveerd) waarom de maatregel wel voor de ene groep maar niet voor de andere groep geldt. Deze argumenten heeft KHN bijvoorbeeld in haar dagvaarding van 17 juli 2020 aan de vorderingen ten grondslag gelegd.

Omdat de door de Staat genomen maatregelen via noodverordeningen (zijnde avv's) zijn genomen, biedt art. 3:1, lid 1, sub a, Awb enige ruimte om aan deze maatregelen, vanwege de bijzondere aard daarvan en vanwege de zeer bijzondere omstandigheden waarin daartoe is besloten, minder zware eisen te stellen dan normaal het geval is.

Daarbij komt dat zowel de aard van de wetgevende functie, als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel, met zich meebrengen dat de rechter bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan art. 3:2 en 3:4 Awb ingevolge art. 3:1, eerste lid, sub a, Awb terughoudendheid moet betrachten.<sup>79</sup> Pas wanneer de Staat evident onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid/de genomen maatregelen heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijke ingrijpen.

De Adviesgroep, 24 juli 2020

Leden:

mr. [redacted] 5.1.2e  
 mr. R.W. (5.1.2e) [redacted] 5.1.2e (Pels Rijcken & Droogleeve en Fortuijn N.V.)  
 mr. [redacted] 5.1.2e Procee (Pels Rijcken & Droogleeve en Fortuijn N.V.)  
 mr. [redacted] 5.1.2e (ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)  
 mr. [redacted] 5.1.2e (ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)  
 mr. [redacted] 5.1.2e (ministerie van Justitie en Veiligheid)  
 mr. [redacted] 5.1.2e (ministerie van Infrastructuur en Milieu)

<sup>79</sup> Hoge Raad, 16 mei 1986, NJ 1987/251, AB 1986/574 (Landbouwwijlegers)„ recent nog bevestigd in het vonnis van de rechtbank Den Haag van 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 (zie r.ov. 6,43).