

Voorschriften of gebreken

Tekortkomingen van noodverordeningen

Hansko Broeksteeg

Inleiding

Toen duidelijk werd dat de coronapandemie ook in Nederland vergaande gevolgen kon hebben, waren onmiddellijk maatregelen nodig om de verdere verspreiding van COVID-19 te voorkomen. Het is logisch dat daarom noodverordeningen werden vastgesteld. Vaststelling kan snel gebeuren, zij bevatten algemeen verbindende voorschriften en overtreding is strafbaar. Niettemin kleven aan de coronanoodverordeningen de nodige gebreken. Hierna bespreek ik eerst de bijzondere systematiek van de vaststelling van de noodverordeningen door de voorzitters van de veiligheidsregio's (par. 2), vervolgens ga ik in op de inhoudelijke (par. 3) en de procedurele tekortkomingen (par. 4).

De juridische systematiek van de coronanoodverordeningen

Het meest in het oog springende element van de coronanoodverordeningen is, dat zij niet zoals gebruikelijk door de burgemeester zijn vastgesteld, maar door de voorzitters van de veiligheidsregio's.¹ Die waren daartoe verplicht na een aanwijzing door de minister voor Medische Zorg. De juridische systematiek is als volgt.

Voor de bestrijding van infectieziektes is de Wet publieke gezondheid (Wpg) van toepassing. De Wpg onderscheidt vier typen infectieziektes: groep A, B1, B2 en C. Coronavirussen behoren tot de 'zwaarste' categorie A.² De categorisering is van belang voor de toepassing van bevoegdheden; hoe zwaarder, hoe meer bevoegdheden ter bestrijding van de ziekte. De

¹ Het hierna volgende in deze paragraaf is gedeeltelijk gebaseerd op: J.L.W. Broeksteeg, 'Verantwoording in tijden van corona', *TvCR* 2020, afl. 3 (nog te verschijnen).

² Zie art. 1 onder e Wpg.

grondslag voor de aanwijzing van de minister aan de voorzitters van de veiligheidsregio's is artikel 7 lid 1 jo. art. 6 lid 4 Wpg. Deze bepalingen schrijven voor dat de minister voor Medische Zorg de leiding heeft bij de bestrijding van infectieziekten uit groep A en dat de voorzitters van de veiligheidsregio's zorgdragen voor de (daadwerkelijke) bestrijding. De minister kan daarom de voorzitter van de veiligheidsregio opdragen hoe de bestrijding ter hand te nemen. In het geval van de huidige pandemie heeft de minister ervoor gekozen om, door middel van het geven van een aanwijzing, aan de voorzitters van de veiligheidsregio's op te dragen noodverordeningen vast te stellen. De aanwijzing van de minister bevatte ook de inhoudelijke maatregelen, die deze noodverordeningen moesten bevatten.

De grondslag voor de vaststelling van de noodverordeningen door de voorzitters van de veiligheidsregio's is vervolgens artikel 39 Wet veiligheidsregio's (Wvr). De bevoegdheden van de burgemeester worden, in geval van een ramp of crisis van meer dan plaatselijke betekenis of bij vrees voor het ontstaan daarvan, 'opgeschaald' naar de voorzitter van de veiligheidsregio, althans als die bevoegdheden worden toegepast ten behoeve van de bovenlokale rampenbestrijding of crisisbeheersing.³ Deze opschaling heeft in casu in alle 25 veiligheidsregio's plaatsgevonden; corona is een crisis van meer dan plaatselijke betekenis. In de regel is de burgemeester van de grootste gemeente de voorzitter van de betreffende veiligheidsregio. Hij oefent de bevoegdheden op grond van de Wvr echter niet als burgemeester, maar als voorzitter van de veiligheidsregio uit. Artikel 39 Wvr bepaalt dat de voorzitter bij opschaling 'bij uitsluiting' bevoegd is; de burgemeesters van de andere gemeenten in de veiligheidsregio zijn dat niet meer. Dat geldt daarmee ook voor het vaststellen van noodverordeningen: de bevoegdheid van artikel 176 Gemeentewet is overgegaan op de voorzitters van de veiligheidsregio's. Art. 39 lid 1 onder b Wvr verklaart lid 3 tot en met 6 van artikel 176 Gemeentewet (bekrachtiging door de raad, administratief beroep op en opschortende werking door de commissaris) overigens niet van overeenkomstige toepassing.

³ Ook wel GRIP₄ genoemd. GRIP staat voor Gecoördineerde Regionale Incidents-bestrijdings Procedure.

Kortom, de voorzitters van de veiligheidsregio's hebben, na een aanwijzing van de minister voor Medische Zorg op grond van de Wpg, de corona-noodverordeningen vastgesteld. De inhoud van de noodverordeningen stond daarmee goeddeels vast. Zij werden immers door de minister 'gedicteerd'. De noodverordeningen van de veiligheidsregio's waren daarom in het gehele land (zo goed als) gelijklopend.⁴ Daarvoor was zelfs een 'modelverordening' vastgesteld.

Inhoudelijke tekortkomingen

De corona-noodverordeningen kenden vergaande maatregelen. Ik noem ze kort en neem daarbij als uitgangspunt de verordeningen, zoals die op 17 maart 2020 van kracht werden en waarvan de maatregelen op 27 maart werden uitgebreid.⁵

Het was verboden om, kort weergegeven, samenkomsten zowel in de openbare als de besloten sfeer te laten plaatsvinden waar meer dan honderd personen gelijktijdig samenkomen, dan wel daaraan deel te nemen. Evenementen waren verboden. Er gold de verplichting tot het houden van 1,5 meter afstand. Het was verboden om horeca, sportclubs, sauna's, casino's, seksclubs en coffeeshops open te hebben. Daarnaast bevatten de noodverordeningen het verbod om bepaalde beroepen uit te oefenen (zogeheten contactberoepen, zoals kapper, nagelstyliste of fysiotherapeut) en het gebod om onderwijsinstellingen en kinderopvang gesloten te houden (tenzij voor de opvang van kinderen, waarvan de ouders in vitale beroepen of cruciale processen werken). Ook verzorgings- en verpleeghuizen werden gesloten. De noodverordeningen kenden verder bepalingen over het onmiddellijk opvolgen van aanwijzingen en over de toezichthoudende ambtenaren.

Duidelijk zal zijn dat deze maatregelen de grondrechten vergaand beperken. Dat zijn niet alleen de verenigings-, vergader- en demonstratievrijheid (art. 8 en 9 Gw, art. 11 EVRM), maar ook de vrijheid

⁴ In sommige veiligheidsregio's luiden de noodverordeningen iets anders dan in de meeste andere. Zo kende de noodverordening in Zeeland het verbod op recreatief nachtverblijf (later overgenomen door andere veiligheidsregio's).

⁵ De noodverordeningen werden af en toe gewijzigd en per 1 juni werden de maatregelen aanmerkelijk versoepeld.

van godsdienst (art. 6 Gw, art. 9 EVRM), de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw, art. 8 EVRM), het recht op vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Gw), de vrijheid van onderwijs, zowel het *droit d'enseigner* als het *droit d'apprendre* (art. 23 Gw) en de bewegingsvrijheid (art. 2 Vierde Protocol EVRM). De door de maatregelen uitgestelde medische zorg of uitgestelde rechtszaken (die nog steeds slechts beperkt openbaar zijn) kunnen worden gezien als een beperking van art. 8 onderscheidenlijk art. 6 EVRM. Met het sluiten van de horeca, kapsalons etc. kan het eigendomsrecht (art. 1 Eerste Protocol EVRM) evenzeer in het geding zijn. De vraag is dan relevant in hoeverre noodverordeningen grondrechten kunnen beperken. De burgemeester (en dus ook de voorzitter van de veiligheidsregio) mag, zo volgt expliciet uit de tekst van art. 176, eerste lid, Gemeentewet 'van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften' afwijken. Hij kan afwijken van wetten in formele zin (bijvoorbeeld de Wet openbare manifestaties of de bepalingen van de Gemeentewet) en van gemeentelijke regels (zoals de APV), maar hij mag niet afwijken van de Grondwet.⁶

De regering heeft in de Kamerstukken nochtans aanvaard dat de burgemeester bij noodverordening grondrechten kan beperken. Zij denkt dan specifiek aan de art. 6 (vrijheid van godsdienst), art. 7 (vrijheid van meningsuiting) en art. 9 Grondwet (vrijheid van vergadering en betoging).⁷ Ook de jurisprudentie gaat daarvan uit. In de uitspraak-*Verbod persconferentie* oordeelde de Afdeling rechtspraak van de Raad van State dat de burgemeester op grond van een noodbevel 'bij onmiddellijk dringend gevaar voor ordeverstoringen' de grondrechten, genoemd in de

⁶ Uitgebreid: M.A.D.W. de Jong, 'Fundamentele rechten en het materiële openbare-orderecht: een innige relatie', in: J.H. Gerards, C.H. Sieburgh, *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 375-408.

⁷ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 150; *Kamerstukken II* 1988/89, 19 403, nr. 10, p. 95-101; M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 115-119.

art. 6, 7 en 9 Grondwet, kon beperken ‘mits de maatregel niet wordt getroffen wegens de inhoud van de te uiten gedachten en gevoelens’.⁸

De wetgever heeft dus aanvaard dat een noodverordening grondrechten kan beperken, maar heeft slechts een beperkt aantal grondrechten genoemd. De jurisprudentie neemt dat over en scherpt dat aan: er moet sprake zijn van een onmiddellijk en dringend gevaar. Daarvan was sprake bij de coronapandemie. Immers, zij zou kunnen uitmonden in een overbelaste gezondheidszorg, die een nationale gezondheidsramp kon bewerkstelligen en aldus een bedreiging kon zijn voor de openbare orde. Echter, in casu zijn meer grondrechten in het geding dan alleen de grondrechten, vastgelegd in de art. 6, 7 en 9 Grondwet. Het betreft dan in het bijzonder het recht op privacy. Zo was de norm van 1,5-meter in de noodverordeningen in eerste instantie zodanig ruim geformuleerd, dat zij ook thuis gold.⁹ Er gold verder een verbod van samenkomsten, die niet alleen de vergadervrijheid maar ook de privacy betreft.

Strikt genomen kunnen noodverordeningen, zo volgt hieruit, niet de persoonlijke levenssfeer beperken. In haar voorlichting over de beperking van grondrechten stelt de Afdeling advisering van de Raad van State hierover: ‘De bevoegdheid tot het beperken van andere grondwettelijke grondrechten zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (...) kan gelet op de parlementaire geschiedenis van de Gemeentewet haar grondslag in principe dus niet vinden in de beperkingssystematiek of de wetsgeschiedenis’.¹⁰ Op de vraag in hoeverre de redelijke uitleg van grondrechten dan wel positieve verplichtingen een uitkomst bieden, geeft de Afdeling in haar voorlichting geen eenduidig antwoord.

Er is nog een reden waarom de noodverordeningen tekortschieten. Een noodverordening wordt vastgesteld voor een actuele en concrete situatie. Het kan om heel verschillende situaties gaan: van het bezoek van de Amerikaanse president tot de Facebookrellen in Haren. Een noodverordening mag echter niet langer gelden dan strikt noodzakelijk.

⁸ ARRvS 30 december 1993, AB 1994, 242, m.nt. Van Male (*Verbod persconferentie*).

⁹ Later werd de norm beperkt tot ‘de publieke ruimte’.

¹⁰ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020, W04.20.0139/I/Vo.

Een langdurige of een vaker terugkerende situatie leent zich dan ook niet voor regeling in een noodverordening. Dat geldt voor zowel de coronapandemie als voor eenieder jaar terugkerende risicowedstrijd van het betaald voetbal die telkens onttaardt in rellen. Met het voortduren van de noodsituatie zullen de maatregelen dan ook in een andere, reguliere regeling vastgelegd moeten worden. De reden daarvoor is eenvoudig: zowel de formele wet als de gemeentelijke verordening hebben een sterkere democratische legitimatie dan de noodverordening. Kortom, een noodverordening kan niet voor een al te lange tijd gelden. De coronanoodverordeningen golden echter zeer langdurig en het gevaar werd steeds minder ‘onmiddellijk en dringend’.¹¹

Procedurele tekortkomingen

Ook procedureel kennen de corona-noodverordeningen tekortkomingen. Het betreft dan vooral de politieke verantwoording over de genomen maatregelen.¹² De verantwoording over de noodverordeningen, vastgesteld door de voorzitter van de veiligheidsregio, is geregeld in artikel 40 Wvr. Op grond van lid 1 brengt de voorzitter van de veiligheidsregio na afloop van een ramp of crisis ‘schriftelijk verslag uit aan de raden van de getroffen gemeenten over het verloop van de gebeurtenissen en de besluiten die hij heeft genomen’. Hij beantwoordt op grond van lid 2 bovendien schriftelijk de vragen die de gemeenteraden na ontvangst van het verslag stellen. Mondelinge verantwoording is ook mogelijk: lid 3 bepaalt dat de voorzitter van de veiligheidsregio in een raad van een gemeente die deel uitmaakt van deze veiligheidsregio mondelinge inlichtingen verstrekt over de besluiten, bedoeld in het lid 1, indien de desbetreffende raad daarom verzoekt. Hier komt bovendien de commissaris van de Koning in beeld. De raad zendt, nog steeds op grond van lid 3 een afschrift van het verzoek tot mondelinge inlichtingen én van de in lid 1 en lid 2 bedoelde stukken (de schriftelijke verantwoording) aan de commissaris. De bedoeling hiervan is dat de commissaris op de hoogte

¹¹ A.J. Wierenga, A.E. Schilder, J.G. Brouwer, ‘Aanpak coronacrisis niet houdbaar’, *NJB* 2020, p. 1317.

¹² Ook deze paragraaf is gedeeltelijk gebaseerd op: J.L.W. Broeksteeg, ‘Verantwoording in tijden van corona’, *TvCR* 2020, afl. 3 (nog te verschijnen).

raakt van het functioneren van de voorzitter van de veiligheidsregio. Indien de raad ontevreden is over de afgelegde (schriftelijke of mondelinge) verantwoording kan hij zijn standpunt, wederom door tussenkomst van de commissaris, aan de minister zenden (lid 4). Die is bevoegd tot ontslag van de voorzitter.¹³ De commissaris van de Koning geeft daarbij zijn oordeel. De raad kan geen andere gevolgen verbinden aan de inlichtingen, verstrekt door de voorzitter.¹⁴

Dat betekent in de eerste plaats dat de verantwoording betrekkelijk indirect is: in beginsel schriftelijk en alleen met tussenkomst van de commissaris mondeling. In dit concrete geval zal de verantwoording bovendien marginaal zijn. Immers, het gros van de maatregelen kwam niet uit de koker van de voorzitter van de veiligheidsregio, maar vloeide voort uit de aanwijzing van de minister voor Medische Zorg. De verantwoording kan daarom inhouden, dat de voorzitter van de veiligheidsregio niet meer heeft gedaan dan de omzetting van de aanwijzingen in een noodverordening.

In deze systematiek legt de voorzitter van de veiligheidsregio, zoals gezegd, na afloop van de ramp of crisis, verantwoording af aan de betrokken gemeenteraden. Dat kan echter ook tijdens de crisis, als de situatie daar om vraagt. Een voorbeeld is de mondelinge verantwoording, die voorzitter van de veiligheidsregio Amsterdam-Amstelland Halsema aflegde over de antiracismedemonstratie op de Dam aan de Amsterdamse gemeenteraad. Zij was niet als burgemeester, maar als voorzitter van de veiligheidsregio verantwoordelijk voor het al dan niet nemen van maatregelen met betrekking tot de demonstratie. Dat het dezelfde ambtsdrager is die deze ambten bekleedt, is dan een bijkomstigheid. De verantwoording aan de raad vond dus, strikt genomen, plaats als voorzitter van de veiligheidsregio. De motie van wantrouwen die tegen Halsema werd ingediend, betrof echter haar burgemeestersambt. Weliswaar kan de raad op grond van de hiervoor uiteengezette procedure zijn ongenoegen kenbaar maken over de voorzitter van de veiligheidsregio, maar dat deed

¹³ Art. 11 Wvr.

¹⁴ Strikt genomen zou de raad een motie van afkeuring of zelfs van wantrouwen tegen de voorzitter van de veiligheidsregio kunnen aannemen, maar juridisch kan dat geen betekenis hebben.

de gemeenteraad van Amsterdam niet. Overigens was het niet vanzelfsprekend dat Halsema verantwoording zou moeten afleggen aan de raad van Amsterdam. Penn-te Strake, burgemeester van Maastricht, weigerde namelijk om schriftelijke vragen van de Maastrichtse gemeenteraad te beantwoorden en daarmee verantwoording af te leggen over haar besluit, genomen als voorzitter van de veiligheidsregio Zuid-Limburg, om het Heuvelland af te sluiten voor toerisme.⁵ Wie nu het meest zuiver in de leer is, Halsema of Penn-te Strake, valt te bezien.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de verantwoording over de noodmaatregelen gebrekkig is. De voorzitter van de veiligheidsregio legt in beginsel alleen schriftelijk verantwoording af. Als de raad nadere verantwoording wenst, is deze ook alleen schriftelijk, mondelinge verantwoording betekent ook meteen 'opschaling' naar de commissaris van de Koning. De dreiging van ontslag is zo goed als afwezig, tenzij de voorzitter van de veiligheidsregio tevens burgemeester is van de gemeente waarvan de raad om verantwoording vraagt.

En de burgemeester dan? Kan hij nog ter verantwoording worden geroepen? Ook dat kan slechts zeer beperkt. Voordat de voorzitter van de veiligheidsregio besluiten neemt, moet hij het zogeheten regionaal beleidsteam (RBT) raadplegen. Daarin hebben de burgemeesters van de betrokken gemeenten zitting. De burgemeester kan in een vergadering van het beleidsteam op grond van artikel 39 lid 4 Wvr schriftelijk bezwaar doen aantekenen, indien hij van mening is dat een door de voorzitter voorgenomen besluit het belang van zijn gemeente onevenredig schaadt. Op grond van artikel 40 lid 1 Wvr vermeldt de voorzitter van de veiligheidsregio in zijn schriftelijk verslag of de burgemeester gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om schriftelijk bezwaar aan te tekenen. Vervolgens kan de raad de burgemeester op reguliere wijze ter verantwoording roepen (artikel 180 Gemeentewet). Ook deze verantwoording is uiteindelijk zeer beperkt: zij betreft de vraag of de burgemeester een bezwaar had moeten aantekenen en indien hij dat heeft gedaan, of het bezwaar voldoende toereikend was.

⁵ G. Boogaard, 'Wie mag zich met wie bemoeien', *Binnenlands Bestuur* 2020, 13, p. 9.

Tot slot

In het begin van de coronapandemie is ervoor gekozen om maatregelen die verdere verspreiding van COVID-19 moesten voorkomen, in noodverordeningen vast te leggen. Dat is niet onlogisch. Zij zijn snel vast te stellen, bevatten algemeen verbindende voorschriften en zijn door strafrecht en bestuursrecht te handhaven. Het vastleggen van de maatregelen in noodverordeningen is echter geen blijvende oplossing.

In de eerste plaats is het nooit de bedoeling van de wetgever geweest dat noodverordeningen grondrechten vergaand en langdurig beperken. Alleen de grondrechten, vervat in art. 6 (vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing), 7 (vrijheid van meningsuiting) en 9 (vrijheid van vergadering en betoging) Grondwet, zouden beperkt kunnen worden. Het recht op persoonlijke levenssfeer valt daar niet onder. De rechter heeft daaraan toegevoegd dat er sprake moet zijn van onmiddellijk en dringend gevaar. Dat betekent dat noodverordeningen alleen van toepassing kunnen zijn bij een acuut gevaar. Zij zijn echter geen structurele of langdurige regeling. In de tweede plaats zijn de verantwoordingsstructuren indirect. Als de voorzitter van de veiligheidsregio al politieke verantwoording aflegt, is dat voornamelijk schriftelijk; mondelinge verantwoording geschiedt door tussenkomst van de commissaris. De burgemeester staat zo goed als buitenspel. De verantwoording over de genomen maatregelen is daarmee nogal schamel. De geconstateerde tekortkomingen zijn eenvoudig op te lossen, namelijk door de maatregelen vast te leggen in een wet in formele zin. Deze kan grondrechten voor een langere, zelfs permanente duur beperken. Dat geldt dan niet alleen voor de grondrechten, vastgelegd in art. 6, 7 en 9 Grondwet, maar ook voor andere grondrechten, zoals het recht op persoonlijke levenssfeer. Vanzelfsprekend moeten de beperkingen van grondrechten proportioneel zijn (in het licht van het EVRM); een grondwettelijke tekortkoming is er dan echter niet meer. Ook de verantwoordingsstructuur wordt duidelijker. De minister, die de wet ondertekent, is politiek verantwoordelijk voor de uitvoering daarvan. Ook als de uitvoering de facto bij handhavers van gemeenten komt te liggen (in medebewind), kan de Kamer de minister daarvoor ter verantwoording roepen.

Momenteel ligt in de Tweede Kamer het wetsvoorstel van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 voor. Ook dit wetsvoorstel kent zijn gebreken. Zo krijgen ministers wel erg verstrekkende bevoegdheden, op grond waarvan zij bij ministeriële regeling maatregelen kunnen nemen met betrekking tot bijvoorbeeld evenementen, openbaar vervoer, etc., die zij enkel aan de Kamers hoeven toe te zenden. De maatregelen zijn dan al vastgesteld, de Kamers worden daarbij dus gepasseerd. Ook de tijdelijkheid van de wet staat ter discussie, nu de werking van de wet relatief makkelijk kan worden verlengd. Niettemin lijkt mij een formeel-wettelijke grondslag voor de beperkingen van grondrechten en een duidelijkere verantwoordingsstructuur winst ten opzichte van de huidige situatie.