



ORDE VAN
VLAAMSE
BALIES



NOTA

**Opmerkingen OVB bij het
voorontwerp van wet
'betreffende de
maatregelen van
bestuurlijke politie tijdens
een epidemische
noodsituatie'**



OVB

ALGEMEEN

Overeenkomstig artikel 495 van het Gerechtelijk Wetboek behartigt de Orde van Vlaamse Balies (OVB) de belangen van de advocatuur en van de rechtzoekenden. Deze beperkte nota is geschreven vanuit die invalshoek en vraagt aandacht voor de hiërarchie van de rechtsnormen in combinatie met de rechtszekerheid, het legaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en de rechten van verdediging.

De OVB benadrukt voorts de volgende algemene punten:

- i. De huidige wettelijke grondslag voor de coronamaatregelen bij ministerieel besluit, nl. de wet van 2007 betreffende de civiele veiligheid, is zeer discutabel en smeekt om vervanging. Het voorontwerp is een stap in de juiste richting, maar met sterk voorbehoud.
- ii. Het voorontwerp komt veel te laat en riskeert zijn doel voorbij te schieten. Als het de bedoeling is om een volgende epidemie te bestrijden, dan kan de wetgever beter de tijd nemen om erover na te denken.
- iii. De elkaar onnavolgbaar snel opvolgende, steeds wijzigende en soms onduidelijk geformuleerde ministeriële besluiten ondergraven hun legitimiteit. Het voorontwerp moet zorgen voor een meer constante regelgeving.
- iv. De gepubliceerde wetenschappelijke en praktische onderbouwing van elke maatregel moet veel duidelijker zijn, om een betere toetsing van de noodzaak voor een tijdelijke beperking van grondrechten of vrijheden en de proportionaliteit ervan mogelijk te maken.
- v. De mogelijke maatregelen moeten scherper opgeschreven worden, met duidelijke definities. Vooral de algemeen geformuleerde mogelijkheid om “fysieke of sanitaire maatregelen” op te leggen is veel te vaag en kan niet door de beugel.
- vi. De adviesorganen waarop beroep gedaan wordt moeten bij wet vastgelegd worden, met waarborgen inzake competentie, onafhankelijkheid en dgl. Die organen mogen niet enkel bestaan uit wetenschappers met een epidemiologische achtergrond, er moet ook beroep gedaan worden op een voldoende aantal experts met andere relevante specialismen.

ARTIKEL 2

De OVB meent dat de definitie van een “epidemische noodsituatie” in punt 3° legistiek voor verbetering vatbaar is en stelt voor de definitie te herschrijven zoals uiteengezet in Bijlage A.

ARTIKEL 3

De OVB is verrast dat het voorontwerp in artikel 3, § 1, laatste lid een evaluatie van de wet door de bijzondere commissie Aanpak COVID-19 voorziet op het einde van de laatste periode van de epidemische noodsituatie. De Kamer moet altijd een wet kunnen evalueren, zeker een dergelijke vérstrekkende wet, en niet enkel na afloop van de noodsituatie. Het uitgangspunt van die benadering is ook problematisch. De bepaling stelt dat zal worden nagegaan of de wet de nagestreefde doelstellingen vervult in het kader van het naleven van de grondrechten en of ze niet dient te worden gewijzigd of opgeheven. De bevolking mag verwachten dat een wet de grondrechten en vrijheden respecteert, en dat de grondwettelijkheid niet pas nadien geëvalueerd wordt. Dat is immers de preventieve taak van het parlement.

Het parlement moet de afkondiging en verlenging van de epidemische noodsituatie bij KB bekrachtigen binnen zeer korte termijn. De OVB juicht de introductie van een parlementair debat toe, nu dat automatisch ook betrekking zal hebben op de getroffen maatregelen, maar de noodzakelijk korte termijn moet wel voldoende blijven om een daadwerkelijk debat mogelijk te maken.

Die tweetrapsregeling leidt wel tot tijdelijke rechtsonzekerheid over de rechtsgeldigheid van de maatregelen die gelden in de periode tussen de verlenging van de epidemische noodsituatie bij KB en

de bekrachtiging ervan bij wet. Volgens artikel 4, §1, eerste lid mag de minister immers pas maatregelen treffen na de bekrachtiging bij wet van de afkondiging of instandhouding van de epidemische noodsituatie. In een radicale lezing zou dat kunnen betekenen dat de geldende maatregelen uitdoven en de minister nieuwe maatregelen moet treffen zodra een wet de instandhouding van de noodsituatie bekrachtigt. Dat is wellicht niet de bedoeling. Maar ook in de lezing dat de geldende maatregelen behouden blijven bij de instandhouding van de noodsituatie, ontstaat er tijdelijke rechtsonzekerheid over hun rechtsgeldigheid. Artikel 4, §1, eerste lid lijkt immers te impliceren dat de geldende maatregelen tijdelijk uitdoven en pas mogelijk herrijzen na bekrachtiging van de instandhouding van de noodsituatie bij wet. Het voorontwerp zou die rechtsonzekerheid moeten wegwerken.

ARTIKEL 4

De OVB betreurt dat §1, eerste lid, bepaalt dat de minister van Binnenlandse Zaken de nodige maatregelen van bestuurlijke politie treft, zij het bij een in Ministerraad overlegd ministerieel besluit. De OVB treedt de rechtsleer bij die erop wijst dat die werkwijze de grondwettelijke taakverdeling verstoort.¹ Krachtens de artikelen 37 en 108 Gw. komt het alleen de Koning toe, en niet individuele ministers, om besluiten ter uitvoering van wetten uit te vaardigen. Artikel 33, 2^{de} lid Gw. verhindert delegatie van die bevoegdheid.² Dat het Grondwettelijk Hof niet rechtstreeks aan die artikelen kan toetsen, is geen vrijbrief voor de wetgever om die bepaling naast zich neer te leggen.

Bovendien betreurt de OVB dat het voorontwerp noch de memorie van toelichting (MvT) een concrete toetsing aan de grondrechten uitwerkt. De MvT vermeldt uitsluitend dat de maatregelen van bestuurlijke politie “*de uitoefening van bepaalde grondrechten mogelijk kunnen beperken*” (p. 15). Dit staat in contrast met de Nederlandse regeling in de ‘Tijdelijke wet maatregelen covid-19’ van 28 oktober 2020, die uitvoerig aandacht besteedt aan diverse grondrechten, zoals kinderrechten, eigendomsrechten, onderwijsvrijheid, godsdienstvrijheid, recht op gezondheidszorg, enz.³

Bovendien werkt §2 de noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitstoets die een inperking van de grondrechten door de maatregelen moeten rechtvaardigen, onvoldoende uit. Ook de MvT biedt geen analyse van de proportionaliteit van de maatregelen (p. 15). De OVB raadt aan die toets door te voeren, zowel bij de totstandkoming van de wet en de toekenning van de bevoegdheden aan de minister, de gouverneurs en de burgemeesters, als (zeker) later bij de uitoefening van die bevoegdheden en de maatregelen die eruit voortvloeien.⁴

Daarnaast machtigt het tweede lid van §1 de lokale besturen om nog verdergaande maatregelen te treffen, die enkel “overleg” vereisen met de minister of de provinciegouverneur. De OVB pleit echter voor een meer doorgedreven vorm van bijzonder bestuurlijk toezicht. De strengere lokale maatregelen behoeven niet alleen overleg met, maar ook goedkeuring van de minister resp. provinciegouverneur. Als hoogdringendheid geen voorafgaande goedkeuring toelaat, dan moet die goedkeuring zo spoedig mogelijk (bv. binnen twee dagen) volgen. Bij gebrek aan uitdrukkelijke goedkeuring, vervalt de lokale maatregel van rechtswege en retroactief.

Verder pleit de OVB voor spoedige publieke bekendmaking van alle adviezen die aan deze maatregelen ten grondslag liggen, naar analogie met artikel 3, §3 van het voorontwerp. Ook de burger moet kunnen nagaan waarop de maatregelen gestoeld zijn. Dat zal de legitimiteit en de toetsingsmogelijkheid van de maatregelen ten goede komen.

Tot slot ziet de OVB het nut niet in van het laatste lid van §3, nu de wet als hiërarchisch hogere norm hoe dan ook besluiten kan opheffen.

De OVB pleit in de huidige stand van de Grondwet en wetgeving niet voor een wettelijke noodzaak voor bekrachtiging van de maatregelen bij wet, op grond van de overweging dat een daadwerkelijke toetsing door de Raad van State en door de hoven en rechtbanken krachtens art. 159 Gw. mogelijk moet blijven.

ARTIKEL 5

De punten aangehaald in artikel 5, § 1 zijn geen doelstellingen (“gericht op”), maar concrete maatregelen op zich. Het verdient derhalve legistiek de voorkeur om te stellen dat “*de in artikel 4, § 1, eerste lid,*

bedoelde maatregelen, die hierna limitatief zijn opgesomd, kunnen omvatten, al dan niet in combinatie met elkaar: [...].

De OVB raadt aan de begripsomschrijving van de gebruikte termen te definiëren in artikel 2 teneinde de interpretatieruimte zo klein mogelijk te houden, zoals dit ook in Nederland het geval is.⁵ Dit is tevens noodzakelijk om het legaliteitsprincipe bij strafrechtelijke sanctionering te respecteren.

Verder stelt de OVB voor, naar analogie met de Nederlandse regeling, om op basis van wetenschappelijk onderzoek een gedifferentieerde benadering mogelijk te maken tussen personen op basis van o.a. leeftijd, onderliggende gezondheidstoestand, beroep of andere factoren in het kader van de strijd tegen de epidemische noodsituatie.⁶

Hoewel de maatregelen steeds noodzakelijk, geschikt en in verhouding tot de nagestreefde doelstelling zullen moeten zijn, is punt h) ("het opleggen van fysieke of sanitaire maatregelen") al te vrijblijvend geformuleerd. Het kan leiden tot extreme vrijheidsbeperkingen. In dat verband stelt de Raad van State dat (eigen onderlijning):

"[v]oor het beperken van de meest fundamentele rechten en vrijheden nagenoeg in alle gevallen een legaliteitsbeginsel [geldt] en dus steeds een specifiek optreden van de wetgever nodig [is]. Ook indien kan worden aangenomen dat deze beperkingen van grondrechten, gelet op hun aard, niet op een zeer uitgewerkte wijze door de wetgever zelf moeten worden vastgesteld, moeten ze kunnen worden gesteund op een voldoende nauwkeurig omschreven en omkaderde delegatie vanwege de wetgever aan de Koning. Een louter algemene machtiging volstaat derhalve niet; uitdrukkelijke en specifieke machtigingsbepalingen zijn noodzakelijk."⁷

Dat veronderstelt dat minstens de essentiële elementen ervan in de wet moeten worden vermeld, wat zeker voor punt h) niet het geval is maar ook bij andere punten aan de orde is. Een en ander is des te problematischer omdat de machtiging aan de minister en niet aan de Koning wordt verleend.

ARTIKEL 6

De OVB verwijst voor dit artikel naar het uitgebreide advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit.⁸

ARTIKEL 7

In overeenstemming met het legaliteitsbeginsel, moet de wet de strafmaat voor de niet-naleving van de maatregelen bepalen. Het spreekt voor zich dat de medische gevolgen van een overtreding van de maatregelen afhankelijk zal zijn van de besmettelijkheid van het infectieus agens en de ernst van de gevolgen van een besmetting (bv. de mortaliteitsgraad). De ernst van de inbreuk verschilt dus naargelang de concrete noodsituatie. Niet alleen de rechterlijke straftoemeting, maar ook de strafmaat die de wetgever kiest, moet daarmee proportioneel zijn.

De OVB meent voorts dat, om elke discussie uit te sluiten, artikel 7 gewag moet maken van de mogelijkheid van verzachtende omstandigheden.⁹ Beleidsmatig moet er voldoende ruimte zijn voor minnelijke schikkingen, zelfs bij recidive, om te vermijden dat er, zeker voor lichte inbreuken, onnodig een strafrechtelijk parcours gevolgd wordt. Systematische (potentieel zware) bestraffing lijkt niet te rijmen met het proportionaliteitsbeginsel.

Ten slotte meent de OVB dat het derde lid slaat op de uitvoering van maatregelen uit artikelen 4 en 5. Dit past niet in het kader van artikel 7. Overigens vraagt de OVB zich af hoe die bevoegdheid moet worden geïnterpreteerd bij gebrek aan duiding in de memorie van toelichting.

BIJLAGE A – VERANTWOORDING VAN DE VOORGESTELDE WIJZIGING IN DE DEFINITIE

De OVB stelt volgende definitie voor:

Art. 2. [...]:

3° “epidemische noodsituatie”: Elke situatie gekenmerkt door de aanwezigheid van een infectieus agens bij mensen:

- a. dat de gezondheid van een groot aantal personen in België kennelijk ernstig aantast of kan aantasten of de factor van sterfte kennelijk significant kan verhogen;
- b. en dat bovendien leidt of kan leiden tot:
 - een ernstige overbelasting van bepaalde gezondheidszorgbeoefenaars en -voorzieningen; of
 - de noodzaak van een versterking, ontlasting of ondersteuning van bepaalde gezondheidszorgbeoefenaars en -voorzieningen; of
 - de snelle en massale uitrol van geneesmiddelen, medische hulpmiddelen of persoonlijke beschermingsmiddelen;
- c. [tekst behouden zoals voorgesteld in het voorontwerp];
- d. [valt weg].

“Elke situatie gekenmerkt door de aanwezigheid van een infectieus agens bij mensen: [...]” – De OVB meent dat deze formulering eenvoudiger en nauwkeuriger is. In de definitie van het voorontwerp gaat de “ernstige bedreiging” uit van een “gebeurtenis”, terwijl die net moet uitgaan van de aanwezigheid van een infectieus agens. Verder is het niet noodzakelijk om te gewagen van een “ernstige bedreiging”, omdat de ernstige bedreiging concreet wordt uitgewerkt in de cumulatieve voorwaarden onder a) en b).

“a. dat de gezondheid van een groot aantal personen in België kennelijk ernstig aantast of kan aantasten, of dat er de factor van sterfte significant kan verhogen;” – De OVB meent dat het gebruik van het voegwoord “en” in de definitie van het voorontwerp ervoor zorgt dat de “factor van sterfte” een cumulatieve deelvoorwaarde is om een epidemische noodsituatie te kunnen uitroepen. Daarentegen gaat de memorie van toelichting (p. 10) volgens ons terecht uit van een alternatieve deelvoorwaarde. Een epidemische noodsituatie bestaat immers ook bij een virus dat mensen bv. blind maakt of verlamt. Het voegwoord “en” moet dus “of” luiden. Ook moet het gaan om een “kennelijk ernstige” aantasting van de gezondheid, zodat een marginale toetsing mogelijk is, en er geen epidemische noodsituatie wordt uitgeroepen voor een infectieus agens dat bv. een verkoudheid veroorzaakt. Verder zien wij het nut niet in van de begrippen “overmatige sterfte” en “mogelijk” in de definitie van het voorontwerp, omdat dezelfde zin al “significant” en “kan” bevat. De voorgestelde formulering schuift ook de eerste twee zinsdelen in elkaar.

“b. en dat bovendien leidt of kan leiden tot:” – De OVB stelt om taalkundige redenen voor om “één of meerdere van de onderstaande gevolgen” in de definitie van het voorontwerp te schrappen en “of” na iedere opsomming te plaatsen. De opsomming bevat immers niet alleen de (mogelijke) gevolgen van de “gebeurtenis” (lees: “de aanwezigheid van een infectieus agens”) (ontwrichting van de zorg), maar ook de maatregelen die (eventueel) moeten worden getroffen om die ontwrichting op te vangen. Verder behoeft de cumulatieve voorwaarde onder b) specifiekere bewoordingen. Het is momenteel niet duidelijk wat onder “bepaalde gezondheidszorgbeoefenaars en -voorzieningen, en onder “de noodzaak van een versterking, ontlasting of ondersteuning” daarvan, begrepen wordt.

Tot slot meent de OVB dat de voorwaarde onder d) moet worden geschrapt, omdat ze niet-essentieel is om de epidemische noodsituatie af te kondigen. De voorwaarde onder d) kan best in de memorie van toelichting worden opgenomen als een mogelijk element in de risicoanalyse bedoeld in artikel 3, §1, eerste lid van het voorontwerp. Wel mag de internationale erkenning geen cumulatieve voorwaarde zijn om de epidemische noodsituatie uit te roepen: een infectieus agens kan immers ook op eigen bodem ontstaan en meteen maatregelen noodzaken om een verspreiding ervan te voorkomen.

EINDNOTEN

¹ P. POPELIER, "Crisisbeheer bij ministerieel besluit", *Tijdschrift voor Wetgeving*, 4, 2020, (282) 285.

² I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen Bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen: Intersentia, 2019, 63.

³ Zie uitvoerig daarover: MVT bij Tijdelijke wet maatregelen covid-19, Tweede Kamer nr. 35526/3, p28-38.

⁴ Naar analogie met advies College voor de Rechten van de Mens van 3 juni 2020, p2, via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-941814> (geraadpleegd 9 maart 2021).

⁵ Zie art. 1 Tijdelijke wet maatregelen covid-19 van 28 oktober 2020 (Eerste Kamer, nr. 35526 stuk B) dat daartoe art. 58a invoegt in de Wet publieke gezondheid (inwerkingtreding 1 december 2020).

⁶ Zie art. 1 Tijdelijke wet maatregelen covid-19 van 28 oktober 2020 (Eerste Kamer, nr. 35526 stuk B) dat daartoe art. 58e invoegt in de Wet publieke gezondheid (inwerkingtreding 1 december 2020).

⁷ Zie Adv.RvS nr. 62.592/3, 3 januari 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van het nucleair en radiologisch noodplan voor het Belgisch grondgebied', 5-6, en Adv.RvS nr. 62.833/3, 14 februari 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van het nucleair en radiologisch noodplan voor het Belgisch grondgebied', 9.

⁸ Adv.GBA nr. 24/2021 van 2 maart 2021 over het voorontwerp van wet 'betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie'.

⁹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht*, Antwerpen: Maklu, 2006, 61.