



FORUM

DE STAATSNODRECHTELIJKE GEBREKEN VAN HET AVONDKLOK-VONNIS

SAMANTHA DANIELS - 17.02.2021

Met verbazing las ik het vonnis van de voorzieningenrechter inzake de rechtmatigheid van het besluit tot invoering van de avondklok; een vernietigend oordeel dat bol staat van terminologie en dwarsverbanden die weinig met het staatsnoodrecht van doen hebben.

Het uitgangspunt in de staatsnoodrechtelijke jurisprudentie die de grenzen van de rechterlijke toetsing van het noodrecht kenmerkt, is dat deze toetsing marginaal is. Reeds in 1945 oordeelde de Hoge Raad in het licht van het klassieke – nationale – staatsnoodrecht dat de vraag of de getroffen noodmaatregel door de omstandigheden geboden is een beleidsvraag betreft, en dat de rechter een noodmaatregel alleen verbindende kracht kan ontzeggen indien die gebodenheid niet aanwezig *kan* zijn geweest (HR30 oktober 1946, NJ 1946, 737.) Ook in het gemeentelijk noodrecht is het uitgangspunt dat het bestaan van de nood en de juistheid van het burgermeesterlijke noodbevel een beleidskwestie is (o.a. ECLI:NL:RBNHO:2015:4711.) De voorzieningenrechter heeft met zijn vonnis m.i. de grenzen van zijn toetsingsbevoegdheid overschreden nu hij oordeelt dat er van een ‘daadwerkelijke spoedsituatie’ dan wel een ‘acute noodsituatie’ geen sprake was.

Niet alleen geeft de voorzieningenrechter invulling aan wat als nood kwalificeert; hij doet dat op basis van criteria die verkeerd worden uitgelegd en onjuist met elkaar in verband worden gebracht. Bij de rechtmatige toepassing van staatsnoodrecht staat slechts één criterium centraal: er moet sprake zijn van een buitengewone omstandigheid. Dat is de omstandigheid waarin een vitaal belang wordt bedreigd (1) *en* normale bevoegdheden niet toereikend zijn om deze bedreiging af te wenden (2). In dit criterium ligt de vereiste inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit besloten en het is bij de laatste grootschalige herziening van het noodrecht in 1997 met reden door de wetgever als uitgangspunt genomen: het maakt het mogelijk dat alle soorten noodsituaties, klein en groot, spoedeisend en niet spoedeisend, kunnen worden geadresseerd met noodbevoegdheden, in plaats van dat die alleen toepasbaar zouden zijn in bij wet genoemde noodsituaties. De crux van een noodsituatie is immers dat ze doorgaans onvoorzien zijn en de wetgever gevoeglijk niet bij machte is ze nader te duiden.

Om die reden komen termen als ‘acuut’ en ‘evident aanwezig’, die de voorzieningenrechter gebruikt om de nood te duiden, dan ook niet in het staatsnoodrecht voor, laat staan dat ze als toepassingscriteria gelden. Er is niet zoiets als een derde ‘onmiddellijkheidscriterium’, om het zo maar te zeggen. In de toetsing van het gemeentelijk noodrecht – bestaande uit artikel 175 en 176 Gemeentewet op grond waarvan de burgemeester noodbevoegdheden kan uitoefenen – speelt onmiddellijkheid wel een rol, maar in het kader van het subsidiariteitsvereiste (er was geen tijd om de noodsituatie met een APV het hoofd te bieden, bijvoorbeeld.)

Weliswaar bepaalt art. 8 Wbbbg, dat ten grondslag ligt aan het besluit tot invoering van de avondklok, dat de minister J&V in spoedeisende gevallen regels kan stellen die afwijken van de krachtens datzelfde artikel uitgevaardigde amvb, maar wat als spoedeisend kwalificeert, is aan het bestuur en niet aan de rechter.

Dit raakt een ander punt: de overweging dat de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg) geen goede grondslag zou zijn voor het bestreden besluit, omdat er geen sprake zou zijn van ‘superspoed’ – wat dat ook moge betekenen. Meer specifiek oordeelt de rechter dat de vereiste spoed afwezig zou zijn geweest omdat er voor de invoering van de avondklok al gesproken was over mogelijkheid van de avondklok (1) en deze al ruim daarvoor als een van de vele mogelijke opties naar voren kwam (2.) Ik zie niet in waarom het bestaan van eerdere overwegingen betreffende de avondklok uitsluit dat men op een later moment tot de (bestuurlijke) vaststelling komt dat de nood die tot de avondklok noopt, zich voordoet. Deze redenering suggereert een vereiste volgordelijkheid die in het staatsnoodrecht volstrekt niet ter zake doet: een noodsituatie presenteert zich tenslotte doorgaans ook niet volgordelijk (dat is precies de reden waarom ze als nood kwalificeert.)

De voorzieningenrechter vervolgt met de stelling dat dit duidelijk maakt dat niet aan de bijzondere eisen voor activering van de Wbbbg is voldaan, want de Wbbbg is volgens hem slechts bedoeld voor situaties die ‘letterlijk geen enkel uitstel kunnen dulden’ – gelijk een dijkdoorbraak. Dit is pertinent onjuist. De Wbbbg is een noodwet die ten doel heeft de toekenning van bevoegdheden aan organen van het burgerlijk gezag ter handhaving van de openbare orde en veiligheid in buitengewone omstandigheden. Het is heel wel denkbaar dat (bepalingen van) de Wbbbg in werking worden gesteld met oog op een noodsituatie die prospectief is, een noodsituatie die zich langzaam ontwikkelt, hetgeen het geval is bij het merendeel van de te onderscheiden crisistypen. Het gaat dan bijvoorbeeld om situaties van dreigend gevaar, gevaar dat zich nog niet heeft verwezenlijkt, en in het geval waarvan men nooit zeker zal kunnen weten of de toepassing van de noodbevoegdheid nog enig uitstel had verdragen. In het vormvrije noodrecht wordt dit gedachtegoed explicieter uitgedragen, zoals bijvoorbeeld in de noodregeling van art. 6:2 Wft, op grond waarvan de minister van Financiën tot onteigening van

een financiële onderneming kan overgaan als hij van oordeel is dat er sprake is van dreigend gevaar. Over het gebruik en de terminologie van dergelijk vormvrij noodrecht valt wel een en ander te zeggen, maar het punt is hier dat de voorzieningenrechter de reikwijdte van de Wbbbg te smal uitlegt.

Voorts vraagt de voorzieningenrechter zich af waarom de regering heeft gekozen voor de Wbbbg in plaats van aanpassing van de Tijdelijke wet maatregelen Covid-19 (TwmC-19.) Zou dat zijn omdat een vergaande noodbevoegdheid als het beperken van het vertoeven in de open lucht niet in het normale recht thuis hoort? Dit soort buitengewone bevoegdheden vinden met reden hun plek in noodwetgeving, nu dit geschreven staatsnoodrecht minder eenvoudig kan worden toegepast dan normaal recht. Het staatsnoodrecht werpt een barrière op tegen misbruik van bevoegdheden, waar het normale recht dat niet of minder doet. I.c. betreft het noodwetgeving wier toepassing onderworpen is aan de instemming van de Staten Generaal wat betreft het voortduren ervan. De Staten Generaal bepaalt bij verlengingswet (door de voorzieningenrechter Voortduringswet genoemd) dat een noodmaatregel mag voortduren. Evenzo kan zij een verlengingswetsvoorstel verwerpen, waarna de noodbevoegdheid buiten werking wordt gesteld. Het idee hierachter is dat een voorhangprocedure te veel tijd vergt in een situatie waarin snel gehandeld moet worden en dat een verlengingswet de beperkte inspraak van de Staten Generaal (enigszins) compenseert. Zou de bevoegdheid tot het invoeren van een avondklok in de TwmC-19 zijn opgenomen, dan zou de Staten Generaal alleen tweemaandelijks kunnen stemmen over verlenging van de gehele wet (zie artikel 35, derde lid, TwmC-19.) Het aannemen of verwerpen van een verlengingswet, waartoe de Staten Generaal op elk door haar gekozen moment kan overgaan, is dus een sterker controlemiddel. De voorzieningenrechter doet in dit verband een aantal opmerkelijke uitspraken: een wetsontwerp verlengingswet strekt er ‘slechts’ toe uitvoering te geven aan de wettelijke verplichting daartoe (1); indien de Eerste of Tweede Kamer verwerpt heeft dat ‘overigens wel’ tot gevolg dat de noodbevoegdheid tot invoering van de avondklok buiten werking wordt gesteld (2) en ‘bovendien kan eventuele goedkeuring van de verlengingswet door de Staten Generaal er niet toe leiden dat de keuze voor inzet van de Wbbbg alsnog wordt gelegitimeerd’ (3.) De rechter lijkt er geheel aan voorbij te gaan dat en waarom de wetgever bewust voor deze systematiek heeft gekozen.

Spannend is de uitspraak in hoger beroep zeker. Wordt het besluit in stand gelaten, dan betekent dat mogelijk een verschuiving in de opvatting van wat als nood te gelden heeft en wie deze kwalificeert; m.i. geen verbetering als een vonnis als het onderhavige daartoe de aanzet is.