

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Den Haag, 3 november 2020

dossiernummer: 200248

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)70 335 35

e-mail:

Betreft: voorstel tot ministeriële regelingen “tijdelijke regeling maatregelen covid-19” en “regeling aanvullende mondkapjesverplichtingen covid-19”

Geachte mevrouw Kiersch,

Bij e-mail van 27 oktober 2020 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het voorstel tot ministeriële regelingen *“tijdelijke regeling maatregelen covid-19”* en *“regeling aanvullende mondkapjesverplichtingen covid-19”*. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissies bestuursrecht en strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het gecombineerde advies van beide adviescommissies. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

De commissie concludeert dat de regelingen wat betreft de systematiek en de rechtvaardiging van inbreuken – die zijn ernstig en ingrijpend - een nadere toelichting verdienen. Deze toelichting en verduidelijking is ook nodig ten aanzien van enkele specifieke artikelen in de regelingen gelet op het toetsingskader dat voortvloeit uit de Wet. Daarnaast doet de NOvA met klem een beroep op de minister om de voorziene en naar onze mening onevenredige maximale straf om te buigen naar een evenredige sanctie. Voor een nadere uitwerking en toelichting wordt verwezen naar het bijgevoegde advies.

De NOvA vraagt daarnaast specifiek aandacht voor het gebruik van de zogenoemde routekaart en een koppeling tussen routekaart en regelingen. In de routekaart staan de dreigingsniveaus en de daarvoor geldende maatregelen. Deze kaart beoogt duidelijkheid aan de samenleving te geven, onderbouwt de ingrepen, geeft perspectief aan de afschaling en zou daarmee het draagvlak in de samenleving voor te nemen maatregelen kunnen vergroten. Het wekt dan ook bevreemding dat in de nu voorliggende regelingen geen verwijzing naar de routekaart is opgenomen.

Bezoekadres

Neuhuvskade 94

2596 XM Den Haag

Tel. 070 - 335 35 35

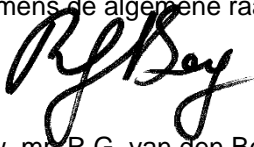
Postadres

Postbus 30851

2500 GW Den Haag

Tenslotte: de NOvA is zich bewust van de noodzaak om in het belang van de volksgezondheid snel en krachtig op te treden. Juist echter gezien de ingrijpendheid van de voorgestelde maatregelen en de mogelijke schending van grondrechten dient een zorgvuldig wetgevings- en consultatieproces gevolgd te worden. De ook nu weer gevraagde spoed in de consultatie, met een reactietermijn van slechts een week, maakt het hoegenaamd onmogelijk om te komen tot een gewogen consultatie. De NOvA vraagt hier aandacht voor, ook omdat de Europese Commissie in het Rechtsstaat-rapport 2020 zorgen jegens Nederland uitte over het excessief gebruik van noodwetgeving of het gebrek aan zorgvuldige consultatie van parlement en belangengroepen.¹

Met vriendelijke groet,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissies bestuursrecht en strafrecht

¹ Kamerbrief oordeel kabinet over rechtsstaattrapport 2020 van de Europese Commissie, 30-10-2020 [LINK](#)

ADVIES

Van:	adviescommissie bestuursrecht en de adviescommissie strafrecht
Datum:	3 november 2020
Betreft:	voorstel tot ministeriële regelingen “tijdelijke regeling maatregelen covid-19” en “regeling aanvullende mondkapjesverplichtingen covid-19”

Inleiding

Op 27 oktober 2020 zijn de (concept)regelingen “Tijdelijke regeling maatregelen covid-19” en “Regeling aanvullende mondkapjesverplichtingen covid-19” (“Regelingen”) ter consultatie aan de Nederlandse orde van advocaten voorgelegd. Deze (concepten van) Regelingen zijn voor de adviescommissie Bestuursrecht en de adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse orde van advocaten (hierna apart dan wel gezamenlijk “adviescommissie”) aanleiding om het volgende advies uit te brengen, dat u hieronder aantreft.

Dit advies is verder als volgt opgebouwd. Na enkele inleidende opmerkingen over de aanleiding tot deze Regelingen worden enkele opmerkingen gemaakt over de gekozen systematiek en motivering. Ook worden enkele opmerkingen over de tijdelijkheid van de Regelingen gemaakt. Hierna volgen regelings- en artikelgewijs opmerkingen die vooral zien op de gekozen definities en normeringen. Afgesloten wordt met een conclusie en enkele aanbevelingen.

Wel wenst de adviescommissie op voorhand een opmerking te maken over de snelheid waarmee ook ditmaal door de wetgever (i.e. de minister) wordt gehandeld. De adviescommissie is zich bewust van de noodzaak tot snel en krachtig optreden om de gevolgen van de pandemie te beperken in het belang van de volksgezondheid. Dit laat echter onverlet dat de grenzen van de legitimiteit van het overheidshandelen niet mogen worden overschreden en daarover ook een discussie mag en moet worden gevoerd zonder af te doen aan de noodzaak van maatregelen. In het kader van deze discussie past ook een gewogen consultatie, zeker gelet op de ingrijpendheid van de maatregelen en de mogelijke schending van grondrechten. De ook nu weer gestelde spoed maakt het hoegenaamd onmogelijk om te komen tot deze gewogen consultatie. De adviescommissie vraagt hier weer uitdrukkelijk aandacht voor, gezien vanuit de eerdergenoemde legitimiteit van het overheidshandelen.

Aanleiding tot de Regelingen

Vanwege het voortduren van de uitbraak van het covid-19 virus en de beperkende maatregelen vanwege het virus, is de behoefte ontstaan aan een solide wettelijke basis onder deze maatregelen in plaats van het huidig stelsel van noodverordeningen. Immers, de maatregelen neergelegd in de noodverordeningen maken (vaak) een forse inbreuk op grondrechten van burgers en het instrument van een noodverordening kent een zeer beperkte democratische legitimatie. Dit ook gelet op de veronderstelde tijdelijkheid van een noodverordening en de keuze van het Kabinet om geen beroep te doen op het klassieke staatsnoodrecht, maar uit te gaan van een medische noodzaak op basis van de Wet publieke gezondheid (“Wpg”).

Om te voorzien in deze meer solide wettelijke basis is op 13 oktober 2020 door de Tweede Kamer het voorstel van wet “Tijdelijke wet maatregelen covid-19” (“Wet”) aangenomen. De Eerste Kamer heeft het voorstel van wet op 27 oktober 2020 na hoofdelijke stemming met 48 stemmen voor en 24 stemmen tegen aangenomen. Voor wat betreft de uitgangspunten die ten grondslag zijn gelegd verwijst de adviescommissie naar het voorstel van wet zelf en de eerdere advisering van de NOvA

over dit voorstel van wet (**bijlage 1 en 2**). In de aanvullende regeling is sprake van een (verdere) beperking van de privacy van de burger die impact heeft op het dagelijkse doen en laten van die burger. Zoals in haar eerdere advies naar aanleiding van de het voorstel Tijdelijke Wet Maatregelen Covid-19 uiteengezet acht de NOvA het principieel onjuist dat een dergelijke beperking via een ministeriele regeling kan worden opgelegd. Dat geldt ook voor deze aanvullende regeling.

Intussen kan een inperking van grondrechten in een democratische samenleving (ook bij wet) alleen plaatsvinden indien dit noodzakelijk en evenredig is. De NOvA is van mening dat de noodzaak noch uit het voorstel noch uit de huidige toelichting daarop is gebleken.

Voor dit advies is verder van belang dat de wetgever heeft gekozen voor een “raamwet” waarin de maatregelen slechts in algemene zin worden omschreven en dus slechts in algemene zin wordt voorzien in een wettelijke basis voor de concrete vorm en aard van de inbreuk op een grondrecht die een maatregel met zich brengt. De concrete invulling van een maatregel – en dus ook de aard en omvang van een inbreuk op een grondrecht – vindt plaats bij thans onder meer de Regelingen.

Wel volgt uit de keuze voor de grondslag van de Wet, namelijk de Wpg, en het bepaalde in de Wet zelf dat – in dit geval – de maatregelen zoals voorzien in de Regelingen maar ook de Regelingen zelf dienen te voldoen aan bepaalde minimale eisen. Maatregelen dienen steeds de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk te beperken en aan dat doel evenredig te zijn. Daarbij geldt uitgaande van deze proportionaliteitstoets altijd de medische noodzaak als centrale toets bij het treffen van maatregelen.

De Regelingen mogen dus niet in strijd komen met de bepalingen in de wet (bovengrens), waaronder uitgangspunten en definities neergelegd in de Wet. De Regelingen dienen deze bovengrens in acht te nemen en dit dient ook uit de Regelingen zelf te volgen. De adviescommissie merkt reeds nu op dat uit de Regelingen (vaak) niet blijkt dat in het geval van de daarin neergelegde individuele maatregelen deze toetsing is verricht en dat dus de bovengrens in acht wordt genomen. De adviescommissie wijst in dit kader op de eerder gepubliceerde routekaart waarin dreigingsniveaus en de dan noodzakelijke en passende maatregelen zijn neergelegd. De adviescommissie mist enige verwijzing naar deze routekaart ter onderbouwing van het nut en de noodzaak van de maatregelen, ook voor wat betreft de af- dan wel opschaling daarvan. De adviescommissie komt hier later op terug.

De adviescommissie zal dit hieronder nader toelichten, maar vraagt zich wel af of het eerst in een Regeling neerleggen en uitwerken van de proportionaliteits- en noodzakelijkheidstoets van een maatregel en het nader uitwerken daarvan in een Regeling voldoende waarborgen biedt. Is dan sprake van voorzienbaarheid van een maatregel, en is de inbreuk afdoende ingekaderd de Wet? De adviescommissie betwijfelt dit gelet op de gelede normstelling waarvan de Wet en de Regelingen uitgaan.

Tot slot vraagt de adviescommissie zich af of de aanleiding tot (extra) maatregelen kan worden gevonden in – uitsluitend – argumenten die zijn ontleend aan de druk op de zorg. Dit betreft immers een andere medische noodzaak dan die waarin de Wpg, de Wet en de Regelingen beogen te voorzien.

Noodzakelijkheid en proportionaliteit

Als gezegd worden in de regelingen de concrete maatregelen uitgewerkt die – naar de adviescommissie begrijpt – naar de stand van heden noodzakelijk zijn ter bestrijding van de pandemie. Met deze maatregelen wordt een inmenging op grondrechten mogelijk gemaakt en deze inmenging brengt een beperking met zich van de uitoefening van die grondrechten, zoals bijvoorbeeld het eigendomsrecht (horeca), het recht op vereniging en het recht op lichamelijke integriteit (mondkapjes). De rechtmatigheid van deze inmengingen wordt beargumenteerd met een beroep op de aard en ernst van de situatie en door een impliciete of expliciete verwijzing naar andere grondrechten, namelijk het recht op leven en het recht op zorg.

Of een inmenging ook een schending en dus een niet aanvaardbare beperking van een grondrecht oplevert, hangt (mede) af van de juridische aanvaardbaarheid van de gekozen argumenten en de in dat verband relevante beperkingsclausules ten aanzien van grondrechten zoals die volgen uit de wet, en in dit geval uitsluitend een wet in formele zin. De adviescommissie wijst op het nog steeds zeer actuele Handboek van het Nederlandse staatsrecht, van Van der Pot waarin dit ook nader is uitgewerkt (Kluwer 2014, p. 278 e.v.). De adviescommissie ziet deze uitgangspunten onvoldoende terugkomen in beide Regelingen, niet alleen wat betreft de concrete maatregelen zelf (daarover later meer), maar ook gelet op de gekozen systematiek van de regeling. Dit wordt als volgt en in staccato toegelicht:

- De Regelingen zelf lijken uitsluitend geënt op de situatie naar het heden (dit moment) toe, en die huidige situatie wordt als ernstig gekwalificeerd door het Kabinet. De adviescommissie begrijpt de Regelingen aldus, dat al naar gelang de situatie en de ontwikkeling van de pandemie de Regelingen worden aangepast. Alhoewel de commissie op zichzelf de systematiek kan volgen, komt deze systematiek de adviescommissie moeizaam over gelet op voornoemde uitgangspunten. Ook volgt de veronderstelde mogelijkheid tot af- of opschaling onvoldoende uit de Regelingen.
- De toelichting verwijst naar het OMT-advies van 4 mei 2020 en naar het advies van 13 oktober 2020, maar uit geen van beide adviezen blijkt dat een mondkapjesplicht *noodzakelijk* is om het covid-19 virus te bestrijden. De kern van de huidige onderbouwing in de toelichting luidt als volgt (p. 3, onderaan): *"Gelet op het toenemend aantal besmettingen, acht het kabinet het wenselijk dat er breed mondkapjesgebruik is op een aantal plaatsen waar het mensen niet altijd lukt om afstand te houden."* Dat het kabinet die wenselijkheid vervolgens "noodzakelijk" noemt (p. 4 onderaan) levert nog geen adequate onderbouwing van die noodzaak op. De onderbouwing van deze stelling van het kabinet is gegrond op het uitgangspunt dat de bijdrage van mondkapjes aan de bestrijding van het virus van levensbelang kan zijn op het moment dat sprake is van verregaande verspreiding van het virus. Dit uitgangspunt wordt echter niet onderbouwd. Met name wordt niet onderbouwd dat de plaatsen waar het dragen van mondkapjes verplicht wordt in de praktijk grote bronnen van verspreiding blijken.
- Niet alleen is onbekend wat de stand van de pandemie zal zijn op het moment dat deze Regelingen worden vastgesteld, ook is door het Kabinet als gezegd een aantal dreigingsniveaus geïntroduceerd met daarbij een Routekaart met een set aan maatregelen die per dreigingsniveau noodzakelijk wordt geacht. Het had de adviescommissie gelet op zowel de noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets als de flexibiliteit van beide Regelingen een logischer stap geleken indien deze dreigingsniveaus met bijbehorende Routekaart en set aan maatregelen in deze Regeling waren neergelegd. Immers, dan kan

aan de hand van het geldende dreigingsniveau een op dat moment noodzakelijke set maatregelen worden geactiveerd en is sprake van Regelingen die kunnen meebewegen met de actuele situatie (het staatsnoodrecht voorziet hier wel in).

- Vanuit het oogpunt zoals hierboven omschreven valt het de adviescommissie ook op dat in de Regelingen is afgezien van het uitwerken van de diverse maatwerk- en/of ontheffingsbepalingen die de Wet kent. Een systematiek zoals hierboven omschreven pleit juist voor het ook uitwerken van deze maatwerkbepalingen. Daarnaast is in Nederland nog steeds sprake van (grote) regionale verschillen voor wat betreft de ernst van de pandemie. Schiermonnikoog kampt met andere problemen dan bijvoorbeeld Amsterdam. Deze regionale verschillen verdragen zich niet met ongedifferentieerde maatregelen zonder maatwerkmogelijkheden. Alhoewel de adviescommissie begrip heeft voor de wens van de minister om te komen tot zo veel als mogelijk eenduidige Regelingen – ook in het kader van de handhaafbaarheid – dienen maatregelen te worden gedragen door de (medische) noodzakelijkheid en proportionaliteit en subsidiariteit. Eenduidigheid en handhaafbaarheid zijn geen (rand)voorwaarden die voortvloeien uit de Wet zelf en kunnen dus ook niet worden gebruikt als een aanvaardbaar argument om een grondrecht te beperken op basis van de Wet.
- Ook vraagt de adviescommissie aandacht voor de differentiatie van de maatregelen naar leeftijd in relatie tot de noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. Zoals uit de Regelingen terecht volgt, spelen jongeren tot 17 jaar op zichzelf een beperkte(re) rol in de verspreiding van het virus en zijn zij (beperkter) vatbaar voor het virus. Gebleken is echter dat ook jongvolwassenen in de regel wellicht wel vatbaar zijn voor het virus en dus ziek worden, maar in de regel niet in het ziekenhuis belanden of de zorg belasten. Zij worden echter wel ten volle geraakt door de maatregelen waarin de Regelingen voorzien, zowel wat betreft hun mogelijkheden tot het volgen van onderwijs, tot het zich verenigen (sport en studie), hun mogelijkheden tot sociale ontwikkeling (uitgaansleven en sociale contacten) en werkgelegenheid. De adviescommissie vraagt ten aanzien van deze groep aandacht voor de medische noodzakelijkheid en proportionaliteit en subsidiariteit van de maatregelen.
- Tot slot is door een aantal kantonrechters in Nederland uitspraak gedaan in zaken die handelen over een “coronaboete”. Door deze kantonrechters is de nodige kritiek geleverd op de definitiebepalingen uit de noodverordeningen, met name wat betreft de begrippen *samenkomst* en *groep* en de uitleg die aan deze begrippen moet worden gegeven. De adviescommissie vraagt aandacht voor deze uitspraken en geeft de minister in overweging om de definities in beide Regelingen te toetsen aan deze uitspraken en zo nodig daarmee in lijn te brengen. Dit ook gelet op de eenduidigheid en handhaafbaarheid van de Regelingen.

Strafmaat

De aanvullende regeling is gebaseerd op artikel 58e, eerste lid (maakt differentiatie van maatregelen naar leeftijd, plaats, activiteit mogelijk), en 58j, eerste lid, aanhef en onder a Wet publieke gezondheid (Wpg), zoals voorgesteld in de Tijdelijke Wet Covid-19. De laatste bepaling luidt:

“1. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over: a. hygiënemaatregelen en persoonlijke beschermingsmiddelen, met inbegrip van de verplichting tot toepassing of

gebruik hiervan. De regels hebben geen betrekking op de toepassing of het gebruik in een woning;).”

Overtreding van deze aanvullende regeling is strafbaar via artikel 68bis lid 1 sub b Wpg en leidt tot een maximale hechtenis van 7 dagen of een geldboete van de eerste categorie. Ingevolge artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht bedraagt de maximale boete derhalve € 435,00 per overtreding. Het niet in acht nemen van de mondkapjesplicht leidt tot een overtreding en kwalificeert niet als misdrijf.

De voorgestelde mondkapjesplicht geldt voor publieke binnenruimten, derhalve voor musea, theaters, restaurants, winkels, kapsalons, publiek toegankelijke overheidsgebouwen en dergelijke. De boete kan worden opgelegd aan zowel de medewerkers van deze etablissementen als aan hun klanten.

Een boete die € 100,00 of hoger is leidt tot een aantekening in het documentatieregister van de betrokkene en kan tot problemen leiden indien betrokkene een Verklaring omtrent Gedrag nodig heeft. Met betrekking tot een overtreding van het houden van een veilige afstand werd deze sanctie door minister en wetgever daarom onevenredig geacht en terug gebracht tot een maximale boete van € 95,00 (artikel 68bis lid 2 Wpg).

De NOvA is van mening dat een maximale geldboete van € 435,00 bij een overtreding van de mondkapjesplicht eveneens onevenredig is. Zij meent bovendien dat een boete voor een dergelijke overtreding die een aantekening in het documentatieregister van betrokkene tot gevolg heeft om die reden eveneens onevenredig is.

De NOvA doet daarom met klem een beroep op de minister om deze onevenredige maximale straf om te buigen naar een evenredige sanctie en artikel 68bis lid 2 Wpg tevens van toepassing te verklaren bij overtreding van artikel 58j, eerste lid aanhef en onder a Wpg.

Dit geldt te meer nu het kabinet zelf een verband legt tussen de 'veilig afstand' regel en de voorgenomen mondkapjesplicht. Het kabinet wil de mondkapjesplicht immers op (een groot aantal) plaatsen invoeren omdat op die plaatsen de 'veilig afstand' regel niet altijd goed is uit te voeren. Een evenredige bestraffing en het voorkomen van disproportionele consequenties bevordert bovendien het draagvlak van de voorschriften.

Naast deze meer algemene opmerkingen over beide Regelingen, volgt hieronder per Regeling een artikelgewijs staccato commentaar.

Tijdelijke regeling maatregelen covid-19

- In deze Regeling is het begrip *mondkapje* gedefinieerd. De adviescommissie mist hierbij een verwijzing naar de definitie van een *persoonlijke beschermingsmiddel* zoals die is opgenomen in de Wet. Het *mondkapje* heeft immers als een *persoonlijk beschermingsmiddel* te gelden en dient dan wel aan deze definitie te voldoen. In dat opzicht is het opmerkelijk dat het OMT steeds spreekt over een mond- neuskapje. De adviescommissie zal hieronder in de desbetreffende Regeling nader op dit punt terugkomen.
- Specifiek ten aanzien van het begrip *publieke binnenruimte* geeft de adviescommissie in overweging om het begrip *erf* nader te definiëren. Verder kan soms onduidelijk zijn of een

gebouw voor publiek openstaat of niet, zoals bijvoorbeeld een kantoorpand dat voor verschillende activiteiten kan worden gebruikt en dat op zichzelf door bezoekers valt te betreden, maar dat primair bedoeld is voor de gebruikers van dat pand.

- De adviescommissie vraagt zich af hoe de beperking in de werkingssfeer zoals neergelegd in artikel 1.2 van de Regeling - 'Europese deel van Nederland' - zich verhoudt tot de werkingssfeer zoals die volgt uit artikel 58 b, lid 3, van de Wet. Is de Regeling daarnaast ook van toepassing op bijvoorbeeld zeeschepen of booreilanden op volle zee onder de Nederlandse vlag?
- Ten aanzien van de groepsvorming heeft de adviescommissie al enkele meer algemene opmerkingen gemaakt over de differentiatie naar leeftijd toe en de ontbrekende definities van enkele begrippen (erf). De adviescommissie verwijst naar deze opmerkingen. Voor wat betreft de uitwerking naar de vrijheid van godsdienst komen wij hieronder terug op dit specifieke onderwerp. Meer in algemene zin geeft de adviescommissie in overweging om de grootte van een groep te relateren aan de omvang van de ruimte waar de groep zich op dat moment bevindt.
- In artikel 4.4 van de Regeling is – kort gezegd – het verbod op het openstellen van eet- en drinkgelegenheden neergelegd. De adviescommissie betwijfelt of deze algehele sluiting medisch noodzakelijk valt te noemen en of deze algehele sluiting het grondrecht (recht op eigendom) zo min mogelijk beperkt waardoor deze evenredig en dus aanvaardbaar is. Gelet op de in ieder geval cijfermatige duiding van het aandeel van horeca bij het aantal besmettingen (namelijk beperkt) en het advies van het OMT om restaurants weliswaar beperkt maar toch open te stellen (mits maatregelen worden getroffen), kan juridisch worden betwijfeld of een totale sluiting een aanvaardbare inmenging oplevert gelet op de medische noodzakelijkheid, de proportionaliteit en subsidiariteit. De commissie geeft in overweging dit nader toe te lichten dan wel een aanpassing te doen. Daarbij kunnen ook de richtlijnen die door de sector zelf zijn opgesteld als richtsnoer dienen, net zoals kerkgenootschappen dit hebben gedaan en waar de minister blijkens de toelichting veel waarde aan hecht.
- Eenzelfde opmerking als ten aanzien van artikel 4.4 van de Regeling kan ook worden gemaakt ten aanzien van artikel 4.5 van de Regeling (sluitingstijden detailhandel). Is sprake van een noodzakelijke en proportionele en subsidiaire beperking gelet op het doel van de Wet?
- Onder artikel 5.1 van de Regeling worden evenementen generiek verboden, maar worden bij wijze van uitzondering bijvoorbeeld warenmarkten of beurzen, congressen en huwelijken toegestaan. Onduidelijk is echter wat onder een warenmarkt moet worden verstaan. Valt hieronder bijvoorbeeld ook een commerciële rommelmarkt niet zijnde een braderie, of niet? Hoe wordt aangekeken tegen evenementen in publieke binnenruimten in relatie tot beurzen en congressen? Welke rechtvaardiging is er om het een wel te staan en het ander niet. De adviescommissie mist een dragende motivering in dit verband gelet op het uitgangspunt van de Wpg en de Wet, namelijk de medische noodzaak.
- Onder artikel 6.1 wordt een uitzondering gemaakt voor – kort gezegd – het betaald voetbal. Deze uitzondering is niet gemotiveerd, anders dan door een 'brood en spelen' overweging. Dit is onvoldoende, onduidelijk is waarom niet eenzelfde uitzondering kan worden gemaakt

voor de vaak even professionele topsportsecties van andere sporten. Wederom mist de adviescommissie een dragende motivering in dit verband gelet op het uitgangspunt van de Wpg en de Wet, namelijk de medische noodzaak.

- In artikel 6.9 van de Regeling wordt een verplichting voor beoefenaars van contactberoepen in het leven geroepen om klanten te vragen naar specifieke gegevens. De adviescommissie begrijpt dat dit een inspanningsverplichting betreft. Onduidelijk is hoe deze verplichting nu exact vorm dient te krijgen. Uit de Regeling valt af te leiden dat de ondernemer een register moet bijhouden waaruit blijkt dat de betreffende vragen zijn gesteld. Wat de consequentie is voor de ondernemer als een gast weigert zijn gegevens te delen, is onduidelijk. Gelet op de AVG is sprake van een toestemmingsvereiste. De ondernemer kan medewerking dus niet afdwingen en de vraag is of hij dan wel verantwoordelijk is of kan worden gehouden voor hetgeen hij op grond van de Regeling moet doen. De minister verlegt de verantwoordelijkheid naar een ondernemer zonder die ondernemer adequate handvatten te bieden. Overigens merkt de adviescommissie op dat de minister eenzelfde verschuiving voorstaat in het geval van de werkgeversaansprakelijkheid, wederom zonder adequate handvatten te bieden.
- Specifiek ten aanzien van Hoofdstuk 7 van de Regeling (vrijheid van godsdienst) heeft het volgende te gelden. Gelet op het evidente belang van de bescherming van de volksgezondheid zoals dat door het Kabinet als argument wordt gebruikt om specifieke grondrechten zeer vergaand te beperken, valt op dat het Kabinet ten aanzien van de uitoefening van de vrijheid van godsdienst doelbewust een andere keuze maakt. Dit terwijl de onbeperkte uitoefening van dit grondrecht eveneens kan raken aan de volksgezondheid en een inmenging in dit recht onder omstandigheden uitdrukkelijk mogelijk is. Deze keuze en het verschil in benadering met andere grondrechten valt opmerkelijk te noemen. Daarbij benadrukt de adviescommissie dat de uitoefening van bijvoorbeeld de godsdienstvrijheid niet het doel van een inmenging behoeft te zijn, omdat deze vrijheid blijft bestaan. Een inmenging ziet immers op het vanwege de volksgezondheid stellen van redelijke grenzen aan de wijze waarop dit grondrecht wordt uitgeoefend. Een beperking in het aantal bezoekers van een godsdienstige viering of de wijze waarop deze viering vorm wordt gegeven gelet op de bescherming van de volksgezondheid kan ons inziens worden beargumenteerd.

Overigens heeft de Hoge Raad al in 1987 aanvaard dat artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) de grondslag voor een beperking kan vormen aan de godsdienstvrijheid (5 juni 1987, Goeree/CIDI en later ook 2 februari 1990, Goeree/Van Zijl). In het geval zonder mitigerende maatregelen toch vieringen plaatsvinden die besmettingen tot gevolg hebben, kan dit naar het standpunt van de adviescommissie een onrechtmatige daad opleveren en daarmee een beperkingsgrondslag vormen. Dit geldt temeer nu een overheid ook een positieve verplichting heeft om de uitoefening van grondrechten, bijvoorbeeld het recht op leven, mogelijk te maken en zo nodig te beschermen, zoals herhaaldelijk uitgemaakt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Waarom in het ene geval (recht op eigendom en bijvoorbeeld horeca) wel de uitoefening van dit recht (vergaand) wordt beperkt met een beroep op de volksgezondheid, maar in het andere geval (vrijheid van godsdienst) daarvan ongemotiveerd wordt afgezien oogt willekeurig en doet afbreuk aan de legitimiteit van het overheidsoptreden. Dat de levensbeschouwelijke instellingen zelf ook richtlijnen hebben gesteld, overtuigt niet.

Enerzijds niet omdat gebleken is dat lang niet alle instellingen zich wensen te conformeren aan deze richtlijnen. Anderzijds niet omdat bijvoorbeeld ook de horecasector vaak zeer strenge richtlijnen in het leven heeft geroepen, er een genuanceerd OMT-advies ten aanzien van de horeca voorligt en de Minister in het geval van de horecasector geen betekenis toekent aan deze adviezen en richtlijnen en in dit geval wel.

Regeling aanvullende mondkapjesverplichtingen covid-19

Specifiek ten aanzien deze Regeling volgen hieronder – wederom in staccato – en van algemeen naar bijzonder enkele opmerkingen van de adviescommissie.

- Het is de adviescommissie ten aanzien van deze specifieke maatregel niet duidelijk waarom voor een separate Regeling is gekozen, in plaats van het opnemen van deze maatregel in de algemene Regeling. Een motivering ontbreekt.
- Uitgangspunt is dat een mondkapje heeft te gelden als een persoonlijk beschermingsmiddel als bedoeld in de Wet, en de verplichting tot het dragen ervan zowel medisch noodzakelijk als proportioneel dient te zijn. Kort gezegd dient dus vast te staan dat een mondkapje bestemd is om te worden gedragen teneinde de eigen of een andere persoon zoveel mogelijk te beschermen tegen overdracht van het virus. Anders dan de toelichting veronderstelt dient het dus specifiek om het covid-19 virus te gaan en doet een mogelijk gunstig bijeffect voor wat betreft overige andere virussen (verkoudheid/griep) niet ter zake. Dit geldt (ook) wederom voor het voorkomen van een druk op de zorg vanwege deze andere virussen.

Uit de toelichting op de Regeling volgt niet van een onderbouwde medische noodzaak, anders dan dat enig positief effect wordt verwacht in aanvulling op bestaande maatregelen, specifiek in situaties waar het houden van afstand niet altijd lijkt te lukken en in het geval van een toenemend aantal besmettingen. De minister wijst in dit verband ook op het meest recente OMT-advies van 13 oktober 2020 waaruit van de medische noodzaak zou blijken. De adviescommissie volgt deze verwijzing naar het OMT-advies niet. Het OMT vraagt aandacht voor een eenduidige lijn voor wat betreft mondkapjes, maar onthoudt zich van een oordeel over de medische noodzakelijkheid ervan. Het OMT omschrijft zelfs situaties waarin het dragen van een mondkapje een tegengesteld effect met zich kan hebben dan wel tot onzekerheid kan leiden (p. 7 en volgende van dit advies).

- De gebrekkige onderbouwing voor wat betreft de medische noodzaak klemmt te meer nu – zoals ook het OMT terecht signaleert – geen eisen worden gesteld aan de kwaliteit van de mondkapjes. Bij gebreke aan enige inhoudelijke kwaliteitseis, valt niet in te zien dat de verplichting tot het dragen van een mondkapje medisch noodzakelijk is. Immers, de bescherming die de verschillende soorten mondkapjes bieden varieert met de kwaliteit daarvan. Nu veel mensen zelf voorzien in mondkapjes (huisvlj) dan wel hergebruik voorstaan (in strijd met adviezen overheid), kan niet worden gesproken van een persoonlijk beschermingsmiddel in de zin van de wet. Daarmee ontvalt de wettelijke basis aan deze maatregel.
- Het is de adviescommissie niet duidelijk of het dragen van een mondkapje ook in het geval van een lagere besmettingsgraad nog steeds als noodzakelijk wordt geacht. Deze maatregel wordt volgens de minister gerechtvaardigd door het toegenomen aantal besmettingen. Niet gemotiveerd is onder welke omstandigheden bij een afnemend aantal

besmettingen toch onverkort kan worden vastgehouden aan de verplichting tot het dragen van een mondkapje.

- De adviescommissie heeft begrip voor de wens van de minister om ook ten aanzien van mondkapjes tot een eenduidige en makkelijk te handhavend regeling te komen. Deze gedachte volgt ook uit de toelichting. Echter, deze wens valt niet gelijk te stellen met het vereiste van een medische noodzaak. De adviescommissie geeft in overweging om de mondkapjesverplichting te herbeschouwen omdat bij gebreke aan een medische noodzaak daarvoor geen grondslag bestaat. De minister staat dan niet met lege handen nu het instrument van een dringend advies is gebruikt en private partijen hun verantwoordelijkheid hebben genomen.
- Tot slot geeft de adviescommissie de minister indien hij toch wil vasthouden aan deze regeling in overweging om de medische noodzaak uitgebreider te onderbouwen. Immers, gelet op de voorgeschiedenis en de ommezwaai die de minister nu maakt zal hij uitgebreid moeten motiveren waarom hij anders dan voorheen nu wel de medische noodzaak onderschrijft. Daarbij dient ook te worden betrokken het zeer genuanceerde advies van het OMT.

Conclusie

De commissie concludeert dat de Regelingen wat betreft de systematiek en rechtvaardiging van inbreuken een nadere toelichting verdienen. Deze nadere toelichting en verduidelijking is ook nodig ten aanzien van enkele specifieke artikelen in de Regelingen gelet op het toetsingskader dat voortvloeit uit de Wet. Daarnaast doet de NOvA met klem een beroep op de minister om de voorziene en ons inziens onevenredige maximale straf om te buigen naar een evenredige sanctie en artikel 68bis lid 2 Wpg tevens van toepassing te verklaren bij overtreding van artikel 58j, eerste lid aanhef en onder a Wpg.

BIJLAGE 1

Uitsluitend per e-mail

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer dr. mr. F.B.J. Grapperhaus

Den Haag, 4 juni 2020

dossiernummer: 109023
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)6 43 06 50 31
e-mail: j.vollaard@advocatenorde.nl

Betreft: wetsvoorstel: tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (tijdelijke wet maatregelen covid-19)

Geachte minister,

Bij brief van 29 mei 2020 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het concept wetsvoorstel 'tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (tijdelijke wet maatregelen covid-19)'. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissies rechtsstatelijkheid, strafrecht en bestuursrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u de adviezen van de adviescommissies. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken. Op basis van deze adviezen plaatst de NOvA vraagtekens bij de wenselijkheid en noodzakelijkheid van dit wetsvoorstel en ziet voldoende ruimte in de noodverordeningen dan wel het bestaand instrumentarium. Nieuwe wetgeving is dan ook niet nodig.

Hierbij komen de zorgen over de werkingsduur en de mogelijkheid van verlenging van dit wetsvoorstel. Deze maken de voorgestelde maatregelen de facto van onbepaalde tijd en zijn daarmee te lang gelet op de diverse grondrechten beperkende bepalingen van dit wetsvoorstel.

Aandacht vraagt de NOvA ook voor de voorgestelde straffen. De proportionaliteitstoets wordt daar in veel gevallen niet doorstaan.

De NOvA heeft vanwege de huidige uitzonderlijke omstandigheden begrip voor gewenste spoedeisendheid. Een dergelijk belangrijk wetsvoorstel moet evenwel ook zorgvuldig worden bestudeerd en becommentarieerd. De gegeven reactietermijn, mede gezien de omvang van het wetsvoorstel, leidde er toe dat op hoofdlijnen moest worden gereageerd. De NOvA maakt zich in dit verband dan ook zorgen over de

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

zorgvuldigheid en kwaliteit van wetgeving. Een langere reactietermijn was in dit verband dan ook aan te bevelen.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissies

ADVIES

Van:	adviescommissie rechtsstatelijkheid
Datum:	3 juni 2020
Betreft:	tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (tijdelijke wet maatregelen covid-19)

SAMENVATTING

Opmerking vooraf

- Gezien de korte termijn (tot donderdag 4 juni) die is gegeven om te reageren op het wetsvoorstel heeft de adviescommissie rechtsstatelijkheid zich moeten beperken tot een reactie op hoofdlijnen. De adviescommissie rechtsstatelijkheid heeft vanwege de huidige uitzonderlijke omstandigheden begrip voor de gewenste spoedeisendheid. De commissie meent dat dit evenwel niet te koste mag gaan van zorgvuldigheid en kwaliteit van wetgeving en maakt zich hier zorgen over.
- Dit advies heeft dan ook een voorlopig karakter, dat te zijner tijd uitgebreid of bijgesteld kan worden na rustiger overweging.

Conclusie

- De adviescommissie staat kritisch tegenover de omvang, proportionaliteit en effectiviteit van dit wetsvoorstel. Dit geldt met name ten aanzien van de onbepaalde duur van de diverse grondrechten beperkende bepalingen en bevoegdheden.
- Het wetsvoorstel maakt het mogelijk te veel en te ver gaande beperkingen van bewegings- en vergadervrijheden voor een onbepaalde periode normaal te maken; beperkingen die niet normaal zijn en ook niet behoren te zijn in een democratische samenleving.
- De adviescommissie acht op zichzelf juist dat de beperking van grondrechten en -vrijheden in een wet in formele zin wordt geregeld, maar vraagt zich af waarom de kennelijk beoogde inmenging in grondrechten en -vrijheden niet reeds in voldoende mate geregeld kan worden door het inzetten van tijds- en plaatsgebonden noodverordeningen zoals de noodwetgeving thans mogelijk maakt.
- Voor zover het antwoord op voornoemde vraag is dat de bevoegdheid om noodverordeningen af te kondigen onvoldoende ver gaat om de met dit wetsvoorstel beoogde inmenging in grondrechten en -vrijheden te bereiken, is zulks een reden om dit wetsvoorstel niet, en zeker niet op deze overhaaste wijze, in overweging te nemen zonder een diepgaande kritische toetsing aan de Grondwet en internationale verdragen en een rustig en weloverwogen democratisch debat in het parlement en de samenleving als geheel.

Reactie op hoofdlijnen

- De adviescommissie staat kritisch ten opzichte van dit wetsvoorstel. Niet kan worden ingezien waarom niet kan worden ingezet op in tijd en plaats beperkte noodverordeningen als thans gebeurt met het oog op concrete virusuitbraken, zoals recentelijk in nertsenfokkerijen en slachterijen. Is de verspreiding in beeld en onder controle, dan kan de noodverordening weer ingetrokken.
- De adviescommissie merkt op dat de regulering ten aanzien van grotere evenementen voorlopig een noodzaak zal zijn in het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus.

Gedoeld wordt hier op maatregelen betreffende het maximeren van het toegestane publiek en het afstand houden teneinde verspreiding van het virus te beperken. Op dit onderdeel acht de adviescommissie de rationale van het wetsvoorstel aanvaardbaar en nodig. Regels met betrekking tot afstand en ook groepsvorming buiten evenementen zouden er evenwel niet moeten komen, zeker niet als daarmee inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van vergadering en het huisrecht. Of voor groepsvorming zou dan in ieder geval in de wet zelf een proportioneel 'minimumaantal' personen (bijvoorbeeld honderd), moeten worden opgenomen waarvoor een en ander zal gelden.

- De adviescommissie heeft de indruk dat de werkingsduur van deze wetgeving één jaar is, met de mogelijkheid van verlenging. De adviescommissie maakt zich hier zorgen over. De werkingsduur en de mogelijkheid tot verlenging maken de maatregelen de facto van onbepaalde tijd en zijn daarmee te lang gelet op de diverse grondrechten beperkende bepalingen. Zie daartoe ook het advies van de adviescommissie bestuursrecht.
- De adviescommissie maakt zich zorgen dat willekeur in de handhaving en het opleggen van sancties op de loer ligt. Het verbod op willekeur is een zeer belangrijk beginsel van algemeen behoorlijk bestuur dat de kern van de rechtsstaat beschermt. De overheid communiceert dat 'we het samen moeten doen' en dat het vanuit de burgers zelf moet komen (draagvlak), maar beoogt met deze wet een instrumentarium in het leven te roepen om handhavend en sanctionerend te kunnen optreden. Ook in de Memorie van Toelichting in paragraaf 1 (*"Regels alleen zullen niet helpen..."*) wordt gecommuniceerd dat naleving van de afstandsregels in de eerste plaats een eigen verantwoordelijkheid is. Het is echter niet duidelijk waar de eigen verantwoordelijkheid eindigt en de overheid acht dat zij moet kunnen handhaven en sanctioneren en dat ook daadwerkelijk doet. In deze discrepantie zit teveel risico op willekeur: burgers moeten weten en kunnen begrijpen wat precies van hen wanneer verwacht wordt en wat de consequenties zijn als zij een concrete regel schenden. Indien het zo is dat handhaving buiten de gevallen van evenementen op termijn toch geen enkele prioriteit zal hebben, dan behoort deze wet beperkt te worden tot die evenementen. Maar juist daarvoor is voorhands niet duidelijk wat deze wet toevoegt ten opzichte van het bestaande instrumentarium van noodverordeningen. Zie daartoe ook het advies van de adviescommissie bestuursrecht.
- De Memorie van Toelichting stelt in paragraaf 5.3 dat bij de digitalisering van het bron- en contactonderzoek door de GGD de vrijwilligheid „uitgangspunt" moet zijn (5.3). Dit wordt vastgelegd in artikel 58v lid 2 Wpg (nieuw) dat een ieder verbiedt aan anderen het gebruik van of het geven van inzage in digitale middelen verplicht te stellen. Blijkens art. 68bis lid 3 Wpg (nieuw) zou schending van dit verbod strafbaar worden. De adviescommissie staat daar niet afwijzend tegenover.
- Over de notificatieapp meldt de Memorie van Toelichting op paragraaf 5.5.4 dat de inzet ervan "proportioneel" is 'gelet op de ernst en de gevolgen van de epidemie van het virus'. En de inzet ervan zou ook "noodzakelijk" zijn. De adviescommissie merkt hierbij op dat of iets "proportioneel" (of "noodzakelijk") is afhangt van de omstandigheden, de alternatieven en het gewicht van andere belangen.
- De adviescommissie beveelt aan om vooral in te (blijven) zetten op voorlichting en preventie. Campagnes in de media en op publieke punten, over handen wassen, thuis blijven indien, etc. Daarnaast dus op snel ingrijpen als dat in concrete gevallen moet (eventueel met tijdelijke, deugdelijke noodverordening), en snel afbouwen zodra dat kan.

ADVIES

Van:	adviescommissie bestuursrecht
Datum:	3 juni 2020
Betreft:	tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (tijdelijke wet maatregelen covid-19)

Inleiding

Op 28 mei jl. is het (concept)voorstel van wet "*Tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet covid-19, hierna: de wet)*" ter consultatie voorgelegd. Het voorstel van wet is voor de adviescommissie bestuursrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten ("commissie") aanleiding om het volgende advies uit te brengen, dat u hieronder aantreft.

Dit advies is verder als volgt opgebouwd. Na enkele inleidende opmerkingen over de aanleiding tot de wet worden enkele opmerkingen gemaakt over de gekozen systematiek. Ook worden enkele opmerkingen gemaakt over noodzakelijke waarborgen waarin de wet moet voorzien. Hierna volgen artikelsgewijs opmerkingen die vooral zien op de gekozen definities en normeringen. Afgesloten wordt met een conclusie en enkele aanbevelingen.

Aanleiding wet

De recente uitbraak van het coronavirus (covid-19) en de ontdekking van geïnfecteerde personen in Nederland heeft de afgelopen maanden geleid tot een aantal zeer ingrijpende maatregelen om (de gevolgen en verspreiding van) dit virus in te dammen. Publieke gebouwen zijn gesloten, er zijn afstandnormen geïntroduceerd en het dagelijks leven is bevroren. Deze tijdelijke maatregelen zijn neergelegd in opeenvolgende (model)noodverordeningen die hun basis vinden in de Wet publieke gezondheid ("Wpg") en de Gemeentewet.

Inmiddels is duidelijk dat de maatregelen weliswaar nog steeds tijdelijk zijn, voor de duur van de epidemie, maar dat de duur van de epidemie onbekend is en mogelijk nog een jaar of langer zal voortduren. Omdat een noodverordening als instrument per definitie een kortdurend karakter kent is deze niet geschikt voor een langdurige tijdelijke situatie. Dit ook omdat de maatregelen neergelegd in de opvolgende noodverordeningen een inbreuk maken op diverse grondrechten en verdragsbepalingen. Duren deze inbreuken langer voort, dan is een meer solide wettelijke basis vereist gelet op het bepaalde in de Grondwet en de diverse verdragen.

De wet beoogt te voorzien in deze meer solide wettelijke basis terwijl de wet ook het tijdelijke karakter van de diverse maatregelen en de daarmee gepaard gaande inbreuken beoogt te waarborgen.

Systematiek van de wet

Als gezegd is de wet ingegeven vanuit de uitbraak van covid-19 en de dan noodzakelijke maatregelen ter bestrijding van de epidemie en de bestrijding daarvan. De wetgever heeft er niet voor gekozen om gebruik te maken van het bestaande instrumentarium, te weten een gehele of beperkte noodtoestand krachtens de Wet Coördinatie wet uitzonderingstoestanden en bijvoorbeeld de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag.

In de wet wordt gesteld dat dit bestaande instrumentarium niet toereikend zou zijn. Aan dit standpunt kan worden getwijfeld omdat maatwerk mogelijk is via de Wet Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en daarin genoemde (slapende) regelingen die kunnen worden geactiveerd. De commissie geeft in overweging nader te onderbouwen waarom voor een nieuwe wet is gekozen in plaats van het bestaand instrumentarium. Er lijkt sprake te zijn van incidentenwetgeving en niet van meer 'principle-based' wetgeving. Vanuit deze observatie geeft de commissie in overweging het bestaande instrumentarium voor zover nodig aan te passen zodat ook in het geval van een epidemie daarop kan worden teruggevallen en dat dus niet van geval tot geval tot nieuwe wetgeving moet worden gekomen. Dit ook gezien het vervallen van de wet zodra de epidemie is geëindigd. De commissie wijst hierbij ook op de voorlichting door de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei jl.

De keuze om de Wpg als basis van de wet te laten dienen, met als uitgangspunt dat de maatregelen dienen bij te dragen aan de bestrijding van de epidemie of de dreiging daarvan, maakt dat de maatregelen dus binnen dit meer algemene kader van de Wpg dienen te blijven. Dit houdt onder meer in dat de voorgestelde maatregelen binnen dit kader voorzien moeten zijn van een gedegen onderzoek naar het medisch nut en noodzaak van die maatregelen. Immers, binnen deze kaders moeten de voorgestelde maatregelen ook hieraan bijdragen. De commissie merkt op dat deze gelaagdheid de uitvoerbaarheid van de wet kwetsbaar maakt, vooral indien er geen consensus bestaat binnen de medische wetenschap over (de effectiviteit van) de maatregelen. Wij noemen de discussie over de mondkapjes.

Zoals ook volgt uit (de toelichting op) de wet, voorziet de wet in de op de overheid rustende en afdwingbare positieve verplichtingen om de Nederlandse bevolking te beschermen tegen de effecten van de epidemie. Deze positieve verplichtingen kennen echter ook een nadrukkelijke spiegelzijde. De overheid kan onder deze positieve verplichtingen ook gehouden worden om bepaalde inbreuken op grondrechten te voorkomen of de uitoefening van grondrechten mogelijk te maken. De wet wijdt hier slechts summier aandacht aan en voorziet niet in maatregelen om – ook gedurende een epidemie – invulling te geven aan deze positieve verplichting. Volstaan wordt immers met verbodsbepalingen. Dit vraagt om een nadere weging van de wet en de daarin neergelegde maatregelen. Voorzien moet worden in een 'fair balance' in lijn met de rechtspraak van het EHRM.

Een en ander klemmt te meer nu de wetgever heeft gekozen voor een 'raamwet' waarin de maatregelen slechts in algemene zin worden omschreven en dus slechts in algemene zin wordt voorzien in een wettelijke basis voor de inbreuk die een maatregel met zich brengt. De concrete invulling van een maatregel – en dus ook de aard en omvang van een inbreuk – vindt plaats bij Algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling of door besluitvorming van het lokale bevoegde gezag (burgemeester of voorzitter van de veiligheidsregio). Of en in welke mate dan democratische controle op dit proces kan en zal plaatsvinden is onduidelijk en behoeft volgende de commissie uitdrukkelijk aandacht. Het klassieke staatsnoodrecht voorziet namelijk wel in deze controle.

Het decentrale karakter van de maatregelen waarin de wet voorziet, valt verder op zichzelf te billijken omdat er lokale verschillen bestaan en dan maatwerk nodig is. Echter, niet alle maatregelen lenen zich voor decentraal maatwerk (leeftijd). Daar waar sprake is van differentiatie zal de wet daarvoor de basis moeten vormen en mag snelheid niet ten koste gaan van de

democratische legitimatie. De commissie benadrukt daarbij dat het van groot belang is dat eenzelfde situatie ook tot eenzelfde aanpak leidt en er dus geen verschillen per regio of stad ontstaan tenzij die niet te rechtvaardigen zijn. De commissie wijst op de discussie over regionale verschillen en willekeur bij handhaving van de diverse noodverordeningen, en op bijvoorbeeld de recente demonstratie in Amsterdam. Een strak en duidelijk handhavingskader is wat de commissie betreft vanuit rechtszekerheid en het Lex Certa beginsel een vereiste bij de voorgestelde decentrale uitvoering van de wet. Deze decentrale aanpak en de mogelijke problematiek werpt wat de commissie betreft al in zoverre haar schaduw vooruit dat de bijlage "Schema handhaving Tijdelijke maatregelen covid-19) moeilijk leest, en het beeld schetst van een lappendeken aan toezichthouders en bevoegde gezagen.

Specifiek ten aanzien van de grond- en verdragsrechten die met de in de wet voorziene maatregelen worden ingeperkt, valt op dat de toelichting op de wet vrij summier is en ook niet alle betrokken rechten en bijbehorende inbreuk- en afwegingskaders worden besproken. De commissie wijst op het eerdergenoemde advies van de Afdeling advisering dat op dit punt vollediger en uitvoeriger valt te noemen en op het advies van het College voor de rechten van de mens van 18 mei jl. De commissie acht dit een omissie en geeft in overweging om deze paragraaf aan te vullen in lijn met deze adviezen. Dit ook gelet op de aard en impact van de wet voor de samenleving als geheel en het individu in het bijzonder. Gegeven het in haar ogen te korte tijdsbestek is de commissie niet in staat deze analyse zelf te maken. De commissie volstaat bij wijze van voorbeeld dan ook met een enkele opmerking over de (reikwijdte van de) vrijheid van godsdienst en de beperking daarvan.

De viering van kerkdiensten valt onweersproken onder de vrijheid van godsdienst. De wetgever heeft terecht oog gehad voor deze specifieke status en de dan mogelijke beperkingen. Bedacht moet echter worden dat naast vieringen vele andere activiteiten plaatsvinden in een kerkgebouw (van welke gezindte dan ook) zonder dat sprake is van een viering van een kerkdienst. Wel zijn deze activiteiten vaak direct verbonden aan het kerkgebouw en hebben zij soms – in meer of mindere mate – een godsdienstig karakter (zondagsschool). Welk regime is op dit actieve verenigingsleven nu van toepassing en welke inbreuken en beperkingen zijn dan mogelijk?

Artikelsgewijze opmerkingen

Hieronder volgen in staccato en artikelsgewijs opmerkingen en vragen naar aanleiding van de wet.

Definities

- De commissie werpt de vraag op of de definitie van gemeenschappelijke huishouding nu voldoet en afdoende dekkend is voor alle situaties. De commissie wijst op de vraag of de definitie ook voldoet in het geval van woongroepen (met afzonderlijke adressen), studentenhuizen met gedeelde voorzieningen maar eigen kamers en huisvesting voor arbeidsmigranten.
- De commissie valt op dat een specifieke regeling/bepaling voor zeeschepen en hun bemanning ontbreekt. Voor schepen onder – kort gezegd – de Nederlandse vlag geldt dat zij behoren tot het grondgebied van Nederland en zij over die band onderworpen zijn aan de wet. Dit vraagt echter nog wel een verduidelijking. Voor schepen onder buitenlandse vlag in Nederlandse wateren geldt echter (vaak) dat de Nederlandse wet- en regelgeving daarop niet van toepassing is, maar wel de regels van de betreffende vlagstaat die anders

kunnen zijn.

- De commissie merkt op dat een definitie van hetgeen onder een 'groep' moet worden verstaan ontbreekt. Verder is niet duidelijk hoe een groep bestaande uit personen die niet behoren tot een gemeenschappelijke huishouding zich verhoudt tot een groep waarvan wel leden van een gemeenschappelijke huishouding deel uitmaken. Dit levert handhavingsvraagstukken op en een risico van willekeur. Zie daartoe ook het advies van de adviescommissie rechtsstatelijkheid. Zo geldt voor leden van een gemeenschappelijke huishouding de veilige afstand niet. Binnen een groep geldt die norm weer wel. Als een groep wordt gedefinieerd als 4 of meer personen, dan heeft dat tot gevolg dat een gezin van 4 personen zich niet met anderen kan ophouden; ook niet als iedereen (inclusief de gezinsleden onderling) zich aan de veilige afstand houdt. Omdat de gezinsleden zich onderling niet aan de veilige afstand hoeven te houden, lijkt dat zijn doel voorbij te schieten.

Artikelsgewijs

- In artikel 58d van de wet wordt voorzien in een stelsel van rechtsbescherming. De commissie begrijpt dat de wetgever er voor heeft gekozen om aan te sluiten bij de systematiek ex artikel 176 van de Gemeentewet. Ziet de commissie het goed dan kan het besluit van de Minister slechts worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter. De vraag is of dit gelet op de aard van de materie wenselijk is. Ook vraagt de commissie aandacht voor de democratische controle op de Minister in dit verband.
- Specifiek ten aanzien van het houden van (een veilige) afstand vraagt de commissie aandacht voor (kleine) kinderen en hun rol bij de verspreiding van covid-19. Als ook (jonge) kinderen een afstandsnorm in acht moeten nemen is daarvoor een dragende medische noodzaak vereist. Deze lijkt te ontbreken. Ook de verantwoordelijkheid voor kinderen bij het in acht nemen van de veilige afstand is niet uitgewerkt in de wet. Wie houdt toezicht en wie is (juridisch gezien) verantwoordelijk en aanspreekbaar?
- De wet kent in diverse artikelen een verantwoordelijkheid en zorgplicht toe aan degene die bevoegd is tot het aanbrengen van voorzieningen of openstellen van publieke en besloten plaatsen. De commissie mist een duidelijke omschrijving van hetgeen wordt verstaan onder bevoegdheid. In het geval van bijvoorbeeld een sportkantine, is vaak een gemeente of stichting eigenaar, is de vereniging beheerder en zijn diverse leden bewaarder van sleutels. Wie is in dat geval bevoegd en valt dus aan te spreken? Deze vraag doet zich ook voor in het geval van bijvoorbeeld een besloten compagnonsvergadering van een zekere omvang (groot internationaal advocatenkantoor). Welke compagnon is dan bevoegd en gehouden de zorgplicht in acht te nemen?
- Artikel 58n van de wet voorziet in een inbreuk op het huisrecht, eventueel op te volgen door maatregelen als bedoeld in de artikelen 174a en 151d Gemeentewet. De rechtvaardiging voor deze inbreuk wordt uitsluitend gegeven vanuit het voorkomen van onmiddellijke verspreiding van covid-19 door gedragingen in deze besloten plaats. De vraag is of deze (beperkte) rechtvaardiging deze inbreuk kan rechtvaardigen. De commissie wijst op de ruimere doelstelling en reikwijdte van de wet. Ook wijst de

commissie op noodzakelijke weging naar de proportionaliteit en subsidiariteit die in het geval van een inbreuk ook moet worden gemaakt maar die ontbreekt in dit artikel (fair balance). Niet ieder direct gevaar voor verspreiding kan een inbreuk rechtvaardigen.

- De commissie vraagt aandacht voor het ontbreken van een controlemechanisme in het geval van informatieverstrekking ex artikel 58t van de wet. Wie ziet nu toe op de naleving door de burgemeester van de (rand)voorwaarden waaronder deze structurele informatieverstrekking kan plaatsvinden en de vraag of de verplichting tot verstrekking van deze informatie ook wordt gerechtvaardigd door het doel van de wet.
- In artikel 68 bis wordt de strafrechtelijke sanctionering van de wet neergelegd. De commissie merkt op dat wordt afgeweken van het systeem van het bestaande wettelijke systeem (Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten). Niet duidelijk is op grond waarvan tot deze afwijking is gekomen en of het doel van de wet deze afwijking rechtvaardigen kan. Ook zijn de effecten van deze afwijking op de rechtsbescherming die open moet staan in het geval van een strafsanctie niet duidelijk en onvoldoende uitgewerkt. Bedacht moet worden dat de maatregelen voorzien in de wet al een forse inbreuk maken op grondrechten met de nodige gevolgen, en de proportionaliteit van deze inbreuken onder druk komt te staan indien daarnaast nog een forse strafsanctie wordt opgelegd. Ook dit is een kwestie van fair balance. Zie daartoe ook het advies van de adviescommissie strafrecht.
- Ten slotte merkt de commissie op dat de in de wet genoemde termijn van 1 jaar arbitrair is bij gebreke aan een onderbouwing. Weliswaar voorziet de wet in een systematiek waarbij kan worden meebewogen met ontwikkelingen, maar een rechtvaardiging voor de voorgestelde duur ontbreekt. Met de Afdeling advisering is de commissie van oordeel dat het de voorkeur verdient om in de wet zelf een beredeneerde vervaldatum op te nemen. Zie daartoe ook het advies van de adviescommissie rechtsstatelijkheid.

Conclusie

De commissie concludeert dat de wet wat betreft de systematiek en de rechtvaardiging van de inbreuken op grond- en verdragsrechten in ieder geval noopt tot een nadere toelichting en verduidelijking, en eigenlijk op sommige punten tot een aanpassing. Dit is tevens nodig ten aanzien van enkele specifieke artikelen in de wet, als aangegeven in het advies.

ADVIES

Van:	adviescommissie strafrecht
Datum:	3 juni 2020
Betreft:	tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19)

Reactie op hoofdlijnen

Naar aanleiding van het consultatiewetsvoorstel Tijdelijke Wet Maatregelen Covid-19 (d.d. 29 mei 2020) plaatst de adviescommissie strafrecht de volgende kanttekeningen:

- De adviescommissie is van oordeel dat de voorgestelde straffen in veel gevallen de proportionaliteitstoets niet doorstaan. Zie met betrekking tot de proportionaliteit ook de adviezen van de adviescommissies rechtsstatelijkheid en bestuursrecht.
- Overtreding van de noodverordeningen levert, via artikel 443 Sr, een maximale straf op van 3 maanden hechtenis en een maximale geldboete van de derde categorie (Euro 8.700). Indien de betreffende verdachte een rechtspersoon is, dan heeft de rechter de mogelijkheid om een boete op te leggen uit de naast hogere categorie, dat wil zeggen maximaal Euro 21.750. Uit de Memorie van Toelichting begrijpt de adviescommissie dat de minister bij bestraffing primair aan het opleggen van een geldboete denkt (*"Primair wordt gedacht aan de geldboete"*; MvT, pagina 37). Daarnaast begrijpt de adviescommissie dat de minister de mogelijkheid van een hechtenisstraf vooral van belang acht omdat via die lijn het opleggen van een taakstraf tot de mogelijkheden behoort (MvT, pagina 37: *"Op overtreding van de huidige noodverordeningen (art. 443 Sr). staat ook hechtenis, en daarmee ook de mogelijkheid van een taakstraf (art. 9, tweede lid Sr). Het is van belang dat die mogelijkheid behouden blijft."*). De adviescommissie kan zich met deze uitgangspunten in beginsel verenigen: vrijheidsbeneming moet te allen tijde een ultimum remedium blijven.

Met betrekking tot de uitwerking plaatst de adviescommissie strafrecht de volgende opmerkingen.

- Uit het schema in Bijlage 1 bij de MvT blijkt dat de bedoeling is om de maximale straffen die thans – via artikel 443 Sr – op overtreding staan waar de proportionaliteit daarom vraagt naar beneden bij te stellen. Het wetsvoorstel is daarin niet steeds geslaagd.
- Allereerst vermeldt het schema (p. 68-69) waar het gaat om overtreding van artikel 184 Sr (opzettelijk negeren van een ambtelijk bevel) dat de maximale geldboete op overtreding van artikel 184 Sr Euro 8.700 bedraagt (het schema refereert aan dit derde categorie bedrag). Vervolgens wordt op de niet-opzettelijke variant een hechtenis van (eveneens) drie maanden gesteld en een maximale geldboete van de tweede categorie. Artikel 184 Sr kent echter een maximale geldboete uit de *tweede* categorie, derhalve een maximale geldboete van Euro 4.350. Uitgaande van deze tweede categorie voor de opzettelijke variant, zou de niet-opzettelijke variant (het voorgestelde artikel 68bis lid 2 Wpg) met een maximale geldboete uit de *eerste* categorie bestraft moeten worden. Voorts eist het proportionaliteitsbeginsel dat voor de opzet variant en de overtreding een onderscheid wordt gemaakt in de maximaal mogelijke hechtenis. In het voorstel zou in beide gevallen een maximale hechtenis van 3 maanden mogelijk zijn. De adviescommissie adviseert derhalve in

deze gevallen te bepalen dat overtreding van het voorgestelde artikel 68bis lid 2 een maximale hechtenis van een maand en een maximale boete uit de eerste categorie kan opleveren.

De adviescommissie merkt overigens op dat een boete van maximaal Euro 435 voor een individu al een fors bedrag is, zeker in aanmerking genomen dat de corona crisis voor velen een economische achteruitgang betekent.

- Uitgaande van het opleggen van een hechtenis als ultimum remedium geeft de adviescommissie voorts met klem in overweging om de maximale hechtenis in een aantal gevallen te verlagen van de nu voorgestelde 3 maanden naar maximaal 1 maand. Dit geldt bijvoorbeeld voor de strafbaarstelling via het voorgestelde artikel 68 bis lid 2 Wpg van alle overtredingen van regels van de minister VWS over hygiëne maatregelen (58j lid 1 en 2 Wpg). De verhouding met andere overtredingen die krachtens het wetboek van strafrecht strafbaar zijn gesteld, dient ook in acht te worden genomen. Zo is voor brandgevaar veroorzaakt door vuurwerk (artikel 429 Sr) een maximale hechtenis van 14 dagen mogelijk.
- Gelet op het primaat van de geldboete en op het feit dat het hier veelal een overtreding betreft die door een individu wordt begaan, beveelt de adviescommissie dan ook aan om de maximale hechtenis op overtreding van de voorgestelde artikelen 58f en 58g te beperken tot 14 dagen hechtenis. Twee weken hechtenis voor het eenmalig niet in acht nemen van een veilige afstand is op zich al een forse straf. Om dezelfde reden zou een maximale hechtenis van drie maanden op overtreding van het voorgestelde artikel 58v lid 2 Wpg wel voldoen aan de eis van proportionaliteit terwijl dat naar het oordeel van de adviescommissie niet het geval is bij een maximum van 6 maanden hechtenis.

BIJLAGE 2

Tweede Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 19 augustus 2020
dossiernummer: 100910023
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +3170 335 35 35
e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

Betreft: inbreng wetsvoorstel: tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (tijdelijke wet maatregelen covid-19)

Geachte woordvoerder,

Voor het wetsvoorstel tijdelijke wet maatregelen covid-19 levert u donderdag 20 augustus schriftelijke inbreng. Voor deze inbreng heeft de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) zijn adviescommissies rechtsstatelijkheid, strafrecht en bestuursrecht opnieuw gevraagd advies uit te brengen.

De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de schriftelijke inbreng te betrekken. Ondanks het feit dat het wetsvoorstel is aangepast, blijven nog steeds zorgen bestaan ten aanzien van het vergaand inperken van vrijheden en rechten. De NOvA adviseert onder andere om de maximale hechtenis bij overtredingen strafbaar gesteld krachtens artikel 68bis lid 1 te bepalen op veertien dagen, in plaats van een maand. Dat voorkomt dat er onevenwichtigheid bestaat tussen de aard en ernst van een strafbaar gestelde overtreding.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissies

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIEZEN

Van:	adviescommissie rechtsstatelijkheid, bestuursrecht en strafrecht
Datum:	18 augustus 2020
Betreft:	tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19)

CONCLUSIE

Er bestaat waardering voor het feit dat de eerdere adviezen van de adviescommissies bestuursrecht, rechtsstatelijkheid en strafrecht aandacht hebben gekregen en op punten zijn overgenomen.¹ Het wetsvoorstel is in zoverre een aanzienlijke verbetering ten opzichte van het voorontwerp.

Ondanks dat het wetsvoorstel op belangrijke punten een verbetering is ten opzichte van het voorontwerp, is er een aantal bepalingen in het wetsvoorstel dat de rechtsstaat naar het oordeel van de adviescommissies aantast. Het wetsvoorstel geeft te veel macht aan de minister om fundamentele rechten en vrijheden van burgers in te perken of teniet te doen; een macht die bij het aannemen van het wetsvoorstel pas achteraf en met te beperkte middelen door parlement en rechter wordt gecontroleerd en getoetst.

De wet blijft in belangrijke mate een 'raamwet', waarin de maatregelen slechts in algemene zin worden omschreven en dus slechts in algemene zin wordt voorzien in een wettelijke basis voor de inbreuk(en) die een maatregel met zich brengt. De concrete invulling van een maatregel — en dus ook de aard en omvang van een inbreuk — vindt plaats bij algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling of door besluitvorming van het lokale bevoegde gezag (burgemeester of voorzitter van de veiligheidsregio). De legitimatie van de beperking van grondrechten die met een concrete maatregel gepaard gaat, blijft daardoor onvoldoende.

Het parlement dient te beslissen over de vaststelling van maatregelen die grondrechten tijdelijk kunnen beperken of opheffen. De verplichting om het voorstel voor een verlengings-koninklijk besluit tenminste een week aan de Kamers voor te hangen, wordt ontoereikend geacht, gelet op de vereiste democratische legitimatie voor de beperking van grondrechten. En als er al gedelegeerd wordt, dan dient de rechter voldoende houvast te worden gegeven om de wettigheid van de ministeriële regelingen vol te kunnen toetsen.

OPMERKINGEN MET BETREKKING TOT HET STRAFRECHT

Het schema handhaving klopt niet met voorgestelde artikel 68bis

In het nieuwe wetsvoorstel is naar het eerdere advies van de NOvA geluisterd als het gaat om de maximale strafmaat (zie Memorie van Toelichting, pagina 65-67). De NOvA had hier eerder over opgemerkt dat het niet-opzettelijk weigeren een gegeven bevel op te volgen in het eerdere voorstel met eenzelfde maximale gevangenisstraf (3 maanden) werd bedreigd als het opzettelijk weigeren (zie Memorie van Toelichting, pagina 66). Dit heeft ertoe geleid dat een niet-opzettelijke variant niet meer terugkeert in het huidige wetsvoorstel. Dat is een verbetering.

¹ De eerder gegeven adviezen voor het voorontwerp zijn uitgebracht op 10 juni en zijn te raadplegen via: <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/vraagtekens-nova-bij-tijdelijke-wet-voor-coronamaatregelen>

Belangrijker nog is dat, volgens de voorgestelde tekst van het nieuwe artikel 68bis, de maximale hechtenis/gevangenisstraf in dit nieuwe voorstel wordt beperkt tot maximaal een of twee maanden. Een maximale straf van drie maanden keert in het huidige voorstel alleen terug met betrekking tot het niet opvolgen van een drietal bevelen van minister respectievelijk de burgemeesters² en dan op basis van overtreding van artikel 184 Sr. Er moet dan dus sprake zijn van opzet.

Dit wordt bevestigd in de Memorie van Toelichting (paragraaf 7.1.4, pagina 41), maar is niet uitgewerkt in het schema handhaving dat in de bijlage bij de Memorie van Toelichting is opgenomen. Op pagina's 115-120 van deze bijlage wordt, onder verwijzing naar artikel 68bis lid 2 onder b, namelijk nog steeds vermeld dat de betreffende overtredingen een maximale hechtenis krijgen van drie maanden. Dat moet dus twee maanden zijn, omdat artikel 68bis voorziet in een maximale hechtenis van een maand (lid 1) of twee maanden (lid 2). Het schema dient dan ook te worden aangepast aan het voorgestelde artikel.

Verhouding tussen de ernst van overtredingen is nog altijd onevenwichtig.

De NOvA is van mening dat er nog altijd een onevenwichtigheid bestaat tussen de aard en ernst van een overtreding strafbaar gesteld krachtens artikel 68bis lid 1 en de daarop gestelde maximale hechtenis van een maand. De NOvA beveelt aan de maximale hechtenis te bepalen op veertien dagen, zoals ook in het eerder gegeven advies reeds is genoemd.

OPMERKINGEN MET BETREKKING TOT RECHTSSTATELIJKHEID / BESTUURSRECHT

Nog steeds sprake van een wetsvoorstel met te vergaande delegatie van bevoegdheden

Ondanks dat het huidige wetsvoorstel een verbetering is ten opzichte van het voorontwerp, zitten er niettemin nog altijd rechtsstatelijke 'lekken' die gedicht dienen te worden. Als dat niet gebeurt, is sprake van een wetsvoorstel waarbij aan een minister vergaande, onvoldoende concreet omschreven bevoegdheden worden verleend om fundamentele rechten en vrijheden van vrijwel de gehele Nederlandse bevolking in te perken of zelfs op te heffen met alle maatschappelijke gevolgen van dien. Dat tast de fundamentele van onze democratische rechtsstaat aan.

Rechtsstatelijk onjuist om grondrechtbeperkingen over te laten aan ministers

De NOvA blijft het principieel onjuist vinden dat grondrechten kunnen worden beperkt en zelfs geheel opgeheven door middel van algemene maatregelen van bestuur of, erger nog, ministeriële regelingen waarin die beperkingen worden ingevuld en uitgewerkt. Een democratisch parlement dient die bevoegdheid niet uit handen te geven aan ministers. Het parlement dient om te beginnen te oordelen over de vraag of de beoogde maatregelen noodzakelijk en evenredig geacht moeten worden en opwegen tegen de schadelijke gevolgen ervan op velerlei gebied.

Het voorgestelde art. 58c (Procedurevoorschriften ministeriële regelingen) van de Wet publieke gezondheid (Wpg) bepaalt dat een ministeriële regeling pas kan worden vastgesteld nadat deze in ontwerp een week lang bij het parlement (beide Kamers van de Staten-Generaal) heeft voorhangen. Deze voorhangprocedure geeft het parlement echter niet het recht om het ontwerp af te keuren. Het parlement wordt dus (tenzij een motie van wantrouwen wordt ingediend of ander grof geschut wordt ingezet) bij voorbaat geacht de concept maatregelen goed te keuren of te

² Zie hiervoor de artikelen 58l lid 4: bevel minister VWS/burgemeester/gezaghebber aan rechthebbende besloten plaats; 58m bevel burgemeester/gezaghebber tav openbare plaats; 58n: bevel burgemeester/gezaghebber tav besloten plaats bij ernstige vrees voor onmiddellijk virusverspreiding

gedogen. Deze benadering stuit op bezwaren. De wet zou er in moeten voorzien dat het parlement (aan het einde van de voorhangweek) de bevoegdheid krijgt de vaststelling van de betrokken maatregelen te blokkeren.

Een 'gevoelen van de ministerraad' is onvoldoende

Dat de aangewezen minister zijn regelingen uitvaardigt overeenkomstig "het gevoel van de ministerraad", zoals het voorgestelde art. 58c lid 1 van de Wpg voorschrijft, heft het principiële bezwaar niet op. In een democratische rechtsstaat dienen grondrechten- en vrijheidsbeperkende regels te worden vastgesteld door de volksvertegenwoordiging, na openbaar debat en democratische besluitvorming, en niet door een minister - ook al zou de gehele ministerraad het met hem ééns zijn.

Kern van het wetsvoorstel doorstaat op belangrijke punten de rechtsstatelijke toets niet

De kern van dit wetsvoorstel blijft dat het strekt tot het machtigen van een minister tot het maken van uitzonderingen op wettelijke en grondwettelijke rechten en vrijheden. Zo'n machtiging dient uiterst zorgvuldig en zo concreet mogelijk te worden omschreven en de te verbieden of voor te schrijven gedragingen die beperkingen van de grondwettelijke rechten en vrijheden meebrengen dienen in de wet zelf te worden omschreven. De gedragsvoorschriften in § 2 (Veilige afstand en andere gedragsvoorschriften) en § 3 (Sector specifieke bepalingen) van het voorgestelde artikel Va van de Wpg zijn ogenschijnlijk nauwkeuriger geformuleerd dan in het voorontwerp. Nadere beschouwing laat echter zien dat het voorgestelde stelsel van regels op ten minste twee belangrijke punten de rechtsstatelijke toets niet kan doorstaan.

Ten eerste: de normen opgenomen in § 2 en § 3 zijn vrijwel allemaal zogenoemde open normen, dat wil zeggen bepalingen waarvan de invulling nader bepaald dient te worden. Daarvoor verwijzen de artikelen naar de regelingen die de minister mag opstellen. De enige voorwaarden waaraan die regelingen volgens art. 58b lid 2 dienen te voldoen zijn de volgende: zij moeten "noodzakelijk" voor en "evenredig" aan het doel van de bestrijding van de COVID-epidemie zijn.

Deze twee criteria zijn slechts ter 'explicitering' opgenomen (zie de Memorie van Toelichting), want ze gelden sowieso. Het punt is dat naar Nederlands recht het bestuursorgaan dat regels uitvaardigt, geacht wordt te weten en te mogen bepalen wat "noodzakelijk" en "evenredig" is. Dat brengt mee dat in het Nederlandse stelsel de rechter het standpunt van de minister slechts marginaal zal toetsen. Het uitvaardigen van de regeling levert in die gedachtegang op voorhand het vermoeden op dat de regeling noodzakelijk en evenredig is, behoudens zeer zwaarwegende argumenten van het tegendeel die door de burger moeten worden aangevoerd en bewezen. Deze uitwerking van de wet in de praktijk is ongewenst in een democratische rechtsstaat. Juist de criteria van "noodzakelijkheid" en "evenredigheid" bij de beperking van grondrechten en vrijheden vergen een volle (niet marginale) toets. De toets is, conform het EVRM, of de maatregelen noodzakelijk zijn "in een democratische samenleving". Dat is een vraag die primair door een volksvertegenwoordiging dient te worden beantwoord. En als een volksvertegenwoordiging niet kan toetsen, dan dient gewaarborgd te zijn dat ten minste de rechter de regeling vol en niet slechts marginaal kan toetsen.

Het verdient daarom aanbeveling ten minste de bevoegdheid tot volle rechterlijke toetsing uitdrukkelijk in de wet vast te leggen, althans nader te concretiseren welke (vormen van) inmenging in welke grondrechten en -vrijheden als 'noodzakelijk' en 'evenredig' kunnen worden aangemerkt, om te voorkomen dat regeringsfunctionarissen of (andere) politici achteraf de rechter ervan beschuldigen op de stoel van het bestuur te gaan zitten, wanneer die rechter oordeelt dat bepaalde

regelingen niet noodzakelijk en/of niet evenredig zijn en dus in strijd met de Tijdelijke wet maatregelen covid-19.

Ten tweede: de toch al vage beperkingen van de machtiging aan de minister worden in hun geheel tenietgedaan door art. 58s Wpg (Vangnet) van het voorstel. Met de bevoegdheden die met dat 'vangnet' aan de minister (respectievelijk op zijn aanwijzing aan burgemeesters) worden gegeven, wordt hem alsnog volledige carte blanche gegeven.

Lid 1 betreft het geval waarin de in de wet genoemde maatregelen "niet toereikend" zijn. Dan kan de minister andere maatregelen treffen. Daarna moet de minister een wetsvoorstel indienen dat die andere maatregelen dekt, en als het parlement dat wetsvoorstel niet aanneemt moet de minister de maatregelen binnen een week intrekken.

Lid 2 betreft het geval waarin er geen tijd is om maatregelen (als in de wet genoemd) bij ministeriële regeling te nemen (de reguliere procedure schrijft voor dat een regeling éérst een week moet hebben voorgelegen aan het parlement). In dat geval kan de minister de voorzitters van de veiligheidsregio's opdragen om voorschriften vast te stellen. Twee weken daarna moet de minister dergelijke voorschriften dan omzetten in een ministeriële regeling.

Deze vangnetbepalingen komen er kort gezegd op neer dat de minister uiteindelijk de reikwijdte van zijn bevoegdheden zelf kan bepalen. Dat staat, gezien de aard van de bevoegdheden waar het hier om gaat, haaks op de principes van een democratische rechtsstaat.

Uiteraard zijn er de wettelijke mechanismen om de minister achteraf tot de orde te roepen (door de rechter of door een 'nahangprocedure' als voorgesteld), maar in een democratische rechtsstaat kan het bestaan van die correctiemechanismen achteraf niet het uitschakelen van rechtsstatelijke mechanismen rechtvaardigen die bedoeld zijn om zoveel mogelijk vooraf uit te sluiten dat individuele gezagsdragers grondrechten en -vrijheden van burgers onrechtmatig beperken of teniet doen.

Het dient daarom aanbeveling art. 58s lid 1 te wijzigen, in die zin dat het parlement ook de voorgenomen "andere maatregelen" kan blokkeren, en om art. 58s lid 2 in zijn geheel te schrappen.

Verlenging bij KB met telkens drie maanden

Artikel VIII (Vervalbepaling) lid 3 van het voorstel bepaalt dat de geldigheidsduur van de wet na 6 (oorspronkelijk 12) maanden telkens met 3 maanden bij KB kan worden verlengd. Ook op dit punt wordt gemeend dat er sprake is van een te ruime delegatie. Het advies is om het parlement te laten beslissen over verlenging, in elk geval met ingang van een tweede verlenging.