

Rechtbank Rotterdam
ROT 19 / 1249 BC RO02
Zitting d.d. 2 september 2022
09.30 uur

Pleitnota mr. A.H.J. van den Biesen,

Advocaat te Amsterdam,
gemachtigde van Stichting Rookpreventie Jeugd c.s.
inzake Stichting Rookpreventie Jeugd c.s./Staatssecretaris VWS; derde belanghebbende VSK

Inleiding	1
De reacties van Verweerder respectievelijk VSK	3
Waar gaat het handhavingsverzoek over?	3
Door het Hof gehanteerde begrippen	4
“Regelmatige bekendmaking”	4
“Natuurlijke en rechtspersonen”	4
tussenconclusie	6
“de daadwerkelijk gehanteerde methoden”	6
Afronding	7

Inleiding

1. In het dezerzijds ingediende “standpunt van 6 april 2022 zijn de visie van eisers op het arrest van het Hof en de consequenties daarvan uiteengezet. Dat blijft onverkort staan. In het navolgende alleen nog de behandeling van enkele hoofdpunten waarbij ook de reacties die Verweerder en VSK op het arrest hebben gegeven aan bod komen.
2. Met het tussenvonnissen van de rechtbank van 20 maart 2020 en het daaropvolgend door het EU Hof van Justitie gewezen arrest van 22 februari jl. lijken wij, gaandeweg, eindelijk verlost te raken van de sjoemelsigaret. Waar de Europese politiek tot nu toe geen zicht op een oplossing kon geven, bieden het recht en de rechtspraak dus uitkomst. Dat moet ook, want het gaat hier om het bereiken van “een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid, met name voor jongeren”- wat niets minder is dan het effectueren van een belangrijk mensenrecht.
3. De rechtspraak maakt geen nieuw recht. Maar met behulp van de analyse van het geldende recht door het Hof van Justitie van de Europese Unie - dankzij deze zaak en de door de rechtbank gestelde vragen –en van de concluderende Verklaring voor recht, zijn de bestaande vraagtekens verdwenen en moet het nu mogelijk zijn het concrete geval dat eisers uw rechtbank op 13 maart 2019 voorlegden in hun voordeel te beslissen.
4. Met een positieve uitkomst wordt roken overigens niet ineens gezond, want er bestaan geen sigaretten met een gezonde dosis teer, nicotine of koolmonoxide. Maar een positieve uitkomst maakt wél korte metten met het substantiële gesjoemel met het meten van die dodelijke stoffen, met de bemoeienis van de tabaksindustrie bij de

regulering van de samenstelling en inhoud van dodelijke rookwaar én, niet in de laatste plaats, met het gegeven dat de sigaretten die vandaag in de Europese Unie worden verkocht twee tot drie maal zoveel teer en nicotine en koolmonoxide bevatten dan wettelijk is toegestaan. De dosis gif per sigaret gaat dan drastisch omlaag wat hoe dan ook bepaald niet zonder betekenis is en de kennis die aan de hand daarvan verworven wordt zal zonder meer behulpzaam zijn bij het totaal uitbannen van de sigaret op weg naar de rookvrije generaties van de, hopelijk nabije, toekomst.

5. Het arrest van het Hof van de Europese Unie wijst ons hierbij dus de weg en vandaag gaat het - in onze visie - vooral over het laatste stukje van die weg. Wijst “ons” de weg? Ja, “ons” ingezetenen van de Europese Unie. Dit Hof stelt het recht vast voor de hele Europese Unie. De uitspraak is declaratoir en geldt vóór en binnen alle 27 landen van de Europese Unie. Voor wie daaraan mocht twijfelen, dit staat er over de *prejudiciële verwijzing* op de welkomspagina van de website van het Hof:

“[...].

Het Hof van Justitie antwoordt niet in de vorm van een simpel advies, maar door middel van een arrest of een [...] beschikking. De nationale rechter is gebonden aan de gegeven uitlegging wanneer hij uitspraak doet in de bij hem aangebrachte zaak. Het arrest van het Hof van Justitie is eveneens verbindend voor de andere nationale rechterlijke instanties die over een identieke vraag uitspraak moeten doen. [...]

Aldus zijn verschillende belangrijke beginselen van het recht van de Unie geformuleerd naar aanleiding van prejudiciële vragen, die in sommige gevallen zijn gesteld door rechters die uitspraak deden in eerste aanleg.”

(https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/nl/)

De door het Hof verspreide brochure “Vaak gestelde vragen over het Hof van Justitie van de Europese Unie” zegt ongeveer hetzelfde en voegt daar aan toe dat die bindende kracht ook geldt “[...] voor de overige overheidsinstanties”¹, dus ook voor verweerder. Een soortgelijke tekst is overigens te vinden op elk persbericht dat het Hof bij de uitspraak in een prejudicieel geding doet uitbrengen.² Die – beoogde – Unie-brede-verbindendheid brengt ook mee dat het Dictum van uitspraken van het Hof steeds in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt gepubliceerd.³

¹ Gepubliceerd door het Expertisecentrum Europees Recht van BuZa:

<https://ecer.minbuza.nl/documents/20142/1067603/Vaak+gestelde+vragen+over+het+hof+van+justitie+van+de+europese+unie.pdf/81841318-6353-8368-8b16-9f9f1e56cea3?t=1545240155985> – geraadpleegd op 280822

² Tekst op persbericht: “**NOTA BENE:** De prejudiciële verwijzing biedt de rechterlijke instanties van de lidstaten de mogelijkheid, in het kader van een bij hen aanhangig geding aan het Hof vragen te stellen over de uitlegging van het recht van de Unie of over de geldigheid van een handeling van de Unie. Het Hof beslecht het nationale geding niet. De nationale rechterlijke instantie dient het geding af te doen overeenkomstig de beslissing van het Hof. Deze beslissing bindt op dezelfde wijze de andere nationale rechterlijke instanties die kennis dienen te nemen van een soortgelijk probleem.” (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220029nl.pdf>)

³ Publicatieblad van de Europese Unie, 19 april 2022, C 165/3,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CA0160>

6. De Verklaring voor recht uit onze zaak maakt dus onderdeel uit van het EU recht en van de Tabaksproductenrichtlijn en die moeten dus – in ieder geval sinds 22 februari jl - met inachtneming van de uitspraak van het Hof worden toegepast. Alleen al dat gegeven maakt dat het onderhavige beroep gegrond is en dat verweerder een nieuwe Beslissing op bezwaar zal moeten nemen, nu met inachtneming van het geldende recht zoals dat blijkt uit het arrest van het Hof.

De reacties van Verweerder respectievelijk VSK

7. Verweerder en VSK komen beide, deels op dezelfde gronden, tot de conclusie dat we bij dit beroep niet zouden toekomen aan een nieuw besluit “met inachtneming van het arrest” omdat er door dit arrest van het Hof volgens hen eenvoudigweg niets zou veranderen en de regelgeving waarover het hier gaat onverkort van toepassing zou zijn en blijven. Dat is niet alleen onaannemelijk, maar ook niet juist. Hierna behandel ik de inbreng van verweerder en van VSK gezamenlijk aan de hand van een paar hoofdonderwerpen.

Waar gaat het handhavingsverzoek over?

8. Zowel VSK als Verweerder lijken te denken dat het te handhaven object van het handhavingsverzoek, kort gezegd, de meetmethode betreft (artikel 4 lid 1 van de Richtlijn) en komen dan via uiteenlopende redeneringen tot de conclusie dat eisers daarmee niets van doen hebben. Dat is niet juist. Eisers vragen om daadwerkelijke handhaving van dat relatief kleine beetje rechtstreekse bescherming van de gezondheid dat de Richtlijn met artikel 3 lid 1 de mens beoogt te bieden, met behulp van de maximumemissiewaarden. En zij vragen dat, omdat het RIVM alweer jaren geleden aan de bel trok met het bericht dat sigaretten in realiteit 2 tot 3 maal zoveel TNCO, met uitschieters tot 26 maal zoveel, bevatten dan wettelijk is toegestaan.
9. Het verzoek om handhaving van de maximumemissiewaarden werd afgewezen omdat, kort gezegd, de in artikel 4 lid 1 van de Richtlijn voorgeschreven controlemethode geen overschrijdingen liet zien en het bevoegde gezag niet een andere meetmachine zou mogen gebruiken dan die voortvloeit uit de in de Richtlijn opgenomen ISO-standaards. De krachtens de ISO-standaards te gebruiken rookmachine - ISO 3308, inclusief het bijbehorende “regime” - is hier dus het obstakel; het obstakel dat eisers wordt tegengeworpen door het bevoegde gezag, tegen welke – te verwachten - tegenwerping het handhavingsverzoek van 31 juli 2018 zich al bij voorbaat verzette.⁴
10. Eisers vroegen *effectieve* handhaving van de maximumemissiewaarden en maakten aanspraak op opruiming van dat obstakel, niet in de laatste plaats omdat het RIVM dat ook als oplossing van het gesignaleerde probleem aanwees. Zowel rechtbank als Hof hebben dat goed gezien – het Hof spreekt over “de meetmethoden die voortvloeien uit

⁴ “101. Het aan verzoekers tegenwerpen van een meetverplichting die niet is ingericht voor het meten van de effecten van het beoogde gebruik, met het oog op welk gebruik de wetgever de maximale emissieniveaus heeft gegeven, komt neer op een weigering tot handhaving en zou ook overigens onzorgvuldig, willekeurig en onrechtmatig jegens verzoekers zijn [...]” (Handhavingsverzoek van 31 juli 2018)

ISO-normen 4387, 10315, 8454 en 8243, waarnaar dat artikel 4, lid 1 verwijst⁵ - en als de uitspraak van het Hof aldus wordt begrepen dan is daarmee een belangrijk deel van de reacties van VSK en Verweerder al vanzelf weerlegd.

Door het Hof gehanteerde begrippen

11. Een paar opmerkingen over de door het Hof onderscheiden begrippen. In punt 40 van het arrest overweegt het Hof:

“De besluiten van de instellingen van de Unie kunnen dus niet worden tegengeworpen aan **natuurlijke en rechtspersonen** in een lidstaat voordat deze ervan kennis hebben kunnen nemen door een **regelmatige bekendmaking** in het *Publicatieblad van de Europese Unie* [...]”⁶

“Regelmatige bekendmaking”

12. Met dat “regelmatige” zegt het Hof dat het hier om een formeel begrip gaat en niet om zo maar een bekendmaking maar om de formele, verplichte bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Dit bekendmakingsvereiste geldt ook voor nationale maatregelen ter uitvoering van een Unieregeling (r.o. 42), waarbij overigens alleen nationale bekendmaking niet voldoende is want in dat geval moet ook “de bron van de nationale maatregelen” (de oorspronkelijke Unieregeling) formeel bekend zijn gemaakt (id.). Dat in Nederland de ISO standaards tegen forse betaling te koop zijn was ook door VSK in de procedure ten overstaan van het Hof al naar voren gebracht, maar die stelling heeft het Hof klaarblijkelijk als verweer ontoereikend bevonden. Terzijde: de Nederlandse rechtspraak (RvSt en HR) waarnaar VSK in dit verband niet ophoudt te verwijzen is nu dus impliciet door het Hof onjuist geoordeeld.

“Natuurlijke en rechtspersonen”

13. De aanduiding “natuurlijke en rechtspersonen” beoogt kennelijk de staatsorganen hierbuiten te laten; het gaat dus om het private deel van de samenleving. Dat wordt verder bevestigd in r.o. 41, 42 en 43 waar betrokkenen worden aangeduid met “belanghebbenden”, “justitiabelen” en “particulieren”.
14. In r.o. 51 gaat het dan over “particulieren in het algemeen”, wat een aanloop is naar het “evenwel” in r.o. 52, de uitzondering die het Hof maakt voor “ondernemingen” die in verband met de bijzondere relatie die zij hebben met de normalisatie-instellingen rechtstreeks toegang hebben tot “de officiële, authentieke versie van de normen waarnaar in artikel 4, lid 1 [...] wordt verwezen”. Die ondernemingen – de

⁵ Zie bijvoorbeeld r.o. 27 en r.o. 33 van het arrest

⁶ Volledige tekst “40 De besluiten van de instellingen van de Unie kunnen dus niet worden tegengeworpen aan natuurlijke en rechtspersonen in een lidstaat voordat deze ervan kennis hebben kunnen nemen door een regelmatige bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (zie in die zin arresten van 11 december 2007, Skoma-Lux, C-161/06, EU:C:2007:773, punt 37, en 10 maart 2009, Heinrich, C-345/06, EU:C:2009:140, punt 43).” (cursief in het origineel, nadruk toegevoegd)

tabaksindustrie in ruime zin - vallen in beginsel uiteraard in de categorie “natuurlijke en rechtspersonen”, maar wel als de uitzondering die de regel bevestigt. Die positie brengt mee dat de ISO-standaards aan deze ondernemingen wél kunnen worden tegengeworpen, terwijl diezelfde standaards, bij het ontbreken van een regelmatige, integrale, bekendmaking niet aan de overige “gewone” particulieren kunnen worden tegengeworpen, dus ook niet aan eisers (r.o. 40 en r.o. 48).

15. Dit laatste wordt in de kop van de officiële samenvatting van het arrest op de rechtspraak-site van het Hof nog eens met zoveel woorden bevestigd:

“Samenvatting

[...] Aangezien deze methode echter niet is bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie, kan zij niet worden tegengeworpen aan particulieren in het algemeen, zoals verenigingen voor consumentenbescherming”⁷

16. Dit is dus niet een citaat uit het arrest, maar illustratief voor de zaak is het wel, terwijl het niet gedurfd is te veronderstellen dat de tekst van de samenvatting op zijn minst gescreend is door op zijn minst de raadsheer-rapporteur.
17. Hoe dat ook zij, het lijkt er op dat VSK en Verweerder de hier door het Hof gebezigde bewoordingen niet op hun waarde schatten en daardoor tot onjuiste conclusies komen.
18. Verweerder “veronderstelt” dat het Hof met “particulieren” zou hebben bedoeld “op personen die voor eigen gebruik sigaretten maken”.⁸ Verweerder laat daarbij in het midden waarop hij die veronderstelling baseert, terwijl deze categorie overigens niet in dit dossier aan de orde is geweest. Verweerder beargumenteert vervolgens dat artikel 4 lid 1 wel degelijk aan “tabaksproductenfabrikanten” kan worden tegengeworpen, wat door niemand wordt betwist en concludeert dat het in zoverre niet relevant is of de ISO-normen al dan niet aan particulieren in het algemeen kunnen worden tegengeworpen.⁹ Maar waar gaat dit arrest dán over en waar ging het handhavingsverzoek dan over?
19. VSK bewandelt een iets andere weg en concludeert daaruit dat eisers niet als “particulieren in het algemeen” kunnen worden aangemerkt, maar laat na toe te lichten tot welke categorie eisers dan wel zouden behoren, een categorie die zou maken dat –

⁷ Volledige tekst:

“Samenvatting

Filtersigaretten: de door de ISO vastgestelde methode voor de vaststelling van de maximumemissieniveaus voor teer, nicotine en koolmonoxide, waarnaar het Unierecht verwijst, is geldig en kan aan sigarettenfabrikanten worden tegengeworpen

Aangezien deze methode echter niet is bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie, kan zij niet worden tegengeworpen aan particulieren in het algemeen, zoals verenigingen voor consumentenbescherming”

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=254502&pageIndex=0&doclang=NL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2596045>

⁸ Brief van 21 maart 2022, pag. 4, tweede alinea

⁹ Brief van 21 maart 2022, pag. 5, tweede alinea

bij uitzondering - voor hen een formele publicatie van aan hen tegengeworpen regels niet noodzakelijk zou zijn?¹⁰ Ook dit is een volledig ongefundeerde veronderstelling.

tussenconclusie

20. Eisers behoren (anders dan “ondernemingen”) niet tot de een of andere bijzondere categorie maar gewoon tot particulieren in het algemeen aan wie het bepaalde in artikel 4, lid 1 “niet [...] kan worden tegengeworpen voor zover deze bepaling verwijst naar ISO-normen die niet zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.” (r.o. 73 van het arrest).
21. En dus, zo concludeert het Hof in r.o. 74, is het “[...] aan de verwijzende rechter om voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding te beoordelen of de daadwerkelijk gehanteerde methoden voor het meten van de emissieniveaus van die stoffen in overeenstemming zijn met richtlijn 2014/40, zonder rekening te houden met artikel 4, lid 1, ervan.”

“de daadwerkelijk gehanteerde methoden”

22. Het gaat in deze zaak – toegespitst op de daadwerkelijk gehanteerde methode - steeds om de rookmachine, inclusief het “regime”. Die stond/staat centraal in het RIVM-onderzoek. En daarover sprak de rechtbank al in zijn tussenuitspraak van 20 maart 2020 “ernstige twijfel” uit (r.o. 10.3.). De rookmachine zelf is – mét een specifiek regime - apart gestandaardiseerd als ISO 3308 en is dé meetmethode die voortvloeit uit de ISO-standaards van artikel 4, lid 1.
23. Uit het onderzoek van RIVM bleek dat het ISO-gestandaardiseerde regime (de specifieke instellingen van de rookmachine) het rokersgedrag onvoldoende nabootst. De zgn. *Canadian Intense* methode verschilt op twee onderdelen van ISO 3308: 1. Het afplakken van de ventilatiegaatjes; 2. de inhaleer-intensiteit a. door het trekvolume te verhogen van 35 ml naar 55 ml en b. door het trek-interval te verdubbelen naar eens per 30 sec ipv 60. Die verschillen maken dat het rokersgedrag veel beter wordt gesimuleerd. Dat is al geruime tijd het oordeel van 45 ter zake gekwalificeerde én onafhankelijke laboratoria die het TobLabNet van de WHO vormen en die dit “intense” regime hebben gecodificeerd in de *WHO TobLabNet SOP01* standaard¹¹. Bij het RIVM-onderzoek is ISO 3308 - de rookmachine en het “obstakel” in onze zaak - toegepast volgens het regime van WHO’s SOP 01 en het RIVM staat sindsdien op het standpunt dat SOP01 in het vervolg zou moeten worden gebruikt, als en zodra “het obstakel” tenminste zou zijn opgeruimd. Ook verweerder is die mening toegedaan en ook de NVWA. En eisers hebben dit, zoals bekend, tot de centrale inzet van deze handhavingszaak gemaakt.
24. Inmiddels heeft ook de ISO het intense regime gecodificeerd in zijn eigen internationale standaard ISO 22078. In theorie zou die net als SOP 01 ook kunnen worden gebruikt als

¹⁰ zie 3.39 t/m 3.42 van de Schriftelijke opmerkingen van VSK d.d. 6 april 2022

¹¹ Zie voor de integrale tekst van SOP01 Bijlage 10 bij de “Nadere uitwerking” d.d. 18 oktober 2022 die dezerzijds bij brief van 21 oktober 2019 is ingebracht in deze procedure

“oplossing” in deze zaak omdat deze net als SOP 01 het obstakel effectief opruimt. Als die ISO standaard als toevoeging aan de Tabaks- en rookwaren Regeling zou worden gehanteerd, zou er niets zijn om particulieren-in-het-algemeen tegen te werpen, terwijl de tabaksindustrie hieraan ook gebonden zou zijn. Het Hof heeft duidelijk vermeden een keuze te maken en heeft volstaan met een opsomming van de randvoorwaarden waaraan een meetmethode moet voldoen in onderdeel 5 van het dictum.

25. Er is geen twijfel over, bij RIVM niet, maar ook bij verweerder en NVWA niet, en ook bij eisers niet, dat het hanteren van WHO TobLabNet SOP01 als vervanger van ISO 3308 volledig in overeenstemming zou zijn met Richtlijn 2014/40.
26. Als onderdeel 5 van de Verklaring voor recht door verweerder integraal en min of meer letterlijk als voorschrift aan de Tabaks- en rookwarenregeling zou worden toegevoegd - iets dat hoe dan ook op de een of andere wijze zal moeten gebeuren omdat dit sinds 22 februari 2022 onherroepelijk geldend recht is - zou toepassing van SOP01 – en trouwens (in theorie) ook van ISO 22078 - zonder meer in overeenstemming zijn met de Richtlijn, de Tabaks- en rookwarenwet, het Besluit en de Regeling. Vermoedelijk zou daar zelfs mee kunnen worden volstaan gelet op r.o. 43 van het arrest. Maar voor de duidelijkheid zou verweerder bovendien aan het einde van het eerste lid van artikel 2.1 van de Tabaks- en rookwarenregeling een volzin kunnen toevoegen waarin zou worden bepaald dat bij de metingen steeds gebruik gemaakt dient te worden van SOP 01, welke standaard dan ook, als bijlage, onderdeel van de regeling zou moeten worden. In theorie kan bij deze operatie ook worden verwezen naar ISO 22078, maar het behoeft geen betoog dat eisers met verweerder en NVWA en RIVM (en de WHO) een sterke voorkeur voor SOP01 hebben gelet op de overheersende invloed die de tabaksindustrie in de Werkgroepen Tabak van de ISO en de NEN uitoefent.

Afronding

Eisers handhaven het door hen in deze procedure ingenomen standpunt onverkort, inclusief hun voorstel aan de rechtbank deze procedure middels toepassing van de bestuurlijke lus tot een oplossing te brengen. Bij de in dat verband te stellen termijnen, ware er rekening mee te houden dat het vermoedelijk voor verweerder nodig is de tekst van dictum 5 tot onderdeel te maken van de Tabaks- en rookwarenregeling en SOP 01 als Bijlage aan die Regeling toe te voegen, zodat deze wordt meegenomen bij de publicatie van de Staatscourant.