

GERECHTSHOF AMSTERDAM

Zaaknummer : 200.293.171/01

Roldatum : 18 mei 2021

MEMORIE VAN GRIEVEN

De Stichting **IK WIL GEWOON NAAR SCHOOL**,
gevestigd en kantoorhoudende te Purmerend
appellante

Advocaat: mr. V. Platteeuw

tegen:

De openbare rechtspersoon **DE STAAT DER NEDER-
LANDEN**,
in het bijzonder de Ministeries van Volksgezondheid, Wel-
zijn en Sport, Justitie en Veiligheid en Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelaties, waarvan de zetel is gevestigd te 's-
Gravenhage, ex artikel 48 Rv. aan het parket van de Pro-
cureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden ge-
vestigd te Den Haag

geïntimeerde

Advocaat: mr. R.W. Veldhuis

Appellante, hierna te noemen: *'De Stichting'*, doet eerbiedig grieven als volgt.

Inleiding

1. De Stichting kan zich niet met de uitspraak van 11 februari van de voorzieningenrechter Den Haag verenigen. De Stichting is om die reden (tijdig) in beroep gekomen bij uw Gerechtshof. Namens de Stichting wordt aan Uw Hof verzocht de casus opnieuw te beoordelen. De Stichting wenst de door haar in eerste aanleg ingediende stukken (inclusief producties) als volledig herhaald en ingelast te beschouwen, mede ter weerlegging van het gewezen vonnis in eerste aanleg. In aanvulling daarop en eventueel ter correctie daarvan verwijst de Stichting naar al hetgeen verder in deze memorie is opgenomen.

Grievens

Grief I

2. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.3:

‘De verspreiding van het coronavirus heeft geleid tot een acute crisissituatie in Nederland. [.....] Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.’

3. De voorzieningenrechter bespreekt in deze paragraaf de marginale toetsing die plaatsvindt bij de beoordeling van besluiten van de overheid. De Stichting stelt zich op het standpunt dat de voorzieningenrechter onbesproken laat dat in onderhavige procedure bij de beoordeling van meerdere beroepsgronden door de rechter een volle toetsing had moeten plaatsvinden. Overheidshandelen moet op een wet zijn gebaseerd en aan gerechtelijke toetsing kunnen worden onderworpen. In het kader van de machtscheiding en de checks and balances is het van belang dat de rechterlijke macht de wetgevende en uitvoerende macht controleert. Dit betekent dat de machten bevoegdheden krijgen voor de controlefunctie ten opzichte van elkaar, zodat geen enkele macht absolute zeggenschap heeft op zijn terrein.
4. Het is de voorzieningenrechter verboden formele wetten te toetsen aan de Grondwet. De grondwetgever heeft het oordeel over de vraag met welke bepalingen van de Grondwet bij het tot stand brengen van wetten rekening moet worden gehouden en op welke

manier dit moet gebeuren, uitsluitend aan de wetgever zélf willen doen toekomen. Omdat de rechter formele wetten niet aan de Grondwet mag toetsen, ligt de controle op grondwetsconformiteit uitsluitend bij de wetgever zelf. Dat schept een bijzondere verantwoordelijkheid. Het aan de rechter gerichte toetsingsverbod impliceert een aan de wetgever gericht gebod tot zorgvuldige toetsing aan de Grondwet. Dit brengt met zich dat de formele wetgever bij het formuleren van beperkingen op de uitoefening van grondrechten ook materiële criteria moet aanleggen, die onder meer kunnen worden gevonden in voldoende specificiteit en proportionaliteit. Deze criteria vereisen een grondige belangenafweging waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen.

5. In casu is er sprake van een Kaderwet. Het is juist dat de inperking van grondrechten in hoofdstuk Va van de Wpg niet getoetst mag worden aan de Grondwet. In eerste aanleg is de vraag gesteld of de toets of de delegatiebepaling zoals deze in de Grondwet is opgenomen en of de inperking van de grondrechten in de Regeling (daarmee door wet in materiële zin) juist is uitgevoerd. Het is van belang dat de delegatiebepaling in de wet in formele zin de rechter voldoende houvast biedt om de wettigheid van deze ministeriële regeling vol te kunnen toetsen. Of de delegatiebepaling juist is uitgevoerd, betreft een volle toetsing.
6. Met betrekking tot de Regeling is de Grondwet, alsmede de rol die het EVRM en het EU-Handvest in de rechtspraak over de toepassing van bevoegdheden en de verenigbaarheid daarvan met grondrechtenbepalingen spelen, groot: toetsing van formeel-wettelijke bepalingen door de rechter aan deze verdragen en de Grondwet is toegestaan en geboden. Wettelijke voorschriften waaronder de bestreden Regeling dienen buiten toepassing te blijven als die toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen alsmede grondrechten. Uit drie EHRM-uitspraken over Nederland met betrekking tot een 'schending van artikel 8 EVRM' stelde het Hof vast dat Nederland artikel 8 EVRM heeft geschonden wegens het niet voldoen aan de eis van 'noodzakelijkheid in de democratische samenleving' en/of 'voorzienbaarheid bij wet'¹. Deze drie uitspraken illustreren dat, op grond van artikel 8 EVRM, er indringend op rechtmatigheid moet worden getoetst. Ook dit betekent dat de rechter ten aanzien van deze beroepsgrond 'vol' moet toetsen.

¹ Noot: Appl. no. 7094/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD000709406, AB 2012/275 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, JB 2012/78 m.nt. G. Overkleeft-Verburg, EHRC 2012/87 m.nt. M.M. Groothuis, NJ 2013/484 m.nt. E.J. Dommering. Appl. no. 39315/06, ECLI:CE:ECHR:2012:1122JUD003931506, Mediaforum 2013 nr. 1, p. 25-30 m.nt. A.W. Hins, EHRC 2013/36 m.nt. S.P. Poppelaars. Annotatie De Mos bij EHRC 2013/36.

7. Eveneens is het de taak van de rechter om de Regeling aan de Grondwet en de Verdragen te toetsen en te beoordelen of de Regeling voldoet aan de criteria van voldoende specificiteit, proportionaliteit en evenredigheid. De vraag of mondkapjes effectief zijn dient hierbij te worden beantwoord. Immers, als mondkapjes niet effectief blijken, kan aan voormelde criteria nimmer zijn voldaan. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in meerdere mate het rechtzekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel gebieden dat wetten en de uitvoering voor een ieder duidelijk zijn en ten aanzien van de uitvoering, met name indien de verantwoordelijkheid van de uitvoering daarvan wordt neergelegd bij bedrijven, organisaties en particulieren met sanctionering bij het niet vervullen van de zorgplicht door middel van handhaving en boetes. Wederom betreft dit een volle toetsing.
8. Het is juist zoals de voorzieningenrechter stelt, dat rechters ten aanzien van beleidskeuzes marginaal toetsen. Echter, van belang is dat in onderhavige procedure er diverse momenten zijn dat er vol getoetst dient te worden. Uit het vonnis en de zeer beperkte afwegingen blijkt niet dat de voorzieningenrechter dit ook daadwerkelijk heeft gedaan. Sterker nog, de Europese Regelgeving en de grondrechten waar de Stichting zich op beroept, lijken grotendeels onbesproken gelaten.

Grief II

9. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.5:

‘De Stichting heeft allereerst betoogd dat de mondkapjesplicht in onderwijsinstellingen geen deugdelijke wettelijke basis heeft, omdat die verplichting een inbreuk maakt op grondrechten en niet is vastgelegd in een wet in formele zin, maar in een ministeriële regeling. [...] [Artikel 58j lid 1 onder a Wpg bepaalt dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld over hygiënemaatregelen en persoonlijke beschermingsmiddelen.]’

10. De rechter stelt dat de mondkapjesplicht in de Wpg zou zijn geregeld. Het ingevoerde hoofdstuk in de Wpg is een Kaderwet (ook wel raamwet) waarin de maatregelen slechts in algemene zin worden omschreven en dus slechts in algemene zin wordt voorzien in een wettelijke basis voor de inbreuk(en) die een maatregel met zich brengt. De concrete invulling van een maatregel — en dus ook de aard en omvang van een inbreuk — vindt plaats door middel van de Regeling. *Art 58j lid 1 onder a van de Wpg bepaalt dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld over hygiënemaatregelen en persoonlijke beschermingsmiddelen. Een mondkapje dient daarmee te voldoen aan een maatregel en/of beschermingsmiddel zoals gedefinieerd in de Wpg.* Ten onrechte neemt

de voorzieningenrechter aan dat een mondkapje ook onder deze definities geschaard kan worden. Zo vanzelfsprekend is dat immers niet.

11. *De definities zoals opgenomen in Hoofdstuk Va van de Wpg zijn als volgt:*
“hygiënemaatregelen: maatregelen betreffende de inrichting van ruimten of aldaar te gebruiken voorwerpen of materialen, of het treffen van voorzieningen ten behoeve van de reinheid teneinde besmetting met of overdracht van het virus SARS-CoV-2 zoveel mogelijk te voorkomen.”
“persoonlijke beschermingsmiddelen: uitrusting die bestemd is om te worden gedragen of vastgehouden teneinde de eigen of een andere persoon zoveel mogelijk te beschermen tegen overdracht van het virus SARS-CoV-2.”
12. De Stichting stelt dat er geen overtuigend bewijs bestaat dat het dragen van een mondkapje besmetting of overdracht kan voorkomen. Ook is niet aangetoond dat een mondkapje personen beschermen tegen het virus. Sterker nog, de Stichting stelt zich op het standpunt dat een mondkapje juist een negatief effect heeft op de gezondheid van een ieder en met name van kinderen en bovendien een negatieve uitwerking heeft op het aantal besmettingen. Indien dit standpunt wordt aangenomen, is een mondkapje daarmee geen hygiënemaatregel dat besmetting met of overdracht van het virus in enigerlei mate voorkomt. Ook is een mondkapje in dat geval geen persoonlijk beschermingsmiddel dat een persoon zo veel mogelijk beschermt tegen de overdracht van het virus. De vraag staat dan ook centraal of een mondkapje als een hygiënemaatregel of persoonlijk beschermingsmiddel kan worden gedefinieerd. Indien dit niet het geval is, is de Regeling onbevoegd tot stand gekomen en daarmee evident onverbindend.
13. Het bewijs of het dragen van mondkapjes besmetting of overdracht van het virus kan voorkomen en verspreiding kan tegenaan, wordt anders dan de voorzieningenrechter doet voorkomen, in de adviezen waarop de totstandkoming van de Regeling is gebaseerd niet beantwoord. Voor de goede orde, de Regeling is gebaseerd op een advies van het OMT van 14 oktober 2020² (productie 1), een OMT-advies van 4 mei 2020 (productie 2)³, welke beide slechts zijn gebaseerd op een rapport van het European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)⁴ van 8 april 2020 (productie 3) en

² Advies 80e OMT COVID-19 d.d. 14 oktober 2020: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/10/14/advies-nav-80e-omt>

³ <https://www.rivm.nl/documenten/covid-19-toepassing-mondneusmakers-openbare-ruimten>

⁴ European Centre for Disease Prevention and Control. Using face masks in the community: Reducing COVID19 transmission from potentially asymptomatic or pre-symptomatic people through the use of face masks, 8 April 2020. Stockholm: ECDC 2020 hierna te noemen 'ECDC artikel', rapport is geactualiseerd

een rapport van de WHO⁵ van 1 juni 2020 (**productie 4**). Van het ECDC-artikel is een update verschenen op 15 februari 2021 (**productie 5**)⁶.

14. Om inzicht te krijgen in hoeverre het dragen van mondkapjes mogelijk zou helpen tegen verspreiding van het virus, hetgeen ten onrechte in de toelichting van de Regeling wordt gesteld, wordt de effectiviteit van mondkapjes aan de hand van bovengemelde rapportages hieronder besproken. Het ECDC-artikel stelt dat *“het gebruik van mondkapjes in het openbare leven kan worden overwogen”*. Het artikel stelt verder dat *“het gebruik van mondkapjes in de openbare ruimte kan dienen als middel voor beheersing bij de bron om de verspreiding van de infectie in de samenleving te verminderen door de uitscheiding van ademhalingsdruppeltjes van [presymptomatische] personen.”* Van belang is het woordje ‘kan’. Het ECDC-artikel stelt niet dat mondkapjes effectief zijn maar slechts dat het als middel kan dienen. Uit deze aanbevelingen kan dan ook niet de conclusie worden gerechtvaardigd dat mondkapjes effectief zijn. Dit wordt in dit advies ook niet wetenschappelijk onderbouwd. Het ECDC-artikel stelt juist letterlijk: ***Er zijn geen aanwijzingen dat niet-medische mondkapjes of andere gezichtsbedekkingen een effectief middel voor ademhalingsbescherming zijn voor de drager van het masker. Over het geheel genomen bleken verschillende niet-medische mondkapjes een zeer laag filterrendement te hebben (2–38%). In één onderzoek bleek het gebruik van katoenen chirurgische maskers een hoger risico op penetratie van micro-organismen en influenza-achtige ziekteverwekkers op te leveren dan niet-gebruik van maskers. [.....]. Er is beperkt indirect bewijs waaruit blijkt dat van verschillende materialen vervaardigde niet-medische mondkapjes de afgifte van door hoesten vrijkomende ademhalingsdruppels in de omgeving kunnen verminderen [...].”***
15. *Uit voormelde citaten blijkt bovendien een innerlijke tegenstrijdigheid. Als het mondkapje de drager niet beschermt, impliceert dit dat het virus niet door het mondkapje wordt tegengehouden. De stelling dat het mondkapje beschermt dan wel verspreiding van het virus tegen zou kunnen gaan is dan ook niet logisch. Ook de stelling dat er “beperkt indirect bewijs” zou bestaan waaruit zou blijken dat een medisch mondkapje de afgifte van door hoesten vrijkomende ademhalingsdruppels in de omgeving kan verminderen, is een conclusie die niet getrokken kan worden. Het ECDC-artikel verwijst hierbij namelijk slechts*

op 15 februari 2021, <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/using-face-masks-community-reducing-covid-19-transmission>; het oorspronkelijke rapport staat niet meer online maar is in ons bezit in PDF-vorm

⁵ Physical distancing, face mask, eye protection to prevent person-to-person transmission of SARS cov2 and COVID-19. A Systematic review and meta analyse”. Chu et al, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7263814/>

⁶ <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/using-face-masks-community-reducing-covid-19-transmission>

naar één onderzoek uit China dat hierop zou moeten wijzen. Uit dat onderzoek kan de conclusie dat mondkapjes indirect zouden kunnen helpen echter niet zomaar getrokken worden. In dat onderzoek wordt gemeld: “Het is niet bekend of het gebruik van deze maskers in de openbare ruimte verband houdt met de lagere COVID-19-percentages die in sommige van deze landen worden waargenomen, omdat maskergebruik slechts een van de vele responsmaatregelen en -praktijken is die in deze landen zijn toegepast en daar meer aandacht wordt besteed aan praktijken op het gebied van ademhalingsetiquette en handhygiëne dan elders.” Het gestelde beperkt indirecte bewijs dat mondkapjes eventueel zullen kunnen helpen bij het tegengaan van het virus staat dan ook wetenschappelijk niet vast. Het is slechts een aanname.

16. Sterker nog, dat een mondkapje geen persoonlijk beschermingsmiddel is, wordt ondersteund in de update van het ECDC-rapport uit april 2020 (productie 5, p. 3) waarin bij de definitie van "medical face masks" wordt gesteld dat *'Medical face masks are not defined as personal protective equipment in Regulation (EU) 2016/425 of 9 March 2016 or Directive 89/656/EEC on personal protective equipment'*.
17. Hierbij opgemerkt dat uit de OMT-adviezen van 4 mei en 13 oktober 2020 eveneens niet kan worden geconcludeerd dat een mondkapjesplicht noodzakelijk is om het virus te bestrijden. Zo melden deze adviezen dat het effect van het dragen van mondkapjes in de openbare ruimten in de literatuur niet eenduidig is en de resultaten uit de beschikbare studies elkaar tegen spreken. Het OMT erkent daarmee dat de effectiviteit van het dragen van een mondkapje niet is aangetoond. In de OMT-adviezen is de woordkeuze ook; *'dragen mogelijk enigszins bij'* en *'beschermen de drager in zeer beperkte mate'* en *'door de beperkte bescherming is mondneusbescherming niet geschikt als vervanging van social distancing'*. Dit verklaart ook dat het RIVM in de media altijd het standpunt heeft ingenomen dat deze maatregel niet door het OMT wordt geadviseerd. In haar advies van 13 oktober 2020 vraagt het OMT aandacht voor een eenduidige lijn voor wat betreft mondkapjes, maar onthoudt zich verder van een oordeel over de medische noodzakelijkheid ervan.
18. Waar de OMT-adviezen en de ECDC-rapporten erkennen dat er geen direct bewijs is dat mondkapjes effectief zijn, stelt het WHO rapport van 1 juni 2020 dat er wel enig effect van mondkapjes uitgaat. De rapportage heeft echter van onafhankelijke reviewers veel kritiek gehad en kan dan ook niet de enige basis zijn voor de stelling dat het dragen van mondkapjes effectief zou zijn. De kanttekeningen bij dit rapport zijn:
 - Van de 29 studies die werden geanalyseerd in de WHO-studie, bleken er zeven te zijn die nooit waren gepubliceerd en geen peer review hadden ondergaan;

- Slechts vier studies bleken betrekking te hebben op SARS-COV-2, de overige allemaal op het SARS-COV-1-virus of MERS-virus, waarbij vrijwel uitsluitend besmettingen plaatsvonden door zwaar zieke ziekenhuispatiënten, niet in de gewone samenleving.

- Van de vier studies die betrekking hadden op SARS-COV-2, werden er twee verkeerd geïnterpreteerd. Eén was niet eenduidig, de andere had betrekking op N95 (FFP2) maskers, die expliciet worden afgeraden door de ECDC (in de update, productie 7).

- De studie wordt gebruikt als basis voor regelgeving in de samenleving, maar 26 van de 29 studies hadden betrekking op ziekenhuis-situaties. Van deze overige drie liet er één geen effect zien van mondkapjes, was er één verkeerd geclassificeerd (die bleek ook betrekking te hebben op een ziekenhuis) en één was gebaseerd op niets meer dan telefoongesprekken in Beijing. Geen enkele van de drie studies had betrekking op SARS-COV-2.

- De auteurs van de studie erkennen dat de zekerheid van de bewijsvoering aangaande gezichtsmaskers 'klein' is, omdat alle studies observationeel zijn en er *geen enkele Randomized Controlled Trial bij zit*.

19. Uit de adviezen waar de Regeling op steunt kan dan ook niet geconcludeerd worden dat bewezen is dat mondkapjes helpen ter verspreiding of bescherming van het virus. Bovendien verdient het opmerking dat de gebruikte rapportages ook niet volledig zijn. Anders dan in vele andere studies, richten de gebruikte rapportages zich slechts op virusoverdracht door 'druppels' en niet op virusoverdracht door aerosolen. Met 'druppels' wordt bedoeld ieder deeltje dat groter is dan 5 micron. Een micron is een-tienduizendste millimeter, veel kleiner dan met het blote oog waarneembaar is. Bij de rapportages is niet gekeken of virusdeeltjes worden tegengehouden, maar of "ademhalingsdruppels" worden tegengehouden, waarbij de aanname lijkt te zijn dat het tegenhouden van ademhalingsdruppels automatisch betekent dat virusoverdracht wordt voorkomen. Dit is onjuist zodat de rapportages onvolledig zijn om als basis te kunnen dienen voor de invoering van de mondkapjesplicht. Het "tegenhouden" van druppels is niet hetzelfde als het tegenhouden van virusoverdracht. Virusoverdracht vindt immers overwegend plaats door middel van aerosolen.
20. Aerosolen worden gemeten in nanometers. 1 nanometer is 1/1000ste van een micron (micrometer), en dat is weer 1/1000ste van een millimeter. Een aerosol heeft ruwweg een omvang van 100 nanometer, oftewel 0,1 micron. Het N95 (FFP2) masker, dat zo heet omdat het 95% effectief zou zijn, wordt getest op partikels van 0,3 micron, dus niet

op aerosolen⁷. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat aerosolen de belangrijkste vorm van overdracht zijn⁸. Onbegrijpelijk is dan ook de stelling in het OMT-advies van 4 mei 2020 dat, zoals zij stelt, er *op dit moment geen aanwijzingen zijn voor aerogene transmissie in openbare ruimten.* Deze stelling druist volledig in tegen alles wat bekend is over de virusoverdracht en bovengemelde onderzoeken. Bovendien wordt deze stelling ook niet onderbouwd door het ECDC-artikel waar zij in haar advies zelf naar verwijst. Het ECDC-artikel erkent namelijk wel degelijk dat virusoverdracht plaatsvindt via aerosolen. Naast het feit dat de gebruikte rapportages te dun zijn gemotiveerd om de conclusie te rechtvaardigen dat mondkapjes helpen ter voorkoming van verspreiding van het virus en effectief zijn, zijn deze rapportages dus ook onvolledig omdat het effect van aerosolen er niet in is meegenomen.

21. Opmerkelijk is ten slotte dat de gebruikte rapportages zich richten op besmetting door symptomatische en presymptomatische personen. Voor besmetting door asymptomatische personen (de meerderheid van de bevolking) is derhalve geen bewijs. Draggers van mondkapjes zijn overwegend asymptomatische personen. De mondkapjesplicht is voor deze groep derhalve volstrekt zinloos en bovendien, blijkt ook verder uit deze memorie, schadelijk.
22. De vraag die dan opkomt is waarom de Staat slechts bovengemelde rapportages heeft betrokken in de Toelichting van de Regeling. Reden zou kunnen zijn omdat alleen deze vier adviezen trachten te onderbouwen dat er enige effectiviteit van mondkapjes zou moeten blijken. Ten onrechte heeft de Staat bij het afkondigen van de Regeling de enorme hoeveelheid wetenschappelijk onderzoek die uitwijst dat mondkapjes niet effectief zijn, inclusief onderzoek dat voldoet aan de hoogste standaarden (RCT, randomized controlled trials) en epidemiologisch bewijs genegeerd. Dit levert een vertekend beeld op van de werkelijkheid en gaat in tegen de normale wetenschappelijke praktijk.
23. Daarnaast heeft de Staat bij de afkondiging van de Regeling zich alleen beroepen op aanbevelingen in het ECDC-rapport naar gelang hem uitkomt maar de aantekeningen die niet in het voordeel van een mondkapjesplicht pleiten buiten beschouwing gelaten. De toelichting van de Regeling wekt de indruk dat er is gezocht naar rapportages die de invoering van de mondkapjesplicht kunnen onderbouwen en lijken de studies die anders

⁷ zie Berenson ([Unreported Truths About Covid-19 and Lockdowns: Masks](#)).

⁸ zie bijvoorbeeld [Size distribution and sites of origin of droplets expelled from the human respiratory tract during expiratory activities](#), uit 2009 in het Journal of Aerosol Science en The Lancet van Dr Kevin Fenelly van het National Heart, Lung and Blood Institute: [Particle sizes of infectious aerosols: implications for infection control](#), die stelt: "There is no evidence that some pathogens are carried only in large droplets." De Association of American Physicians and Surgeons stelt onder de kop [Mask Facts](#): "The preponderance of scientific evidence supports that aerosols play a critical role in the transmission of SARS-CoV-2."

uitwijzen doelbewust te negeren. Al met al kan op basis van de adviezen die als onderbouwing dienen van de Regeling, niet worden vastgesteld dat mondkapjes beschermen tegen overdracht van of besmetting met het virus. Hiermee kan niet worden vastgesteld of aan de definities van hygiënemaatregelen en/of persoonlijke beschermingsmiddelen kan worden voldaan. Aangezien dit bewijs niet geleverd kan worden (anders had de Staat zich er wel op beroepen), maakt dit dat de Regeling evident onverbindend is.

Grief III

24. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.5:

'[.....]De Stichting stelt zich kennelijk op het standpunt dat een dergelijk delegatiemodel niet zou moeten worden toegestaan. [.....] De Staat heeft dus gehandeld binnen zijn wettelijke mogelijkheden. Voor een principiële discussie daarover is in dit kort geding geen plaats.'

25. De Stichting stelt zich op het standpunt dat dit wettelijk raamwerk geen toereikende mogelijkheden en randvoorwaarden voor een evenwichtige en grondrechtsconforme afwijking biedt. De delegatie zoals deze in de raamwet is gegeven bevat onvoldoende specifieke grondslagen en wordt ook onvoldoende in de wet zélf geregeld. Op grond van aanwijzing 2.24 van 'Aanwijzingen voor de regelgeving', beperkt delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister zich tot *voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld*. Wellicht is de epidemie een omstandigheid die zich niet eerder in deze vorm heeft voorgedaan, echter van een grote spoed kon ten tijde van afkondiging van deze wetgeving niet meer gesproken worden. Ook betreft de Regeling geen voorschriften die dikwijls wijziging behoeven. Tot op heden is de Regeling ten aanzien van mondkapjes slechts de geldigheidstermijn verlengd, verdere wijzigingen hebben zich niet voorgedaan. Bovendien behoeft de Regeling geen wijzigingen met grote spoed aangezien mondkapjes niet effectief zijn. Van grote spoed om deze maatregel vast te stellen of te wijzigen kan dan ook nimmer sprake zijn.

26. Dat een delegatie van ingrijpende regelgevende bevoegdheid zoals in dit wetsvoorstel is voorzien, ongebruikelijk en vergaand is, erkent de Staat in de memorie van toelichting⁹. Anders dan de Stichting stelt de Staat echter dat de bijzondere omstandigheden

⁹ Memorie van toelichting Tijdelijke bepalingen in verband met de maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet covid-19, p8.).

die zich voordoen, een dergelijke ingrijpende bevoegdheid rechtvaardigen. Met de Stichting stelt de Orde van Advocaten (hierna NOVA) in haar advies van 3 november 2020 (productie 12 van de dagvaarding) dat het parlement dient te beslissen over de vaststelling van maatregelen die grondrechten tijdelijk kunnen beperken of opheffen. De verplichting om het voorstel voor een verlengings-koninklijk besluit tenminste een week aan de Kamers voor te hangen (zie artikel 58c lid 2 Wpg), is niet toereikend, gelet op de vereiste democratische legitimatie voor de beperking van grondrechten. Dit belang wordt des te meer aangetoond door het gegeven dat uit het verlengingsbesluit (**productie 6**) en het feit dat er aanwijzingen zijn dat de mondkapjesplicht een licht negatief effect heeft, gewoonweg is genegeerd. Democratische controle is duidelijk afwezig.

27. De NOVA zegt hier in haar advies het volgende over: *“Het is in het staatsrechtelijk bestel onjuist om grondrechten te kunnen beperken door middel van een ministeriële regeling waarin die beperkingen worden ingevuld en uitgewerkt. Een democratisch parlement mag die bevoegdheid niet uit handen te geven aan ministers. Het parlement dient om te beginnen te oordelen over de vraag of de beoogde maatregelen noodzakelijk en evenredig geacht moeten worden en opwegen tegen de schadelijke gevolgen ervan op vele gebieden. Het invoegen van hoofdstuk Va Wpg en de Regeling heeft de minister gemachtigd tot het maken van uitzonderingen op wettelijke en grondwettelijke rechten en vrijheden. Zo’n machtiging dient uiterst zorgvuldig en zo concreet mogelijk te worden omschreven en de te verbieden of voor te schrijven gedragingen die beperkingen van de grondwettelijke rechten en vrijheden meebrengen dienen in de wet zelf te worden omschreven.”*
28. Dat de Wpg geen zorgvuldige en concrete normen bevat, blijkt uit de normen zoals opgenomen in § 2 en § 3 van hoofdstuk Va Wpg welke allemaal open normen betreffen. De enige voorwaarden waaraan die regelingen volgens art. 58b lid 2 dienen te voldoen, betreffen dat zij “noodzakelijk” voor en “evenredig” aan het doel van de bestrijding van de COVID-epidemie moeten zijn. Deze twee criteria zijn slechts ter 'explicitering' opgenomen, want ze gelden sowieso (ex artikel 8 EVRM). Deze uitwerking van de wet in de praktijk is ongewenst in een democratische rechtsstaat. Juist de criteria van “noodzakelijkheid” en “evenredigheid” bij de beperking van grondrechten en vrijheden vergen een volle (niet marginale) toets. De toets is, conform het EVRM, of de maatregelen noodzakelijk zijn “in een democratische samenleving”. Dat is, gelet op de hiervoor besproken marginale toetsing inderdaad een vraag die primair door een volksvertegenwoordiging dient te worden beantwoord. De bij de mondkapjesregeling toegepaste wetsystematiek maakt echter dat de rechter bij toetsing van het beperken van de grondrechten door de

Ministers, onvoldoende houvast heeft om de wettigheid van de ministeriële regelingen ten opzichte van de in de Wpg gegeven bevoegdheid ten volle te kunnen toetsen.

29. Bovendien verdient opmerking dat met de huidige wetssystematiek geen uitvoering is gegeven aan aanwijzing 2.19 inhoudende *dat verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau, de wet **ten minste** de hoofdelementen van de regeling bevat. Bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling moeten vinden en ter zake van welke elementen delegatie is toegeestaan, dient het primaat van de wetgever als richtsnoer.* Met andere woorden, tenminste de hoofdelementen van de Regeling hadden in de wet in formele zin (in dezen de Wpg) moeten worden opgenomen. Hiervan is geen sprake. Immers het verplicht stellen van een mondkapje, voor wie, wanneer en waar is niet geregeld in de Wpg. De Ministers kunnen de grondrechten van inwoners van Nederland ten aanzien van het dragen van mondkapjes op grove wijze en geheel naar eigen invulling inperken zonder dat de volksvertegenwoordiging zich hierover kan uitspreken. De delegatie van een dergelijk ingrijpende bevoegdheid is mede gelet op de lange duur van de Wet Covid-19, namelijk 1 september 2023 en het feit dat de Regeling telkenmale met een verlengingsbesluit kan worden verlengd (hetgeen al eenmaal is gebeurd), niet gelegitimeerd. Met deze wetssystematiek verliest de democratische rechtstaat zijn werking en betekenis.
30. De Stichting stelt zich dan ook op het standpunt dat de wetgever bij het invoegen van Hoofdstuk Va in de Wpg en het formuleren van beperkingen op de uitoefening van grondrechten (waaronder artikel 8 EVRM en artikel 10 en 11 Grondwet) ten onrechte geen, althans onvoldoende materiële criteria heeft vastgelegd, die onder meer kunnen worden gevonden in voldoende specificiteit en proportionaliteit. Deze criteria vereisen een grondige belangenafweging waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen. Deze toets had de voorzieningenrechter ten volle dienen uit te voeren. Dat, zoals de voorzieningenrechter in bovengemelde overweging oordeelt, de Staat heeft gehandeld binnen zijn wettelijke mogelijkheden is ongefundeerd (immers, in de overwegingen blijkt niet dat hij de wetssystematiek getoetst heeft) en bovendien, gelet op boven gestelde, onjuist.
31. Merkwaardig is overigens dat de voorzieningenrechter na zijn oordeel dat de Staat heeft gehandeld binnen zijn wettelijke mogelijkheden, vervolgt door te overwegen dat voor een principiële discussie daarover in dit kort geding geen plaats zou zijn. De rechter concludeert en velt zijn oordeel maar stelt vervolgens dat een oordeel hierover in kort geding niet thuis hoort. Hierbij opgemerkt dat dit standpunt onjuist is. In eerdere uitspraken

zoals onder meer de avondklok zijn in een kortgedingprocedure eveneens principevragen omtrent de toepassing en uitvoering van wetgeving beoordeeld¹⁰. Niet is in te zien dat een dergelijke toetsing in onderhavige procedure niet in kort geding beslecht kan worden.

32. Bovendien, indien in kortgeding geen uitspraak wordt gedaan over de vraag of de bevoegdheid bestaat tot het invoeren van onderhavige wetgeving op basis van de huidige wetssystematiek, zou dit betekenen dat jarenlang ingeboet kan worden op werking en betekenis van de democratische rechtstaat (de Regeling kan immers telkenmale door de Ministers worden verlengd) zonder dat ingezetenen hiertegen kunnen opkomen. Immers, een uitspraak in bodemprocedure neemt vaak minstens een jaar, en indien de zaak wordt behandeld door de meervoudige kamer, meerdere jaren in beslag. Indien de Regeling onbevoegd tot stand is gekomen en materiële wetgeving in strijd met de grondrechtelijke bepalingen de Grondwet beperkt, kan niet zodanig lang gewacht worden alvorens daar een oordeel over wordt geveld. Hiermee is het spoedeisend belang om snel duidelijkheid te verkrijgen dan ook gegeven.

Grief IV

33. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.6:

‘De Stichting heeft aangevoerd dat de Staat in de afgelopen periode een zwabberend mondkapjesbeleid heeft gevoerd en zelf voorheen ook van oordeel was dat het dragen van een mondkapje niet bijdraagt aan de beperking van de verspreiding van het coronavirus. [...]De precieze gang van zaken in de aanloop naar de totstandkoming van de mondkapjesplicht is in dit licht niet relevant in deze procedure.’

34. In het kader van rechtsvinding in meer complexe zaken, zoals deze, wordt het oordeel van een rechter wel degelijk in aanzienlijke mate tevens bepaald door feiten en omstandigheden van het geval, die ieder voor zich en in onderlinge samenhang hun eigen taxatie en waardering door de rechter vragen. In het kader van de wetshistorische interpretatie dient tevens gekeken te worden naar historische feiten, de ontstaansgeschiedenis van de wet zelf. Naast de geschiedenis van de totstandkoming van de wet zelf is er tevens het ruimere historische verband dat aan de wet en zijn ontstaansgeschiedenis is voorafgegaan, kortom de rechtshistorische interpretatie.¹¹

¹⁰ (zie in dit verband [ECLI:NL:GHDHA:2021:252](#) en [ECLI:NL:RBDHA:2021:1100](#)).

¹¹ J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011, p.127-131.

35. De totstandkomingsgeschiedenis van de wet biedt inzicht in de motivering van de keuzes die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van het afkondigen van de Regeling. De wetsgeschiedenis geeft met andere woorden een beeld van de bedoeling van de wetgever, hetgeen aan de rechter handvatten biedt bij het beantwoorden van de vraag hoe bepalingen in concrete gevallen moet worden toegepast. Het uitermate zwabberende mondkapjesbeleid en de uitlatingen van het OMT en verschillende politici (zie in dit verband pagina 18 en 19 van de dagvaarding) geeft duidelijk aan dat de adviseurs van de Staat alsmede verschillende ministers zeer goed op de hoogte waren dat mondkapjes niet werken. De uitlatingen die zijn gedaan illustreert het feit dat de keuze om de mondkapjesplicht aan kinderen en volwassenen op te leggen, niet was vanuit de noodzaak die zou bestaan, maar vanuit de politieke wens en dit derhalve een politiek besluit is geweest. Het is gezien het hierboven overwogene te kort door de bocht om te stellen dat deze feiten niet relevant zijn in de beoordeling over de totstandkoming van de Regeling.

Grief V

36. Ten onrechte stelt de kort gedingrechter in zijn vonnis in overweging 4.7:

‘De bestrijding en beheersing van de coronapandemie vormt een legitiem doel om – op rechtmatige wijze – grondrechten te beperken. [.....] Daarmee heeft de Staat voldoende onderbouwd waarom hij de mondkapjesplicht in onderwijsinstellingen noodzakelijk acht.’

37. Kortgezegd stelt de rechter in deze overweging dat de Stichting dient aan te tonen dat mondkapjes op geen enkele wijze helpen ter verspreiding van het virus. De rechtbank gaat er volkomen aan voorbij dat bij het invoeren van de wetgeving, de Staat dient aan te tonen dat mondkapjes verspreiding van het virus tegen gaan, effectief, noodzakelijk en proportioneel zijn en een evenredige maatregel betreft. De rechter gaat in bovengemelde passage er aan voorbij dat de Staat niet heeft aangetoond dat mondkapjes verspreiding van en besmetting met van het virus voorkomen en dat in de basis alle onderzoeken over mondkapjes tot de conclusie komen dat **niet bewezen** kan worden dat mondkapjes werken. Ten onrechte neemt de rechtbank dus aan er enige werking van de mondkapjes uitgaat en draait de bewijslast om dat de Stichting vervolgens aan zou moeten tonen dat mondkapjes niet werken. Dit is de wereld op z'n kop.
38. Frappant is dat de voorzieningenrechter vervolgens overweegt dat het OMT in zijn advies van 13 oktober 2020 (opnieuw) concludeert dat niet-medische mondkapjes mogelijk enig positief effect hebben om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Deze zinsnede die de rechter uit het OMT-advies heeft overgenomen, geeft echter onjuist beeld van het algehele OMT-advies. In het advies staat het navolgende vermeld: ‘*Niet-*

medische mondneuskapjes hebben mogelijk enig positief effect om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, m.n. door presymptomatische verspreiding van virus vanuit de drager van het kapje tegen te gaan, er van uitgaande dat personen met klachten zich isoleren en afstand houden. Onderzoeken naar het effect van mondneuskapjes bij tegengaan van de verspreiding van andere luchtwegvirussen zoals influenza, tonen een beperkt effect [.....] maar zijn veelal uitgevoerd met medische mondneuskapjes en zonder basisregels zoals 1,5 m afstand aanhouden en frequent handenwassen in acht te nemen. Dat suggereert dat dergelijke onderzoeken het potentieel beschermend effect op tegengaan van verspreiding van het SARS-CoV-2-virus overschatten. De kwaliteit van niet medische mondneusmaskers is momenteel niet geborgd, zodat op dit moment nog geen aanbevelingen over het beste soort masker kunnen worden gegeven.'

39. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter dan ook dat het OMT het dragen van mondkapjes zou adviseren. Het OMT stelt juist dat er reden is om aan te nemen dat de werking van mondkapjes wordt overschat. Bovendien is de woordkeuze in bovengemelde paragraaf van het OMT-advies: *'mogelijk enig positief effect'* en *'beperkt effect'*. Het OMT-advies is in het vervolg van dit advies heel duidelijk. Het OMT vraagt aandacht voor een eenduidige lijn voor wat betreft mondkapjes, maar onthoudt zich verder van een oordeel over de medische noodzakelijkheid ervan.
40. Het woordje 'opnieuw' in de overweging van de rechter is overigens zeer laakbaar. Het OMT heeft nimmer het dragen van mondkapjes geadviseerd. Evenmin heeft het RIVM ooit het standpunt ingenomen dat mondkapjes effectief zouden zijn en zelfs gewaarschuwd voor de negatieve effecten ervan. Dit verklaart ook de mededelingen van onder meer Jaap van Dissel waarin hij verklaart dat mondkapjes opdoen geen enkele zin heeft, dat mondkapjes geen nut hebben en dat mondkapjes niets toevoegen aan andere maatregelen, en het invoeren van een mondkapjesplicht schaart onder de noemer van een 'politiek besluit'. Dat het standpunt van de RIVM heden ten dage onveranderd is, is een feit. Nog in maart 2021 bevestigde woordvoerder Dr. Coen Berends van het RIVM tegenover een journalist per email: *"Je kunt niet spreken van een positief of negatief effect van mondkapjes in de publieke ruimte"* (**productie 7**).
41. Ook het feit dat de WHO het gebruik van mondkapjes in bepaalde situaties ziet als een ondersteunende maatregel om transmissie tegen te gaan en spreekt van "likely advantages", waaronder een mogelijk verminderd blootstellingsrisico vanuit geïnfecteerde personen die nog geen symptomen hebben, maakt niet dat mondkapjes bijdragen aan de bestrijding en beheersing van het virus. Voor de goede orde, ook de WHO adviseerde in eerste instantie tegen het gebruik van mondneusmaskers, zo werd nog op 30 maart

2020 bevestigd door CNN.¹² In de loop van april 2020 veranderde dit beeld echter en werd er door steeds meer instanties op aangedrongen dat mensen wel mondneusmaskers moesten gaan dragen. De CDC, het Amerikaanse RIVM, schreef ineens: “*Masks are primarily intended to reduce the emission of virus-laden droplets (source control) ... Masks also help reduce inhalation of these droplets by the wearer (filtration for personal protection).*”

Op 1 juni 2020 publiceerde de WHO een studie waarin de mondneusmaskerplicht opeens van een onderbouwing werd voorzien – zij het een zeer wankelende zoals hierboven reeds beschreven. Waarom veranderden de adviezen? Niet omdat er nieuw wetenschappelijk onderzoek was verschenen dat tot bijstelling noopte. Het is aannemelijk dat de koerswijziging voortkwam uit politieke overwegingen. Politieke leiders wilden door mondkapjesregels in te voeren daadkracht uitstralen, de bevolking een gevoel van veiligheid geven en een vorm van “solidariteit” kweken. De politieke wens om mondkapjes te verplichten is ook te herleiden in de adviezen van de WHO. De WHO prijst het mondkapje namelijk aan als een symbool van “conformisme en pseudo-solidariteit”. De WHO geeft bijvoorbeeld als argument voor het verplichten van mondkapjes aan dat dit “de stigmatisering van maskerdragers vermindert”. Dit is echter een puur politiek, geen medisch of wetenschappelijk argument. Voor de inhoud van het advies wordt verder verwezen naar hetgeen onder Grief II is gesteld.

42. Ook stelt de voorzieningenrechter dat het ECDC –advies het gebruik van mondkapjes aanbeveelt. Ook deze overweging behoeft nadere bespreking. Het ECDC-rapport trekt namelijk een aantal conclusies:

1. *Het gebruik van medische gezichtsmaskers door zorgverleners moet voorrang krijgen boven het gebruik in het openbare leven.*
2. *Het gebruik van mondkapjes in de openbare ruimte kan dienen als middel voor beheersing bij de bron om de verspreiding van de infectie in de samenleving te verminderen door de uitscheiding van ademhalingsdruppeltjes van besmette personen die nog geen symptomen hebben ontwikkeld of asymptomatisch blijven tot een minimum te beperken. Het is niet bekend in welke mate het gebruik van maskers in het openbare leven naast andere maatregelen kan bijdragen aan het terugdringen van de overdracht van het virus.*

¹² “WHO stands by recommendation to not wear masks if you are not sick or not caring for someone who is sick.” (Alex Berenson, Unreported Truths About Covid-19 and Lockdowns: Masks)

3. *Het gebruik van mondmaskers in het openbare leven kan worden overwogen, vooral bij het bezoeken van drukke, gesloten ruimtes, zoals supermarkten of winkelcentra, of in het openbaar vervoer, enz.*
4. *Het gebruik van niet-medische mondmaskers van verschillende soorten textiel kan worden overwogen, vooral als het gebruik van medische mondmaskers als persoonlijke beschermingsmiddelen door zorgverleners vanwege problemen met beschikbaarheid ervan prioriteit moeten krijgen. Deze aanbeveling is gebaseerd op beperkt indirect bewijs dat pleit voor het gebruik van niet-medische mondmaskers als middel voor beheersing aan de bron.*
5. *Het gebruik van mondmaskers in het openbare leven mag alleen worden beschouwd als een aanvullende maatregel en niet als vervanging van bestaande preventieve maatregelen, zoals fysieke afstand, ademhalingsetiquette, nauwgezette handhygiëne en het vermijden van het aanraken van gezicht, neus, ogen en mond.*
6. *Correct gebruik van neusmondmaskers is essentieel voor de effectiviteit van de maatregel en kan worden bevorderd door middel van voorlichtingscampagnes.*
7. *Bij aanbevelingen inzake het gebruik van mondmaskers in het openbare leven moet zorgvuldig rekening worden gehouden met lacunes in het beschikbare bewijsmateriaal, de situatie rond de beschikbaarheid en mogelijke negatieve neveneffecten*

43. Het ECDC-rapport stelt dat mondmaskers **kunnen** dienen als middel voor beheersing bij de bron om de verspreiding van de infectie in de samenleving te verminderen door de uitscheiding van ademhalingsdruppeltjes van besmette personen die nog geen symptomen hebben ontwikkeld of asymptomatisch blijven tot een minimum te beperken. Deze aanbeveling heeft alleen betrekking op medische maskers en niet op niet-medische maskers (2). Niet-medische maskers worden veelal door kinderen gedragen. In eerste instantie waren medische mondkapjes buiten zorginstellingen en ziekenhuizen zelfs niet toegestaan. Bovendien meldt het rapport dat correct gebruik essentieel is (6) en mondkapjes niet kunnen dienen als vervangende maatregel (5), er lacunes zijn in het beschikbare bewijsmateriaal en mogelijk negatieve neveneffecten (7). In de uitspraak wordt de indruk gewekt dat het ECDC-rapport mondkapjes zou adviseren. Dit is gezien bovenstaande wederom een onjuiste weergave van de rapportage. Er wordt een pakket van aanbevelingen gedaan, die niet los van elkaar zijn te lezen. In dit pakket van aanbevelingen staat niet vermeld dat aangetoond is dat mondkapjes effectief zijn maar slechts dat mondkapjes **kunnen** dienen als middel van bescherming bij de bron. Dit in samenhang met de andere aanbevelingen.

44. Aan de hand van deze rapportages, komt de voorzieningenrechter vervolgens in zijn vonnis tot de conclusie dat hij de mondkapjesplicht in onderwijsinstellingen noodzakelijk acht. De rechter gaat er echter aan voorbij dat het pakket van aanbevelingen in het ECDC-rapport in totaliteit niet uitvoerbaar zijn, alleen al vanwege het niet correct kunnen gebruiken van mondkapjes (6). In het bijzonder voor kinderen is het niet mogelijk om zulke specifieke voorschriften juist te moeten uitvoeren. Ook gaat de rechter er aan voorbij dat het OMT nimmer het dragen van mondkapjes heeft geadviseerd en de WHO haar mening heeft bijgesteld omwille van politieke redenen. Desondanks stelt de rechter dat de Staat in redelijkheid grote waarde mag hechten aan de adviezen van internationale gezondheidsorganisaties en van de eigen deskundige adviseurs van de Staat. Dit standpunt is niet houdbaar.

Grief VI

45. Ten onrechte concludeert de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.7:

De bestrijding en beheersing van de coronapandemie vormt een legitiem doel om – op rechtmatige wijze – grondrechten te beperken [.....]De Stichting heeft niet weersproken dat artikel 2a.2 van de Regeling in lijn is met deze adviezen. Daarmee heeft de Staat voldoende onderbouwd waarom hij de mondkapjesplicht in onderwijsinstellingen noodzakelijk acht.'

46. Deze twee zinsneden zijn in Grief III eveneens kort aan bod gekomen maar behoeven nadere aandacht. In de dagvaarding is aan de orde gesteld dat de verplichtstelling tot het dragen van een mondkapje een grove inperking op het recht van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit recht is een universeel mensenrecht, een fundamentele vrijheid en een grondrecht. Dit recht is één van onze fundamentele grondrechten om zelf te beschikken over ons lichaam, eigen keuzes te maken met betrekking tot onze gezondheid en zodoende zelf te mogen kiezen voor het wel of niet dragen van een mondkapje. Het zelfbeschikkingsrecht is verankerd in artikel 1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Daarnaast heeft de mens recht op bescherming van zijn lichamelijke integriteit, welk recht is verankerd in artikel 10 en 11 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), artikel 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Grondrechtenhandvest). Niet zonder toestemming mag men een ander fysiek bejegenen. Dit recht biedt bescherming tegen ongewenste, al dan niet medische, ingrepen aan het menselijk lichaam. De afzonderlijke opneming van dit recht in de Grondwet, naast de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer,

geeft expliciet uitdrukking aan de belangrijke betekenis van het recht in onze rechtsorde en sluit tevens de onzekerheid over de grondwettelijke bescherming daarvan uit.

47. Artikel 8 EVRM eist dat als een inperking (*interference*) van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer plaatsvindt, deze 1) bij wet voorzien is (*in accordance with the law*), 2) een geoorloofd doel dient (*legitimate aim*) en 3) noodzakelijk in de democratische samenleving is (*necessary in a democratic society*). Deze eisen gelden cumulatief. Het EHRM stelt aan de term 'wet' de eisen dat deze toegankelijk (*accessible*) en voorzienbaar (*foreseeable*) moet zijn. Een inperking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet voorts een legitiem doel (*legitimate aim*) dienen, dat wil zeggen een of meer van de doeleinden dienen die zijn opgesomd in het tweede lid van artikel 8 EVRM. De derde eis is, dat de inperking noodzakelijk in de democratische samenleving (*necessary in a democratic society*) moet zijn. Een maatregel is noodzakelijk als sprake is van een '*pressing social need*'. Daarbij dient de maatregel proportioneel te zijn: de inperking van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene mag niet onevenredig zijn in verhouding met het doel dat met de inperking wordt verwezenlijkt. Het proportionaliteitsbeginsel vergt ook dat er steeds een belangenafweging plaatsvindt, waarbij wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval, het algemeen belang en de belangen die voor de betrokkene op het spel staan.
48. Artikel 52 van het EU-Grondrechtenhandvest bepaalt de reikwijdte van de in dit handvest vastgelegde rechten. Het eerste lid van deze bepaling luidt: "*Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*" Voor inperkingen van de in de artikelen 7, 3, 8 en 9 van het EU-grondrechtenhandvest vastgelegde rechten geldt derhalve hetzelfde systeem van clausulering als bij artikel 8 EVRM, waarbij de inperking dient te voldoen aan drie vereisten: 'voorzien bij wet', 'legitiem doel' en de noodzakelijkheidseis/vereiste van evenredigheid.
49. In bovengemelde weergegeven citaten van de voorzieningenrechter spreekt hij over de tweede en derde eis, namelijk dat er sprake moet zijn van een legitiem doel alsmede dat de inperking noodzakelijk moet zijn in de democratische samenleving (*necessary in a democratic society*). De voorzieningenrechter concludeert dat aan deze eisen zijn voldaan om reden dat er een pandemie heerst en de WHO, het OMT en ECDC de mondkapplicht zouden adviseren. Dat dit niet het geval is, is in Grief II en III uitvoerig aan bod gekomen. Echter, waar de voorzieningenrechter in deze citaten eveneens aan voorbij

gaat is dat de Staat bij het afkondigen van de Regeling een eigen verantwoordelijkheid heeft en houdt en zich niet slechts kan baseren op adviezen van internationale organisaties en vermeende deskundigen. Evenmin heeft de voorzieningenrechter de eis van noodzakelijkheid en proportionaliteit beoordeeld aan de hand van de eisen zoals deze voortvloeien uit de grondrechten zoals artikel 8 EVRM.

50. Een maatregel is noodzakelijk als sprake is van een '*pressing social need*'. Daarbij dient de maatregel proportioneel te zijn: de inperking van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene mag niet onevenredig zijn in verhouding met het doel dat met de inperking wordt verwezenlijkt. Het proportionaliteitsbeginsel vergt ook dat er steeds een belangenafweging plaatsvindt, waarbij wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval, het algemeen belang en de belangen die voor de betrokkene op het spel staan. Op grond van artikel 8 EVRM dient hierbij indringend op rechtmatigheid te moeten worden getoetst.
51. De toelichting van de Regeling dient ter onderbouwing van de mondkapregeling en dient inzicht te geven in hoeverre de noodzakelijkheid, proportionaliteit en evenredigheid de inperking van de grondrechten permitteert. De kern van de huidige onderbouwing voor de mondkapjesplicht in de toelichting van de Regeling luidt als volgt (p. 3, onderaan): "*Gelet op het toenemend aantal besmettingen, acht het kabinet het **wenselijk** dat er breed mondkapjesgebruik is op een aantal plaatsen waar het mensen niet altijd lukt om afstand te houden. Door een mondkapjesplicht in te stellen, kan dit bereikt worden en het effect van het dragen van mondkapjes versterkt worden. Wij vinden dit **noodzakelijk**, omdat de bijdrage van mondkapjes aan het tegengaan van verspreiding van het virus, van levensbelang kan zijn op het moment dat sprake is van verregaande verspreiding van het virus.*"
52. Uit deze zinsnede blijkt dat de Staat zijn wens voor een mondkapjesplicht koppelt aan "noodzakelijk" (p. 4 onderaan). Dat de politiek een bepaalde wens heeft, maakt echter nog niet dat dit een adequate onderbouwing van die noodzaak geeft. De onderbouwing van deze stelling van het kabinet is gebaseerd op het uitgangspunt dat de bijdrage van mondkapjes aan de bestrijding van het virus van levensbelang kan zijn op het moment dat sprake is van verregaande verspreiding. Een mondkapje kan echter gelet op haar ineffectiviteit niet een dergelijke bijdrage leveren.
53. Dat dit bewijs er niet is, blijkt ook uit de formulering van de Toelichting. De Ministers stellen zogezegd dat '*de bijdrage van mondkapjes aan het tegengaan van verspreiding van het virus, van levensbelang **kan** zijn op het moment dat sprake is van verregaande verspreiding van het virus*'. Vervolgens stellen de Ministers dat '*niet-medische mondkapjes tegelijkertijd de overdracht van andere luchtwegvirussen **enigszins kan** tegengaan*,

wat de druk op huisartsenpraktijken en GGD-teststraten **kan** verminderen. Het gebruik van niet-medische mondkapjes **kan** de toenemende druk op de zorg daarmee beperken.

54. Evenals door het OMT wordt in de Toelichting van de Ministers veelvuldig het woordje 'kan' en 'enigszins' gebezigd. De reden hiervan is overduidelijk omdat niet gesteld kan worden dat mondkapjes verspreiding van het virus ook daadwerkelijk verminderen. De stelling dat het bijdraagt, kan gezien de negatieve effecten van mondkapjes niet ingenomen worden.
55. Uit de formulering van de Toelichting blijkt dat de Regeling is gebaseerd op 'wensdenken'. Dit blijkt ook uit de volgende overweging van de Ministers in de Toelichting '*het kabinet **wenst** met de in deze regeling opgenomen mondkapjesverplichtingen tegemoet te komen aan de in de samenleving bestaande behoefte aan duidelijkheid over de vraag of mondkapjes wel of niet gedragen behoren te worden. De discussie over de **wenselijkheid** van een mondkapjesplicht kan de algemene communicatie over het belang van de basisregels verstoren. Ondubbelzinnige communicatie over de toepassing van mondkapjes is daarom van belang, zoals ook het OMT heeft geconstateerd. Heldere regels over de situaties waarin mondkapjes verplicht zijn, kan daarmee bijdragen aan een betere naleving en handhaafbaarheid van het beleid ter bestrijding van de epidemie.*'
56. De Ministers stellen aanvullend dat de verplichtingen die in deze regeling zijn opgenomen tot het dragen van een mondkapje in aanvulling gelden op de andere coronamaatregelen. Dit betekent dat personen die een mondkapje dragen zich nog steeds moeten houden aan de veilige afstandsnorm en moeten voldoen aan bijvoorbeeld de geldende regels over groepsvorming. Ook uit deze motivering blijkt dat de Ministers zich goed bewust zijn van het feit dat een mondkapje niet effectief is. Zo stellen ze zelf dat een mondkapje niet als vervanging van *social distancing* en (hand)hygiënemaatregelen kan worden ingezet.
57. In de toelichting onder het kopje 'Noodzaak en evenredigheid' stellen de Ministers vervolgens dat zij **vinden** dat het dragen van een mondkapje noodzakelijk is en van levensbelang is op het moment dat er sprake is van een vergaande verspreiding van het virus. Het woordje 'vinden' geeft exact weer dat de Ministers de mondkapjesplicht slechts hebben ingevoerd op basis van 'wensdenken'. Elke motivering wordt voorzien van 'kan' 'enigszins' 'mogelijk' en tot slot wat de Ministers 'vinden'. Jaap van Dissel benoemde het dan ook precies zoals het is, onderhavige Regeling betreft een 'politiek besluit'. Een vergaande inperking van grondrechten kan vanzelfsprekend niet de toetsing van de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en evenredigheid doorstaan om reden van wensdenken. Te meer niet nu de schadelijke effecten van mondkapjes op de gezondheid van haar dragers in de toelichting volledig onbesproken blijft.

58. Hierbij overigens opgemerkt dat door de zinsneden *‘waar het mensen niet altijd lukt om afstand te houden’* en *‘kan dit bereikt worden en het effect van het dragen van mondkapjes versterkt worden’* de Staat de mondkapjesplicht niet als een op zichzelf staand instrument presenteert maar als instrument van gedragsbeïnvloeding ter ondersteuning van de afstandsregeling. Met andere woorden, het doel voor afkondiging van deze Regeling en het dragen van het mondkapje dient niet ter voorkoming van het verkrijgen en verspreiding van Covid-19 maar enkel en alleen om mensen bewust te laten zijn van de aanwezigheid van het virus. Dit doel wordt ook overigens zo beschreven in het ECDC-advies (productie 3) waarin staat vermeld: *“Mondneusbescherming kan als aanvullende maatregel de aandacht voor social distancing en hygiënemaatregelen versterken,”* maar waarin tevens wordt aangegeven dat het dragen van maskers ook zou kunnen leiden tot het veronachtzamen van andere maatregelen. Door minister Van Ark is de mondkapjesplicht in een persconferentie op 1 november 2020 ook een gedragsexperiment genoemd.
59. In de uitspraak van het gerechtshof Den Haag d.d. 26 april 2011¹³ is uitgemaakt dat een Regeling disproportioneel is wanneer deze niet geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken. Dit is in casu niet anders. Het verplicht stellen van het mondkapje dient gezien de toelichting van de Regeling zelfs een ander doel dan waarvoor de Regeling is beoogd en betreft een schending van het verbod op détournement de pouvoir. De conclusie moet dan ook zijn dat de inperking van bovengemelde grondrechten niet noodzakelijk en proportioneel is. Gelet op het gegeven dat een mondkapje niet bewezen effectief is en bij onjuist gebruik juist schade kan toebrengen aan de gebruikers ervan, staat de beperkende maatregel niet in evenredige verhouding tot het beoogde doel, is de maatregel te ingrijpend en niet noodzakelijk en daarmee disproportioneel. Uit de Regeling blijkt dat in de belangenafweging de belangen van burgers en het feit dat het dragen van mondkapjes een schadelijk effect kan hebben op hun gezondheid niet zijn meegewogen en slechts de politieke wens om social distancing te bevorderen de kern is geweest tot afkondiging van deze Regeling. De Regeling is dan ook in strijd met het EVRM, Europees Handvest en de Grondwet tot stand gekomen en is derhalve evident onverbindend.
60. Opmerking verdient dat in artikel 58b van de Wpg bepaalt dat dat de Ministers hun bevoegdheden slechts mogen gebruiken indien een goede afweging wordt gemaakt van noodzaak, proportionaliteit en evenredigheid bij het afkondigen van de Regeling en toepassing van de maatregelen. Nu, zoals hierboven weergegeven, niet aan deze criteria wordt voldaan, ontbrak het de Ministers ook op grond van de Wpg zelf om de Regeling te mogen afkondigen, althans is deze niet voorzien van een adequate onderbouwing.

¹³ ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4781

Grief VII

61. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.8 dat

‘De door de Stichting overgelegde publicaties moeten in haar visie tot de conclusie leiden dat de mondkapjesplicht moet worden afgeschaft. [.....]De adviseurs van de Staat komen aan de hand van onder meer deze bevindingen tot een andere conclusie dan de Stichting, maar dat maakt het nog niet onrechtmatig dat de Staat de conclusie van zijn adviseurs overneemt.’

62. In deze overweging van de rechtbank staan twee misvattingen. Allereerst stelt de rechtbank dat in de rapportages waar de Regeling op steunt, onderkend wordt dat hard sluitend wetenschappelijk bewijs over het precieze effect van mondkapjes niet voorhanden is. De rechtbank gaat eraan voorbij dat dit een onjuiste weergave is van de rapportages. Het ECDC-artikel stelt juist letterlijk: *Er zijn geen aanwijzingen dat niet-medische mondkapjes of andere gezichtsbedekkingen een effectief middel voor ademhalingsbescherming zijn voor de drager van het masker. Over het geheel genomen bleken verschillende niet-medische mondkapjes een zeer laag filterrendement te hebben (2–38%). In één onderzoek bleek het gebruik van katoenen chirurgische maskers een hoger risico op penetratie van micro-organismen en influenza-achtige ziekteverwekkers op te leveren dan niet-gebruik van maskers. [.....]. Er is beperkt indirect bewijs waaruit blijkt dat van verschillende materialen vervaardigde niet-medische mondkapjes de afgifte van door hoesten vrijkomende ademhalingsdruppels in de omgeving kunnen verminderen [.....].”*

63. Anders dan de rechter stelt, stelt het ECDC artikel dat er geen aanwijzingen zijn dat niet-medische mondkapjes effectief zijn en er dus helemaal geen bewijs voorhanden is. Ten aanzien van medische maskers wordt gesteld dat er beperkt *indirect bewijs is dat vrijkomende ademhalingsdruppels in de omgeving verminderd kunnen worden. Er staat niet dat er direct bewijs is en evenmin staat vermeld dat vrijkomende ademhalingsdruppels verminderd worden. Er staat ‘kunnen’ worden. De samenvatting van de voorzieningenrechter door er van te maken dat ‘er geen hard sluitend bewijs’ is, doet geen recht aan de werkelijke teksten van de adviezen. In voormeld artikel staat juist dat er geen enkel direct bewijs is. Dat is volstrekt iets anders dan er geen ‘hard sluitend bewijs’ is aangezien dit doet voorkomen alsof er wel enig direct bewijs zou bestaan (quod non). Voor de volledigheid wordt hieromtrent verwezen naar het reeds gestelde onder Grief II en III.*

64. De andere misvatting betreft dat de adviseurs, in dezen het OMT, tot een mondkapplicht zou hebben geadviseerd. In het advies van 13 oktober 2020 van het OMT adviseert het OMT niet tot het dragen van mondkapjes. Het OMT adviseert de beleidsbepalers tot een standpunt te komen dat ondubbelzinnig helderheid geeft over toepassing van mondneusmaskers in de publieke ruimte (zie p. 8 laatste alinea van productie 8 van de dagvaarding). Alvorens tot dit advies te komen, erkent het OMT dat er geen bewijs is dat niet-medische mondkapjes (die veelal worden gebruikt door scholieren) effect hebben door te stellen dat niet-medische mondkapjes ‘mogelijk’ enig positief effect hebben. Het OMT heeft dus nimmer gesteld dat het feitelijk ook echt enig effect heeft.
65. In het advies van de WHO wordt gesteld dat mondkapjes wel enig effect hebben en wordt om die reden door beleidsmakers overal ter wereld beschouwd als rechtvaardiging voor mondkapjesverplichtingen. De studie heeft van onafhankelijke reviewers echter veel kritiek gehad. In dit verband wordt verwezen naar het gestelde onder Grief II en III. Naast de kritiek die er bestaat op dit advies van de WHO wordt tevens in het advies van de WHO gesteld dat het gebruik van mondneusmaskers door het algemeen publiek niet voldoende geëvalueerd is en dat er daarom geen aanbeveling voor of tegen het gebruik gedaan kan worden (WHO 2020).” In het WHO-advies staat letterlijk: *“At present, there is no direct evidence (from studies on COVID19 and in healthy people in the community) on the effectiveness of universal masking of healthy people in the community to prevent infection with respiratory viruses, including COVID-19.*

Grief VIII

66. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.8 dat

‘De Staat is ook niet gehouden tegenbewijs te leveren tegen de publicaties die door de Stichting zijn overgelegd. De enkele omstandigheid dat publicaties bestaan met andersluidende conclusies noopt daar niet toe.’

67. Ten onrechte gaat de rechtbank in bovengemelde passage er wederom aan voorbij dat de Staat niet heeft aangetoond dat de werking van mondkapjes om verspreiding en besmetting van het virus te voorkomen niet is aangetoond en in de basis alle onderzoeken over mondkapjes tot de conclusie komen dat **niet bewezen** kan worden dat mondkapjes werken. In dit verband wordt verwezen naar het gestelde onder Grief V. De Staat dient bij het afkondigen van de Regeling te onderbouwen dat deze Regeling noodzakelijk,

proportioneel en evenredig is. Als de werking van mondkapjes niet, of althans onvoldoende is aangetoond, kan aan deze vereisten nimmer zijn voldaan.

68. Feit is dat er geen bewijs is dat mondkapjes een positief effect hebben op het tegengaan van verspreiding van het virus. Als er geen bewijs is van de effectiviteit, is het niet aan de Stichting om het tegendeel te bewijzen. In die zin is de Staat gehouden bewijs te leveren dat mondkapjes wel effectief zijn.

Grief IX

69. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.9 dat

‘Bij het voorgaande wordt opgemerkt dat momenteel, in de crisissituatie waarin Nederland zich bevindt, niet de ruimte bestaat om onomstotelijke wetenschappelijke bewijzen af te wachten over het nut van het dragen van een mondkapje. [.....] Dat is een belang waarvoor ook de Stichting zich inzet.

70. De rechter spreekt in deze overweging over onomstotelijk bewijs maar gaat er wederom aan voorbij dat de Staat geen begin van bewijs heeft overgelegd van de werking van mondkapjes. De stelling dat er slechts aanwijzingen zijn dat mondkapjes mogelijk zouden kunnen werken, mag niet afdoende zijn om te kunnen concluderen dat grondrechten van kinderen worden geschonden en de schade die het kinderen toe brengt (op de korte en lange termijn) maar geaccepteerd moet worden. Hierbij opgemerkt dat zelfs het ECDC-artikel waar de Staat op steunt letterlijk stelt: **‘Er zijn geen aanwijzingen dat niet-medische mondmaskers of andere gezichtsbedekkingen een effectief middel voor ademhalingsbescherming zijn voor de drager van het masker.’** *Wat de rechter bedoelt met ‘aanwijzingen’ en waar die aanwijzingen dan zouden staan is niet navolgbaar. Hierbij opgemerkt dat al zouden er aanwijzingen zijn, quod non, dit niet, slechts vanwege het bestaan van een pandemie een inperking van grondrechten rechtvaardigt. In dit verband wordt verwezen naar het gestelde onder Grief VI.*

71. Daarnaast spreekt de rechtbank van besmettingscijfers en koppelt zij dit ten onrechte aan het belang van het dragen van mondkapjes. In casu staat de stelling centraal dat er geen bewijs bestaat dat mondkapjes effectief zijn en de Staat dit ook op geen enkele wijze heeft aangetoond. Het koppelen van besmettingscijfers aan het belang van het dragen van mondkapjes gaat ten onrechte uit van de aanname dat mondkapjes effectief zijn en zouden werken tegen verspreiding van en besmetting met het SARS-CoV-2 virus. De voorzieningenrechter gaat daarbij voorbij aan de allereerste vraag die gesteld moet

worden namelijk, staat het vast dat mondkapjes effectief zijn? In dit verband wordt verwezen naar het de hierboven besproken grieven.

Grief X

72. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.10 dat

‘De Stichting heeft in haar dagvaarding een lijst opgesomd met schadelijke gevolgen van het dragen van mondkapjes die volgens haar in diverse wetenschappelijke publicaties worden aangetoond. [.....]Deze uitzonderingen maken naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Regeling niet disproportioneel is.’

73. In bovengemelde overweging stelt de voorzieningenrechter dat de door de Stichting opgesomde lijst, schadelijke effecten bevat vanwege langdurig en niet-hygiënisch gebruik. Schadelijke effecten ontstaan echter niet slechts bij langdurig gebruik. Bij het dragen van mondkapjes treedt vrij snel een zuurstoftekort op. De acute symptomen van zuurstoftekort zijn hoofdpijn, sufheid, duizeligheid, concentratiestoornissen en vertraagde reactietijd, zodat beperkingen optreden van de cognitieve functionaliteit. Bij chronisch zuurstoftekort (door het lang dragen van een masker) zullen deze symptomen verdwijnen als je eraan went. Maar de efficiëntie blijft aangetast en het zuurstoftekort in de hersenen blijft toenemen. Ondanks dat een drager denkt geen last te hebben van zijn/haar eigen uitgeademde lucht, treden degeneratieve processen in de hersenen onverkort op, versterkt door het gebrek aan zuurstof. Het tweede probleem is dat de zenuwcellen zich niet of nauwelijks delen. Verloren zenuwcellen in de hersenen zullen niet door het stoppen van het dragen van een mondkapje door celdeling worden teruggewonnen. Het proces is dus onomkeerbaar.¹⁴

74. Daarnaast hebben studies aangetoond dat de drager vatbaarder is voor infecties. Ook de vatbaarheid voor infecties is niet slechts het geval bij langdurig gebruik. Ook telkens opnieuw van korte duur dragen van een mondkapje kan de drager vatbaarder maken voor infecties. Immers hypoxie (onvoldoende zuurstofinname, die het gevolg kan zijn van het dragen van gezichtsmaskers) kan de werking van de belangrijkste immuuncellen die virale infecties bestrijden, de CD4+ T-lymfocyten, afremmen. Hierdoor kan een persoon dus vatbaarder worden voor infecties en indien een infectie optreedt, kunnen de gevolgen van de infectie veel ernstiger zijn¹⁵.

¹⁴ Zie in dit verband de wetenschappelijke publicaties die zijn bijgevoegd in de dagvaarding en de aangevoerde schadelijke effecten van mondkapjes, p. 21. 22 en 23 van de dagvaarding.

¹⁵ Bron: <https://www.technocracy.news/blaylock-face-masks-pose-serious-risks-to-the-healthy/>

75. Ook kan longschade door het dragen van mondkapjes optreden door het inademen van toxische stoffen. Toxische stoffen van kleurstoffen of bleekmiddelen en/of stofdeeltjes uit de stoffen die gebruikt worden voor de mondkapjes kunnen zich in het microklimaat binnen een mondkapje ophopen en zo in de longen terecht komen. Eventuele schade aan longepitheel-cellen, de eerste barrière om infecties te voorkomen, kunnen het lichaam ontvankelijker maken voor bacteriële en virale infecties¹⁶. Deze schade kan een drager oplopen indien mondkapjes vaak voor korte duur moeten worden gedragen.
76. Bovendien spreekt de rechter zich in het vonnis niet uit over wat nu precies onder langdurig gebruik wordt verstaan. De Stichting betwist dat de regeling er niet toe leidt dat kinderen mondkapjes niet langdurig dragen. Kinderen worden door middel van de Regeling verplicht mondkapjes te dragen op school (in het lopen op de gang, pauzes in de aula, en het wachten voor klaslokalen) in het openbaar vervoer (tijdens het reizen naar school) en bij bijbaantjes (bij werkgevers) en publieke ruimten in het algemeen. De Regeling heeft een stapelend effect. De duur en mate van het dragen van mondkapjes in totaliteit bezien is naar mening van De Stichting dan ook niet kort.
77. Uit de uitspraak blijkt dat de Staat niet heeft bestreden dat (langdurig) dragen van mondkapjes negatieve effecten heeft. Dit is opmerkelijk want indien de Staat zou uitgaan van dat de Regeling slechts het dragen van mondkapjes gebiedt voor korte duur is dat een misvatting. Bij winkelpersoneel is goed zichtbaar dat zij de gehele werkdag verplicht worden mondkapjes te dragen. Deze werkzaamheden worden vaak door jongeren (kinderen van 15, 16 en 17 jaar) uitgevoerd. Uit de Toelichting van de Regeling blijkt niet dat de Staat het belang van de gezondheid van kinderen en het feit dat de mondkapjesverplichting een stapelend effect heeft en dit er toe zorgdraagt dat gedurende een dag kinderen mondkapjes wel degelijk langdurig dragen, heeft afgewogen. Bovendien kan de Regeling tot september 2023 telkens verlengd worden en ziet het dus toe op een lange periode van meerdere jaren waarbij kinderen (in ieder geval) op doordeweekse dagen meerdere malen kortdurend en mogelijk ook langdurend veelvuldig mondkapjes moeten dragen. Het feit dat de Staat niet bestrijdt dat het (langdurig) dragen van mondkapjes negatieve effecten heeft, maakt dat het evident en onmiskenbaar is dat de Regeling ondeugdelijk tot stand is gekomen en de afweging om deze van toepassing te verklaren op kinderen in ieder geval te licht heeft gewogen.

¹⁶ Bron HP De Tijd: https://www.hpdetijd.nl/2020-06-19/veel-mensen-die-mondkapjes-dragen-ervaren-een-negatief-effect-op-de-gezondheid/?fbclid=IwAR30_olG0IC--RC4bfoAXClSrTzhQsKvs8Bkq3Zmak-SgEegO9hKhRLjArM

78. Bovendien zijn, anders dan de voorzieningenrechter stelt, deze negatieve effecten en het stapelend effect van de Regeling niet meegewogen in het gekozen beleid. De Regeling maakt weliswaar uitzonderingen op de mondkapjesplicht maar slechts voor personen die niet geacht kunnen worden een mondkapje te dragen. Kinderen die geen gezondheidsproblemen hebben worden geacht gedurende de dag meerdere malen kortdurend en mogelijk ook langdurend mondkapjes te moeten dragen. Dit betreft minstens vijf dagen in de week voor lange perioden. De mondkapjesplicht geldt heden immers al meer dan een half jaar.
79. Ten aanzien van de eisen omtrent hygiëne is gesteld dat door het onjuist gebruik en hergebruik van mondkapjes de aanwezigheid van bacteriën en schimmels in de mondkapjes toenemen, vooral in de koude en vochtige maanden. Bacteriën en schimmels kunnen zo terecht komen in de onderste delen van de luchtwegen. Daar zijn trilhaarcellen die de bacteriën zouden moeten weren, maar naarmate er meer vezels binnenkomen van de mondkapjes, zal die werking worden ondermijnd. Daarnaast heb je macrofagen die bacteriën en schimmels opruimen, maar als de concentratie te hoog wordt, werken die ook niet meer. De kans op bacteriële infecties met bacteriën als staphylococcus aureus en streptokokken, die betrokken zijn bij een ernstige vorm van pneumonie (longontsteking), neem toe. Dat zijn juist de co-infecties bij SARS-COV-2. Om infecties te voorkomen dienen bij het gebruik van mondkapjes uitgebreide hygiënemaatregelen te worden uitgevoerd. Inmiddels heeft het NEN (De Stichting Koninklijk Nederlands Normalisatie Instituut) er twee normen voor opgesteld. De 'NEN-norm voor gebruikers' geeft onderstaande '10 hygiënegeboden':
- 1. Zorg dat je handen schoon zijn voordat je het mondkapje opzet.*
 - 2. Raak tijdens het opzetten alleen het elastiek of lint aan. Bij een mondkapje met twee elastieken of linten achter het hoofd: bevestig eerst het onderste elastiek of lint en daarna het bovenste.*
 - 3. Bij een neusbeugel: klem deze met twee vingers vast tegen de neus.*
 - 4. Zorg dat je mond, neus en kin goed bedekt zijn en raak deze daarna niet meer aan.*
 - 5. Draag het mondkapje maximaal vier uur.*
 - 6. Schuif het mondkapje niet omlaag en omhoog om te eten, te drinken of te praten. Als je moet eten of drinken, zet het mondkapje dan helemaal af (zie stappen 7 t/m 10). Zet na het eten of drinken het mondkapje weer op (zie weer stap 1).*

7. *Maak voor het afzetten van het mondkapje je handen schoon.*
8. *Raak tijdens het afzetten van het mondkapje alleen het elastiek of lint aan. Bij een mondkapje met twee elastieken of linten achter het hoofd: verwijder eerst het bovenste elastiek of lint en daarna het onderste.*
9. *Bewaar schone en gebruikte mondkapjes apart van elkaar in verschillende afsluitbare plastic zakjes of opbergbakjes.*
10. *Maak na het afzetten van het mondkapje je handen schoon.*

80. In de praktijk zijn deze hygiënevoorschriften onmogelijk te volgen. Mondkapjes worden op- en afgezet, onder de neus en onder de kin gedragen en bovendien keer op keer hergebruikt. Het gevolg is dat mondkapjes hierdoor een bron van schadelijke stoffen zijn. Mondkapjes zijn daardoor een extra besmettingsbron in plaats dat ze besmetting voorkomen. Dit is de reden waarom alleen met bovengemelde voorschriften mondkapjes veilig gebruikt kunnen worden.
81. Onbegrijpelijk is dan ook de overweging van de rechtbank dat indien leerlingen in de praktijk veelal op een niet-hygiënische wijze omgaan met mondkapjes, de Staat niet kan worden tegengeworpen. Dat kan de Staat immers wel worden tegengeworpen nu het een feit is dat in de praktijk bovengemelde hygiënevoorschriften niet mogelijk zijn om uit te voeren. Al helemaal niet op een school waar kinderen van klassen wisselen en constant een mondkapje moeten op en af doen. Dat de Staat de inwerkingtreding van de Regeling heeft doen vergezellen van instructies over de wijze waarop mondkapjes op een goede manier moeten worden gebruikt doet niets af aan het feit dat de wijze hoe mondkapjes door kinderen (en zelfs door de gemiddelde volwassene) niet kunnen worden nageleefd. De hygiënevoorschriften zoals hierboven beschreven kunnen alleen in ziekenhuizen en zorginstellingen nageleefd worden aangezien daar de ruimten voor dit protocol zodanig zijn ingericht. Bovendien vergt het volgen van de hygiënevoorschriften tijd, welke tijd er tussen lessen niet is.
82. Saillant detail is dat in de ECDC-update ook verwijst naar het correct gebruik voor medische gezichtsmaskers¹⁷. In de update wordt het gebruik als volgt omschreven: *“Aangezien gebruikte maskers als zeer besmet worden beschouwd, is het van essentieel belang dat het masker niet wordt aangeraakt door de vingers/handen van de drager; de handen worden gedesinfecteerd (volledige hand-desinfectie) na het afnemen van het masker; een masker wordt gedragen dat de neus en mond van de drager bedekt, dat op geen enkel moment om de nek van de drager hangt. Een gebruikt masker moet worden*

¹⁷ <https://www.nen.nl/nen-en-14683-2019-c1-2019-en-262310>

weggegooid wanneer het niet meer nodig is of tussen twee procedures in; wanneer er opnieuw behoefte aan bescherming is, moet een nieuw masker worden opgezet.”

83. Om reden dat de hygiënevoorschriften onmogelijk kunnen worden nageleefd, betekent dat het gebruik van de maskers een verhoogd risico oplevert voor de drager. Zo stelt het ECDC-rapport: *“Het risico bestaat dat onjuiste verwijdering van het mondmasker, de omgang met een besmet mondmasker of een sterkere neiging om het gezicht aan te raken tijdens het dragen van een mondmasker door gezonde personen het risico op overdracht juist vergroot.”* Voor het correct gebruik van niet-medische mondmaskers gelden soortgelijke normen. Deze maskers kunnen weliswaar worden gewassen, maar mogen ook maar eenmaal worden gebruikt, en het gebruik dient vergezeld te gaan van ingrijpende hygiënische maatregelen, zoals hierboven omschreven. Beide ECDC-rapporten stellen dat het “essentieel” is dat de overheid burgers voorlicht over het correcte gebruik van de maskers. Feit is echter dat het overgrote deel van de dragers voormelde hygiënevoorschriften niet handhaaft. Dit kan ook niet omdat in bijna alle gevallen wanneer een mondkapje moet worden opgedaan, op dat moment niet de voorzieningen voorhanden zijn om überhaupt aan bovengemelde voorschriften te kunnen voldoen.
84. In dit verband wordt opgemerkt dat in een presentatie aan de Tweede Kamer op 20 januari 2021 Jaap van Dissel naar een rapport Bauner et al: *“The effectiveness of eight nonpharmaceutical interventions against COVID-19 in 41 countries (productie 8)* heeft verwezen waaruit blijkt dat mondkapjes per saldo een negatief effect hebben op besmettingen. Overigens heeft Jaap van Dissel destijds aan de Tweede kamer een verouderde grafiek laten zien (productie 9). Dat mondkapjes per saldo een negatief effect heeft op besmettingen is terug te zien in onderstaande grafiek die afkomstig is uit dit rapport:

in the context of our data transmission

85. Het is vanwege de onmogelijkheid om aan de hygiënevoorschriften te voldoen goed te verklaren waarom mondkapjes per saldo een negatief effect hebben op besmettingen. Niet te verklaren is echter het Koninklijk Besluit van verlenging van de Regeling op 18 februari 2021. Als mondkapjes een negatief effect laten zien, is het onbegrijpelijk dat de Minister in de toelichting van dit besluit stelt dat de maatregelen die op grond van deze regeling zijn genomen vandaag de dag onverminderd noodzakelijk zijn (productie 6). Ten aanzien van de mondkapverplichting blijkt dit niet uit bovengemeld rapport.
86. In bovengemelde afweging van de voorzieningenrechter is het opmerkelijk dat hij bij zijn oordeel dat de Regeling niet disproportioneel is, geen enkele aandacht besteed aan de potentieel schadelijke effecten vanuit psychologisch oogpunt. Een mondkapje symboli-

seert gevaar en het afdekken van het gezicht maakt het moeilijk om menselijke uitdrukkingen en emoties bij een ander te herkennen. Door het verminderen van de herkenbare gezichtszone wordt emotioneel contact verminderd, wat ertoe leidt dat kinderen en volwassenen zwak, angstig, onzeker, en zelfs immunosuppressief kunnen worden aangezien de psyche rechtstreeks verband houdt met een adequate immunrespons. Deze effecten op kinderen behoeven aandacht.

87. Op 20 april jl. is er wederom een onderzoek (Is a Mask That Covers the Mouth and Nose Free from Undesirable Side Effects in Everyday Use and Free of Potential Hazards?) (**productie 10**) uitgebracht waarbij onderzoekers concluderen dat er “duidelijke, ingrijpende, wetenschappelijk aangetoonde schadelijke effecten” zijn aangetoond voor maskerdragers, zowel op psychologisch als op sociaal en fysiek vlak. Kinderen zijn extra kwetsbaar voegen zij hier aan toe. Van belang is te benadrukken dat medici stellen dat kinderen en adolescenten van nature een zeer actief en adaptief immuunsysteem en constante confrontatie met het microtoom van de aarde nodig hebben. Hun hersenen zijn ongelooflijk actief en hebben meer zuurstof nodig dan een volwassene. Hoe metabolisch actiever een orgaan is, des te meer zuurstof het nodig heeft. Bij kinderen en jongeren zuurstof beperken is derhalve zeer slecht voor de ontwikkeling van hun hersenen. Gebrek aan zuurstof remt de ontwikkeling van de hersenen en de schade die erdoor wordt veroorzaakt kan niet worden teruggedraaid. Het kind heeft de hersenen nodig om te leren en de hersenen hebben zuurstof nodig om hiervoor te functioneren. Het bewust en doelbewust veroorzaken van zuurstoftekort geeft dus een gezondheidsrisico en betreft een medische absolute contra-indicatie.
88. De Stichting stelt zich de vraag hoe het mogelijk is dat de Staat kinderen oplegt mondkapjes te dragen terwijl: 1. het OMT en de EDCCD-rapporten dit niet adviseert; 2. Er onderzoeken zijn waaruit blijkt dat kinderen lichamelijk en psychische schade kunnen oplopen door het dragen van mondkapjes; 3. De Tweede kamer er bekend zou moeten zijn dat er onderzoeken zijn waaruit blijkt dat deze maatregel een negatief effect heeft op besmettingen; 4. Op geen enkele wijze is aangetoond dat er aanwijzingen zijn dat mondkapjes besmettingen voorkomen en dragers ervan beschermen. Dit terwijl bij het merendeel van de kinderen en jongvolwassenen een eventuele infectie verloopt zonder klachten of met milde klachten en derhalve in de regel niet in het ziekenhuis belanden of de zorg belasten. Het dragen van mondkapjes kan juist het arts- en ziekenhuisbezoek bevorderen door het bevorderen van klachten van chronische vermoeidheid/hoesten dermatitis/kapotte huid of bacteriële schimmelinfecties van de longen, verminderd geheugen, stemverlies en spoedeisende hulp door intoxicaties en meer kans op cariës. Zie in dit verband ook een recent artikel van dr. Carla Peeters ‘Beschermingsmiddelen en testsamenleving brengen natuurlijk immuunsysteem in gevaar’ (**productie 11**).

89. Dat de voorzieningenrechter in zijn overweging stelt dat de mondkapjesplicht ertoe bijdraagt dat het fysieke onderwijs zoveel als mogelijk doorgang kan vinden is in het licht van bovenstaande laakbaar. Fysiek onderwijs zonder mondkapplicht betekent niet dat het aantal besmettingen toeneemt. Dat bewijs is immers niet geleverd, integendeel zelfs gezien het rapport van Bauner. Bovendien, de potentie dat dit wel het geval zou zijn, quod non, maakt niet dat de belangen van kinderen en hun lichamelijke integriteit en gezondheid daaraan per definitie ondergeschikt zouden moeten worden gesteld.

Grief XI

90. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.11:

'De Stichting heeft verder aangevoerd dat de mondkapjesplicht door scholen ruim wordt ingevuld en dat leerlingen veelal ook in de klas een mondkapje moeten dragen. Er kan worden getwist over de vraag of daarvoor goede redenen zijn, maar het is niet de Staat die hen daartoe aanzet.'

91. In de Regeling is een uitzondering opgenomen voor het verplicht dragen van mondkapjes. Er geldt een uitzondering voor mensen die vanwege hun beperking of ziekte geen mondkapje kunnen dragen. De betreffende bepaling, artikel 2a.4 van de Regeling houdt het navolgende in: *De verplichtingen in dit hoofdstuk gelden niet voor personen die vanwege een fysieke, verstandelijke of psychische beperking of een chronische ziekte geen mondkapje kunnen dragen.*" De Stichting stelt zich op het standpunt dat deze bepaling zoals vervat in de Regeling, maakt dat de Regeling in zijn geheel in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheids- en legaliteitsbeginsel en leidt tot willekeur en derhalve geen stand kan houden. Het rechtszekerheids- en legaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat de burger moet kunnen vertrouwen op het consequent handelen van de overheid. Regels die de overheid stelt moeten worden nageleefd en regels die de overheid stelt moeten zo zijn geformuleerd dat de burger op ieder moment moet kunnen weten wat er van hem verwacht wordt. Onduidelijke regels die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn, zijn in strijd met deze beginselen.
92. De Regeling geeft onduidelijkheid over wie in aanmerking komt voor de uitzondering. In de toelichting van de Regeling wordt hier ook geen duidelijkheid over gegeven. In de toelichting staat vermeld dat het gaat om mensen die vanwege een ziekte of beperking geen mondkapje kunnen dragen, mensen die last krijgen van hun gezondheid omdat zij bijvoorbeeld een longaandoening hebben, mensen die ernstig ontregeld raken doordat zij een verstandelijke of psychische beperking hebben en tot slot mensen en hun begeleiders die afhankelijk zijn van non-verbale communicatie. Een dergelijke beschrijving is

niet afdoende om duidelijkheid te verschaffen. Te meer nu is vastgesteld dat iedereen die een mondkapje draagt in enigerlei mate schade ondervindt door het dragen van een mondkapje. De huidige Regeling leidt tot een situatie waarin de aan te dragen bewijzen afhankelijk zijn van de organisatie, instelling, winkel en/of verbalisant in kwestie. Immers, nergens is duidelijk vermeld hoe, wanneer en aan wie iemand precies moet aantonen dat hij voldoet aan de uitzonderingsgrond en a contrario als de uitzonderingsgrond zich niet voordoet, wie dus wel verplicht is een mondkapje te dragen. Dit terwijl er wel een punitieve sanctie opstaat (boete).

93. De voorzieningenrechter stelt in zijn vonnis dat *'de staat niet kan worden verweten als de mondkapjesplicht door scholen ruim worden ingevuld'* en *'de staat niet tot meer maatregelen aanzet'* en *'dat als het in de praktijk gebeurt dat leerlingen die geen mondkapje dragen op onaangename en botte manier worden bejegend en direct worden uitgesloten van het volgen van onderwijs, zich dit niet met de instructie van de Staat verdraagt'*. Deze rechter gaat echter voorbij aan het gestelde in artikel 8 EVRM. Deze verdragsbepaling bepaalt dat als een inperking (*interference*) van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer plaatsvindt, deze: 1) bij wet voorzien is (*in accordance with the law*); 2) een geoorloofd doel dient (*legitimate aim*); en 3) noodzakelijk in de democratische samenleving is (*necessary in a democratic society*). Deze eisen gelden cumulatief. Het EHRM stelt aan de term 'wet' de eisen dat deze toegankelijk (*accessible*) en voorzienbaar (*foreseeable*) moet zijn. De eis van toegankelijkheid ziet op de kenbaarheid van de wet voor de burger (de wijze van bekendmaking). De eis van voorzienbaarheid houdt in dat de burger met enige zekerheid moet kunnen voorspellen wanneer er inbreuken op zijn recht mogen worden gemaakt en zijn gedrag daarop moet kunnen afstemmen.
94. Omdat er geen duidelijkheid bestaat wie zich op de uitzondering kan beroepen, bestaat er ook geen duidelijkheid wie wel volgens de Regeling verplicht is een mondkapje te dragen. Dit maakt dat de Regeling leidt tot rechtsonzekerheid en willekeur in de hand werkt. De Staat dient er zorg voor te dragen dat haar wetgeving voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar is in de uitoefening en aldus een waarborg biedt tegen willekeur ('arbitrariness'). De vereisten van precisie en voorzienbaarheid brengen mee dat een wet zodanig duidelijk is dat de burger redelijkerwijs in staat is om de daaruit voortvloeiende gevolgen van zijn handelen te overzien zodat hij zijn gedrag op de wet kan afstemmen. Aan deze verplichting is de rechter met haar stellingen 'dat het de Staat niet kan worden verweten' voorbij gegaan.
95. Bovendien staat deze Regeling op gespannen voet met de 'Wet gelijke behandeling op grond van een handicap of chronische ziekte'. Deze Regeling heeft tot gevolg dat een

persoon met een beperking (handicap of chronische ziekte) naar buiten toe zal moeten uitdragen en in veel gevallen zich zelfs zal moeten verdedigen waarom hij geen mondkapje draagt. Door bij het binnentreden van een winkel, een station, school of andere publieke ruimte gedwongen te worden naar buiten toe uit te moeten dragen dat een persoon geen mondkapje kan dragen wordt de waardigheid van deze persoon aangetast en daarmee een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende en kwetsende omgeving gecreëerd. Immers, niet aan elke persoon is te zien waarom hij geen mondkapje draagt. Immers, omstandigheden waarom een persoon geen mondkapje kan dragen, zijn van buitenaf niet altijd zichtbaar. Alle chronisch zieken, gehandicapten en mensen met beperkingen waarbij het dragen van een mondkapje niet van hen gevergd kan worden omdat dit leidt tot psychische en lichamelijke klachten worden door de regeling in een situatie gebracht waar zij geïntimideerd worden en daardoor gedwongen om ofwel tot overlegging van privacy gevoelige informatie over te gaan dan wel een boete te verkrijgen omdat de verbalisant in kwestie het bewijs niet afdoende acht. Er zijn zelfs gevallen bekend waarbij de verbalisant aangeeft dat wie een beroep doet op de uitzondering maar verzet tegen de boete moet aantekenen en daarmee de uitzonderingsgrond per definitie niet accepteert.

96. Om een boete te voorkomen dienen burgers medische gegevens te verstrekken om de verbalisant, organisatie of winkel en in casu de school bereid te stemmen te accepteren dat zij geen mondkapje kunnen dragen. Dit schuurt met de geldende privacywetgeving. Immers, inzage geven in medische stukken behoeft toestemming (rechtshandeling zijnde 'wil en verklaring') van de betrokkene in kwestie. Het mag duidelijk zijn dat de wil van deze betrokkene op deze manier gebrekkig tot stand komt. Immers, de kans dat de betrokkene slechts enkel inzage geeft om op deze wijze onder een opgelegde boete uit te komen, is zeer aannemelijk.
97. De Staat heeft met afkondiging van deze Regeling een situatie in de hand gewerkt dat burgers onderling tegenover elkaar staan en de uitvoering van de wetgeving (vanwege de onduidelijkheid ervan) is zodanig rechtsonzeker dat deze willekeur tot gevolg heeft. De organisatie/winkel/vervoerder en in casu de school wordt verantwoordelijk gemaakt voor de uitvoering van de door de Staat onduidelijk geformuleerde wetgeving met de sanctie dat indien deze niet voldoende zorg betracht ten aanzien van de uitvoering de kans heeft een lastgeving opgelegd te krijgen.
98. Op sommige scholen wordt vanwege deze rechtsonzekerheid zelf een invulling aan de verplichting gegeven en uitermate autoritair met de mondkapplicht omgegaan. Kinderen die het dragen ervan weigeren, worden naar huis gestuurd, soms zelfs geschorst. Of zij worden, ingeval van een legitieme reden om het dragen te weigeren die dan wel vaak

tenminste moet worden onderbouwd met bijvoorbeeld een verklaring van een huisarts (wat in feite een schending van de privacy oplevert), gesepareerd, apart gezet. Er zijn gevallen bekend waarbij kinderen kettingen moeten dragen, of stickers, waarop staat dat zij zijn draagplicht-vrijgesteld. Dergelijke kinderen verworden tot paria's. Iedereen kijkt hen aan, vaak verwijtend. Ook medeleerlingen. Veel kinderen blijven als gevolg daarvan thuis, worden somber en depressief. Kinderen die weigeren tot het dragen ervan worden t gesanctioneerd door minderjarigen naar huis te sturen althans hen de toegang tot school te weigeren en hen hooguit thuisonderwijs te laten volgen. Dat laatste, het volgen van thuisonderwijs is geen gelijkwaardig alternatief. Wetenschappelijk onderzoek heeft namelijk uitgewezen dat de gemiddelde leerling nagenoeg geen progressie maakt tijdens het afstandsleren. Kortom: de Ministers hebben een regeling in het leven geroepen welke tevens ingrijpt in het recht op onderwijs en op toegang tot de beroepsopleiding en bijscholing. Kinderen in Nederland hebben recht op onderwijs.

99. Bovendien, het recht op onderwijs wordt in Nederland beschermd via de leerplicht. Ouders zijn volgens de Leerplichtwet verantwoordelijk om hun kind in te schrijven op een school en te zorgen dat hun kind de school bezoekt. Artikel 28 Verdrag inzake de Rechten van het Kind bepaalt dat lidstaten expliciet het recht op onderwijs erkennen en ten behoeve van de verwezenlijking van dit recht verplicht zijn om voortgezet onderwijs beschikbaar te stellen en toegankelijk te maken. Artikel 14 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt dat eenieder recht heeft op onderwijs en op toegang tot beroepsopleiding en bijscholing. Deze rechten worden bij de uitvoering van deze Regeling op grove schaal geschonden. Ten onrechte heeft de rechter in zijn vonnis de schending van het recht op onderwijs onbesproken gelaten.
100. Indien de rechter heeft willen betogen dat er geen schending is van het recht op onderwijs omdat de Staat niet zou aanzetten op de autoritaire uitvoering van sommige scholen, miskent de rechter dat de Staat hier juist nu wel toe aanzet. Aan de eis van voorzienbaarheid zoals hierboven besproken is immers niet voldaan. In dit verband wordt overigens ook verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 21 december 2012 (Ecli:NL:HR:2012:BX9019) waarin is uitgemaakt dat een boekverkoper niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het door een derde toegepaste beloningssysteem en dit op gespannen voet staat met de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit. In casu kan de beheerder van een publieke plaats niet verantwoordelijk worden gehouden voor de door de Staat afgekondigde onduidelijke en rechtsonzekere regeling waardoor privacy wetgeving en discriminatie van chronisch zieken en gehandicapten in de hand wordt gewerkt. Anders dan werd geoordeeld, kan de wijze van de uitvoering van de Regeling de Staat wel degelijk worden aangerekend en dient de Regeling in zijn geheel

onverbindend te worden verklaard vanwege evidente strijdigheid met het legaliteitsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en verbod op willekeur.

Grief XII

101. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.12:

i.

‘Een aantal in deze procedure overgelegde verklaringen, door de Stichting aangeduid als “Zwartboek”, omschrijven ervaringen van betrokkenen met de mondkapjesplicht. [.....] Via de eigen website communiceert de Staat dat laagdrempelige manieren, zoals het tonen van een zelf te printen kaartje, daarvoor volstaan.’

102. Onbegrijpelijk is het oordeel van de voorzieningenrechter dat het Zwartboek en de schrijvende verklaringen die daarin staan vermeld niet afdoen aan de verbindendheid. In aanvulling op het reeds gestelde in Grief XI staat het Zwartboek juist dat de uitwerking van de Regeling vanwege de het niet voldoen aan de eis van voorzienbaarheid, leidt tot onaanvaardbare situaties. Vanwege de uitwerking van deze Regeling op kinderen, is de spoedeisendheid van deze procedure een gegeven. Gezien de schrijvende verklaringen van leerlingen, leraren en ouders kan een bodemprocedure niet afgewacht worden.

Grief XIII

103. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.13 dat

‘De Staat heeft ter zitting verklaard dat uit de signalen die hij ontvangt uit het onderwijsveld volgt dat het over het algemeen heel goed gaat met de in onderwijsinstellingen ingevoerde mondkapjesplicht. [.....]De voorzieningenrechter merkt nog op dat de Staat bij die organisaties mogelijk aandacht kan vragen voor de klachten van de Stichting.’

104. De opmerking van de Staat dat zij zich niet herkent in de verhalen zoals vermeld in het Zwartboek, maakt niet dat deze schrijvende verhalen niet bestaan. Het lijkt te worden gebagatelliseerd. Uit de toelichting van de Regeling volgt dat de afweging om deze jongeren een mondkapjesplicht op te leggen, volgt uit het WHO-advies. De Staat is er bij de Regeling echter aan voorbij gegaan dat zij een eigen verantwoordelijkheid heeft en houdt ten aanzien van de adviezen van de WHO. Echter, de Staat geeft in de toelichting

van haar Regeling geen enkele blijk van een belangenafweging bij de keuze om jongeren te verplichten een mondkapje te dragen. De Staat weegt niet mee dat jongeren tot 17 jaar op zichzelf een beperkte(re) rol in de verspreiding van het virus hebben en dat zij (beperkter) vatbaar zijn voor het virus. Ook is gebleken dat jongvolwassenen wellicht wel vatbaar zijn voor het virus en dus ziek kunnen worden, maar in de regel niet in het ziekenhuis belanden of de zorg belasten. Zij worden echter wel ten volle geraakt door de maatregelen waarin de Regelingen voorzien, zowel wat betreft hun mogelijkheden tot het volgen van onderwijs, tot het zich verenigen (sport en studie), alsmede in hun mogelijkheden tot sociale ontwikkeling (uitgaansleven en sociale contacten) en werkgelegenheid. In dit kader dient er juist voor deze doelgroep extra aandacht te zijn voor de medische noodzakelijkheid en proportionaliteit en subsidiariteit van de maatregelen.

105. Artikel 3 van het Verdrag inzake de Rechten van het kind (hierna: Verdrag) luidt: “Bij alle maatregelen die kinderen betreffen dient het belang van het kind voorop te staan.” In de Regeling wordt slechts met verwijzing naar het WHO en OMT advies kinderen van dertien jaar en ouder verplicht in het openbaar vervoer, publieke ruimten en onderwijsinstellingen e.d. mondkapjes te dragen. Bovendien geldt voor kinderen die naar de middelbare school gaan allemaal een mondkapjesverplichting. Dit betreft dus ook in sommige gevallen vroege leerlingen van 11 en 12 jaar. De toelichting geeft geen enkele blijk dat er een afweging heeft plaatsgevonden in het kader van artikel 3 van het verdrag.
106. Zo stelt de Regeling: *“De reden dat jonge kinderen zijn uitgezonderd van de mondkapjesplicht is dat het virus zich vooral verspreidt onder volwassenen en van volwassen familieleden naar kinderen. Verspreiding van het virus onder kinderen of van kinderen naar volwassenen komt minder vaak voor. Over het algemeen geldt: hoe jonger het kind, des te minder groot de rol bij de verspreiding van het virus is. Ook adviseert de WHO overheden geen mondkapjesplicht in te stellen voor kinderen tot vijf jaar en bij de overweging om een mondkapje te verplichten voor kinderen van zes tot en met elf jaar het effect van het welbevinden van het kind mee te wegen. Op deze leeftijd heeft, aldus de WHO, het dragen van een mondkapje een aanzienlijke impact op de psychosociale ontwikkeling van het kind. Om voorgaande redenen wordt verschil gemaakt tussen kinderen tot en met twaalf jaar en kinderen van dertien tot achttien jaar.”*
107. De WHO stelt zagezegd dat vanwege de psychosociale ontwikkeling van het kind een verschil wordt gemaakt tussen kinderen onder de 12 jaar en kinderen vanaf 13 jaar. Hieruit blijkt dat er ten aanzien van kinderen boven de 12 jaar geen afweging is gemaakt ten aanzien van hun ontwikkeling. Dat de ontwikkeling van jonge kinderen zich in een andere fase bevindt dan kinderen boven de 12 jaar, maakt niet dat er ten opzichte van hen helemaal geen pedagogische toets behoeft te worden uitgevoerd. Bovendien maakt

bovengemelde afweging pijnlijk duidelijk, dat de Staat de WHO slechts volgt en geen 'eigen' verantwoordelijkheid neemt voor haar nationale wetgeving door af te wegen waarom zij het advies van de WHO laat prevaleren ten opzichte van tientallen adviezen waaruit blijkt dat mondkapjes schade kunnen toebrengen. Het effect van de mondkapplicht en het welbevinden van het kind wordt niet meegewogen slechts omdat het WHO advies daar niet toe lijkt te verplichten. Opgemerkt dat voor kinderen op de middelbare school het invoeren van de mondkaplicht voor alle kinderen, zelfs afwijkt van het WHO advies omdat de Staat eist dat ook vroege leerlingen van 11 en 12 jaar op de middelbare school mondkapjes dragen. Bovengemelde onderbouwing ontbeert dan ook een pedagogische toets waarbij juist voor jongeren een meer indringende toets ten opzichte van volwassenen voor proportionaliteit (staat het belang in verhouding tot de inbreuk?) en subsidiariteit (is dit de beste manier om het doel te bereiken?) had moeten plaatsvinden.

108. De overweging van de rechter dat de Staat nader aandacht kan vragen voor de klachten van de Stichting geeft geen blijk dat de rechter aandacht heeft besteed aan de psychische en lichamelijke gezondheid van kinderen. Evenmin heeft hij het belang van mondkapjes beoordeeld ten opzichte van het belang van de gezondheid van kinderen. Gezien de in productie 62 van de dagvaarding gedane verklaringen van artsen en de in productie 63 afgegeven verklaring van een deskundige op dit gebied, is dit bijzonder laakbaar. Het minste dat de rechtbank had kunnen doen is de belangenafweging van de Staat beoordelen. Echter, eveneens als de Staat heeft de rechter slechts het rapport van de WHO gevolgd zonder te beoordelen in hoeverre de effectiviteit van het dragen van mondkapjes ten opzichte van de belangen van kinderen heeft plaatsgevonden.

Grief XIV

109. Ten onrechte stelt de voorzieningenrechter in zijn vonnis in overweging 4.14:

Al het voorgaande leidt tot de conclusie dat artikel 2a.2 van de Regeling en de daarin opgenomen mondkapjesplicht in onderwijsinstellingen niet onmiskenbaar onrechtmatig zijn.

110. Gelet op het reeds gestelde in de hierboven weergegeven grieven kan niet anders dan geconcludeerd worden dan dat de Regeling onmiskenbaar onverbindend is.

Bewijsaanbod

111. De Stichting herhaalt haar bewijsaanbod zoals zij dat reeds in eerste aanleg (bij herhaling) heeft gedaan, inhoudende dat zij aanbiedt om haar stellingen te bewijzen met alle middelen rechtens en in het bijzonder door middel van het horen van getuigen, één en ander zonder daartoe enige bewijslast op zich te nemen, die niet uit de wet voortvloeit.

Spoedeisend belang

112. Het spoedeisend belang volgt eo ipso uit het hiervoor gestelde. Iedere dag dat de mondkapjes verplicht zijn wordt een inbreuk gemaakt op de rechten van middelbare scholieren en wordt hun fysieke en psychische schade toegebracht.

MET CONCLUSIE

te horen eis doen en concluderen dat het Uw Gerechtshof moge behagen het vonnis van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag onder zaak-/rolnummer/C/09/605946/KG ZA 21/44 te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad als naar de wet:

Onder I.

De Regeling ten aanzien van de Stichting en haar aangeslotenen onverbindend te verklaren c.q. buiten werking te stellen,

althans artikel 2a.2 van de Regeling ten aanzien van de Stichting en haar aangeslotenen onverbindend te verklaren c.q. buiten werking te stellen,

althans de mondkapjesplicht zoals omschreven in artikel 2a.2 lid 1 van de Regeling ten aanzien van de Stichting en haar aangeslotenen onverbindend te verklaren c.q. buiten werking te stellen,

deze veroordeling telkens tenminste inhoudende, dat de Stichting en haar aangeslotenen (en wanneer een aangeslotene ouder is van een of meer kinderen in het voortgezet onderwijs: zijn/haar kind c.q. kinderen daaronder tevens begrepen) met ingang van het arrest niet meer gehouden zullen zijn om een mondkapje te dragen in een onderwijsinstelling of een andere ruimte die door een onderwijsinstelling voor onderwijsactiviteiten wordt gebruikt.

Onder II.

Met veroordeling van de Staat in de kosten van de procedure, in beide instanties, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest, en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

Advocaat,

V. Platteeuw