

Het avondklokoordeel in context

Over partij-overstijgende, politiek geladen en constitutionele rechtspraak tijdens de coronacrisis

NTBR 2021/31

Deze bijdrage beschouwt het oordeel van de Haagse voorzieningenrechter over de onrechtmatigheid van de avondklok in februari 2021 als een illustratie van een bredere categorie aan (coronagerelateerde) rechtszaken. Die zaken hebben mogelijke partijoverstijgende effecten, een politieke lading en een constitutionele dimensie. Enkele kwesties die in dergelijke procedures centraal staan, worden aangestipt. Het avondklokoordeel dient daarbij als leidend voorbeeld. Het gaat om de toegang tot de rechter voor belangengroeperingen (artikel 3:305a BW), de intensiteit van rechterlijke toetsing en de remedie die de rechter biedt wanneer hij constateert dat overheidsambten onrechtmatig hebben gehandeld.

Op 16 februari 2021 beval de Haagse voorzieningenrechter de Nederlandse Staat om de avondklok per direct buiten werking te stellen vanwege een ontoereikende wettelijke grondslag.² Nog diezelfde dag – 23 minuten voordat de avondklok normaal gesproken zou ingaan – werd de tenuitvoerlegging van dit vonnis door het Gerechtshof Den Haag geschorst.³ Ruim een week later, toen reeds een nieuwe wettelijke grondslag voor de avondklok tot stand was gekomen, oordeelde het Hof Den Haag, anders dan de rechtbank in eerste aanleg, dat de avondklok wel degelijk kon worden gebaseerd op de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg).⁴

In dit Kort & Bondig beschouwen wij deze juridische achttien als een illustratie van een bredere categorie aan rechterlijke procedures en de vraagstukken die zij met zich brengen.⁵ Het betreft hier procedures met een sterke politieke lading, partijoverstijgende effecten en een constitutionele dimensie (paragraaf 1). De aanwezigheid van deze kenmerken heeft repercussies voor de wijze waarop

wij (zouden moeten) aankijken tegen een reeks kwesties waarmee de rechter in deze zaken veelvuldig wordt geconfronteerd. Met het avondklokoordeel als ankerpunt reflecteren wij, onder verwijzing naar andere (corona)rechtspraak, op drie van die kwesties: de toegangseisen voor belangenorganisaties in het licht van artikel 3:305a BW (paragraaf 2), het bepalen van de intensiteit van rechterlijke toetsing (paragraaf 3) en de wijze waarop de rechter in dergelijke procedures rechtsherstel biedt (paragraaf 4).

1. Over partijoverstijgende, politiek geladen en constitutionele kwesties

De avondklokzaak vormt een illustratie van een bredere stroom aan coronagerelateerde, civielrechtelijke procedures tegen de Staat. Sinds de pandemie haar intrede deed, stapten individuen en belangengroeperingen met enige regelmaat naar de civiele voorzieningenrechter om in crisistijd gemaakte keuzes aan de rechter voor te leggen. Zo procedeerde Stichting Viruswaarheid tegen de ‘intelligente lockdown’ die het kabinet in april 2020 afkondigde,⁶ terwijl Stichting de Vijfde Macht juist een kort geding startte om een volledige lockdown te bewerkstelligen.⁷ Ook werden lokale⁸ en landelijke⁹ mondkapjesplichten aangevochten en werd de rechtmatigheid van de verplichte PCR-test bij terugkeer uit het buitenland meerdere malen in rechte betwist.¹⁰

In deze procedure wordt stevast niet geprocedeerd met het oog op het herstellen van onrechtmatigheden uit het verleden, maar juist om een verandering in het coronabeleid te bewerkstelligen. Omdat de procedure zich richt op thans geldend overheidsbeleid en regelgeving waarmee de rechtspositie van alle burgers wordt bepaald, heeft het rechterlijk oordeel een potentiële partijoverstijgende werking. Dat beleid vormt immers het resultaat van een afweging van een grote diversiteit aan belangen en een rechterlijk oordeel daarover kan duidelijke effecten sorteren

1 Citeerwijze: S. van Deursen & M.J. Vetzo, ‘Het avondklokoordeel in context’, *NTBR* 2021/31, afl. 9. Stijn van Deursen en Max Vetzo zijn werkzaam als promovendus aan de Universiteit Utrecht. Zij zijn respectievelijk verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, alsook beiden aan het onderzoekscluster Empirical Research into Institutions for conflict Resolution (ERI).

2 Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100, AB 2021/101 en 102, m.nt. Stijnen (*Avondklok*).

3 Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, AB 2021/101 en 102, m.nt. Stijnen (*Avondklok*).

4 Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:252, AB 2021/101 en 102, m.nt. Stijnen (*Avondklok*).

5 Zie voor een eerdere bespreking S. van Deursen & M.J. Vetzo, ‘Het avondklokoordeel en de rol van de rechter’ dat op 19 februari is verschenen op het *Montaigneblog* en op het *UCALL blog*.

6 Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 (*Intelligente lockdown*).

7 Rb. Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013 (*Volledige lockdown*).

8 Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057 (*Mondkapjesplicht Amsterdam*).

9 Rb. Den Haag 17 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6211 (*Landelijke mondkapjesplicht*).

10 Hof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:868 (*PCR-test terugreizigers*).

voor niet (rechtstreeks) bij de procedure betrokkenen.¹¹ Een kenmerk van deze procedures is dus dat zij betrekking hebben op vraagstukken die over meer gaan dan alleen de stellingen van partijen, maar toch in de op twee procespartijen geënte (bilaterale) structuur van het civiele proces moeten worden beantwoord. Ook hebben zij een zekere politieke dimensie. Het rechterlijk oordeel raakt aan de mogelijkheid voor de politieke staatsmachten om beleid vorm te geven ter zake van kwesties die zowel in het maatschappelijke als politieke debat controversieel zijn en voortdurend onderwerp van discussie vormen.¹² En hoewel Nederland geen constitutioneel hof heeft en zelfs toetsing van de formele wet aan de Grondwet verboden is, kleeft aan deze zaken een duidelijke constitutionele dimensie.¹³ Die bestaat er in veel gevallen uit dat de rechter de uitoefening van de wetgevende functie op rechtmatigheid toetst aan hoger recht, of dat recent genomen, controversiële beleidskeuzes aan rechterlijke beoordeling worden onderworpen.¹⁴ Bij uitstek in die gevallen wordt de rechter geconfronteerd met de vraag naar zijn eigen positie in het staatsbestel en zal hij zich moeten verhouden tot politieke staatsmachten.

De genoemde kortgedingprocedures staan niet op zichzelf. De voorgaande karakteristieken gelden – ondanks duidelijk aanwijsbare juridische verschillen – in ieder geval gedeeltelijk ook voor andere civielrechtelijke oordelen die de gemoederen de afgelopen tijd flink bezigielden. Enkele voorbeelden daarvan zijn de Urgenda-oordelen,¹⁵ de SyRI-uitspraak van de Rechtbank Den Haag,¹⁶ de oordelen over het terughalen van de kinderen van IS-uitreizigers,¹⁷ de procedure van Greenpeace tegen de Staat over de aan KLM uitgekeerde noodsteun¹⁸ en de

zaken over het rookverbod in cafés.¹⁹ De in deze paragraaf besproken kenmerken zijn relevant voor de (wenselijke) invulling van een reeks kwesties die in deze procedures veelvuldig terugkeren. Op enkele van die kwesties gaan wij hieronder in.

2. Toegang tot de rechter: artikel 3:305a BW

Tegen de coronamaatregelen wordt veelal opgekomen door belangenorganisaties van diverse pluimage. Zo zijn er groepen die opkomen voor een bepaalde sector of een bepaald deelbelang (groepsacties), maar ook organisaties die de rechter juist proberen te overtuigen van hun (specifieke) kijk op het algemeen belang (algemeenbelangacties). De toegang van dergelijke organisaties tot de rechter wordt gereguleerd door artikel 3:305a BW, dat als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) twee maanden voor het uitbreken van de coronacrisis ingrijpend op de schop is gegaan.²⁰

Vooraf in algemeenbelangacties is de vraag welke organisaties toegang tot de civiele rechter hebben van groot belang voor het verdere verloop en de uitkomst van de procedure. De kaders van oordeelsvorming door de civiele rechter worden immers primair bepaald door procespartijen.²¹ Omdat de vage notie ‘algemeen belang’ concretisering behoeft, geven de stellingen die een belangengroepering ten aanzien daarvan in rechte inneemt, en de argumenten die daartoe worden aangedragen, beslissende richting aan de procedure. De vraag welke behartigers van het algemeen belang toegang krijgen tot de civiele procedure doet er dus toe. Zij bepalen immers welke perceptie van het algemeen belang leidend zal zijn bij het nemen van een beslissing.

In dat licht is het opmerkelijk dat de voorzieningenrechter in de avondklokzaak niet ingaat op de aangescherpte ontvankelijkheidscriteria van artikel 3:305a BW. De rechter moet op grond van artikel 1018c lid 5 Rv immers ambtshalve toetsen aan de (nieuwe) ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW, maar laat dit in de avondklokzaak – evenals in andere coronazaken – achterwege.²² Een van de eisen die sinds inwerkingtreding van de WAMCA ook voor meer ideëel getinte belangen geldt, is dat de rechtspersoon ‘voldoende

11 Zie over dergelijke ‘macro-effecten’ bijvoorbeeld ook E. de Jong & T. van der Linden, ‘Rechtspreken met oog voor macro-effecten’, *NTBR* 2017/2; A.L.M. Keirse & R. Ortlep, ‘Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2017/2.

12 Over een manier waarop het begrip politiek in verband kan worden gebracht met (civiele) rechtspraak, zie C.J.J.M. Stolker, ‘De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht’, in: M.G. Rood (red.), *Recht en politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 53-83. Over een reeks aan politiek gevoelige zaken, zie recent ook het themanummer ‘De rechter in de trias politica’ van *Ars Aequi* (oktober 2020).

13 Waarbij moet worden opgemerkt dat de discussie over beide niet stilstaat. Zie vanuit civielrechtelijke hoek over een constitutioneel hof bijvoorbeeld I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 63, p. 110-111.

14 Zie over de civiele kortgedingrechter als *de facto* constitutionele rechter J.E.M. Polak, ‘Het wetgevingskortgeding’, in: R.J.N. Schlössels e.a., *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 en voor een eerdere, wat bredere inventarisatie M.J.F.M. de Werd, *Staatsrecht. Praktijkgevallen en -problemen van Nederlandse constitutionele rechtspraak*, in: P.P.T. Bovend’Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 337-366.

15 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

16 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (*SyRI*). In deze zaak oordeelde de rechter dat wetgeving die de grondslag vormde voor het algoritmische fraudeherkenningsstelsel Systeem Risico Indicatie (*SyRI*) in strijd was met artikel 8 EVRM.

17 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*).

18 Rb. Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12440 (*Noodsteun KLM*).

19 Onder meer 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449 (*Rookverbod*).

20 Bij een groepsactie op grond van artikel 3:305a BW moet daarnaast, net als bij vorderingen waarbij voor een eigen belang wordt geprocedeerd, voldaan worden aan de eis van voldoende belang op grond van artikel 3:303 BW. Een uitgebreide bespreking hiervan valt echter buiten het bestek van deze bijdrage. Zie daarvoor onder meer: T.R. Bleeker, ‘Voldoende belang in collectieve acties: drie maal artikel 3:303 BW’, *NTBR* 2018/20.

21 Artikelen 23 en 24 Rv.

22 In Rb. Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013 (*Volledige lockdown*), r.o. 4.1 zelfs omdat ‘de Staat op dit punt geen verweer heeft gevoerd’, hoewel ‘vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de ontvankelijkheid van de afzonderlijke eisers.’

representatief' moet zijn.²³ Hoewel over de exacte invulling van die representativiteitseis kan worden getwist,²⁴ zou door toetsing daaraan kunnen worden gezien voor welke specifieke invulling van het algemeen belang – en ten behoeve van welke achterban – wordt opgekomen, en daarnaast of een belangengroepering daadwerkelijk voor die belangen opkomt en op welke gronden deze groepering voor die belangenbehartiging in termen van expertise en ervaring geschikt zou zijn.

Door niet aan de representativiteitseis te toetsen, mist de rechter een kans om aan die eis nadere invulling te geven. Dit terwijl er in veel van deze zaken op dit punt toch best vragen te stellen zijn. Zo stelt Viruswaarheid – de organisatie die de avondklokzaak en een groot aantal andere coronazaken initieerde – op te komen voor 'het behoud van een democratische rechtsstaat' en daartoe 'alle verdere handelingen, die [daarmee] (...) in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn' te verrichten.²⁵ Die brede doelstelling verhuult enigszins dat deze Stichting voornamelijk lijkt te dienen als vehikel voor kritiek op het coronabeleid, waarbij vooral de belangen van het coronaseptische deel van de Nederlandse bevolking worden behartigd. Zeker wanneer de statutaire doelstelling van Viruswaarheid als leidraad wordt genomen voor de bepaling van de belangen waarvoor zij optreedt, rijst bovendien de vraag of Viruswaarheid met haar acties in en buiten rechte 'het behoud van een democratische rechtsstaat' wel dient. Sterker nog: in het licht van de activiteiten die Viruswaarheid en haar voorman buiten de rechtszaal ontplooiën, kun je je volgens ons afvragen of je met zulke 'vrienden' van de democratische rechtsstaat nog vijanden nodig hebt.

Het voorgaande betekent *niet* dat Viruswaarheid naar ons oordeel noodzakelijkerwijs niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden. Daarvoor zijn de nieuwe eisen die artikel 3:305a BW stelt nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Bovendien – en wellicht belangrijker – vervullen algemeenbelangacties als door Viruswaarheid ingesteld een belangrijke rechtsstatelijke functie. Zij zorgen voor rechtsstatelijk tegenwicht en vormen het primaire vehikel waarmee rechterlijke toetsing van ingrijpende politieke keuzes in crisistijd kan worden bewerkstelligd. Wel kan worden gesteld dat de rechter ten onrechte in het geheel voorbijgaat aan

de ambtshalve te toetsen criteria die artikel 3:305a BW ook voor algemeenbelangacties stelt. Daarnaast kan een nadrukkelijker toets aan artikel 3:305a BW onzes inziens ook een meer inhoudelijke rol spelen. Achter een beroep op 'het' algemeen belang kan immers in werkelijkheid een grote hoeveelheid uiteenlopende belangen schuilgaan. Toepassing van het representativiteitsvereiste kan in dat soort gevallen leiden tot scherper zicht op de belangen die een belangengroep in rechte zegt te vertegenwoordigen en kan voorkomen dat iedere willekeurige organisatie als beschermengel van een niet nader afgebakend 'algemeen belang' optreedt.²⁶ Dat kan bijdragen aan de legitimiteit van dit soort procedures.²⁷

3. Inhoudelijke beoordeling: toetsingsintensiteit

Komt de rechter toe aan de inhoudelijke beoordeling van een vordering, dan rijst de vraag hoe 'intensief' hij het handelen van de Staat mag toetsen: welke mate van terughoudendheid moet hij hanteren in het licht van de beleidsvrijheid die de overheid mogelijk toekomt? Het 'institutionele moment' in het rechterlijk oordeel – waarin de rechter zich expliciet positioneert ten opzichte van andere staatsmachten – komt bij het bepalen van de toetsingsintensiteit duidelijk naar voren.²⁸

De vraag naar toetsingsintensiteit figureert steevast in de in paragraaf 1 omschreven categorie aan zaken. Een treffende illustratie vormt de procedure over de repatriëring van de kinderen van naar Syrië afgereisd Nederlanders. Het Hof en de Hoge Raad oordeelden daarin – anders dan de voorzieningenrechter – dat de Staat in die kwestie een grote beleidsvrijheid toekwam. De vorderingen die erop gericht waren de Staat tot repatriëring te bewegen, hielden immers nauw verband met vragen van (nationale) veiligheid en buitenlands beleid. Dat zijn terreinen die tot het domein van de uitvoerende macht worden gerekend, waarbij het handelen van de Staat sterk

23 Hoewel artikel 3:305a lid 6 BW een milder ontvankelijkheidsregime voorschrijft voor organisaties die opkomen voor ideële belangen blijkt uit de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk dat dit regime niet geldt voor de representativiteitseis van artikel 3:305a lid 2 BW. Zie hierover ook het op 20 december 2018 aangenomen amendement van het lid Van Gent c.s., *Kamerstukken II 2018/19*, 34608, nr. 14. Dit volgt ook uit de beantwoording van vragen van het Kamerlid Van Haga door minister Dekker, zie *Aanhangsel Handelingen II 2019/20* nr. 2971. Zie anders onder meer A.A.L. Oving, 'De WAMCA onder de loep genomen', *TVP 2020/1*, p. 12.

24 Zie voor het debat over het nut en het belang van een representativiteits-toets, dat met name in bestuursrechtelijke context gevoerd is, R. Stolk, 'Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties', *NTB 2020/204*.

25 Artikel 2 Oprichtingsakte Viruswaarheid, beschikbaar via https://viruswaarheid.nl/wp-content/uploads/2020/08/Q_Afschrift_Oprichtingsakte-Stichting-Viruswaarheid-geredigeerd.pdf.

26 Dat een strengere toets aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW mogelijk is, wordt onder meer geïllustreerd in de zaak van Milieudefensie tegen Shell. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. In r.o. 4.2.3 overweegt de rechtbank dat er grote verschillen zijn in het moment en de manier waarop de wereldbevolking op de ene of de andere plaats getroffen zal worden door klimaatverandering, en dat daarmee niet aan het vereiste van 'gelijksoortig belang' voldaan is. De collectieve vorderingen worden aldus niet-ontvankelijk verklaard voor zover daarmee het belang van de gehele wereldbevolking wordt gediend. Daarbij moet opgemerkt worden dat op deze zaak nog het regime van voor de inwerkingtreding van de WAMCA (dus voor 1 januari 2020) van toepassing was, en dat het representativiteitsvereiste dus nog niet expliciet in de wettekst was opgenomen (zie ook r.o. 4.2.1). Het is interessant om te bezien hoe het representativiteitsvereiste zich moet verhouden tot de eis van gelijksoortigheid van belangen. Liggen de eisen in elkaars verlengde, of kan een belangengroep die opkomt voor ongelijksoortige belangen, wél voldoende representatief zijn? Dergelijke vragen vallen echter buiten het bestek van deze bijdrage.

27 Uitgebreider: R. Stolk, 'Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties', *NTB 2020/204*, p. 472-275 en M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, 'De kwadratuur van de algemeen belangactie: Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratisch-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief', *RMThemis 2002/2*.

28 Een term gemunt door E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB 2000*, p. 1053-1058.

afhangt van politieke afwegingen. Op die gronden beperkt de rechter zich tot een terughoudende toets: van toewijzing van de vorderingen kan slechts sprake zijn als de Staat redelijkerwijs niet tot zijn handelwijze heeft kunnen komen.²⁹

Ook in coronazaken is die rechterlijke plaatsbepaling terug te zien. Daarbij komt de constitutionele en politieke dimensie van deze procedures duidelijk naar voren en is het terughoudendheid troef. Hier speelt mee dat de rechter in een kort geding over de rechtmatigheid van wetgeving – en daarvan is in coronazaken vaak sprake – slechts bij onmiskenbare onverbindendheid tot buitenwerkingstelling van die wetgeving kan overgaan.³⁰ Bovendien oordeelt de rechter dat de acute staat van crisis waarin Nederland zich als gevolg van de pandemie bevindt tot terughoudendheid noopt, temeer omdat de genomen maatregelen voortdurend onderwerp zijn van politiek debat. Slechts als de Staat evident onjuiste keuzes maakt, en in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.³¹ Daarbij komt dat de coronamaatregelen op korte termijn genomen moeten worden en zijn omgeven met wetenschappelijke onzekerheden. Hoewel de rechter, zoals ook blijkt uit de Urgenda-rechtspraak, wel in staat en ook bereid is om te bezien of maatregelen een wetenschappelijke basis hebben, rekent de civiele kortgedingrechter het niet tot zijn taak om een ‘battle of experts’ te beslechten.³² Tel daarbij op dat de rechter in de civiele kortgedingprocedure slechts een voorlopig oordeel kan vellen en er ontstaat een combinatie aan factoren die nopen tot gereduceerde toetsingsintensiteit.³³ Ondanks deze ogenschijnlijk duidelijke terughoudende uitgangspositie, kunnen zich bij de vertaling daarvan naar een concrete zaak lastige vragen voordoen.

Zo'n lastige vraag is of de rechterlijke terughoudendheid enkel betrekking heeft op de toetsing van de inhoud van de maatregelen, of ook op de vraag of die maatregelen gebaseerd zijn op een toereikende wettelijke grondslag. De uitspraken van zowel Rechtbank en Hof in de avondklokzaak lijken te indiceren dat terughoudendheid ten aanzien van die legaliteitsvraag niet nodig is, maar geven daarvoor geen verdere motivering. De rechter lijkt daarbij de keuze voor de maatregelen (waarbij de Staat vrijheid toekomt) te

contrasteren met de wettelijke grondslag daarvan (waarbij een ‘aanvaardbare route’ moet worden bewandeld).³⁴ Deze tegenstelling impliceert een vollere toets aan de legaliteit van maatregelen. Daarvoor valt wat te zeggen. Het uitgangspunt dat aan de Staat ruimte moet worden gegund om alle relevante belangen tegen elkaar af te wegen, wordt door een minder terughoudende legaliteitstoets immers niet aangetaast. Die toets richt zich immers enkel op de vraag of het resultaat van die belangenafweging van een toereikende wettelijke grondslag is voorzien. Bovendien verzet het belang van het legaliteitsbeginsel zich tegen al te veel rechterlijke terughoudendheid op dit punt, ook in kort geding.³⁵

Toch zijn er ook argumenten die zich verzetten tegen een vollere legaliteitstoets. Zo is de legaliteitsvraag soms verweven met een beoordeling van complexe feiten. De avondklokzaak vormt daarvan een voorbeeld. Of de Wbbbg als grondslag kon dienen, hing af van de vraag of de keuze daarvoor ‘noodzakelijk’ was. Het oordeel over die noodzakelijkheid noopt tot een waardering van de epidemiologische situatie die aanleiding gaf tot het instellen van de avondklok. Bovendien zijn er in de avondklokzaak andere, specifieke factoren aanwezig die – ook ten aanzien van de legaliteitsvraag – in de richting van een terughoudender toetsing wijzen. De politieke dimensie van de avondklokzaak is een dergelijke factor. Hoewel de term ‘politiek’ soms wordt gebruikt als een ongedefinieerde gemeenplaats op grond waarvan wordt betoogd dat de rechter in controversiële kwesties ‘op afstand’ zou moeten blijven, had de avondklokzaak een *juridisch relevante* politieke connotatie. Ten tijde van de procedure in eerste aanleg lag – op grond van artikel 1 lid 2 Wbbbg – het wetsvoorstel over de voortdurende van de avondklokmaatregel immers nog ter bespreking voor in de Eerste Kamer. Er was daarmee sprake van een parallel politiek besluitvormingsproces en de constitutionele verantwoordelijkheid voor het oordeel over de legaliteit en proportionaliteit van de avondklok was primair opgedragen aan de Senaat. De aanwezigheid van een dergelijke politieke dimensie noopt gewoonlijk tot rechterlijke

29 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*), r.o. 3.10.3.

30 Zie het standaardarrest HR 1 juli 1983, NJ 1984/360 (*LSV*). De ‘onmiskenbaarheidseis’ behelst dat buitenwerkingstelling slechts kan volgen als de onverbindendheid van een regeling buiten redelijke twijfel staat. In die zin bijvoorbeeld Rb. Den Haag 8 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:63 (*PCR-test reizigers*), r.o. 4.2. Zie uitgebreider R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 75-76.

31 Die redenering komt in coronazaken veelvuldig terug. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:982 (*Mondkapjesplicht scholen*), r.o. 4.2, Rb. Den Haag 7 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3352 (*Sluiting zonnestudio's*), r.o. 4.1 en Rb. Den Haag 1 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10664 (*Ongeplacete binnenevenementen*), r.o. 4.4.

32 Zie onder meer: E.R. de Jong, ‘Procederen over ‘juiste’ wetenschap’, *UCALL Blog* <http://blog.ucall.nl/index.php/2021/01/procederen-over-juiste-wetenschap/> 13 januari 2021 en Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 (*Intelligente lockdown*), r.o. 4.8 en 4.10.

33 In een enkele zaak figureert ook de *margin of appreciation* die de Staat toekomt bij het vervullen van positieve mensenrechtelijke verplichtingen ter bescherming van de volksgezondheid. Zie Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856, r.o. 4.8 (*Intelligente lockdown*).

34 Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100, AB 2021/101-102, m.nt. Stijnen (*Avondklok*), r.o. 4.12 en Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:252, AB 2021/101 en 102, m.nt. Stijnen (*Avondklok*), r.o. 6.3: ‘alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat dus in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, of wanneer de Staat een bevoegdheid aanwendt zonder dat daarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat, is plaats voor rechterlijk ingrijpen,’ [onze cursivering, SvD-MJV]. De eis van evidente onjuistheid lijkt aldus niet te gelden voor de vraag naar de rechtsbasis van genomen maatregelen. Zie voor eenzelfde formulering: Hof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:868 (*PCR-test terugreizigers*).

35 Problematisch in dat opzicht is Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057, AB 2020/432, m.nt. Brouwer en Schilder (*Mondkapjesplicht Amsterdam*), waarin de rechter constateerde dat over de legaliteit van de lokale mondkapjesplicht – die anders dan artikel 10 Grondwet eist niet rustte op een wet in formele zin – ‘verschillend wordt gedacht’ en daaraan de gevolgtrekking verbond dat van onmiskenbare onverbindendheid geen sprake was.

terughoudendheid.³⁶ Die had in de avondklokzaak tot uiting kunnen komen door ook ten aanzien van de vraag naar de legaliteit van de avondklok de onmiskenbaarheidseis te hanteren. Het vonnis in de avondklokzaak geeft echter geen blijk van aandacht voor de bredere institutionele context waarbinnen de rechter zijn oordeel velt.

Het voorgaande vormt slechts een beperkte illustratie van de complexe keuzes die de rechter moet maken bij het bepalen van de toetsingsintensiteit. Hoewel het uitgangspunt van terughoudendheid – uitmondend in de onmiskenbaarheidstoets en de eis van evidente onredelijkheid – in kort geding gerechtvaardigd is, blijven ook vragen onbeantwoord. Het voorgaande laat zien dat het belangrijk is dat de rechter de factoren identificeert die in de concrete omstandigheden van een procedure relevant kunnen zijn bij het bepalen van de toetsingsintensiteit. Vervolgens kan worden bepaald of, in welke mate en ten aanzien van welke vragen de rechter terughoudendheid moet betrachten bij de toetsing van het handelen van de Staat. De uitkomst van die afweging kan, zoveel laat het avondklokoordeel wel zien, potentieel bepalend zijn voor de uitkomst van het geschil.

4. Remedie: staatsrechtelijke overpeinzingen bij de uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter

Concludeert de rechter dat overheidsambten onrechtmatig hebben gehandeld, dan breekt het moment aan waarop de rechter zich moet buigen over het rechtsherstel dat hij in het kader van het gevorderde kan bieden. Ook het bepalen van de remedie kan een constitutioneel netelige aangelegenheid zijn. De rechter beslist in de hier besproken categorie aan zaken vooral ook bij het formuleren van het dictum over zijn positie in het staatsbestel: wat vermag hij daarbij tegenover onrechtmatig handelende staatsmachten? De Urgenda-uitspraak is hier illustratief: de discussie over de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid sloeg daar vooral ook neer in de vraag of het gegeven CO₂-reductiebevel staatsrechtelijk toelaatbaar was.³⁷ De remedievraag komt in de civiele procedures over de coronamaatregelen echter zelden aan bod. De handelswijze van de Staat doorstaat stevast de marginale rechterlijke toets.

Dat was anders bij het avondklokoordeel in eerste aanleg.³⁸ In die zaak wijst de voorzieningenrechter het door Viruswaarheid gevorderde onverkort toe: de Wbbbg moet buiten werking worden gesteld. Als gevolg daarvan zou de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19 (de wetgeving waarop de avondklok rustte) komen te vervallen. Vanuit procesrechtelijk oogpunt (artikel 23 en 24 Rv) is dat dictum begrijpelijk: de lijdelijkheid van de civiele rechter komt onder meer tot uiting in zijn binding aan het petitum.³⁹ Staatsrechtelijk ligt dit gecompliceerder. Om te beginnen kan de vraag worden gesteld naar de wenselijkheid van het, grotendeels op partijautonomie gegronde, uitgangspunt van lijdelijkheid in constitutionele kwesties met een sterke derdenwerking.⁴⁰ Bovendien blijkt uit de onverkorte toewijzing van de vordering dat geen rekenschap wordt gegeven van de staatsrechtelijke gevoeligheid van het gegeven bevel. Die gevoeligheid houdt in de eerste plaats verband met het verbod op het geven van een wetgevingsbevel. De redenering gaat daarbij als volgt: de civiele rechter mag op grond van de wetgevingsbeveldoctrine niet bevelen specifieke regelgeving vast te stellen of in te trekken.⁴¹ Voor buitenwerkingstelling van de Wbbbg zou de vaststelling van een koninklijk besluit vereist zijn. Als dat koninklijk besluit als een algemeen verbindend voorschrift kwalificeert, dan ligt in het dictum van de voorzieningenrechter een verboden wetgevingsbevel besloten. Wij vermoeden echter dat dit koninklijk besluit beter als een overig besluit van algemene strekking kan worden gekwalificeerd,⁴² waardoor de wetgevingsbeveldoctrine niet van toepassing is.⁴³ Een belangrijker vraag is echter of de staatsrechtelijke toelaatbaarheid van het gegeven bevel zou moeten afhangen van deze wetstechnische kwalificatiediscussie.⁴⁴ De vraag naar de staatsrechtelijke grenzen die gesteld kunnen worden aan civielrechtelijke uitspraakbevoegdheden, zou niet moeten ophouden bij de constatering dat wel of geen sprake is van een wetgevingsbevel. Linksom of rechtsom wordt door het rechterlijk bevel immers de gelding van een wettelijk voorschrift geraakt. Als gevolg van de uitspraak van de voorzieningenrechter zou de Tijdelijke regeling avondklok immers komen te vervallen. Daarmee is sprake van een vergaande toepassing van de civielrechtelijke bevelsbevoegdheid.

36 Zie R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse Political question-doctrine? Een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 224 e.v., i.h.b. p. 238-248 en ter illustratie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, AB 2017/415, m.nt. Boogaard en Uzman (*Oekraïnerferendum*). Vanuit rechtsvergelijkend perspectief zou in het geval van de avondklok gewezen kunnen worden op de Amerikaanse *political question*-doctrine. Of een onderwerp moet worden geacht door de Grondwet aan andere staatsmachten te zijn opgedragen, is daarbij een factor die zou moeten bepalen of van een *'political question'* sprake is. Zie U.S. Supreme Court 26 maart 1962, 369 U.S. 186 (*Baker v. Carr*), 210.

37 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 8.2.1-8.2.7. Zie in de context van coronajurisprudentie ook Rb. Den Haag 19 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1305 (*Briefstemmen*), r.o. 4.1.

38 Alsook in Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13643 (*PCR-test terugreizigers*).

39 Zie bijvoorbeeld *Asser/Giesen Procesrecht 1*, 2015/505.

40 Vgl. in de Duitse context daarover bijvoorbeeld C. Möllers, 'Funktionen des Verfassungsprozessrechts', in: J. Münch & A. Thiele, *Verfassungsrecht im Widerstreit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 173.

41 Vgl. de klassiekers HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (*Waterpakt*); HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:A08913 (*De Faunabescherming/Fryslân*).

42 Zie bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 211, die 'besluiten tot goedkeuring, schorsing, vernietiging of inwerkingtreding dan wel intrekking van algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels' beschouwen als 'restcategorie' van besluiten van algemene strekking die geen avv zijn.

43 Zie anders de noot van Stijnen AB 2021/101 en AB 2021/102, punt 19.

44 Over de gebrekkige normerende werking van de wetgevingsbeveldoctrine na Urgenda, zie J. Uzman & G. Boogaard, 'De Gulde mond/Noordwijkerhout van het wetgevingsbevel', *O&A* 2020, afl. 4, p. 10.

Het bevel wekt bovendien verbazing, omdat daarin wordt bevolen de Wbbbg 'per ommekeer' buiten werking te stellen. Het dictum bevat geen termijnstelling. Dat kan opnieuw procesrechtelijk worden verklaard, omdat het petitum daartoe geen aanleiding gaf, maar ook hier rijzen staatsrechtelijke vragen. De avondklok ging onderuit op een 'formeel gebrek' dat door de wetgever snel gerepareerd zou kunnen worden door het creëren van een nieuwe wettelijke grondslag.⁴⁵ In andere jurisdicties is het niet ongebruikelijk te 'sleutelen' aan de temporele aspecten van uitspraken die de gelding van wettelijke voorschriften raken. Onder meer door middel van *suspended declarations of invalidity* kan ruimte worden gegund aan politieke staatsmachten om geconstateerde verbreken te verhelpen.⁴⁶ Ook de Nederlandse civiele kortgedingrechter slaat wel eens een soortgelijk pad in. Zo kreeg de Staat van de Haagse voorzieningenrechter in 2015 een termijn van zes maanden om het met het EVRM-strijdige beleid voor het afluisteren van advocaten door veiligheidsdiensten bij te stellen. Pas als de Staat daarin niet zou slagen, zou het afluisteren gestaakt moeten worden.⁴⁷ Over de argumenten voor en tegen een dergelijke inzet van de bevelsbevoegdheid – specifiek in kort geding – kan het nodige worden gezegd. Wij laten het voor nu bij de constatering dat rechterlijke en wetenschappelijke bezinning op de constitutionele grenzen van civielrechtelijke uitspraakbevoegdheden onverkort aandacht verdient. Daaraan ontbrak het in de avondklokprocedure, zowel aan de zijde van de Staat als bij de voorzieningenrechter.

Tot slot merken wij op dat ook de uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring van het vonnis vragen oproept. Pas in de turbospoedprocedure die diezelfde dag volgde, werd het belang van de Staat bij het niet onmiddellijk vervallen van de avondklok (het tegengaan van een jojo-effect) als rechtens relevante factor aangemerkt.⁴⁸ Hoewel een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring in een door spoedeisendheid gekenmerkte bevelsactie in kort geding voor de hand ligt,⁴⁹ hadden de verstrekende maatschappelijke gevolgen van het oordeel aanleiding kunnen geven tot een ander oordeel over de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het vonnis. De rechter had daartoe – zo nodig ambtshalve – in de belangenafweging kunnen treden die nu pas in het incident in hoger beroep plaatsvond.⁵⁰ Daarmee zou de rechter reuk hebben gegeven van de vergaande, partijoverstijgende effecten van zijn oordeel.

45 Hierbij tekenen wij wel aan dat de voorzieningenrechter ook kritische kanttekeningen plaatste bij de proportionaliteit van de avondklok. Het creëren van een alternatieve wettelijke basis had die bezwaren niet weggenomen, waardoor mogelijk reeds om die reden geen opties zijn onderzocht om de Staat ruimte te geven bij het herstellen van het legaliteitsgebrek.

46 Zie bijvoorbeeld K. Roach, 'Dialogic Remedies', *International Journal of Constitutional Law* 2019, afl. 3, p. 860-883.

47 Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436 (*Afluisteren advocaten*), waarbij wij opmerken dat het petitum hier wel de ruimte bood te sleutelen aan de termijn van het bevel.

48 Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, AB 2021/101 en AB 2021/102, m.nt. Stijnen (*Avondklok*).

49 J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-60.

50 Over die belangenafweging, zie Asser/*Van Schaik Procesrecht* 2, 2016/120.

5. Slot

De avondkloksaga, en in bredere zin de coronarechtspraak, staat model voor een bredere categorie aan rechterlijke uitspraken. Het gaat daarbij om zaken die zich weliswaar aandienen in een civielrechtelijk 'jasje', maar die de bilaterale leest waarop het civielrechtelijke (kort)geding van oudsher geschoeid is, stevig onder druk kunnen zetten. Dat hangt samen met de potentiële partijoverstijgende effecten van het rechterlijk oordeel alsook met de politieke lading en constitutionele dimensie daarvan. Enkele vragen die daarmee samenhangen zijn in deze bijdrage aangestipt, variërend van de toepassing van artikel 3:305a BW tot de noodzaak van constitutionele perspectieven op civielrechtelijke uitspraakbevoegdheden. Hoewel de avondkloksaga uniek was, valt te verwachten dat de bredere categorie aan zaken waarvoor zij symbool staat de gemoederen stevig bezig zal blijven houden.