No.W16.21.0019/II 's-Gravenhage, 1 februari 2021

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 29 januari 2021, no.2021000168, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet inzake het voortduren van de werking van artikel 8, eerste en derde lid, van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Voortduringswet artikel 8 Wbbbg), met memorie van toelichting.

Dit wetsvoorstel strekt er toe uitvoering te geven aan de wettelijke verplichting om, na vaststelling van een koninklijk besluit (kb) tot inwerkingstelling van bepaalde artikelen van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg), onverwijld een voorstel van wet aan de Tweede Kamer te zenden omtrent het voortduren van de werking van de in werking gestelde bepalingen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de gevolgde procedure. Daarbij stond enerzijds urgentie voorop in verband waarmee parlementaire betrokkenheid in de systematiek van de toegepaste Wbbbg pas achteraf zou plaatsvinden, maar anderzijds werd in afwijking daarvan de Tweede Kamer vooraf betrokken. Daarnaast is niet toegelicht waarom in dit geval is gekozen voor de Wbbbg in plaats van een aanpassing van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 (Twm).

De Afdeling gaat tevens in op de uit de Wbbbg voortvloeiende verhouding tussen de afgekondigde ministeriële regeling en de algemene maatregel van bestuur (amvb) waarin nadere regels worden gegeven met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid om het vertoeven in de open lucht te beperken. In verband daarmee is niet toegelicht waarom het nodig was om de hele amvb buiten werking te stellen. Daarbij zou tevens nader moeten worden ingegaan op het ontbreken van een uitzondering voor leden van de beide Kamers.

Ten slotte maakt de Afdeling opmerkingen over de keuze om in het wetsvoorstel een einddatum op te nemen in plaats van gebruik te maken van de procedure die de Wbbbg hiervoor kent. Dit roept de vraag op wat er moet gebeuren indien de avondklok na het verstrijken van die einddatum nog steeds nodig blijkt te zijn. In verband met deze opmerkingen is aanpassing van het voorstel en zo nodig de toelichting wenselijk.

1. Systematiek Wbbbg

De avondklok is, anders dan de vrijheidsbeperkende maatregelen die tot dusverre ter bestrijding van het virus zijn getroffen, niet gebaseerd op de Twm maar op de Wbbbg. Deze wet biedt de mogelijkheid om buiten de uitzonderingstoestand van artikel 103, eerste lid, van de Grondwet, een of meer van de in de Wbbbg neergelegde noodbevoegdheden te activeren ingeval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken (de zogenoemde separate toepassing). Activering in deze situatie vindt plaats door op grond van artikel 1, eerste lid, van de Wbbbg een of meer bepalingen van die wet bij kb, op voordracht van de minister-president, in werking te stellen. Twee bepalingen die volgens deze procedure in werking kunnen worden gesteld zijn artikel 8, eerste en derde lid, van de Wbbbg.

Artikel 8 Wbbbg kent een gelaagde structuur. Het eerste lid geeft aan de minister van Veiligheid en Justitie en de commissaris van de Koning de bevoegdheid om het ‘vertoeven in de open lucht te beperken’. Artikel 8, eerste lid, vormt de wettelijke basis voor de thans ingestelde avondklok.

Het tweede lid bepaalt vervolgens dat met betrekking tot de uitoefening van deze bevoegdheid bij amvb nadere regels worden gegeven.[[1]](#footnote-1) Deze amvb met nadere regels is vastgesteld op 25 november 1953 op grond van de voorloper van de huidige wet en daarna nooit meer aangepast.[[2]](#footnote-2) Ook bij de herziening van het staatsnoodrecht in de jaren ‘90, die heeft geleid tot de huidige Wbbbg, is deze amvb niet aangepast en ook niet inhoudelijk besproken;[[3]](#footnote-3) zij is destijds stilzwijgend onder het regime van de nieuwe Wbbbg gecontinueerd. De amvb is daarmee nog steeds geldend recht.

Het derde lid bepaalt ten slotte dat de Minister van Veiligheid en Justitie bevoegd is om in spoedeisende gevallen bij ministeriële regeling regels te geven over de beperking van het vertoeven in de open lucht. Daarbij kan in spoedeisende gevallen worden afgeweken van de amvb die op grond van het tweede lid is vastgesteld. De amvb kan door de minister ook, opnieuw alleen in spoedeisende gevallen, geheel buiten werking worden gesteld.

In de systematiek van de Wbbbg vindt parlementaire betrokkenheid achteraf plaats. Daartoe bepaalt artikel 1, tweede lid, dat wanneer het kb tot inwerkingstelling van een of meer noodbevoegdheden is genomen, ‘onverwijld’ een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer wordt gezonden omtrent het voortduren van de werking van de op grond van dat kb in werking gestelde bepalingen. Achtergrond van deze bepaling is om ook in gevallen waarin vanwege de buitengewone omstandigheden niet gewacht kan worden op parlementaire goedkeuring vooraf, ervoor te zorgen dat het parlement (Tweede én Eerste Kamer) alsnog in de gelegenheid wordt gesteld om zich bij wet uit te spreken over het gebruik van deze bepalingen.

Behandeling van het wetsvoorstel vindt vervolgens plaats volgens de reguliere grondwettelijke procedure. Wordt het wetsvoorstel door de Tweede Kamer dan wel door de Eerste Kamer verworpen, dan worden op grond van artikel 1, derde lid, bij kb de betreffende bepalingen onverwijld buiten werking gesteld. Los daarvan vindt op grond van artikel 1, vierde lid, buitenwerkingstelling bij kb in alle gevallen plaats zodra de omstandigheden dit naar het oordeel van de regering toelaten.

2. Gevolgde procedure

De thans ingevoerde avondklok kwam voor het eerst als optie aan de orde op dinsdag 12 januari 2021 tijdens de persconferentie van de minister-president.[[4]](#footnote-4) Daarin gaf hij aan dat het kabinet binnen enkele dagen een besluit over een avondklok zou nemen. In de stand-van-zakenbrief van 12 januari aan de Tweede Kamer meldde de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dat over een avondklok een spoedadvies zou worden gevraagd aan het OMT en aan de gedragsunit van het RIVM.[[5]](#footnote-5) Het advies van het RIVM werd op 15 januari uitgebracht, dat van het OMT op 19 januari.[[6]](#footnote-6) Op 20 januari heeft de minister-president in een persconferentie aangekondigd dat het kabinet de avondklok wilde invoeren.

Op 21 januari is over het kabinetsvoornemen gedebatteerd in de Tweede Kamer. Uit dat debat bleek uiteindelijk dat er steun van een meerderheid van deze Kamer was voor invoering van een avondklok van 21.00 uur tot 4.30 uur. Op 22 januari is vervolgens overgegaan tot daadwerkelijke invoering van de avondklok. Daartoe zijn bij kb artikel 8, eerste en derde lid, van de Wbbbg in werking gesteld[[7]](#footnote-7) en zijn op grond van artikel 8, derde lid, omtrent de instelling van de avondklok bij ministeriële regeling nadere regels gesteld.[[8]](#footnote-8) De avondklok werd van kracht op 23 januari. Op 26 januari werd het onderhavige wetsvoorstel dat strekt tot het voortduren van de werking van artikel 8, eerste en derde lid, van de Wbbbg bij de Afdeling ter advies aangeboden.

Gezien deze gang van zaken valt het de Afdeling op dat de gevolgde procedure op twee gedachten hinkt. Gelet op de hiervoor geschetste systematiek impliceert toepassing van de Wbbbg dat er sprake is van zodanig buitengewone en spoedeisende omstandigheden dat parlementaire goedkeuring van de te nemen maatregelen niet kan worden afgewacht. Desondanks heeft de regering er voor gekozen om de avondklok niet direct in te laten gaan, maar hierover vooraf met de Tweede Kamer te debatteren om langs deze weg voor deze maatregel en de verdere invulling daarvan de steun te verwerven van een Kamermeerderheid. Hoe begrijpelijk op zichzelf ook, is deze gang van zaken niet vanzelfsprekend. Naast de vertraging van enkele dagen die hierdoor is opgetreden rijst de vraag hoe de feitelijk gevolgde procedure zich verhoudt tot de door de Wbbbg voorgeschreven wetsprocedure. Deze laatste procedure, waarin naast de Tweede Kamer ook de Eerste Kamer en (de Afdeling advisering van) de Raad van State een grondwettelijk verankerde rol hebben, komt in een ander daglicht te staan omdat materieel reeds instemming van de Tweede Kamer is verkregen.

In samenhang met het voorgaande rijst voorts de vraag of gelet op de gevolgde procedure en de voorbereidingstijd die voor de voorgenomen maatregel is uitgetrokken (ruim twee weken tot aan de daadwerkelijke invoering), wel van een zodanig urgente situatie sprake was dat toepassing van de Wbbbg in de rede lag. Zoals gezegd wijkt deze toepassing af van de tot dusverre tijdens de coronacrisis gevolgde lijn om beperkende maatregelen vast te leggen in de Tijdelijke wet maatregelen Covid-19 (Twm). Zoals uit recente ervaringen blijkt, kan een wijziging van deze wet in korte tijd tot stand komen.[[9]](#footnote-9) Uit de toelichting blijkt niet op grond van welke argumenten, bijvoorbeeld de ingrijpendheid van de maatregel, in dit geval in plaats daarvan gekozen is voor toepassing van de Wbbbg.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande in de toelichting nader in te gaan op de gevolgde procedure, mede in het licht van de systematiek van de Wbbbg.

3. Instelling van avondklok bij ministeriële regeling

a. *Onderhoud amvb*

De hiervoor geschetste systematiek van de Wbbbg brengt met zich dat de nadere regels omtrent de uitoefening van de bevoegdheid ex artikel 8, eerste lid, om door middel van een avondklok de persoonlijke vrijheid te beperken worden vastgesteld bij amvb. Alleen in spoedeisende gevallen kan op grond van artikel 8, derde lid, bij ministeriële regeling van die amvb worden afgeweken of kan deze geheel buiten werking worden gesteld.

De vraag rijst in hoeverre in de huidige situatie in overeenstemming met de bedoeling van artikel 8 is gehandeld. De amvb is in 1953 vastgesteld op grond van artikel 8, tweede lid, en is sindsdien niet meer aangepast.[[10]](#footnote-10) Daardoor is deze wellicht slechts beperkt bruikbaar in de huidige situatie.[[11]](#footnote-11) Daardoor kan geen serieus recht worden gedaan aan het in artikel 8 neergelegde uitgangspunt dat alleen bij uitzondering en in afwijking van de amvb bij ministeriële regeling regels worden gesteld. De toelichting gaat hier niet op in. Evenmin blijkt uit de toelichting in hoeverre is overwogen om de genoemde amvb alsnog te herzien dan wel op grond van artikel 8, tweede lid, een nieuwe amvb vast te stellen.[[12]](#footnote-12)

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

b. *Afwijking dan wel buiten werking stellen*

De ministeriële regeling ex artikel 8, derde lid, op grond waarvan de avondklok is ingesteld bepaalt in artikel 6 dat de op basis van artikel 8, tweede lid, vastgestelde amvb in zijn geheel buiten werking wordt gesteld. De toelichting bij de regeling stelt dat deze amvb niet goed toepasbaar is in de huidige situatie.[[13]](#footnote-13) Dit wordt niet nader gemotiveerd. Ook de toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel gaat hier niet op in.

De Afdeling merkt op dat de inhoud van de amvb en de ministeriële regeling deels overlappen, bijvoorbeeld daar waar het gaat om de uitzondering voor politieagenten en brandweermannen.[[14]](#footnote-14) Daarnaast is er niet voor gekozen om de in het besluit opgenomen uitzondering voor de leden van de Kamers voor zover zij in de open lucht moeten vertoeven in verband met de vergaderingen van de Kamers, in de regeling op te nemen. De toelichting gaat niet in op de vraag waarom deze uitzondering in de huidige situatie niet van toepassing zou moeten zijn. Dit is te meer opvallend, omdat in de Twm nadrukkelijk wél uitzonderingen zijn opgenomen voor de Staten-Generaal.[[15]](#footnote-15) Ook overigens gaan de toelichting bij de regeling, noch die bij het wetsvoorstel in op de vraag waarom niet, in lijn met de systematiek van artikel 8 Wbbbg, is gekozen voor het (deels) in stand houden van de amvb en in de regeling alleen af te wijken van die bepalingen van de amvb die niet meer goed toepasbaar zijn.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de inhoud van de bepalingen van de amvb en die van de ministeriële regeling en de daarbij gemaakte keuzes.

4. Einddatum wet

Het wetsvoorstel regelt in artikel 1 dat de werking van artikel 8, eerste en derde lid, voortduurt tot 10 februari 2021, 04.30 uur. Daarmee sluit het voorstel aan bij de bepaling hierover in de ministeriële regeling.[[16]](#footnote-16)

Zoals hiervoor vermeld bepaalt artikel 1, vierde lid, dat bepalingen die ingevolge het eerste lid in werking zijn gesteld, bij kb op voordracht van de minister-president, buiten werking worden gesteld zodra de omstandigheden dit naar het oordeel van de regering toelaten. Hoewel het juridisch mogelijk is om in de voortduringswet een einddatum op te nemen,[[17]](#footnote-17) ligt dat niet zonder meer voor de hand. Bij kb kan het gebruik van artikel 8, eerste en derde lid, zo gauw de omstandigheden dat toelaten, immers buiten werking worden gesteld. De minister-president kan over het al dan niet uitoefenen van deze bevoegdheid door de beide Kamers ter verantwoording worden geroepen.

In het licht van het voorgaande is de vraag hoe de situatie is indien met het oog op de bestrijding van het virus ook na 10 februari 2021 het gebruik van de avondklok noodzakelijk wordt geacht. Indien de wet vóór 10 februari in werking is getreden kan niet worden volstaan met aanpassing van de ministeriële regeling omdat het wetsvoorstel hieromtrent zelf een harde einddatum bevat. Gelet op de hiervoor beschreven systematiek van de Wbbbg moet er in dat geval van worden uitgegaan dat de daarin vastgelegde procedure dan opnieuw moet worden gestart door middel van het inwerking stellen van artikel 8, eerste lid en derde lid, en het onverwijld indienen van een nieuw wetsvoorstel. De vraag is of dat gewenst is. Aan dat gevolg kan in die situatie alleen worden ontkomen door de thans voorgestelde wet niet vóór 10 februari tot stand te laten komen dan wel een voor die datum tot stand gekomen wet niet in werking te laten treden. De vraag is of een dergelijke gang van zaken in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever.

De Afdeling adviseert in de toelichting te motiveren waarom gekozen is voor het opnemen van een harde einddatum in het wetsvoorstel zelf en zo nodig het voorstel op dit punt aan te passen.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W16.21.0019/II

* Voorzien in medeondertekening van het wetsvoorstel en de toelichting door de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, gelet op de systematiek van artikel 1 Wbbbg.
1. Eerder was de grondslag voor deze amvb opgenomen in artikel 13 van de Wbbbg 1952 (Stb. 1952, 361). [↑](#footnote-ref-1)
2. Stb. 1953, 555. In de nog steeds geldende tekst wordt nog steeds abusievelijk vermeld dat deze gebaseerd op artikel 13 Wbbbg (artikelnummering oude wet). [↑](#footnote-ref-2)
3. Wetsvoorstel buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Kamerstukken 1993/94-1995/96, 23789). [↑](#footnote-ref-3)
4. De avondklok was al eerder door het OMT genoemd als maatregel die het kabinet zou kunnen invoeren, te weten in de adviezen van het OMT-78, OMT-80 en OMT-95 (d.d. 28 september 2020, 2 november 2020 en 11 januari 2021). [↑](#footnote-ref-4)
5. Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 874. [↑](#footnote-ref-5)
6. Bijlagen bij Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 912. [↑](#footnote-ref-6)
7. KB van 22 januari 2012, Stb.2021, 24. [↑](#footnote-ref-7)
8. Regeling van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 januari 2021, nr. 3192465, tot instelling van een landelijke avondklok ter bestrijding van de epidemie van covid-19 (Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19), Stcrt. 2021-4191. [↑](#footnote-ref-8)
9. Zie bijvoorbeeld de Wet van 8 januari 2021 tot wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met een verduidelijking van de tijdelijke grondslag voor het stellen van regels over de toegang tot en het gebruik van voorzieningen voor personenvervoer, Stb. 2021, 3. Het voorstel hiervoor werd op 6 januari 2021 ingediend, op 7 januari door de Tweede Kamer behandeld en aangenomen en op 8 januari door de Eerste Kamer, waarna het diezelfde dag gepubliceerd werd en op 9 januari 2021 inwerking trad (Kamerstukken 35695). [↑](#footnote-ref-9)
10. De Afdeling heeft al eerder gewezen op de noodzaak om het staatsnoodrecht te actualiseren. Zie de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen (W04.20.0139/I/Vo), Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 312. Overigens heeft het kabinet al voorafgaande aan de crisis het voornemen aangekondigd het staatsnoodrecht aan te zullen passen, (zie Kamerstukken II 2017/18, 29668, nr. 48). [↑](#footnote-ref-10)
11. Zie ook de toelichting bij artikel 6 van de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19, Stcrt. 2021-4191. [↑](#footnote-ref-11)
12. Daarbij zij vermeld dat de avondklok afgelopen najaar reeds als mogelijke optie aan de orde is geweest (zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 712). [↑](#footnote-ref-12)
13. Stcrt. 2021, 4191. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artikel 5, onder g, van het Besluit ex art. 13, vierde lid, Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag en artikel 3, eerste lid, onder a, van de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19. [↑](#footnote-ref-14)
15. Zie de artikelen 58 g en h van de Wet publieke gezondheid. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artikel 8, tweede lid, van de Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19. [↑](#footnote-ref-16)
17. Kamerstukken II 1993/94, 23791, nr. 3, p. 2. [↑](#footnote-ref-17)