Raad van State

No.W13.21.0225/III 's-Gravenhage, 27 juli 2021

Bij Kabinetsmissive van 13 juli 2021, no.2021001414, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de adviesaanvraag ingevolge 58t van de Wet publieke gezondheid over de krachtens hoofdstuk Va van de Wet publieke gezondheid geldende maatregelen, met het oog op een voorgenomen besluit tot verlenging per 1 september 2021, als bedoeld in artikel VIII, derde lid, van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, met nota van toelichting.

Artikel 58t van de Wet publieke gezondheid (Wpg) bepaalt dat de Afdeling advisering van de Raad van State wordt gehoord over de krachtens hoofdstuk Va van de Wet publieke gezondheid (Wpg) geldende maatregelen, voorafgaand aan het besluit tot verlenging als bedoeld in artikel VIII, derde lid van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (Twm).[1] Een verlenging van de gelding van dit tijdelijke hoofdstuk van de Wpg, alsmede van de andere in artikel VIII, eerste lid, van de Twm genoemde bepalingen, geschiedt bij koninklijk besluit (kb) voor telkens maximaal drie maanden. Bij kb van 17 mei 2021 is de geldingsduur van de Twm verlengd tot 1 september 2021.[2] Dat brengt met zich dat vóór 1 september 2021 opnieuw een besluit over de verlenging moet worden genomen.

Met het oog op dit advies heeft de Afdeling vooraf de beschikking gekregen over een ontwerpbesluit waarin het voornemen tot verlenging wordt toegelicht. Daarin wordt voorgesteld om het tijdstip van verval van de Twm vast te stellen op
1 december 2021. De bepalingen met betrekking tot het vertoeven in de open lucht (de avondklok) en met betrekking tot de informatieverstrekking door de burgemeester worden echter niet verlengd. Deze vervallen daarmee per
1 september 2021.[3]

Gelet op de huidige omstandigheden acht de Afdeling het oordeel gerechtvaardigd dat het verlengen van verreweg de meeste bepalingen van de Twm is aangewezen. Hierbij betrekt de Afdeling dat de Twm ook noodzakelijk is voor de gefaseerde afschaling van de maatregelen. Verlenging van de in artikel VIII, eerste lid, genoemde bepalingen van de Twm (met uitzondering van artikel 58s, derde lid) met een termijn van drie maanden ligt volgens haar daarom in de

---

1 Wet van 28 oktober 2020, houdende Tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19), Stb. 2020, 441.

2 Stb. 2021, 232.

3 De bepalingen aangaande de avondklok betreffen artikelen 58c, zevende lid, 58e, tweede lid, onder c, 58j, eerste lid, onder f, van de Wpg. De bepaling aangaande de informatieverstrekking door de burgemeester betreft artikel 58s, derde lid, van de Wpg.

rede. Dat de grondslag voor het vaststellen van een ministeriële regeling om het vertoeven in de open lucht te beperken thans kan vervallen, behoeft naar haar oordeel nog nadere toelichting. Voorts vraagt de Afdeling aandacht voor verduidelijking van de criteria voor verlenging, het belang van een geleidelijke afschaling met het oog op de geloofwaardigheid en effectiviteit van de maatregelen en de zorgvuldigheid van wetgeving met het oog op de wettelijke goedkeuring van het kb tot verlenging. Hierna werkt de Afdeling het voorgaande uit.

1. Systematiek verlenging Twm

Artikel VIII van de Twm regelt het verval en de mogelijke verlenging van de in deze wet geregelde bepalingen. Het biedt verschillende mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is om geheel af te zien van een kb tot verlenging. In dat geval vervallen op grond van artikel VIII, eerste lid, alle daarin genoemde bepalingen. Het in de Twm neergelegde instrumentarium is dan niet langer beschikbaar, óók niet als de bestrijding van het virus dat wel (gedeeltelijk) (weer) noodzakelijk zou maken. De tweede mogelijkheid is het volledig verlengen van de Twm. Dat is tot dusver tweemaal gebeurd.[4]

Artikel VIII biedt echter ook tussenmogelijkheden doordat het 'gedifferentieerd verval' (of gedifferentieerde verlenging) mogelijk maakt. Op grond van artikel VIII, tweede en derde lid, kan voor de bepalingen van de Twm of onderdelen daarvan worden bepaald dat zij op een eerder of juist later tijdstip vervallen. Van belang in dit verband is dat de materiële invulling van de beperkende maatregelen voor een groot deel geschiedt door regelgeving op lager niveau, namelijk amvb's en ministeriële regelingen. Dit betekent dat indien nog onvoldoende zeker is of de wettelijke basis hiervoor in de wet zelf nu al gemist kan worden omdat opschaling mogelijk op redelijk korte termijn weer noodzakelijk is, de lagere regelgeving wel alvast, al dan niet gedeeltelijk, kan worden ingetrokken. Dit biedt de mogelijkheid om af te schalen, zonder het risico te nemen dat niet meer kan worden opgeschaald als de bestrijding van het virus dat noodzakelijk maakt. Voor zover het gaat om de ministeriële regelingen maakt de Twm daarbij differentiatie en lokaal maatwerk mogelijk.[5]

Tegen deze achtergrond dient voorafgaand aan de verlenging op grond van de wettelijke criteria van noodzakelijkheid en proportionaliteit te worden bezien welke wettelijke bepalingen met het oog op de bestrijding van de epidemie van covid-19 voorlopig nog moeten worden behouden. Gelet daarop wordt in de toelichting op het ontwerpbesluit terecht per afzonderlijke maatregel toegelicht of handhaving van de wettelijke basis geboden is.

---

[4] Besluit van 18 februari 2021, houdende verlenging van de geldingsduur van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, Stb. 2021, 93; en Besluit van 17 mei 2021, houdende de tweede verlenging van de geldingsduur van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, Stb. 2021, 232.

[5] Artikel 58e van de Wpg.

2. Noodzaak verlenging

Duidelijk is dat de covid-19-epidemie grillig verloopt, en dat voortijdig versoepelen ongunstige gevolgen kan hebben. Eind juni werden versoepelingen aangekondigd omdat de epidemie zich gunstig ontwikkelde. Korte tijd later echter steeg het aantal besmettingen opnieuw aanzienlijk. Het coronadashboard vermeldde 11.533 positieve testen op 12 juli, met een effectief reproductiegetal van 3 op 2 juli.[6] Inmiddels stabiliseert het aantal positieve testen en is het reproductiegetal verminderd. De ziekenhuisbezetting loopt echter weer op, waarbij opvalt dat in vergelijking tot eerdere fasen van de pandemie ook relatief jonge mensen moeten worden opgenomen.

Verlenging van de Twm is slechts mogelijk voor zover dit noodzakelijk en proportioneel is voor de bestrijding van de epidemie van covid-19 of een directe dreiging daarvan.[7] Gelet op de huidige omstandigheden komt de regering terecht tot het oordeel dat het overgrote deel van de Twm op dit moment nog niet kan worden gemist. De Afdeling onderschrijft dan ook het voorstel om in beginsel tot verlenging tot 1 december 2021 over te gaan.

Niettemin rijst de vraag welke criteria nu precies leidend zijn voor het besluit tot verlenging. De toelichting bij het kb geeft aan dat de regering zich hierin laat adviseren door het Outbreak Management Team (OMT).[8] Het OMT hanteert drie ijkpunten met bijbehorende epidemiologische voorwaarden voor verdere versoepeling:[9]

1. risiconiveau zorgelijk is bereikt én alle inwoners van 18 jaar en ouder hebben ten minste één vaccinatie aangeboden gekregen;
2. risiconiveau waakzaam is bereikt én alle inwoners van 18 jaar en ouder hebben een volledige vaccinatie aangeboden gekregen;
3. covid-19 is blijvend onder controle.

De regering gaat er van uit dat verlenging van de wet geboden blijft zolang sprake is van een van de genoemde risiconiveaus (de eerste twee ijkpunten). Bij ijkpunt 3 immers, zo vermeldt de toelichting, is geen sprake meer van bestrijding van de epidemie of een directe dreiging daarvan en komt daarmee de noodzaak voor de instandhouding van de Twm te vervallen.[10]

De Afdeling begrijpt dit zo dat de Twm (gedeeltelijk) in stand blijft totdat de pandemie 'blijvend onder controle' is. Uiteraard is op dit moment moeilijk te

---

6 Coronadashboard | COVID-19 | Rijksoverheid.nl
7 Artikel 58b van de Wpg.
8 Nota van toelichting, paragraaf 2.1.
9 Nota van toelichting, paragraaf 2.2.1.
10 Nota van toelichting, paragraaf 2.2.1.

voorspellen wanneer dat het geval is. Daarbij is de vraag hoe de medische criteria op grond waarvan 'het blijvend onder controle zijn' van de pandemie wordt vastgesteld zich verhouden tot het criterium voor instandhouding van de wettelijke grondslagen. Niet uitgesloten is immers dat het nog geruime tijd duurt voordat het virus duurzaam onder controle is gebracht, terwijl al in een eerder stadium moet worden geoordeeld dat de Twm of bepaalde onderdelen van die wet ter bestrijding van de epidemie of een directe dreiging daarvan, mede gelet op de andere belangen die in die afweging een rol spelen, niet langer noodzakelijk en evenredig zijn.[11]

Uit de toelichting op het ontwerpbesluit wordt daarom nog onvoldoende duidelijk hoe de ijkpunten die het OMT aanreikt zich verhouden tot de afwegingen die de regering dient te maken met betrekking tot de in de wet opgenomen eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. De Afdeling adviseert daarover meer duidelijkheid te verschaffen.

3. Geleidelijkheid afschaling

Het grillige verloop van de epidemie maakt het – in ieder geval op relatief korte termijn – zeer lastig om vooraf nauwkeurig besluiten te nemen over het moment en de wijze waarop maatregelen kunnen worden op- of afgeschaald. Bij beslissingen over die op- en afschaling spelen voorts niet alleen de belangen die samenhangen met de volksgezondheid een rol, maar tevens andere belangen, zoals sociale en economische. Over de vraag in hoeverre een afweging van die belangen moet leiden tot op- of afschaling van de maatregelen, bestaan aanzienlijke verschillen van opvatting die de afgelopen periode duidelijk aan het licht zijn getreden. Mede gelet op de duur van de crisis is dat begrijpelijk en onvermijdelijk.

Dat neemt niet weg dat in de te maken afwegingen de effectiviteit van de Twm en van de daarop gebaseerde maatregelen steeds bijzondere aandacht behoeven. Voorkomen moet worden dat vanuit de zeer begrijpelijke wens om de samenleving weer open te stellen, doorgevoerde versoepelingen korte tijd daarna weer moeten worden teruggedraaid. Naast maatschappelijke teleurstelling ontstaat op die manier ook een aanmerkelijk risico dat de geloofwaardigheid en effectiviteit van het wettelijke regime en van de op grond daarvan genomen maatregelen worden aangetast.[12] In dat licht bezien moet steeds worden afgewogen of juist ook met het oog op het zo spoedig mogelijk laten vervallen van de wet op de iets langere termijn, een trager en geleidelijker

---

[11] Artikel 58b van de Wpg.

[12] Vgl. de adviezen van de RIVM Corona Gedragsunit, bijlagen bij o.a. Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 1241 en 1297. Zie ook advies van de Afdeling advisering van 21 april 2021, W13.21.0109/III, ingevolge 58t van de Wet publieke gezondheid over de krachtens hoofdstuk Va van de Wet publieke gezondheid geldende maatregelen, met het oog op een voorgenomen besluit tot verlenging per 1 juni 2021, als bedoeld in artikel VIII, derde lid, van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19.

tempo van versoepelingen niet de voorkeur verdient. De Afdeling adviseert met het oog op de nabije toekomst inzicht te bieden in hoe dit gezichtspunt in de afwegingen van het kabinet zal worden betrokken.

4. Avondklok

Voorgesteld wordt de grondslag voor het stellen van regels over het vertoeven in de open lucht (de 'avondklok') niet te verlengen. In de toelichting op het ontwerpbesluit wordt in dat kader slechts gesteld dat ook een 'slapende' grondslag voor de avondklok niet meer nodig is. Naar het oordeel van de Afdeling wordt daarmee niet inhoudelijk gemotiveerd waarom deze grondslag nu zou moeten vervallen.

In dat kader is ook de vraag hoe deze summiere toelichting zich verhoudt tot de toelichting die in het kader van de verlenging van andere wettelijke grondslagen wordt gegeven. Zo stelt de regering bijvoorbeeld dat de grondslag in de Twm voor het stellen van regels voor het gebruik of voor consumptie gereed hebben van alcoholhoudende drank op openbare plaatsen moet worden verlengd.[13] De reden daarvoor is dat wanneer een maatregel beperkingen regelt voor publieke plaatsen, bijvoorbeeld in de horeca, moet worden voorkomen dat een 'waterbedeffect' ontstaat door verplaatsing van de drukte naar openbare plaatsen.[14] Een dergelijke redenering ontbreekt echter in de afweging over het vervallen van de grondslag voor regels over het vertoeven in de open lucht, terwijl ook die maatregel mogelijk een 'waterbedeffect' – bijvoorbeeld vanuit restaurants of cafés naar etentjes en samenkomsten thuis – kan mitigeren.

De Afdeling merkt voorts op dat hernieuwde toepassing van artikel 8 van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg), dat in eerste instantie de grondslag voor het instellen van een avondklok vormde,[15] op dit moment niet meer aangewezen is. Nadat eerder de vraag was gerezen of die grondslag voor de instelling van de avondklok juridisch voldoende adequaat was,[16] heeft de wetgever op voorstel van de regering in februari 2021 terecht gekozen voor opname van de grondslag in de Twm. Wanneer deze grondslag nu op voorstel van de regering vervalt en het instellen van een avondklok dit najaar onverhoopt noodzakelijk zou blijken, ligt het daarom niet voor de hand daarvoor opnieuw artikel 8 van de Wbbbg als grondslag te gebruiken.

---

[13] Artikel 58j, eerste lid, onder e, van de Wpg.

[14] Nota van toelichting, paragraaf 2.2.2

[15] Deze wet biedt de mogelijkheid om buiten de uitzonderingstoestand van artikel 103, eerste lid, van de Grondwet, één of meer van de in de Wbbbg neergelegde noodbevoegdheden te activeren ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken (de zogenoemde separate toepassing).

[16] Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat onvoldoende is gemotiveerd waarom de grondslag voor het instellen van een avondklok zou moeten vervallen. Zij adviseert dit nader toe te lichten.

5. Rol van de Afdeling

Recentelijk is de wettelijke procedure tot verlenging van de Twm gewijzigd. Tot 17 juli 2021 gold dat de voordracht voor dit kb pas kon worden gedaan nadat een ontwerp daarvan minstens een week daarvoor aan beide Kamers der Staten-Generaal was overgelegd.[17] Vanaf 17 juli 2021 geldt echter de Wet Verlengingsprocedures Tijdelijke wet maatregelen covid-19.[18] Hiermee is de Twm gewijzigd in die zin dat de voorhangprocedure vervalt. In plaats daarvan wordt na plaatsing van het kb in het Staatsblad een voorstel van wet tot goedkeuring van het kb bij de Tweede Kamer ingediend.[19]

De Afdeling wordt ook na wijziging van deze procedure krachtens artikel 58t Wpg gehoord over de geldende maatregelen, voorafgaand aan het besluit tot verlenging als bedoeld in artikel VIII, derde lid, van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (Twm). De Afdeling kan daarnaast ook worden gehoord ná plaatsing van het kb, voorafgaand aan het indienen van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het kb. In verband met het eerdere advies over het kb tot verlenging bepaalt de Twm echter dat, in afwijking van de normale wetsprocedure, van het horen van de Afdeling over dat wetsvoorstel kan worden afgezien.[20]

De Afdeling wordt ongeveer zes weken voorafgaand aan de voorgestelde verlenging van de Twm gehoord. In dat verband merkt de Afdeling op dat de aan haar toegestuurde toelichting bij het kb is geschreven voorafgaand aan de recente ontwikkelingen, zoals onder meer de snelle stijging in besmettingen, een buitengewoon hoog reproductiegetal en een toename van het aantal ziekenhuisopnames. Deze ontwikkelingen zijn nog niet in de toelichting meegenomen. Zij is daarmee in zekere zin al verouderd. Dat illustreert dat het op dit moment – het moment waarop de Afdeling moet adviseren – lastig is te voorzien hoe de situatie zich over zes weken zal hebben ontwikkeld en in hoeverre met het oog daarop de verlenging van de Twm of delen daarvan moet worden beoordeeld.

Ná vaststelling en plaatsing van het kb in het Staatsblad wordt onverwijld de wetgevingsprocedure gestart ter goedkeuring van het kb. Gezien de recente ontwikkelingen en de snelheid waarmee zij elkaar opvolgen, kan, los van het advies van de Afdeling op grond van artikel 58t Wpg, er niet zonder meer van worden uitgegaan dat het kb dat daarna ter goedkeuring aan de beide Kamers wordt voorgelegd dezelfde inhoud heeft als het ontwerpbesluit dat eerder aan de

---

[17] Voormalig artikel VIII, vierde lid van de Twm.
[18] Stb. 2021, nr. 359.
[19] Artikel VIII, vierde lid (nieuw) van de Twm.
[20] Artikel VIII, vierde lid van de Twm.

Afdeling was toegezonden. Daarbij is van belang dat voor een zorgvuldige beoordeling van de noodzaak van verlenging niet alleen de inhoud van het kb zélf relevant is, maar ook de omstandigheden zoals die op of omstreeks het moment van verlenging gelden en recente adviezen die daarover in die periode zijn uitgebracht.

Het ligt daarom in de rede dat de Afdeling over een wetsvoorstel tot goedkeuring van een verlengingsbesluit (opnieuw) wordt gehoord. Dit geldt te meer omdat het in het kader van de verlenging gaat om wezenlijke constitutionele vragen waarbij de in de Grondwet vastgelegde rechten van de burger in de uitzonderlijke omstandigheden van dit moment, nadrukkelijk aan de orde zijn. De daarmee verband houdende afwegingen vereisen de grootst mogelijke zorgvuldigheid. In lijn met het door de regering bevestigde uitgangspunt[21] van artikel 73, eerste lid, Grondwet leest de Afdeling artikel VIII, vierde lid, van de Twm dan ook zo dat de Afdeling in beginsel over het wetsvoorstel tot goedkeuring van het kb wordt gehoord.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

[21] Kamerstukken II 2020-2021, 35874, nr. 4, p. 8.