

ADVOCATENKANTOOR VAN DEN BIESEN

Rechtbank Rotterdam
Afdeling Bestuursrecht
Postbus 50950
3007 BL ROTTERDAM

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

Datum : 13 maart 2019
Dossiernr. : D20180022
Inzake : Stichting Rookpreventie Jeugd / NVWA
Uw kenmerk : DWJZ-2018001244

**Betreft : Beroep tegen Beslissing op bezwaar van VWS
d.d. 31 januari 2019 (zie voor het bestreden Besluit het als Bijlage 1 bijgevoegde procesdossier), met
Verzoek tot versnelde behandeling en met
Verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van
Justitie van de Europese Unie**

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Inleiding	2
De relevante wettelijke, Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke bepalingen	6
Beroepsgronden	8
Ontvankelijkheid	8
Miskenning betekenis van fundamentele beginselen, fundamentele rechten en fundamentele plichten	8
Artikel 52, eerste lid van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Pb EU, C 326/392, 26.10.2012)	14
De ISO-standaards	16
Artikel 5.3 FCTC	19
Verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie	20
Inleiding	21
De positie van de "lagere" Nederlandse rechter	21
Suggesties voor door de rechtbank te stellen vragen	23
Versnelde prejudiciële vragen - procedure	23
Verzoek om versnelde behandeling ex artikel 8:52 Abw	24
Slotoverwegingen en conclusies	26

Inleiding

1. Appellanten in deze zaak zijn de Stichting Rookpreventie Jeugd, gevestigd te Amsterdam en verder dezelfde partijen die het Handhavingsverzoek waarmee deze procedure begon deden indienen en die na het afwijzingsbesluit ook het Bezwaarschrift daartegen deden indienen. Al deze partijen kiezen domicilie op het kantoor van hun advocaat die dit beroepschrift indient.
2. Inzet van deze procedure is het verzoek van appellanten om in heel Nederland de zogenoemde “sjoemelsigaret” uit de verkoop te (doen) halen. De reden daarvoor is dat de sjoemelsigaret een zeer substantiële hoeveelheid méér gifstoffen bevat dan volgens de wet maximaal is toegestaan. Het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) heeft het sjoemelsigaret-fenomeen wetenschappelijk vastgesteld in 2018 en beschrijft een en ander als volgt:

“Teer, nicotine en koolmonoxide (TNCO tar, nicotin and carbon monoxide) gehalten die gemeten worden volgens de Canadian Intense (CI Canadian Intense) methode zijn minimaal twee keer zo hoog als de gehalten gemeten met de wettelijke voorgeschreven ISO International Organization of Standardization methode. In sommige gevallen liggen de gehalten die met de CI methode zijn gemeten zelfs tot meer dan 20 keer hoger dan die gemeten met de ISO methode. Dat blijkt uit onderzoek van het RIVM, dat 100 sigaretten onder de loep nam met behulp van de Canadian Intense methode.

Dit onderzoek is uitgevoerd vanwege de discussie over de meetmethode die wordt gebruikt bij het meten van de waarden van teer, nicotine en koolmonoxide (TNCO tar, nicotin and carbon monoxide) in sigaretten. Deze worden tot nog toe gemeten met de voorgeschreven ISO International Organization of Standardization -meetmethode, in overeenstemming met de Europese tabaksproductenrichtlijn. *Deze ISO-methode geeft echter een onderschatting van de werkelijke hoeveelheden TNCO die rokers binnenkrijgen.* Dit wordt onder andere veroorzaakt doordat de te meten rook wordt gemengd met lucht die wordt aangezogen door de ventilatiegaatjes die in het filter van de sigaret zijn aangebracht. Een meer realistische methode is de Canadian Intense methode, waarbij deze gaatjes worden afgeplakt.

Met dit onderzoek heeft het RIVM van 100 merkvarianten sigaretten de waarden van teer, nicotine en koolmonoxide met de Canadian Intense methode gemeten. Deze resultaten zijn vergeleken met de TNCO waarden die de producenten en importeurs hebben gerapporteerd, en die zijn gemeten met de voorgeschreven ISO-methode.

De gemeten teergehaltes met de CI Canadian Intense methode zijn 2 tot 26 keer hoger dan werd gemeten met de ISO-methode. Voor nicotine en koolmonoxide liggen de gehalten respectievelijk 2 tot 17 en 2 tot 20 keer hoger met de CI methode. Opvallend is dat de grootste verschillen tussen de twee meetmethoden worden gevonden voor sigaretten waarbij met de ISO-methode relatief lage TNCO waarden worden gemeten.

Deze lage TNCO waarden uit de ISO-methode worden vooral veroorzaakt door een hoge mate van filterventilatie. Omdat bij de CI-methode de filtergaatjes worden geblokkeerd, heeft de mate van filterventilatie geen invloed op de meetresultaten. Hierdoor zijn bij deze methode de verschillen in TNCO gehalten tussen merkvarianten kleiner.

Geen enkele sigaret bevatte bij de meting minder teer, nicotine of koolmonoxide dan werd gemeten met de ISO-methode. Op die van één sigaret na, komen alle gemeten TNCO waarden boven de wettelijk vastgestelde maxima uit.

De resultaten van dit onderzoek ondersteunen de conclusie dat de voorgeschreven ISO methode een onderschatting geeft van de hoeveelheden TNCO die een roker binnenkrijgt. De commissie die deze methode opgesteld heeft wordt in grote mate beïnvloed door de tabaksindustrie.

Daarom pleit het RIVM ervoor om in plaats van de ISO methode een onafhankelijke meetmethode op te nemen in de wet, zoals die van WHO TobLabNet Tobacco Laboratory Network.”

<https://www.rivm.nl/nieuws/rivm-meet-veel-hogere-waarden-van-teer-nicotine-en-koolmonoxide-in-sigaretten>

3. Het RIVM rapport geeft in tabelvorm de onderzochte waarden in 100 verschillende sigaretten, waarbij RIVM dus gebruik maakte van controlemetingen middels de zogenaamde Canadian Intense (CI)-methode, die beter benadert wat de roker daadwerkelijk binnenkrijgt. De roker houdt een sigaret met lippen en vingers vast en houdt daarmee de gaatjes dicht, bij de Canadian Intense methode worden de zogenaamde ventilatiegaatjes ook dichtgehouden, net als bij de echte roker, maar dan door ze af te plakken, waardoor de machine, net als de echte roker, geen zuivere lucht bijmengt in het meetproces. Uit de tabellen blijkt dat er aldus per onderzochte sigaret zeer substantiële verschillen bestaan tussen de waarden die bij de ISO-methode enerzijds en de CI-methode anderzijds worden aangetroffen (zie **Bijlage 2**). Ook blijkt uit deze tabellen dat er geen vast patroon zit in de aangetroffen verschillen; het enige wat in algemene zin kan worden geconcludeerd is dat de bij toepassing van de ISO-methode (de wettelijk voorgeschreven methode) gevonden waarden steeds onder, vaak ver onder, de wettelijk geldende maximale emissiewaarden blijven, terwijl alle onderzochte sigaretten bij toepassing van de CI-methode steeds – in meerdere of nog meerdere mate - boven die maximale waarden uitkomen. Het

verschil wordt veroorzaakt door de architectuur van de sigaret, met name door de wijze waarop en de mate waarin zogenaamde ventilatiegaatjes in de filters worden aangebracht.

4. In de bijgaande – eveneens door het RIVM in verband met dit onderzoek vervaardigde – grafiek blijkt zonneklaar hoe de producten van de tabaksindustrie bij gebruik van de ISO-methode precies onder de 10-1-10 begrenzing blijven, terwijl de CI methode, die de ervaring van de roker het best benadert, toont dat bij beoogd gebruik de 10-1-10 begrenzing fors tot extreem fors wordt overschreden (**Bijlage 3**).
5. Met andere woorden, de in het kader van de ISO-methode voorgeschreven rookmachine



maakt het de sigarettenfabrikant mogelijk met de ventilatiegaatjes het ontwerp, de architectuur, van de sigaret te variëren en daarmee de wettelijk geldende maximale emissiewaarden in substantiële of dramatische mate te ontlopen (beter: te schenden) en dus een veel hogere concentratie aan gifstoffen in de sigaret te verwerken dan wettelijk is toegestaan, maar daarmee weggkomen zolang de ISO-rookmachine maar aangeeft dat die concentraties onder de wettelijke maximale waarden blijven. Vandaar de aanduiding “sjoemelsigaret”, een aanduiding die overigens in dit verband ook door de Staatssecretaris van VWS (verweerder) wordt gebezigd (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2017/10/20/brief-van-rijn-over-sjoemelsigaret-engelstalig>).

6. Voor een uitvoerige uiteenzetting omtrent de feitelijke kant van deze problematiek en het toepasselijke wettelijk stelsel verwijzen appellanten naar hun handhavingsverzoek.
7. Dat handhavingsverzoek hebben appellanten op 31 juli 2018 bij de NVWA ingediend, maar dat verzoek is bij besluit van 20 september 2018 afgewezen.

8. In dat verzoekschrift hadden appellanten uitvoerig stilgestaan bij de verantwoordelijkheden die de overheid ter zake heeft op het vlak van de bescherming van de gezondheid van de burger. Daarbij beriepen (toen) verzoekers zich op Nederlands recht, EU recht en Internationaal recht, in het bijzonder op de fundamentele rechten van de burger en de daarbij behorende fundamentele plichten van de overheid.
9. Zonder enige inhoudelijke aandacht te schenken aan de aard en omvang van die voor de overheid aanwezige fundamentele taak en fundamentele verantwoordelijkheden heeft de NVWA het handhavingsverzoek afgewezen stellende

“De NVWA kan bij het handhaven van de maximumemissieniveaus voor TNCO dus niet afwijken van de voorgeschreven ISO-meetmethoden en gebruik maken van een andere meetmethode. De door u genoemde en uitvoerig toegelichte argumenten in het kader van de bescherming van de volksgezondheid maken dat niet anders. Het is niet aan de NVWA als toezichthouder daar een andere keuze in te maken dan de Europese wetgever in de TPD dwingend voorschrijft.” (pagina 3 van het besluit van 20 september 2018)

10. In het daartegen gerichte bezwaarschrift van 24 oktober 2018 hebben appellanten hun al uitvoerige onderbouwde standpunt nader uitgewerkt maar dat leidde niet tot een ander standpunt. De Staatssecretaris van VWS, verweerder in dit beroep, verwierp de bezwaren bij beslissing van 31 januari 2019:

“Het voorgaande betekent dat sigaretten aan de eisen voor wat betreft de emissieniveaus van TNCO voldoen indien de emissieniveaus onder de maximum waarden blijven zoals die worden gemeten op basis van de meetmethoden zoals die zijn voorgeschreven. De door u genoemde en uitvoerig toegelichte argumenten in het kader van de bescherming van de volksgezondheid kunnen niet tot een andere uitkomst leiden. Zoals ik hiervoor al uit een heb gezet, is het namelijk niet mogelijk om een andere keuze met betrekking tot de meetmethode te maken dan de Europese wetgever in de Richtlijn dwingend voorschrijft.”

Verweerder voegde daar aan toe:

“... dat ik het onwenselijk vind dat bij de totstandkoming van de ISO meetmethoden de tabaksindustrie is betrokken. Ik geef hierbij aan dat een voor de hand liggende optie is om af te stappen van de ISO-meetmethoden en te kiezen voor alternatieve meetmethoden. Ik onderken echter dat Nederland niet zelfstandig andere meetmethoden kan hanteren, maar dat dit op Europees niveau geïnitieerd zou moeten worden.” (pagina 16 en 17 van het bestreden besluit)

11. Dit beroep is gericht op het vernietigen van zowel de Beslissing op Bezwaar als het Primaire Besluit met een bijbehorende instructie aan het bevoegde gezag om alsnog het handhavingsverzoek volledig te honoreren.
12. Appellanten stellen overigens vast dat partijen het eens zijn over de feiten, maar van mening verschillen over de vraag of het geldende recht ruimte biedt voor het effectief uitbannen van de “sjoemelsigaret”. Zij sluiten in verband daarmee bepaald niet uit dat het voor het realiseren van de inzet van deze procedure noodzakelijk is een tussenstap naar het Hof van Justitie van de Europese Unie te maken voor het verkrijgen van antwoorden op prejudicieel te stellen vragen, welke antwoorden voor de rechtbank benodigd zijn om in dit beroep een beslissing te kunnen nemen.
13. Deze zaak is naar zijn aard spoedeisend, zodat appellanten met dit beroepschrift ook verzoeken om een versnelde behandeling.
14. Tot slot van deze inleiding nog het volgende. Dit beroepschrift bouwt voort op het uitgebreide handhavingsverzoek en op het in het verlengde daarvan liggende Bezwaarschrift. Appellanten zullen proberen niet onnodig in herhaling te vervallen en verzoeken de Rechtbank dan ook uitdrukkelijk de inhoud van het oorspronkelijk handhavingsverzoek en het bezwaarschrift als hier ingelast te beschouwen en als zodanig te behandelen.
15. Het procesdossier beginnend bij het Handhavingsverzoek en tot nu toe eindigend met de nu aangevochten Beslissing op Bezwaar gaat hierbij (**Bijlage 1**).

De relevante wettelijke, Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke bepalingen

16. Appellanten verwijzen voor een uitvoerige uiteenzetting over de relevante Nederlandse, Europese wettelijke en internationaalrechtelijke bepalingen naar de punten 28 t/m 54 van het Handhavingsverzoek. Voor de goede

orde volgen hier de meest relevante Europeesrechtelijke bepalingen uit de Tabaksproducten richtlijn, Richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014:

“Artikel 2 - Definities

In deze richtlijn gelden de volgende definities:

(...)

21. „emissies”: 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;

22. „maximumniveau” of „maximumemissieniveau”: de maximale hoeveelheid of emissie van een stof in een tabaksproduct, ook als zij nul bedraagt, gemeten in milligram;” (cursivering toegevoegd)

“Artikel 3 - Maximumemissieniveaus voor teer, nicotine, koolmonoxide en andere stoffen

1. De emissieniveaus van in de lidstaten in de handel gebrachte of geproduceerde sigaretten („maximumemissieniveaus”) mogen niet hoger zijn dan:
 - (a) 10 mg teer per sigaret;
 - (b) 1 mg nicotine per sigaret;
 - (c) 10 mg koolmonoxide per sigaret.
2. De Commissie is bevoegd overeenkomstig artikel 27 bij gedelegeerde handeling de in lid 1 vastgestelde maximum emissieniveaus te verlagen, indien dit noodzakelijk is op grond van internationaal overeengekomen normen.
(...)”

“Artikel 4 - Meetmethoden

1. De *emissies* van teer, nicotine en koolmonoxide van sigaretten worden gemeten volgens *ISO-norm 4387 (teer)*, *ISO-norm 10315 (nicotine)* en *ISO-norm 8454 (koolmo-*

noxide). De juistheid van de metingen inzake teer, nicotine en koolmonoxide wordt vastgesteld aan de hand van *ISO-norm 8243*.

2. De in lid 1 bedoelde metingen 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. De lidstaten delen de Commissie een lijst van de erkende laboratoria mee, met vermelding van de voor de erkenning gehanteerde criteria en de voor het toezicht gebruikte methoden, en werken die bij elke wijziging bij.¹ De Commissie maakt deze lijsten van erkende laboratoria openbaar. (...)” (cursiveringen toegevoegd)

Beroepsgronden

Ontvankelijkheid

17. Appellanten maken bezwaar tegen het feit dat alleen de Stichting Rookpreventie Jeugd (op zichzelf volledig terecht) ontvankelijk is verklaard en de andere appellanten niet.
18. Teneinde de onderhavige procedure niet te vertragen, volstaan appellanten op dit moment met te zeggen dat zij menen dat de bestreden beslissing op dit onderdeel in strijd is met de ter zake geldende wettelijke bepalingen en met de daarop gebaseerde rechtspraak. Zij behouden zich het recht voor een en ander nader toe te lichten, maar houden dit aan tot nadat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot versnelde behandeling en op het verzoek in deze zaak, alvorens verder te beslissen, prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Miskennis betekenis van fundamentele beginselen, fundamentele rechten en fundamentele plichten

19. Met het bestreden Besluit laat verweerder per saldo na de norm van artikel 3 van de Richtlijn c.q. de norm van artikel 2.1, eerste lid van het Tabaks- en rookwaren Besluit *effectief* te handhaven. Dat is in strijd met de desbetreffende wet- en regelgeving, maar dat nalaten maakt ook inbreuk op de

¹ Het RIVM is het enige in Nederland voor deze taak erkende laboratorium

fundamentele rechten van de burger. Tegelijkertijd betekent dit nalaten dat de overheid, verweerder, nalaat de fundamentele rechten van de burger effectief te beschermen; te beschermen tegen de inbreuk die de tabaksindustrie op die rechten maakt door willens en wetens sigaretten te ontwerpen, te produceren en in de markt te zetten waarvan vaststaat dat die bij beoogd gebruik substantieel meer giftige stoffen emitteren dan wettelijk is toegestaan.

20. Het onderwerp van de Europese richtlijn is het beter doen functioneren van de interne markt, maar wel met als uitgangspunt een “hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, met name voor jongeren” (artikel 1 van de Richtlijn). Artikel 3 van de Richtlijn (de 10-1-10 maximering van de TNCO-emissies) is de enige bepaling in de richtlijn die voorschriften (maxima) bevat die rechtstreeks gerelateerd zijn aan de schadelijke effecten die roken op de volksgezondheid heeft. Dat wil zeggen dat de Europese en Nederlandse overheid met deze bepaling hun grondwettelijke en/of grondrechtelijke verplichtingen tot het beschermen van het leven en van de gezondheid van de burger hebben geoperationaliseerd middels de vaststelling van maxima voor de emissies van teer, nicotine en koolmonoxide bij beoogd gebruik. Zij hebben, kortom, een grens gesteld aan de hoeveelheid van deze drie schadelijke stoffen die de roker mag binnenkrijgen. Met andere woorden, de overheid heeft hiermee handen en voeten gegeven aan de mate van bescherming die de overheid minimaal heeft te geven. Andersom heeft de overheid daarmee handen en voeten gegeven aan het recht van de burger op gezondheid en aan het recht van de burger gevrijwaard te blijven van bedreigingen van zijn/haar leven en van inbreuken op zijn/haar privacy rechten. Zie voor een uitvoerige behandeling van de in het geding zijnde zorgplicht van de overheid en van de van toepassing zijnde grondrechtelijke bepalingen het handhavingsverzoek (zie Bijlage 1 bij dit beroepschrift).
21. Het beschermingsniveau waarop de burger aldus – grondrechtelijk - aanspraak heeft, kan niet zomaar worden verminderd door een meetvoorschrift, laat staan door de technische kenmerken van de bij het meten gehanteerde rookmachine. Dus ook niet door het meetvoorschrift van artikel 4 van de richtlijn en ook niet door het meetvoorschrift van artikel 2.1 van de Tabaks- en rookwaren regeling en al helemaal niet door de technische kenmerken van de bij het meten gehanteerde rookmachine. Uit het voorgaande blijkt dat dit meetvoorschrift, meer in het bijzonder de ISO-3308-rookmachine als onderdeel van dat voorschrift, niet gericht is op het meten wat de roker bij beoogd gebruik aan TNCO binnenkrijgt, maar uitsluitend meet wat de ISO-machine bij “machineroken” aan TNCO “binnenkrijgt”.

Dat gegeven staat overigens op zichzelf ook vast en wordt door bv. een woordvoerder van Philips Morris volmondig erkend:

“Volgens Peter van den Driest van Philip Morris is de EU-meetmethode nooit opgezet om ‘de werkelijke blootstelling’ van rokers aan teer, nicotine en koolmonoxide te meten. “De methode is bedoeld om vergelijkingen te kunnen maken tussen sigarettenmerken die op een identieke manier gerookt worden.” Het is volgens de fabrikanten aan overheden om te bepalen welke methode wordt gebruikt.” (Dagblad *Trouw*, 31 juli 2018, <https://www.trouw.nl/home/patienten-en-medicijnen-verbod-op-sjoemelsigaret-~ab9df11cd/>)

22. De Europese wetgever heeft in de preambule – strikt genomen ten overvloede – uitdrukkelijk overwogen:

“Deze richtlijn houdt geen wijziging van de verplichting in om de in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vastgelegde grondrechten en rechtsbeginselen te eerbiedigen. Deze richtlijn is van invloed op verscheidene grondrechten. *Derhalve moet ervoor gezorgd worden dat de aan de producenten, importeurs en distributeurs van tabaksproducten en aanverwante producten opgelegde verplichtingen niet alleen een hoog niveau van gezondheids- en consumentenbescherming garanderen, maar ook alle andere grondrechten beschermen en evenredig zijn met de goede werking van de interne markt.* Bij de toepassing van deze richtlijn moeten het recht van de Unie en de toepasselijke internationale verplichtingen worden geëerbiedigd.” (overweging (59), cursivering en nadruk toegevoegd)

23. De in artikel 3, eerste lid, van de Richtlijn neergelegde maximale emissies behoren tot de categorie “opgelegde verplichtingen” van de zojuist aangehaalde overweging uit de preambule. Nu tegen deze achtergrond uiteraard nergens uit de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende Nederlandse en Europese regelgeving blijkt dat met het meetvoorschrift van artikel 4 zou zijn beoogd om in afwijking van (de garantie van) artikel 3 substantieel hogere maxima toe te staan, moet het er dan ook op worden gehouden dat de respectievelijke wetgevers zonder meer hebben aangenomen dat het meetvoorschrift tot meting van de emissie *bij beoogd gebruik* zou leiden. Dat laatste is dus juist niet het geval, want uit door het RIVM – het in Nederland enige voor dit werk gecertificeerde lab. – verrichte controlemetingen met behulp van een methode die het “beoogde gebruik” het dichtst benadert blijkt dat dat tot vaststelling van concentraties leidt die kennelijk strijdig zijn met de maximaal toegestane waarden van artikel

2.1, eerste lid van het Tabaks- en rookwarenbesluit en artikel 3 van de Richtlijn. Maar het zijn juist deze laatste twee bepalingen die de maxima bevatten waaraan de tabaksindustrie zich moet houden, waarmee de maat is bepaald van de grondrechtelijke bescherming die de overheid de burgers dient te geven. Artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en rookwarenregeling, levert die bescherming juist niet en ondermijnt juist het doel van het stellen en garanderen van maxima, want laat toe dat zeer aanzienlijk giftigere sigaretten op de markt komen dan de wetgever blijkens de wettelijke 10-1-10 maxima uitdrukkelijk heeft beoogd.

24. Ten overvloede: zou de wetgever wél – in weerwil van overweging (59) van de preambule - de bedoeling hebben gehad middels het meetvoorschrift en/of door de daarbij gehanteerde rookmachine de (grondrechtelijke!) bescherming die artikel 2.1, eerste lid van het Tabaks- en rookwarenbesluit als maximum garandeert te doorbreken dan moet worden onderzocht of een dergelijk doorbreken geoorloofd zou kunnen zijn. Vanuit grondrechtelijk perspectief gaat het dan om de vraag naar het bestaan van een wettelijke grondslag van die inbreuk, om de vraag of deze inbreuk binnen de “*margin of appreciation*” blijft en naar de vraag of sprake is van een gerechtvaardigd doel en naar de vraag of met deze inbreuk een “*fair balance*” is toegepast tussen de met de inbreuk te dienen belangen enerzijds en de beschermde belangen anderzijds (vaste rechtspraak van het EHRM).
25. De in de voorgaande alinea beschreven exercitie (bij inbreuk onderzoek naar: wettelijke grondslag, “*margin of appreciation*”, gerechtvaardigd doel en “*fair balance*”) strandt meteen al op twee gronden:
- 1) Aan het vaststellen van het maximale emissieniveau in artikel 3 van de Richtlijn, dus aan het daarmee enerzijds vastleggen van een beschermingsniveau ten behoeve van het grondrecht van de burger op leven, op gezondheid en op gevrijwaard te blijven van inbreuken op zijn/haar persoonlijke levenssfeer en aan het daarmee anderzijds vastleggen van de mate van beperking van de vrijheid van de tabaksindustrie te produceren en te verkopen wat hij/zij wil, zijn precies de hier bedoelde afwegingen al voorafgegaan. Het resultaat daarvan was de 10-1-10 normering die sinds 2001 geldt. Die norm is in Richtlijn 2001/37/EG, de voorganger van de huidige richtlijn, vastgelegd en zonder nadere discussie in de huidige richtlijn overgenomen. Die normering behelsde overigens al een verlaging van de aanvankelijke 15-1,5-15 normering, die eerst nog naar de 12,5-1,25-12,5 normering werd verlaagd en vervolgens in 2001 tot 10-1-10. Daarbij is

van betekenis dat in overweging (12) van de preambule wordt overwogen dat die normen wellicht in de toekomst nog verder omlaag moeten “gelet op hun toxiciteit of verslavende werking”. Met andere woorden 10-1-10 is de in de zojuist hierboven aangehaalde overweging (59) van de preambule bedoelde garantie van het beschermingsniveau en is de maximale bovengrens welke de evenredigheidstoets al heeft doorstaan (zie ook (59) van de preambule). Het belang van het hebben van een ordentelijk en technisch gezien adequaat meetvoorschrift is van totaal andere orde en staat geheel buiten deze discussie. Dat belang kan er niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het gegarandeerde beschermingsniveau dat uitdrukkelijk is beoogd. Een beschermingsniveau dat bovendien een geschiedenis heeft van vanuit gezondheidsoogpunt noodzakelijke aanscherpingen en waarvan de verwachting is dat verdere verscherping noodzakelijk zal blijken.

- 2) Bovendien, er valt hier helemaal niets af te wegen: het RIVM-onderzoek laat zien dat er niet één standaard-verschil is tussen wat met de ISO-machine wordt gemeten enerzijds en wat met de CI-methode wordt gemeten anderzijds; dus het is niet zo dat de met CI gevonden waarden steeds, bijvoorbeeld, 170% hoger liggen dan de met de ISO 3308-rookmachine gevonden waarden. In dat geval zou je misschien een afweging kunnen/moeten maken over de vraag of een verschil van 170% tussen de ene en de andere meet-methode aanvaardbaar zou kunnen zijn (wat natuurlijk nooit zo kan zijn gezien de enorme omvang van een verschil van 170%, maar dat terzijde). Maar een dergelijke situatie doet zich hier niet voor: er is helemaal niét sprake van één standaard-verschil. De tabellen en de grafieken van het RIVM maken in één oogopslag duidelijk dat bij elke onderzochte sigaret de omvang van de verschillen uniek is. Elk van de 100 geteste sigaretten heeft zijn eigen setje verschillen en wel voor elk van de drie te meten stoffen. De verklaring daarvoor is dat het volledig van de individuele tabaksfabrikant afhangt hoe hij/zij het ventilatie-gaatjespatroon ontwerpt, want de architectuur van de sigaret bepaalt hoeveel teer, nicotine en koolmonoxide er in een specifieke sigaret nog bij kan zonder dat de rookmachine een overschrijding van de 10-1-10 normen laat zien. Afhankelijk van het door de tabaksfabrikant toegepaste (geheime) ontwerp kan er 2 tot 3 keer zoveel nicotine (of meer), respectievelijk 2 tot 3 tot 4 keer zoveel teer of koolmonoxide (of meer) in een sigaret zitten dan de gebruikte ISO-rookmachine laat zien dat er in zit. Er zit

geen systeem of patroon in die overschrijdingen; de grilligheid is bepaald door de vrije keuze van de tabaksfabrikant. Maar het gaat hier wel om inbreuken op grondrechten van de burger die dus vanwege die grilligheid per definitie niet met een “*fair balance*”- of “*margin of appreciation*”-benadering kunnen worden beoordeeld en al helemaal niet middels een dergelijke toets kunnen worden gerechtvaardigd.

26. Wat zojuist omtrent de onverbindendheid van artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en rookwarenregeling is gesteld, geldt uiteraard in gelijke mate voor artikel 4 van de Richtlijn. Daarop wordt hierna bij de bespreking van aan het Hof van Justitie te stellen prejudiciële vragen nader ingegaan.
27. Subsidiair menen appellanten dat als artikel 2.1, eerste en tweede lid, van de Tabaks- en rookwarenregeling al niet integraal onverbindend worden verklaard, deze bepalingen in elk geval onverbindend dienen te worden verklaard voor zover deze “voorschrijven” dat bij het meten gebruik moet worden gemaakt van de ISO 3308-rookmachine. Dat onverbindend verklaren wordt in dat geval niet geblokkeerd door artikel 4 van de Richtlijn nu ISO 3308 in elk geval niet voldoet aan de openbaarmakingsvereisten van het Europees recht (zie in dit verband ook het onder “*De ISO-standaards*” (laatste alinea) aangehaalde arrest *Heinrich*).
28. Het onverbindend verklaren van artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en rookwarenregeling vanwege strijd met artikel 2.1, eerste lid van het Tabaks- en rookwaren Besluit, laat het bestaan van laatstbedoelde bepaling, respectievelijk het bestaan van artikel 3 van de Richtlijn, dus het bestaan van de 10-1-10 maxima volledig onverlet. Dat betekent dat die bepaling met het oog op de volksgezondheid gestelde begrenzing nog steeds kan en dus moet worden gehandhaafd, waarbij het bevoegde gezag – bijvoorbeeld - gebruik kan maken van een volgens het RIVM “meer realistische methode”, de Canadian Intense-methode. De tabaksindustrie – die overigens door niemand gedwongen wordt sigaretten met meer gif dan wettelijk toegestaan op de markt te brengen en evenmin wordt gedwongen tot het aanbrengen van ventilatiegaatjes in de sigaretten - zal daarop kunnen anticiperen door in het vervolg het eigen product mede met behulp van – bijvoorbeeld - de CI-methode te testen, welke testen dan vervolgens volgens de gebruikelijke procedure aan het RIVM ter verificatie moeten worden voorgelegd.

Artikel 52, eerste lid van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Pb EU, C 326/392, 26.10.2012)

29. De fundamentele rechten bedoeld in het voorgaande komen deels ook voor in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, welk handvest dezelfde juridische status heeft als de EU Verdragen. Dus ook hier is overweging (59) uit de preambule van rechtstreekse betekenis:

“Deze richtlijn houdt geen wijziging van de verplichting in om de in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vastgelegde grondrechten en rechtsbeginselen te eerbiedigen. Deze richtlijn is van invloed op verscheidene grondrechten. *Derhalve moet ervoor gezorgd worden dat de aan de producenten, importeurs en distributeurs van tabaksproducten en aanverwante producten opgelegde verplichtingen niet alleen een hoog niveau van gezondheids- en consumentenbescherming garanderen, maar ook alle andere grondrechten beschermen en evenredig zijn met de goede werking van de interne markt.* Bij de toepassing van deze richtlijn moeten het recht van de Unie en de toepasselijke internationale verplichtingen worden geëerbiedigd.” (overweging (59), cursivering en nadruk toegevoegd)

30. Voor wat betreft de **bescherming van de rechten van het kind** zijn in het bijzonder de eerste twee leden van artikel 24 van het Handvest van belang. Dat de Tabaksproductenrichtlijn ook ter bescherming van de rechten en belangen van kinderen en jongvolwassenen dient, volgt uit de overwegingen 8, 19, 21, 27 van de preambule en ook uit artikel 1.

Bescherming van de gezondheid is eveneens onderdeel van het Handvest; zie artikel 35, in het bijzonder de tweede volzin waarin staat dat “[b]ij de bepaling en de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie [...] een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid [wordt] verzekerd.” (cursivering toegevoegd). Overigens bevat artikel 114, derde lid VWEU een bepaling van dezelfde strekking, hetgeen temeer van betekenis is nu de Tabaksproducten Richtlijn op grondslag van artikel 114 tot stand is gebracht.

Het **recht op leven** is het eerste mensenrecht dat in het Handvest wordt geformuleerd, welk recht uiteraard ook centraal staat bij de bescherming die de Richtlijn (hoe beperkt ook) met artikel 3 beoogt te geven.

31. Het Handvest kan niet tot een mindere bescherming leiden dan gegeven moet worden op grond van bestaande internationaalrechtelijke (mensenrechten-)verdragen:

“Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve

toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.” (artikel 53 Handvest)

In zoverre is dan ook een beroep op het Handvest subsidiair aan de inroeping van de krachtens internationale mensenrechtenverdragen gegeven aanspraken op bescherming.

32. Voor zover artikel 4 van de Richtlijn al zou moeten worden gezien als een door de wetgever beoogde beperking van de door de burger aan artikel 3 te ontlelen (gegarandeerde) beschermingsaanspraken (immers beperking van de bescherming is het effect van het gebruiken van deze rookmachine, maar niet het doel), dient de geoorloofdheid van deze beperking te worden getoetst volgens de in artikel 52, eerste lid van het Handvest gegeven maatstaf:

“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.” (artikel 52, eerste lid Handvest)

33. Uiteraard is de vaststelling van artikel 4 van de Richtlijn een wetgevingshandeling, maar het is wel de vraag of de rookmachine die hier centraal staat wel middels wetgeving is voorgeschreven. Zie daarover hierna bij het onderdeel “*De ISO-standaards*”, waar wordt geconcludeerd dat dat niet het geval is. Voor het onderwerp wat hier aan de orde is wordt er op deze plaats *arguendo* van uitgegaan dat de ISO-rookmachine wel bij wet is vastgesteld. En vervolgens strandt dan ook hier de toetsings-exercitie op dezelfde gronden als in het voorgaande onder punt 24. uiteengezet. En voor wat betreft de noodzaak zou hooguit gesproken kunnen worden van een noodzaak om uniform te meten, maar die uniformiteit kan ook worden bereikt met andere methodes dan de ISO-3308 machine, bijvoorbeeld middels de Canadian Intense-methode.
34. Kortom de inbreuk die in deze zaak krachtens het meetvoorschrift van artikel 4 van de richtlijn wordt gemaakt op het met artikel 3 van de Richtlijn gegeven niveau van bescherming van fundamentele rechten, kan de toets

aan artikel 52, eerste lid van het Handvest niet doorstaan, zodat de geldigheid van artikel 4, althans van de indirect “voorgeschreven” ISO-3308-rookmachine, ontbreekt en die bepaling in zoverre onverbindend dient te worden verklaard.

De ISO-standaards

35. Overigens dient ook de status van de ISO-standaards hier aan de orde te komen. De Europese en de Nederlandse wetgever hebben hier ISO-standaards letterlijk tot wet verheven zonder dat die ISO-standaards zelf een ordentelijke wettelijke procedure hebben doorlopen. Integendeel, dit soort standaards wordt ontwikkeld door het meest betrokken bedrijfsleven, in dit geval de tabaksindustrie. De rookmachine waarover het in deze zaak gaat is ontwikkeld in de laboratoria van de tabaksindustrie. Voor deze rookmachine is een zelfstandige ISO standaard vastgesteld: ISO 3308. De Nederlandse NEN-commissie, die naar eigen zeggen bij de totstandkoming van de ISO tabak-standaards een belangrijke rol speelt, wordt volledig gedomineerd door de tabaksindustrie. Dat heeft met wetgeving dus niets te maken.
36. Geen van de ISO-standaards genoemd in artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en rookwarenregeling heeft een wetgevingstraject doorlopen en geen van deze standaards is openbaar toegankelijk, wat uiteraard voor elke andere wettelijke regeling wel het geval is. Ze zijn wel via internet te verkrijgen, maar dan tegen betaling van aanzienlijke bedragen. De standaards van artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en rookwarenregeling zijn ook niet bekend gemaakt op een voor wetgeving gebruikelijke wijze; niet in het Staatsblad en ook niet in de Staatscourant.
37. Hetzelfde geldt m.m. voor de ISO-standaards in artikel 4 van de Richtlijn. Die voldoen niet aan de Europeesrechtelijke publicatie-vereisten, waarbij van betekenis is dat het niet gaat om EU-normalisatiestandaards, maar om standaards van strikt internationale oorsprong. De ISO-standaards uit artikel 4 zijn niet in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd, althans appellanten zijn er niet in geslaagd deze te vinden. Over de gevolgen van gebrekkige publicatie oordeelde het Hof van Justitie:

“42 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat ingevolge artikel 254, lid 2, EG, de verordeningen van de Raad en van de Commissie worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en dat zij in werking treden op de datum die zij daartoe bepalen of, bij gebreke daarvan, op de twintigste dag volgende op die van hun bekendmaking. Uit de bewoordingen zelf van dit ar-

tikel volgt dat een verordening slechts rechtsgevolgen kan sorteren wanneer zij in het Publicatieblad van de Europese Unie werd bekendgemaakt (zie arrest van 11 december 2007, Skoma-Lux, C-161/06, Jurispr. blz. I-10841, punt 33).

43 Bovendien kan een besluit van een gemeenschapsinstelling aan natuurlijke en rechtspersonen in een lidstaat niet worden toegeworpen voordat deze ervan kennis hebben kunnen nemen door een regelmatige bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie (arrest Skoma-Lux, reeds aangehaald, punt 37).

44 Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een gemeenschapsregeling de belanghebbenden met name in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen. De justitiabelen moeten immers ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen (arrest van 21 juni 2007, ROM-projecten, C-158/06, Jurispr. blz. I-5103, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Deze beginselen dienen ook te worden geëerbiedigd – met dezelfde gevolgen – wanneer een communautaire regeling de lidstaten ertoe verplicht om ter uitvoering ervan maatregelen te nemen die verplichtingen opleggen aan particulieren. De maatregelen die de lidstaten nemen ter uitvoering van het gemeenschapsrecht, moeten immers de algemene beginselen van dit recht in acht nemen (zie in die zin arresten van 20 juni 2002, Mulligan e.a., C-313/99, Jurispr. blz. I-5719, punten 35 en 36, en 11 januari 2007, Piek, C-384/05, Jurispr. blz. I-289, punt 34). Derhalve moeten nationale maatregelen die ter uitvoering van een communautaire regeling verplichtingen opleggen aan particulieren, worden bekendgemaakt opdat de belanghebbenden er kennis van kunnen nemen (zie in die zin arrest Mulligan e.a., reeds aangehaald, punten 51 en 52).

46 Bovendien moeten belanghebbenden zich in een dergelijke situatie tevens op de hoogte kunnen stellen van de bron van de nationale maatregelen waarbij aan hen verplichtingen worden opgelegd, aangezien de lidstaten juist ter uitvoering van een door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichting dergelijke maatregelen hebben genomen.

47 Dit is temeer noodzakelijk in het geval van communautaire verordeningen, nu de belanghebbenden, zonodig, aan de nationale rechterlijke instanties moeten kunnen verzoeken na te gaan of nationale maatregelen ter uitvoering van een communautaire verordening met deze verordening verenigbaar zijn (zie in die zin arrest van 27 september 1979, Eridania-Zuccherifici nazionali en Società italiana per l'industria degli zuccheri, 230/78, Jurispr. blz. 2749, punt 34). Derhalve moet in een dergelijke situatie niet alleen de betrokken nationale regeling worden bekendgemaakt, maar ook de communautaire verordening die de lidstaten verplicht maatregelen te nemen die verplichtingen opleggen aan particulieren.” (HvJ EG 10 maart 2009, C-345/06, ECLI:EU:C:2009:140 (*Heinrich*), cursivering toegevoegd) (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77515&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3477129>)

38. Indien zou moeten worden aangenomen dat de ISO-standaards wél rechtskracht zouden hebben gekregen, hetgeen volgens appellanten niet het geval is, geldt de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een van een derde partij afkomstige technische standaard die onderdeel is geworden van EU recht ook als EU-wetgeving dient te worden behandeld en beoordeeld:

“34 Voorts zij eraan herinnerd dat het Hof volgens de rechtspraak bevoegd is om handelingen uit te leggen die weliswaar zijn vastgesteld door organen die niet kunnen worden aangemerkt als „instellingen, organen en instanties van de Unie”, maar die naar hun aard wel maatregelen ter uitvoering of toepassing van een handeling van Unierecht zijn (zie in die zin arresten van 20 september 1990, Sevince, C-192/89, EU:C:1990:322, punt 10, en van 21 januari 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, punt 17). Een dergelijke oplossing wordt namelijk gerechtvaardigd door het doel zelf van artikel 267 VWEU, te weten de uniforme toepassing in de Unie te verzekeren van alle bepalingen die deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, teneinde te voorkomen dat zij andere gevolgen hebben naargelang van de uitlegging die er in de verschillende lidstaten aan wordt gegeven (arrest van 20 september 1990, Sevince, C-192/89, EU:C:1990:322, punt 11).

[...]

40 Uit het voorgaande volgt dat een geharmoniseerde norm als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die krachtens richtlijn 89/106 is vastgesteld en waarvan de referentiegegevens zijn bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie, deel uitmaakt van het Unierecht, aangezien aan de hand van de bepalingen van een dergelijke norm wordt vastgesteld of het in artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106 neergelegde vermoeden al dan niet van toepassing is op een bepaald product.” (HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott*))

39. Het voorgaande geldt voor alle ISO-standaards die in de hier bedoelde wettelijke regelingen zijn vermeld, maar het geldt te meer voor ISO 3308, de standaard voor de rookmachine. Die standaard is niet expliciet in de hier besproken regelingen opgenomen, maar wordt wel “voorgeschreven” door de wél in de wet genoemde ISO-standaards. Met andere woorden, uitgerekend de machine die bij het meten dient te worden gebruikt is volledig onzichtbaar in de wettelijke regelingen en komt dus nog niet in de buurt van wettelijke openbaarmaking.
40. Aldus bezien ontbreekt elke grondslag aan het door verweerder in het bestreden besluit ingenomen standpunt en kan ook op die grond dat besluit niet in stand blijven en dient verweerder onmiddellijk te beginnen met effectief handhaven van de 10-1-10 maxima van artikel 3 van de Richtlijn respectievelijk artikel 2.1, eerste lid van het Tabaks- en rookwarenbesluit.
41. Subsidiair menen appellanten dat als artikel 2.1, eerste en tweede lid, van de Tabaks- en rookwarenregeling al niet integraal onverbindend worden verklaard, deze bepalingen in elk geval gedeeltelijk onverbindend dienen te worden verklaard en wel voor zover deze “voorschrijven” dat bij het meten gebruik moet worden gemaakt van de ISO 3308-rookmachine. Dat onverbindend verklaren wordt in dat geval niet geblokkeerd door artikel 4 van de Richtlijn nu ISO 3308 in elk geval niet voldoet aan de openbaarmakingsvereisten van het Europees recht (zie het hiervoor aangehaalde arrest *Heinrich*). Ook deze kwestie zou aan het Hof van Justitie moeten worden voorgelegd.

Artikel 5.3 FCTC

42. In de preambule van Richtlijn 2014/40/EU wordt met recht overwogen dat de EU partij is bij het WHO-Kaderverdrag (FCTC) van 2003 en dat de bepalingen van dat verdrag dus bindend zijn voor de EU. In de hierboven gegeven beschouwing over de ongeldigheid van artikel 4, eerste lid, van de Richtlijn, mag dan ook niet ontbreken dat deze bepaling ook nog eens op

een wijze tot stand is genomen die flagrant in strijd is met artikel 5.3 van het FCTC, welke bepaling luidt:

“Bij de vaststelling en uitvoering van hun volksgezondheidsbeleid met betrekking tot tabaksontmoediging, nemen Partijen, in overeenstemming met het nationaal recht, maatregelen om dit beleid te beschermen tegen commerciële en andere gevestigde belangen van de tabaksindustrie.”

43. Per saldo is dit een instructie aan de verdragsstaten om, kort gezegd, de tabaksindustrie bij het voorbereiden van beleid en wetgeving de tabaksindustrie (in de meest ruime zin) buiten de deur te houden. Welnu, de ISO 3308 rookmachine is, zoals gezegd, door de tabaksindustrie zelf ontwikkeld, terwijl de invloed van de tabaksindustrie bij tabak-gerelateerde ISO-normering in het algemeen, en bij de Nederlandse NEN-normering in het bijzonder overheersend op dit vlak was en inmiddels 100% is. Met andere woorden hier hebben de Europese wetgever en de Nederlandse wetgever zich letterlijk door de tabaksindustrie de wet laten voorschrijven, wat in elk geval al vanuit de optiek van artikel 5.3 gezien de volledig omgekeerde wereld is en strijdig is met doel en strekking van dit onderdeel van het FCTC. Bij het vaststellen van artikel 4 van de Richtlijn heeft de EU dus zonder meer in strijd met zijn ter zake geldende verdragsrechtelijke verplichtingen gehandeld.
44. Bij het vaststellen van de voorloper van de huidige Richtlijn, dus bij de vaststelling van Richtlijn 2001/37/EG, bestond het FCTC nog niet, maar bij vaststelling van de huidige richtlijn wel. Vermoedelijk heeft men zich toen totaal geen rekenschap gegeven van het bestaan van artikel 5.3 omdat men in wezen bij de vaststelling van de huidige Richtlijn de focus op geheel andere onderwerpen had dan de artikelen 3 en 4 die immers zonder daar veel woorden aan vuil te maken integraal en letterlijk zijn overgenomen uit de voorgaande Richtlijn. Hoe dit alles ook zij, ook langs deze invalshoek gezien kan niet aanvaard worden dat het meetvoorschrift van artikel 4, eerste lid, laat staand de in de tekst van die bepaling onzichtbare ISO 3308-rookmachine een rechtsgeldige beperking zou mogen aanbrenge(n) op de normering van de grondrechtelijke verplichtingen voor de overheid zoals in artikel 3 is vastgelegd.

Verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie

Inleiding

45. Nu de Nederlandse Tabaks- en Rookwaren wetgeving grotendeels - en in elk geval op de voor deze zaak centrale onderdelen – een implementatie vormt van Europese regelgeving, zullen appellanten er misschien weinig mee opschieten als de rechtbank het in het voorgaande gevorderde zou toewijzen. Immers, bij een dergelijke toewijzing blijft het cruciale artikel 4 van Richtlijn 2014/40/EU nog steeds bestaan. Als verweerder dan op grond van die uitspraak van de rechtbank tot handhaving overgaat, zal bijvoorbeeld de tabaksindustrie zich met een beroep op hun interpretatie van artikel 4 van de Richtlijn op het standpunt stellen dat die handhavingsactie in strijd met Europees recht is.
46. Met andere woorden: een positieve uitspraak op het door appellanten gevorderde leidt dan tot een, als het ware spiegelbeeldige, herhaling van zeten ten overstaan van deze rechtbank. Ook dan zullen de status en betekenis van artikel 4, in het licht van artikel 3 en grondrechtelijke aanspraken en verplichtingen de kern van het debat vormen.
47. Het probleem zit hem dus in artikel 4 van de Richtlijn en in de vraag naar de (on)verbindendheid van die bepaling, althans in de vraag naar het al dan niet exclusieve karakter van die bepaling.
48. De enige rechter die hier het verlossende woord kan spreken is het Hof van Justitie van de Europese Unie. Appellanten verzoeken de rechtbank dan ook de optie en de noodzaak van het stellen van prejudiciële vragen serieus te overwegen. In het navolgende komen enige aspecten aan de orde die bij deze afwegingen betrokken zijn.

De positie van de “lagere” Nederlandse rechter

49. De regels voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie (artikel 267 VWEU, oud art. 234 EG-Verdrag) komen erop neer dat een in hoogste instantie recht sprekende rechter gehouden is de behandeling van een zaak te schorsen voor het verkrijgen van een antwoord op aan het Hof van Justitie te stellen prejudiciële vragen, wanneer bij de rechter onzekerheid bestaat over een interpretatie van een regel van Europees recht dan wel over de vraag of een regel van Europees recht al dan niet verbindend is, terwijl dit een en ander doorslaggevend zal zijn voor het beslissen van de zaak in kwestie. Een dergelijke gehoudenheid bestaat niet voor de lagere rechter, maar die heeft wel steeds de vrijheid tot het al dan niet stellen van prejudiciële vragen wanneer deze rechter van oordeel is dat beantwoording van die vragen doorslaggevend zal zijn voor het beslissen van de zaak in kwestie.

50. Laatstbedoelde vrijheid bestaat niet voor de lagere rechter indien deze van oordeel is dat een regel van Europees recht geldigheid mist en dus onverbindend is; in dat geval is ook de lagere rechter gehouden ter zake prejudiciële vragen te stellen nu het de nationale rechter niet vrij staat de ongeldigheid of onverbindendheid van een regel van Europees recht uit te spreken (HvJ EG 22 oktober 1987, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*, zie m.n. rechtsoverwegingen 11, 14 en 15). Op het met *Foto-Frost* gegeven oordeel voortbouwend oordeelde het Hof:

“22 Met zijn achtste vraag, die als eerste moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 234, tweede alinea, EG aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechterlijke instantie ter beoordeling van de geldigheid van handelingen van een gemeenschapsinstelling, het Hof alleen dan een prejudiciële vraag dient te stellen wanneer er meer dan een zekere mate van twijfel aan die geldigheid bestaat.

28 Dienaangaande zij opgemerkt dat artikel 234 EG geen rechtsmiddel is ten behoeve van de partijen in een bij de nationale rechter aanhangig geschil, en het enkele feit dat een partij stelt dat het geschil een vraag van geldigheid van het gemeenschapsrecht doet rijzen, is voor de betrokken rechter dus geen dwingende reden om aan te nemen dat er een vraag is opgeworpen in de zin van artikel 234 EG (zie in die zin arrest van 6 oktober 1982, *Cilfit e.a.*, 283/81, Jurispr. blz. 3415, punt 9). Hieruit volgt dat het feit dat de geldigheid van een communautaire handeling voor de nationale rechter wordt betwist, op zich niet voldoende rechtvaardiging is voor het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof.

29 Met betrekking tot rechterlijke instanties waarvan de beslissingen naar nationaal recht vatbaar zijn voor hoger beroep heeft het Hof geoordeeld dat deze instanties een onderzoek kunnen instellen naar de geldigheid van een gemeenschapshandeling en, indien zij menen dat de door partijen aangevoerde middelen van ongeldigheid ongegrond zijn, deze verwerpen door vast te stellen dat de handeling ten volle geldig is. Door zo'n uitspraak wordt het bestaan van de gemeenschapshandeling immers niet in gevaar gebracht (arrest *Foto-Frost*, reeds aangehaald, punt 14).

30 Indien dergelijke rechterlijke instanties daarentegen menen dat een of meer van de door partijen aangevoerde middelen van

ongeldigheid of, in voorkomend geval, een ambtshalve opgeworpen vraag van ongeldigheid (zie in die zin arrest van 16 juni 1981, Salonia, 126/80, Jurispr. blz. 1563, punt 7), gegrond zijn, dienen zij de behandeling te schorsen en bij prejudiciële verwijzing het Hof te verzoeken om beoordeling van de geldigheid.” (HvJ EG 10 januari 2006, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 (*International Air Transport Association*))

Appellanten menen, gelet op al het voorgaande, dat een dergelijke situatie zich in deze zaak in meerdere opzichten voordoet, wat betekent dat het stellen van prejudiciële vragen, in de visie van appellanten, geboden is.

Suggesties voor door de rechtbank te stellen vragen

51. Appellanten zullen tijdig binnen deze procedure suggesties inbrengen voor de tekst van door de rechtbank aan het Hof van Justitie te stellen vragen.

Versnelde prejudiciële vragen - procedure

52. Aan het einde van dit beroepschrift lichten appellanten toe waarom zij menen dat de onderhavige procedure door de rechtbank versneld zou moeten worden behandeld. Op dezelfde gronden zou ook de procedure bij het Hof van Justitie versneld moeten worden behandeld. De mogelijkheid daartoe is gegeven in artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van justitie van 25 september 2012:

“1. *Op verzoek van de verwijzende rechter*, of bij wijze van uitzondering ambtshalve, kan de president van het Hof, wanneer de aard van de zaak een behandeling binnen korte termijnen vereist, de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, beslissen een prejudiciële verwijzing te behandelen volgens een versnelde procedure die afwijkt van de bepalingen van dit Reglement.”

(https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_nl.pdf) (cursivering toegevoegd)

Het Hof heeft hierover nog het volgende opgemerkt:

“34 Teneinde het Hof in staat te stellen snel te kunnen beslissen over de vraag of de versnelde procedure of de spoedprocedure moet worden toegepast, moeten in het verzoek nauwkeurig de feitelijke en juridische omstandigheden worden uiteengezet die de spoedeisendheid aantonen, en in het bijzonder de risico's die worden gelopen indien de zaak volgens de normale procedure

wordt behandeld. Waar mogelijk dient de verwijzende rechterlijke instantie tevens op beknopte wijze weer te geven hoe de gestelde vragen volgens haar moeten worden beantwoord. Een dergelijke indicatie vergemakkelijkt namelijk de standpuntbepaling van de partijen in het hoofdgeding en de andere belanghebbenden die in de procedure betrokken zijn, en draagt derhalve bij tot een snel verloop van de procedure.” (HvJ EU Aanbeveling 2016/C 439/01 van 25 november 2016, Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *PbEU* 2016, C 439/1)

Verzoek om versnelde behandeling ex artikel 8:52 Abw

53. De sjoemelsigaret maakt, zoals gezegd, dat de roker substantieel hogere concentraties aan gif binnenkrijgt dan wettelijk geoorloofd. Het gaat om Teer, Nicotine en Koolmonoxide, waarbij nicotine voor de verslavende werking van de sigaret zorgt. Die verslavende werking is in de sjoemelsigaret 2 tot 3 maal, oplopend tot 4 maal zo hoog als maximaal is toegestaan, waarmee de kans dat beginnende rokers verslaafd raken navenant groter is. De categorie “beginnende roker” bestaat vooral uit kinderen en jongvolwassenen die gemiddeld genomen vatbaarder zijn voor de verslavende werking van nicotine en dus nog sneller verslaafd raken aan roken dan volwassenen en ouderen. In een begeleidende introductie bij een rapport over roken van kinderen en adolescenten zeg het Trimbos Instituut het zo:

“Er is berekend dat naar schatting ongeveer 75 kinderen per dag beginnen met dagelijks roken, en dat ongeveer twee derde van de huidige rokers voor het 18e jaar is begonnen. Verder wordt aan de hand van recente wetenschappelijke inzichten beschreven hoe snel een kind rookverslaafd kan raken, en welke factoren hierbij een rol spelen. Een belangrijke factor hierbij is het zien van roken door kinderen – bijvoorbeeld via rokende ouders en leeftijdsgenoten, maar ook via films en tabaksdisplays in winkels. Tot slot wordt besproken hoe kinderen aan tabak komen.” (cursive-ring toegevoegd; <https://www.trimbos.nl/actueel/nieuws/bericht/kinderen-en-roken-de-feiten-op-een-rij>)

Hier komt dan bij dat in de sjoemelsigaret de schadelijke werking van Teer (vooral longkanker en aanverwante ziektes) en van Koolmonoxide (vooral hart- en herseninfarcten) 2 tot 3, tot 5 maal zo groot en daarmee is het risico dat de roker inderdaad de desbetreffende aandoeningen krijgt

navenant groter. Een vergroting van het risico dus in strijd met de maximale emissies volgens de wet; die daadwerkelijk schade-veroorzakende vergroting van de risico's dient dus "vandaag" gestopt te worden; in elk geval dient onnodig uitstel van dat stoppen vermeden te worden gelet op de gezondheidsbelangen die in het geding zijn..

54. Ter bepaling van de gedachten: ongeveer 2/3 van de rokers overlijdt aan een door roken veroorzaakte ernstige ziekte, terwijl dus ongeveer 2/3 van de beginnende rokers daadwerkelijke rokers blijven. En naast elke aan roken overledene staan 20 burgers die aan een serieuze ziekte lijden tengevolge van roken (Hart- en vaatziekten, longaandoeningen), maar daaraan niet overlijden (bron: Centers for Disease Control and prevention, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12966360>). Toewijzing van het in deze zaak gevorderde maakt niet dat dat roken ineens gezond wordt, maar helpt wel het aantal vroege verslavingen te verminderen en daarmee ook het aantal dodelijke slachtoffers van roken omlaag te brengen en is in die zin van eminente waarde voor de gezondheid van de burgers van Nederland.
55. Anders gezegd, de wettelijke begrenzing van Teer (10 mg), Nicotine (1 mg) en Koolmonoxide (10 mg) (de zgn. 10-1-10-maxima) is er niet voor niets maar is uit gezondheidsoverwegingen in de wet opgenomen. Het volgt uit diezelfde wetgeving dat het bij roken binnen krijgen van 20 of 30 of 40 mg (Teer en Koolmonoxide), in plaats van 10, respectievelijk 2 of 3 mg nicotine, in plaats van 1, een ernstige bedreiging van de volksgezondheid vormt in het bijzonder van de gezondheid van kinderen en jongvolwassenen. En daar komt dan nog bij, in de woorden van het RIVM, dat
- “Recent onderzoek [...] bovendien een verband [heeft] aangetoond tussen het gebruik van sigaretten met filterventilatie en een specifieke vorm van longkanker, namelijk het adenocarcinoom” (RIVM website: <https://www.rivm.nl/Onderwerpen/T/Tabak/Filterventilatie>.; zie hierover punt 4 en 5 van het Bezwaarschrift van 24 oktober 2018. Opgenomen in procesdossier, bijlage 1 bij dit beroepschrift)
56. Het verkopen van een enkele sigaret met de aldus verhoogde waarden is zonder meer een schending van de wettelijke maxima. Alleen al in Nederland worden per dag miljoenen sigaretten verkocht en gerookt, daarmee gaat het dus niet alleen om een zeer substantiële schending van de wettelijke maxima, maar ook om een onrechtmatige, dramatische bedreiging van de volksgezondheid aan welke situatie zo spoedig mogelijk een eind dient te komen. De noodzaak voor een versnelde behandeling is daarmee gegeven.

57. Een versnelde behandeling is ook goed mogelijk nu de relevante feiten grosso modo tussen appellanten en verweerder vaststaan.

Slotoverwegingen en conclusies

I. Gelet op het voorgaande verzoeken appellanten de Rechtbank Rotterdam deze zaak versneld te behandelen op de voet van artikel 8:52 Awb.

Met het bestreden Besluit handhaaft verweerder zijn weigering om de maximale TNCO-waarden op het beoogd-gebruik-niveau effectief te handhaven. Verweerder beroept zich niet op het bestaan van een gedoogsituatie. Dat zou ook niet kunnen want de schendingen die uit het RIVM onderzoek blijken zullen niet gelegaliseerd worden, althans er is geen enkele reden om aan te nemen dat daar op enig moment uitzicht op zal komen.

Verweerder stelt daarentegen correct te handhaven want te voldoen aan de meetmethode van de ISO-standaards en daarbij gebruik te maken van de in die standaards voorgeschreven ISO 3308-rookmachine. Verweerder negeert daarbij dat het te handhaven beschermingsniveau is gedefinieerd voor de situatie van “beoogd gebruik” en negeert bovendien dat de handhaving “effectief” moet zijn. Bovendien negeert verweerder dat het bij het handhaven van, kort gezegd, gezondheid beschermende regels gaat om het invullen van de plicht van de overheid fundamentele rechten van de burgers effectief te beschermen. Dat het gebruikmaken van de voorgeschreven meetregels de 10-1-10 norm nu juist niet effectief handhaaft, kan gelet op het RIVM-onderzoek en -rapport geen punt van discussie zijn. Daarmee maakt het voorgeschreven, maar voor dit doel klaarblijkelijk niet-geschikte instrumentarium inbreuk op het recht op gezondheid dat de burger met het vaststellen van het 10-1-10 beschermingsniveau is gegeven. Het maken van die inbreuk is strijdig met de opdracht aan verweerder de fundamentele rechten van de burgers effectief te beschermen.

II. Tegen deze achtergrond verzoeken appellanten de rechtbank Rotterdam artikel 2.1, eerste en tweede lid van de Tabaks- en Rookwarenregeling 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,

- III. Verder verzoeken appellanten 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.**

Voor het geval uw rechtbank oordeelt dat het bepaalde in Artikel 4 van de Richtlijn 2014/40/EU van 3 april 2014 in de weg staat aan het geven van een beslissing als hiervoor gevorderd, maar artikel 4 op dezelfde wijze als hiervoor gevorderd onverbindend zou dienen te worden verklaard, welk oordeel is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, dient de rechtbank middels het stellen van prejudiciële vragen van het Hof te vernemen op welke wijze de in deze zaak aan de orde zijnde vragen, althans de juridische vragen die daarbij zijn gerezen, dienen te worden beantwoord.

- IV. Met het oog op die situatie verzoeken appellanten 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.**

Phon van den Biesen, advocaat