

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

Aan de Griffier van de
Rechtbank Rotterdam
Sector Bestuursrecht
t.a.v. behandelende Kamer
Per e-mail

Leidsegracht 24 sous
1016 CL Amsterdam
The Netherlands
T +31 (0)20 737 02 18
F+ 31 (0)20 524 82 46
phon@vandenbiesen.eu
www.vandenbiesen.eu

Amsterdam, 6 april 2022

ons kenmerk : D20180022
uw kenmerk : ROT 19 / 1249 BC RO02

**Betreft: : Reactie Rookpreventie Jeugd c.s. op het
Arrest HvJ van 22 februari 2022 (C-160/20)**

Geachte College,


In antwoord op uw brief van uw brief van 24 februari jl. stuur ik u hierbij de reactie van cliënten op het hierboven kort aangeduide arrest van het Hof van Justitie.

Cliënten zouden het op prijs stellen als uw rechtbank nog een mondelinge behandeling zou gelasten zodat partijen op elkaars reacties kunnen reageren en een nadere gedachtenwisseling zou kunnen plaatsvinden.

Ik stuur u deze brief met de bijlage per e-mail en vervolgens per gewone post. Ook stuur ik een en ander, uitsluitend per e-mail, aan verweerder en de VSK.

Ik dank u voor de hieraan te besteden aandacht.

Hoogachtend,


A.H.J. van den Biesen

p.s. ik ben telefonisch het beste te bereiken op 06 52 06 12 66

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

Rechtbank Rotterdam

Zaaknr. ROT/1249

**Standpunt van Rookpreventie Jeugd c.s.
n.a.v. het Arrest van het EU Hof van Justitie van 22 februari 2022 (C-160/20)
6 april 22**

in de zaak:

- 1. Stichting Rookpreventie Jeugd, Amsterdam;**
- 2. College van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam;**
- 3. Stichting Inspire2Live, Amsterdam;**
- 4. Rode Kruis Ziekenhuis B.V., Beverwijk;**
- 5. Stichting ClaudicatioNet, Eindhoven;**
- 6. Ned. Vereniging voor Verzekeringsgeneeskunde, Utrecht;**
- 7. Accare, Stichting Universitaire en Algemene Kinder- en Jeugdpsychiatrie Noord-Nederland (Groningen), Assen;**
- 8. Vereniging Praktijkhoudende Huisartsen, Amsterdam;**
- 9. Ned. Vereniging van Artsen voor Longziekten en Tuberculose, 's Hertogenbosch;**
- 10. Ned. Federatie van Kankerpatiëntenorganisaties, Utrecht;**
- 11. Ned. Vereniging Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde, Utrecht;**
- 12. Ned. Vereniging voor Cardiologie, gevestigd Utrecht;**
- 13. Koepel van Artsen Maatschappij en Gezondheid, gevestigd Utrecht;**
- 14. Ned. Vereniging voor Kindergeneeskunde, Utrecht;**
- 15. Koninklijke Ned. Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde, Utrecht;**

eisers, verder aangeduid als Rookpreventie Jeugd c.s.

vertegenwoordigd door A.H.J. van den Biesen, advocaat te Amsterdam

tegen

de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, verweerder

met als derde partij

de Vereniging Nederlandse Sigaretten- en Kerftabakfabrikanten (VSK)

Inhoudsopgave

Inleiding.....	2
Het in beroep door eisers gevorderde	2
Het arrest van 22 februari 2022	3
Rechtzekerheidsbeginsel	4
Verschil tussen ondernemingen en particulieren.....	5
De beantwoording van vraag 4 onder a) - rechtsoverwegingen 70 t/m 79	6
Onderdeel 5) van de Verklaring voor recht uit het arrest van het Hof, gevolgen voor het gevorderde	10
Beschikbare meetmethodes	11
Conclusie	13

Inleiding

1. Het navolgende bevat de schriftelijke reactie van Stichting Rookpreventie Jeugd, de gemeente Amsterdam en de andere eisers, om welke reactie uw rechtbank partijen bij brief van 24 februari jl. heeft gevraagd.
2. Deze reactie richt zich vooral op de vraag “hoe nu verder?”. Bij de beantwoording van die vraag staat voor eisers Onderdeel 5) van de Verklaring voor recht uit het arrest van het EU Hof van Justitie (verder: het Hof) van 22 februari 2022 centraal. In essentie gaat het daarbij om de beantwoording die het Hof gaf op de door de rechtbank gestelde vraag 4, onder a). De door het Hof gegeven beantwoording van de andere vragen komt in het navolgende alleen aan de orde voor zover deze van betekenis is bij de toepassing van Onderdeel 5) van de Verklaring voor recht.
3. Het arrest bevat onderdelen waarin eisers zich wat minder kunnen vinden – bijvoorbeeld de beslissing inzake artikel 5.3. FCTC – maar eisers zijn zich er van bewust dat met het arrest het laatste woord gesproken is en dat dus verduidelijken van eerdere standpunten, laat staan het herhalen daarvan op dit moment een zinloze exercitie is.

Het in beroep door eisers gevorderde

4. In de onderhavige procedure vorderden eisers het navolgende. Hierna is daarbij cursief en tussen rechte haken vermeld of en in welke mate het betreffende onderdeel van het gevorderde nog relevant is:

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

- I. “Gelet op het voorgaande verzoeken eisers de Rechtbank Rotterdam deze zaak versneld te behandelen op de voet van artikel 8:52 Awb.
[niet gehonoreerd - verder niet meer relevant]

 - II. Tegen deze achtergrond verzoeken eisers de rechtbank Rotterdam artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en Rookwarenregeling *[dat is de verwijzing naar de ISO-standaards van artikel 4, eerste lid van de Europese Richtlijn, adv.]* onverbindend te verklaren, althans de onderdelen van die wettelijke bepalingen die voorschrijven bij het meten gebruik te maken van de ISO 3308- rookmachine onverbindend te verklaren,
[materieel door het Hof in zijn arrest gevolgd - komt in dit “Standpunt” nader aan de orde]

 - III. Verder verzoeken eisers de rechtbank Rotterdam het bestreden Besluit te vernietigen, evenals het daaraan ten grondslag liggende primaire Besluit en te verstaan dat verweerder bij het naleven van zijn plicht de beschermingsnormen van artikel 2.1, eerste lid van het Tabaks- en Rookwarenbesluit, dat verwijst naar de desbetreffende normen uit het eerste lid van Artikel 3 van Richtlijn 2014/40/EU van 3 april 2014, te handhaven en daarbij gebruik maakt van een methode die het beoogd gebruik aantoonbaar zo goed mogelijk benadert.
[...]
[per saldo heeft het Hof deze eis met Onderdeel 5) van de Verklaring voor recht volledig gehonoreerd - komt in dit “Standpunt” nader aan de orde]

 - IV. Met het oog op die situatie verzoeken eisers de rechtbank Rotterdam de behandeling van deze zaak te schorsen voor het – gehoord partijen - stellen van de hier bedoelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie en alle eventuele overige beslissingen aan te houden.”
[gehonoreerd - verder niet meer relevant]
5. De onderhavige standpuntbepaling sluit af met een conclusie.

Het arrest van 22 februari 2022

6. De rode draad in de uitspraak van het Hof wordt gevormd door de herhaalde onderstreping van de tweeledige doelstelling van Richtlijn 2014/40 (zie bijvoorbeeld r.o. 32). Enerzijds gaat het om harmonisatie van de interne markt, vooral belichaamd door artikel 4 van de Richtlijn (meetmethodes) en anderzijds gaat het om het streven naar een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, met name voor jongeren,

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

vooral belichaamd door artikel 3 (maximum emissieniveaus). Het inleidende handhavingsverzoek in deze zaak richtte zich op handhaving van precies die emissieniveaus.

7. Daarbij is het opvallend, maar niet onbegrijpelijk, dat het Hof enerzijds vaststelt dat artikel 4 van de Richtlijn voor *ondernemers* duidelijke verplichtingen bevat (verplichtingen die in het Nederlands recht versterkt worden door de strafbaarstelling van niet-naleving), terwijl het Hof anderzijds vaststelt dat de meetmethodes (verder: de ISO-methodes) niet aan *particulieren* kunnen worden tegengeworpen nu deze niet op adequate wijze zijn bekend gemaakt.
8. Daarnaast heeft het Hof bepaald dat “(...) elke methode voor het meten van de in artikel 3, lid 1, van die richtlijn vastgestelde maximumemissieniveaus daadwerkelijk [moet] beantwoorden aan het doel van richtlijn 2014/40, zoals weergegeven in artikel 1 ervan, dat erin bestaat een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid te waarborgen, met name voor jongeren.” (r.o. 78)
9. Daarmee zijn in de visie van Rookpreventie Jeugd c.s. de belangrijkste kenmerken van het arrest gegeven. In het hierna volgende komen de volgens eisers belangrijkste rechtsoverwegingen aan de orde, waarna de beantwoording van de vragen van de rechtbank wordt besproken, uiteraard in het bijzonder het antwoord op vraag 4 onder a), welke beantwoording leidde tot het beslissende onderdeel 5) van de Verklaring voor recht.

Rechtzekerheidsbeginsel

10. In de rechtsoverwegingen 36 – 47 geeft het Hof een eerste beoordeling van het bepaalde in artikel 4, lid 1 van de Richtlijn in het licht van het rechtzekerheidsbeginsel. Die beoordeling was nodig omdat eisers de geldigheid van het eerste lid van artikel 4 van Richtlijn 2014/40 aan de orde hebben gesteld vanwege het gegeven dat de ISO-normen waarnaar deze bepaling verwijst, kort gezegd, niet openbaar toegankelijk zijn.
11. Het Hof overweegt met betrekking tot die toegankelijkheid dat in elk geval artikel 4, lid 1 van de Richtlijn zelf niet voorziet in enige beperking op het punt van de noodzakelijke transparantie (r.o. 37). Zou dat wel het geval geweest zijn dan had het Hof de rechtmatigheid van die beperking moeten beoordelen, zo lezen eisers deze overweging.
12. Het Hof overweegt voorts dat besluiten van de EU-instellingen binnen de EU niet aan natuurlijke en rechtspersonen kunnen worden tegengeworpen zonder regelmatige bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (r.o. 39 en 40). Dit volgt uit het rechtzekerheidsbeginsel dat eist dat belanghebbenden de omvang van opgelegde verplichtingen moeten kunnen kennen omdat justitiabelen hun rechten en verplichtingen moeten kunnen kennen (r.o. 41). Dit zelfde geldt in gelijke mate voor nationale regelgeving die ter uitvoering van Unie-recht is vastgesteld (r.o. 42). Dus de overwegingen van het Hof omtrent het niet mogen tegenwerpen van artikel 4, lid 1 geldt op

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

Nederlands niveau in gelijke mate voor artikel 2.1, eerste lid van de Tabaks- en rookwarenregeling (met dien verstande dat wij eerder “buiten toepassing laten” zeggen in plaats van “niet mogen tegenwerpen”). Immers, ook op nationaal niveau, zo gaat het Hof verder, moeten belanghebbenden zich op de hoogte kunnen stellen (ook: r.o. 42). Deze vaststelling is voor eisers van groot belang omdat verweerder hen bij zijn verwerving van het initiële handhavingsverzoek juist de in artikel 4, lid 1 voorgeschreven toepassing van de ISO-meetmethode tegenwierp met de boodschap “wij kunnen niet anders, wij moeten wel”, waarmee verweerder in wezen liet weten dat het recht op de door (destijds) verzoekers gevraagde handhaving in omvang en doeltreffendheid werd beperkt door de aanwijzing van deze ISO-meetmethode. Dat het wél anders kan én moet is in het vervolg van het arrest door het Hof uitgesproken. Dat komt verderop in dit “Standpunt” aan de orde.

Vershil tussen ondernemingen en particulieren

13. In de zojuist genoemde rechtsoverwegingen 39 en 40 geeft het Hof de algemene regel, zonder adequate bekendmaking geen werking, zoals deze geldt voor “natuurlijke en rechtspersonen”.
14. Het Hof stelt vervolgens vast dat een enkele verwijzing naar technische normen, zoals ISO-standaards, in beginsel geoorloofd is als die verwijzing op zichzelf maar duidelijk is (r.o. 44). Maar, vervolgens overweegt het hof dat

“ook [moet] worden beklemtoond dat het rechtszekerheidsbeginsel, zoals dit in de punten 41, 42 en 45 van dit arrest is uitgelegd, bepaalt dat technische normen die door een normalisatie-instelling als de ISO zijn vastgesteld en waaraan bij een wetgevingshandeling van de Unie een bindend karakter is verleend, slechts aan particulieren in het algemeen kunnen worden tegengeworpen **indien zij zelf zijn bekendgemaakt** in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.” (r.o. 48, nadruk toegevoegd)

en

“Omdat de normen waarnaar artikel 4, lid 1, van richtlijn 2014/40 verwijst, niet zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, kunnen particulieren in het algemeen geen kennis nemen van de methoden voor het meten van de geldende emissieniveaus van teer, nicotine en koolmonoxide van sigaretten, hetgeen in strijd is met de in de punten 41, 42 en 45 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak.” (r.o. 51)

15. Met andere woorden: als particulieren geen toegang hebben tot bepaalde ISO-standaards, omdat deze niet daadwerkelijk zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, kan de inhoud van die standaards niet aan hen worden tegengeworpen. Dat het hier niet om één enkele ISO-standaard gaat, maar al gauw om een 20-tal ISO-standaards is eerder in deze procedure al door eisers vastgesteld (zie bijlage 5 van

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

de dezerzijds op 18 oktober 2019 aan de rechtbank verstuurd “Nadere uitwerking ...”). Uit bijlage 4 (beantwoording Kamervragen door de Staatssecretaris van VWS) blijkt verder dat in de visie van verweerder ook de “deel-ISO-standaards”, dus de ISO-standaards waarnaar in een ISO-standaard wordt (door)verwezen, bindend zijn.

16. Vervolgens stelt het Hof vast dat wat in het algemeen voor particulieren geldt, niet in gelijke mate voor ondernemingen geldt. Het Hof verwijst in dat verband naar de organisatiestructuur van ISO met zijn netwerk van nationale normalisatie-instellingen (in Nederland: NEN). Deze organisatiestructuur maakt dat “ondernemingen”, voor onze zaak: de tabaksindustrie in ruime zin (r.o. 50), die wél gemakkelijk toegang hebben tot de officiële en authentieke normen volledig aan de inhoud van de normen en aan de verplichting van artikel 4, lid 1 van de Richtlijn gebonden zijn (r.o. 52). Dat de tabaksindustrie op eenvoudige wijze toegang heeft tot alle hier besproken standaards (mét bijbehorende achtergrondinformatie) komt ook omdat de ISO-/NEN structuur meebrengt dat het betrokken bedrijfsleven de ISO- en NEN-Tabakscommissies bemensen (in Nederland zijn alle leden van de NEN-tabakscommissie ofwel werkzaam voor ofwel afkomstig uit de tabaksindustrie) waardoor zij zonder nadere kosten over al die stukken (kunnen) beschikken.
17. Het gegeven dat artikel 4, lid 1 aan de tabaksindustrie kan worden tegengeworpen maakt, zo volgt uit het arrest, dat de geldigheid van deze bepaling in elk geval voor deze geadresseerden blijft bestaan. Maar, gelet op het voorgaande, dat laat onverlet dat deze bepaling niet aan particulieren kan worden tegengeworpen, dus ook niet aan eisers die het gezondheidsbelang van de individuele roker en mee-roker middels deze zaak behartigen.¹ Dat betekent ook dat de rechtbank nu in de aldus door het Hof vastgestelde leemte zal moeten voorzien. De rechtbank had met deze mogelijkheid bij het stellen van de vragen aan het Hof rekening gehouden en met het oog op deze situatie de vraag naar het “Wat dan?” aan het Hof voorgelegd (Vierde vraag van de rechtbank, onder a)). Het Hof beantwoordt deze vraag in de rechtsoverwegingen 70 t/m 79.

De beantwoording van vraag 4 onder a) - rechtsoverwegingen 70 t/m 79

18. Gezien het belang van de beantwoording van deze vraag voor het vervolg van deze procedure, worden in het navolgende de in dit verband meest betrokken rechtsoverwegingen weergegeven, met steeds weer cursief en tussen rechte haken opmerkingen van de kant van eisers.

¹ Het persbericht van het Hof van Justitie zegt het, in de kop, aldus:
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
(Franse versie: [...] cette méthode n'est pas opposable aux particuliers en général, tels que des associations de protection de la santé des consommateurs;
Engelse versie: [...] it is not binding on the public generally, for example on associations for the protection of consumers' health) (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220029nl.pdf>)

“70 Met zijn vierde vraag, onder a), wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen, ingeval artikel 4, lid 1, van deze richtlijn niet aan particulieren zou kunnen worden tegengeworpen, welke methode voor het meten van de emissies van teer, nicotine en koolmonoxide van sigaretten kan worden gehanteerd om na te gaan of de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/40 vastgestelde maximumemissieniveaus in acht worden genomen.

[in deze overweging parafraseert het Hof de over deelvragen verspreide vraag 4 onder a) van de rechtbank; met het “ingeval” houdt het Hof er vermoedelijk rekening mee dat de nationale rechter het niet-tegen-werpen formeel nog wel eerst moet vaststellen voor de nationale Artikel 4, lid 1-bepalingen, dus in onze zaak voor artikel 2.1, eerste lid van de Tabaks- en rookwarenregeling. Het daarvoor benodigde beslissingskader is met het arrest gegeven, zie r.o. 73 en 74 hieronder]

71 Deze vraag is aan de orde in het kader van een geding dat betrekking heeft op de weigering van de NVWA om de fabrikanten, importeurs en distributeurs van tabaksproducten middels een bestuurlijke dwangmaatregel te gelasten de in Nederland aan de consument aangeboden filtersigaretten die bij beoogd gebruik niet zouden voldoen aan de emissieniveaus van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/40, uit de handel te halen.

[het Hof geeft er met deze overweging blijk van dat deze handhavingszaak er inderdaad toe kan leiden dat sigaretten uit de handel zullen moeten worden gehaald]

72 In dit verband moet worden opgemerkt dat sigaretten die bestemd zijn om in de Unie in de handel te worden gebracht of te worden geproduceerd, moeten voldoen aan de maximumemissieniveaus voor teer, nicotine en koolmonoxide die in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/40 zijn vastgesteld.

[het is van belang dat het Hof het bepaalde in artikel 3, lid 1, voorop stelt; dit niet alleen omdat het door eisers ingediende handhavingsverzoek juist artikel 3 lid 1 tot uitgangspunt nam, maar ook omdat de VSK, dus de vertegenwoordiging van de tabaksindustrie, ter zitting van de rechtbank d.d. 11 november 2011 verklaarde “Wij staan open voor nieuwe meetmethoden, Canadian Intense is er maar eentje. Als dat de nieuwe standaard wordt, dan is dat prima. Maar dan zijn ook andere emissiewaarden nodig, afgestemd op die nieuwe test.” (p.v.b. van de zitting, pag. 13).

Ditzelfde standpunt is door de advocaten van VSK in de schriftelijke procedure voor het Hof van Justitie naar voren gebracht in hun “Opmerkingen” van 25 augustus 2020, maar het Hof heeft aan dat deel van die “Opmerkingen” geen consequenties verbonden; integendeel, het Hof benadrukt juist in deze rechtsoverweging dat “sigaretten die bestemd zijn om in de Unie in de handel te worden gebracht [...], moeten voldoen aan de maximumemissieniveaus voor teer, nicotine en koolmonoxide die in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/40 zijn vastgesteld” en in r.o. 75 voegt het Hof daaraan toe dat “...met de term „emissies” wordt verwezen naar „stoffen die vrijkomen wanneer een tabaksproduct of aanverwant product wordt gebruikt zoals beoogd...”]

73 In herinnering zij echter gebracht dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 2014/40 niet aan particulieren in het algemeen kan worden tegengeworpen voor zover deze bepaling verwijst naar ISO-normen die niet zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

[in de visie van eisers vormt deze overweging samen met de navolgende overweging 74 de ruggengraat van hetgeen met dit arrest beslist is]

74 Het staat derhalve 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. (nadruk toegevoegd).

*[met deze overwegingen laat het Hof er geen twijfel over bestaan dat het de Rechtbank Rotterdam is die deze zaak op de inhoud dient te **beslechten** en dat de rechtbank daarbij het bepaalde in artikel 4, lid 1 van de Richtlijn en dus ook het bepaalde in artikel 2.1, eerste lid van de Tabaks- en rookwarenregeling buiten beschouwing moet laten. Vervolgens geeft het Hof in de opvolgende overwegingen 75 t/m 78 de elementen die het handhavend gezag in het kader van de door eisers gevraagde handhaving in acht moet nemen.]*

75 In dit verband moet ten eerste worden vastgesteld dat uit artikel 2, punt 21, van deze richtlijn volgt dat met de term „emissies” wordt verwezen naar „stoffen die vrijkomen wanneer een tabaksproduct of aanverwant product wordt gebruikt zoals beoogd, zoals stoffen die voorkomen in rook, of stoffen die vrijkomen bij het gebruik van rookloze tabaksproducten”.

[“beoogd gebruik”, dus wat de roker binnenkrijgt, staat bij het meten centraal, niet de interne markt; artikel 4, lid 1 blijft buiten beschouwing (r.o. 74)]

76 Ten tweede bepaalt artikel 4, lid 2, van voornoemde richtlijn dat de emissies van teer, nicotine en koolmonoxide worden geverifieerd door laboratoria die zijn erkend door en onder toezicht staan van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Deze laboratoria mogen niet eigendom zijn of direct of indirect onder zeggenschap staan van de tabaksindustrie.

[verificatie moet voldoen aan dezelfde voorwaarden als op dit moment ook gelden; artikel 4, lid 1 blijft buiten beschouwing]

77 Ten derde moet de Commissie volgens artikel 4, lid 3, van richtlijn 2014/40 bij de aanpassing van de methoden voor het meten van die emissieniveaus rekening houden met de wetenschappelijke en technische ontwikkelingen of internationaal overeengekomen normen.

*[er staat “die” emissieniveaus, dus de in r.o. 75, bedoelde emissies; bij de keuze voor de voortaan te gebruiken methode moet **rekening worden gehouden** “met de wetenschappelijke en technische ontwikkelingen of internationaal overeengekomen normen” (nadruk toegevoegd)]*

78 Ten vierde moet elke methode voor het meten van de in artikel 3, lid 1, van die richtlijn vastgestelde maximumemissieniveaus daadwerkelijk beantwoorden aan het doel van richtlijn 2014/40, zoals weergegeven in artikel 1 ervan, dat erin bestaat een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid te waarborgen, met name voor jongeren.

[het zijn precies deze elementen die alle in het door het Hof in de navolgende overweging 79 gegeven antwoord op vraag 4 onder a) als voorwaarden voor de uit te voeren meting terug komen, waarna de geldende verplichting tot verificatie van artikel 4, lid 2 dient te worden uitgevoerd]

79 Derhalve moet op de vierde vraag, onder a), worden geantwoord dat, in geval artikel 4, lid 1, van richtlijn 2014/40 niet aan particulieren zou kunnen worden tegengeworpen, de methode die voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn wordt gehanteerd, volgens de wetenschappelijke en technische ontwikkelingen of volgens internationaal overeengekomen normen geschikt moet zijn om de emissieniveaus te meten die bij beoogd gebruik van een

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

sigaret vrijkomen, waarbij een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid, met name voor jongeren, als basis moet worden genomen en waarbij de juistheid van de met deze methode verkregen metingen moet worden geverifieerd door laboratoria die zijn erkend door en onder toezicht staan van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, als bedoeld in artikel 4, lid 2, van die richtlijn.”

*[deze beantwoording van vraag 4 onder a) is als onderdeel 5) van het dictum van dit arrest door de Grote kamer van het Hof in overeenkomstige bewoordingen **voor recht verklaard**, wat meebrengt dat op het initiële handhavingsverzoek met inachtneming van dit dictum dient te worden beslist]*

Onderdeel 5) van de Verklaring voor recht uit het arrest van het Hof, gevolgen voor het gevorderde

19. Het Hof heeft in onderdeel 5) van de Verklaring voor recht als volgt beslist:

“Ingeval artikel 4, lid 1, van richtlijn 2014/40 niet aan particulieren zou kunnen worden tegengeworpen, moet de methode die voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn wordt gehanteerd, volgens de wetenschappelijke en technische ontwikkelingen of volgens internationaal overeengekomen normen geschikt zijn om de emissieniveaus te meten die bij beoogd gebruik van een sigaret vrijkomen, waarbij een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid, met name voor jongeren, als basis moet worden genomen en waarbij de juistheid van de met deze methode verkregen metingen moet worden geverifieerd door laboratoria die zijn erkend door en onder toezicht staan van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, als bedoeld in artikel 4, lid 2, van die richtlijn.”

20. Deze uitspraak is niet alleen bindend voor de drie partijen in deze procedure, maar ook voor de hele Europese Unie. Daarmee staat vast:

- 1) Dat de rechtbank om te beginnen moet vaststellen dat artikel 4, lid 1 van Richtlijn 2014/40 ook in Nederland niet aan particulieren kan worden tegengeworpen en dat m.m. artikel 2.1, eerste lid van de Tabaks- en rookwarenregeling buiten toepassing verklaard moet worden, behalve voor de door het Hof bedoelde “ondernemingen”;
- 2) Dat er een meetmethode - exclusief – voor het doel van handhaving van artikel 3 moet worden gehanteerd;
- 3) Dat het gaat om het meten van emissieniveaus die *bij beoogd gebruik* van een sigaret vrijkomen;

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

- 4) Dat de meetmethode daartoe volgens de wetenschappelijke en technische ontwikkelingen *of* volgens internationaal overeengekomen normen *geschikt* moet zijn;
 - 5) Dat bij het meten een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid, met name voor jongeren, als basis moet worden genomen;
 - 6) Dat de juistheid van de met deze methode verkregen metingen moet worden geverifieerd op een wijze die gelijk is aan de verificatie wijze die op dit moment ook al wordt gehanteerd door RIVM.
21. Eisers merken over de in het vorige punt opgesomde kenmerken nog op dat de onder 1) bedoelde vaststelling slechts een formaliteit is, nu het benodigde beslissingskader in r.o. 73 van het arrest gegeven is.
En verder constateren eisers dat het Hof met deze Verklaring voor recht nu ook buiten twijfel heeft gesteld dat in deze zaak het meten van de in de richtlijn gegeven emissieniveaus *bij beoogd gebruik* centraal staat en dat het daarmee mede gaat over bescherming van de menselijke gezondheid (hoe relatief dat begrip ook is als het over roken gaat), met name voor jongeren.
22. Eisers refereren zich aan het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de vraag of de rechtbank al dan niet in zijn uitspraak specifiek een meetmethode moet voorschrijven die bij de in deze zaak gevraagde handhaving dient te worden toegepast. Ten overvloede staan eisers in het navolgende eerst nog stil bij de beschikbaarheid van een meetmethode die voldoet aan alle elementen van onderdeel 5) van de Verklaring voor recht.

Beschikbare meetmethodes

23. Eisers roepen in herinnering dat de aanleiding voor deze procedure is dat door het RIVM was vastgesteld dat de toen – en nu nog steeds – verkochte sigaretten een aanzienlijk hogere hoeveelheid teer, nicotine en koolmonoxide (TNCO) bevatten dan volgens de toepasselijke wettelijke bepalingen maximaal wordt toegestaan. Die maxima zijn bepaald in artikel 3, lid 1 van Richtlijn 2014/40 resp. artikel 2.1 van het Tabaks- en rookwarenbesluit middels maximale emissieniveaus. Het RIVM liet ook zien hoe de vastgestelde overschrijding van de emissieniveaus kon ontstaan en zette uiteen dat de tabaksindustrie bij de productie kleine gaatjes, in per merk soms wisselende patronen, in de filter en/of het papier van de sigaret aanbrengen, welke gaatjes bij het vaststellen van de emissieniveaus schone lucht aantrekken wat tot een aanzienlijke verdunning van de gemeten emissies leidt. Met dit onderzoek van de RIVM werd de “sjoemelsigaret” een bekend fenomeen. Gevolg van het gesjoemel: de roker (en de mee-roker) krijgt aanzienlijk veel meer TNCO-gif binnen dan volgens de wet nog toegestaan is. Hierdoor wordt het in de Europese regelgeving vastgelegde vereiste van een “hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid, met name voor jongeren” volledig genegeerd en geschonden. Bij zijn onderzoek maakte het RIVM

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

gebruik van “Canadian Intense” een meetmethode geschikt om TNCO-waarden in sigaretten te meten. Kenmerk van deze methode is dat bij het meten de gaatjes worden afgeplakt en dat vergeleken met de in artikel 4, lid 1, van de Richtlijn, bij de simulatie van het inhaleren een hogere trek-frequentie wordt gehanteerd en ook een intensere manier van inhaleren.

24. Er zijn inmiddels drie meetmethodes die alle drie in de kern de *Canadian Intense*-methode hebben “gecodificeerd”: de *Canadian Intense*, de *WHO TobLabNet SOP 01* en de *NEN-ISO 20778*-standaard. Alle drie kwamen al aan de orde in de “Nadere uitwerking van het onderdeel “De ISO-standaards”...” welk stuk door eisers op 18 oktober 2019 werd ingebracht in de onderhavige procedure; de TobLabNet-standaard was als Bijlage 10 integraal bijgevoegd. Alle drie de methodes voorzien in het afplakken van de gaatjes en schrijven hetzelfde inhaleerregime voor als de *Canadian Intense* en vormen aldus een aanzienlijk betere simulatie van het “beoogd gebruik” uit artikel 2, onder 21 van de Richtlijn.
25. De *Canadian Intense* is in elk geval het resultaat van wetenschappelijke en technische ontwikkelingen en is daarmee dus “geschikt” in de zin van het arrest. *Canadian Intense* kan nog niet worden aangemerkt als internationaal overeengekomen norm. Het is een methode die nog altijd in vele wetenschappelijke publicaties wordt aangehaald als de methode die het rokersgedrag beter benaderd dan de ISO-standaard uit de richtlijn en die uiteindelijk ook geleid heeft tot de TobLabNet SOP 01. SOP 01 is gedurende een aantal jaren wetenschappelijk en technisch ontwikkeld – zónder betrokkenheid van de tabaksindustrie - en werd na validatie volgens de internationaal voor standaards geldende procedure, vastgesteld in 2012 door de omstreeks 40 wetenschappelijke, internationale, laboratoria die de *back bone* vormen van het Top-laboratoria netwerk van de Wereldgezondheidsorganisatie. Niet lang nadat bekend werd dat TobLabNet aan een eigen *Canadian Intense*-standaard werkte, besloot de International Standardization Organization (ISO) ook tot de ontwikkeling van haar “eigen” *Canadian Intense*-standaard over te gaan, welke standaard werd vastgesteld in 2018 na validatie volgens de internationaal voor standaards geldende procedure en na het doorlopen van de ISO-besluitvormingsprocedure. Deze ISO-standaard kreeg het nummer NEN-ISO 20778 en geldt net als alle ISO-standaards als internationale standaard.² Deze ISO-standaard is *grosso modo* gelijk aan de WHO-standaard en geldt dus ook als een codificatie van de Canadian Intense-methode. Alle EU-landen zijn vertegenwoordigd binnen ISO, dat steeds per land maar één vertegenwoordiging kent. NEN is de Nederlandse vertegenwoordiging binnen ISO.

² In Verordening (EU) Nr. 1025/2012 betreffende Europese normalisatie worden de ISO-Standaards op gelijke voet behandeld als de op EU-niveau overeengekomen normen, zie preambule (6), (19), (30), (37), (42) en artikel 2, lid 1 en lid 9 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1025&from=DE>)

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

26. Eisers menen dat de TobLabNet-standaard volledig voldoet aan de door het Hof aan de kwaliteit van de meetmethode gestelde voorwaarden. Eisers stellen vast dat deze standaard openbaar is, kosteloos te downloaden en – niet onbelangrijk – zonder inmenging van de tabaksindustrie tot stand is gekomen.
27. Ook de derde standaard, *NEN-ISO 20778*, voldoet, technisch bezien, aan de door het Hof aan de kwaliteit van de meetmethode gestelde voorwaarden; ook bij deze methode worden de filtergaatjes afgedekt en is het inhaleringsregime gelijk aan aan het *Canadian Intense*-regime. Maar verder brengt deze standaard alle problemen met zich waaraan de in artikel 4, lid 1, van de Richtlijn opgenomen ISO-standaard lijdt: deze standaard is auteursrechtelijk zwaar beschermd, dus niet openbaar maar slechts tegen betaling verkrijgbaar. De eenmaal aangeschafte standaards mogen op geen enkele wijze met derden worden gedeeld. Bovendien bevat deze standaard verwijzingen naar weer andere ISO-standaards die dus – voor effectief gebruik – ook zouden moeten worden gekocht.
28. Samenvattend geldt dat er drie methodes beschikbaar zijn die ieder voor zich en ook in gezamenlijkheid bezien voldoen aan de door het Hof in zijn arrest onder onderdeel 5) van de Verklaring voor recht geformuleerde geschiktheidsvereisten. Alleen al het feit dat deze methode op drie niveaus is gestandaardiseerd is veelzeggend.
29. Het zal niet verbazen dat eisers zouden kiezen voor de TobLabNet-standaard van de WHO. Overigens heeft verweerder al meerdere malen te kennen gegeven dat hij – als hij het voor het kiezen had – zonder meer voor de TobLabNet standaard zou gaan, zodat partijen het in elk geval op dit – het meest cruciale – onderdeel van deze zaak eens zijn.

Conclusie

30. Het in het voorgaande punt benoemen van de voorkeur van eisers en van verweerder is slechts ten overvloede want met de uitspraak van het Hof is de ruimte voor “kiezen” tot een minimum teruggebracht, althans in het kader van deze procedure, nu het Hof in punt 74 van het arrest heeft overwogen dat bij de handhaving het bepaalde in artikel 4, lid 1, van de Richtlijn geen rol speelt én in zijn Verklaring voor recht de kenmerken waaraan de te hanteren meetmethode moet voldoen onherroepelijk heeft vastgesteld (onderdeel 5 van de uitspraak). In de visie van eisers behoeft ook de rechtbank geen keuze voor te schrijven aan verweerder, maar de rechtbank zou kunnen volstaan met te overwegen dat de – gelet op het arrest van het EU Hof van Justitie noodzakelijke – handhaving dient te voldoen aan de zojuist bedoelde kenmerken. Daaraan voorafgaand zou de rechtbank, in de visie van eisers expliciet moeten bepalen dat niet alleen artikel 4, lid 1, van de Richtlijn maar ook artikel 2.1, eerste lid van de Tabaks- en rookwarenregeling bij de handhaving buiten toepassing blijft.

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

31. Nu met het arrest van het Hof het centrale argument van verweerder voor zijn afwijzing van het initiële handhavingsverzoek van eisers en voor zijn verwerping van de bezwaren van eisers tegen die afwijzing (kort gezegd: “wij kunnen niet anders gelet op artikel 4, lid 1, van de Richtlijn”) terzijde is geschoven en het Hof vervolgens voor recht heeft verklaard aan welke kenmerken de gevraagde handhaving dient te voldoen, lijkt deze zaak zich te lenen voor toepassing van de bestuurlijke lus. In dat geval dient de rechtbank het beroep gegrond te verklaren, het bestreden besluit te vernietigen en verweerder op te dragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van nadere aanwijzingen. Die aanwijzingen zouden kunnen bestaan uit hetgeen in het vorige punt naar voren is gebracht.
32. Uiteraard gaat aan de keuze voor de bestuurlijke lus vooraf dat de rechter beoordeelt of toepassing van artikel 8:72 derde lid onder b) – zelf in de zaak voorzien – tot de mogelijkheden behoort. Indien de rechtbank van oordeel zou zijn dat zelf in de zaak voorzien ook tot de mogelijkheden behoort en indien dat tot het voor eisers zelfde resultaat zou leiden (opdracht tot handhaving op de door het Hof in onderdeel 5 van de Verklaring voor recht voorziene wijze) dan zouden eisers zich daarin uiteraard ook kunnen vinden.



A.H.J. van den Biesen, advocaat