

HANDHAVINGSVERZOEK inzake SJOEMELSIGARET

AANGETEKEND

Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit
Postbus 43006
3540 AA UTRECHT
ook per e-mail: info@nvwa.nl

Amsterdam, 31 juli 2018

Betreft : Verzoek tot Handhaving van maximale TNCO - emissies uit de tabaksregelgeving

Geachte heer/mevrouw,

Als uitdrukkelijk daartoe gemachtigden van

1. Anne Marie van Veen, wonende te Zwolle.
 2. Wiebe Brouwer, wonende te Amsterdam.
- en van de navolgende rechtspersonen
3. Stichting Rookpreventie Jeugd, gevestigd te Amsterdam.
 4. Stichting Inspire2Live, gevestigd te Amsterdam.
 5. Rode Kruis Ziekenhuis B.V., gevestigd te Beverwijk.
 6. Stichting ClaudicatioNet, gevestigd te Eindhoven.
 7. Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde, gevestigd te Utrecht.
 8. Nederlandse Vereniging voor Verzekeringsgeneeskunde, gevestigd te Utrecht.
 9. Accare, Stichting Universitaire en Algemene Kinder- en Jeugdpsychiatrie Noord-Nederland (Groningen), kantoorhoudende te Assen.
 10. Vereniging Praktijkhoudende Huisartsen, gevestigd te Amsterdam.
 11. Nederlandse Vereniging van Artsen voor Longziekten en Tuberculose (NVALT), gevestigd te 's Hertogenbosch.
 12. Nederlandse Federatie van Kankerpatiëntenorganisaties (NFK), gevestigd te Utrecht.
 13. Nederlandse Vereniging Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB), gevestigd te Utrecht.
 14. Nederlandse Vereniging voor Cardiologie, gevestigd te Utrecht.
 15. Koepel van Artsen Maatschappij en Gezondheid, gevestigd te Utrecht.
 16. Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK), gevestigd te Utrecht.
 17. Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde.

verzoeken wij u op de kortst mogelijke termijn te bewerkstelligen dat sigaretten die in Nederland aan de consument worden aangeboden voldoen aan de maximale emissieniveaus uit de Europese en Nederlandse regelgeving en dat de betrokken emissies dus niet hoger zijn dan, per sigaret, 10 mg teer, 1 mg nicotine en 10 mg koolmonoxide. Dit verzoek lichten wij in het navolgende toe.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van bijlagen	4
Vooraf	5
Sjoemelsigaret - RIVM	5
Samenvatting van dit handhavingsverzoek	7
De feiten	9
Wettelijk kader - Tabak	14
Inleiding.....	14
Europese Unie tabaksregelgeving.....	14
Nederlandse tabaksregelgeving	17
Wettelijk kader - fundamentele regelgeving	18
Inleiding.....	18
Artikel 22 Grondwet	19
Mensenrechtenverdragen.....	22
Recht op gezondheid - VN	22
Recht op gezondheid – Raad van Europa.....	24
Handvest EU	26
Recht op gezondheid - Verdrag tot bescherming van de rechten van het kind	26
NVWA als bevoegd gezag	27
De centrale norm: 10-1-10 versus het meetvoorschrift	28
De NEN-ISO normering	29
Inleiding.....	29
De rookmachine (NEN-ISO 3308)	30
Controle van de metingen (NEN-ISO 8243)	32
Teer (NEN-ISO 4387).....	32

Nicotine (NEN-ISO 4387).....	33
Koolmonoxyde (NEN-ISO 4387).....	34
Het RIVM rapport nader beschouwd.....	35
Het door de NVWA tot nu toe ingenomen standpunt.....	36
De ultieme schending van Artikel 5.3 FCTC.....	37
Afsluitende overwegingen	40
Conclusie.....	42
Subsidiair – Onverbindend verklaring en/of Prejudiciële vragen	43
VERZOEK	45

Lijst van bijlagen

1. ISO-standaards 8243 (selectie monsters), 3308 (rookmachine), 4387 (teer), 8454 (koolmonoxide) en 10315 (nicotine);
2. RIVM rapport van 12 juni 2018;
3. Brief van Staatssecretaris Van Rijn d.d. 20 oktober 2017;
4. Brief van Staatssecretaris Blokhuis d.d. 22 juni 2018;
5. ISO/IEC Directives, Part 1, Procedures for the technical work, para. 2.10;
6. Twee tabellen uit het RIVM rapport van 12 juni 2018;
7. Antwoord Eurocommissaris Andriukaitis aan Staatssecretaris Van Rijn d.d. 15 november 2017;

Vooraf

1. Dat sigaretten tal van schadelijke stoffen bevatten is van algemene bekendheid. Per jaar overlijden in Nederland circa 20.000 mensen aan de gevolgen van een door roken veroorzaakte ziekte. Per saldo gaat ruim de helft van alle rokers dood aan roken. Twee van de drie kinderen die met roken beginnen te experimenteren worden dagelijkse rokers; dát is de kracht van de verslavende werking van nicotine.
2. Recent is nog eens geïllustreerd dat nicotine de crux is van het verdienmodel van de tabaksindustrie: de Amerikaanse *Food and Drug Administration*, belast met de handhaving van de tabakswet en de bescherming van de volksgezondheid, kondigde aan te onderzoeken of ze het toegestane nicotinegehalte in tabaksproducten drastisch kan verlagen. Zo wordt roken minder verslavend en zal het aantal doden sterk verminderen. De beurs noteerde meteen grote verliezen voor de aandelen van de tabaksindustrie en de tabaksmultinationals maakten bekend dat een dergelijke maatregel verlies van 1 miljoen banen in de VS tot gevolg zou hebben.¹ Met andere woorden, zonder de verslavende werking keldert het aantal.
3. De Nederlandse overheid, het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) met behulp van de Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit (NVWA) en het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) zijn gehouden de gezondheid van de burgers op een hoog niveau te waarborgen en de burgers te beschermen tegen schadelijke producten; bij dat laatste is onder meer wetgeving van belang en de overheid is niet alleen gehouden wetgeving vast te stellen, maar ook – en daar gaat het in deze zaak om – die wetgeving effectief te handhaven. Deze zaak richt zich op een klein, maar verreweg relevantste onderdeel van de beschermende regelgeving: de wettelijke maximering van het gehalte van de meest-schadelijke stoffen die zich in sigaretten bevinden.

Sjoemelsigaret - RIVM

4. De bedoeling van verzoekers is met deze zaak te bewerkstelligen dat de zogenaamde “sjoemelsigaret” tot het verleden behoort. Directe aanleiding voor deze zaak is het rapport dat het RIVM onlangs met het navolgende bericht naar buiten bracht:

“RIVM meet veel hogere waarden van teer, nicotine en koolmonoxide in sigaretten

¹ Bron: TabakNee 19 juli 2018, <https://www.tabaknee.nl/nieuws/item/1452-tabaksindustrie-vs-ziet-eigen-einde-in-fda-voornemens-en-dreigt-met-banenverlies>

Teer, nicotine en koolmonoxide (TNCO) gehalten die gemeten worden volgens de Canadian Intense (CI) methode zijn minimaal twee keer zo hoog als de gehalten gemeten met de wettelijke voorgeschreven ISO 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 sigarettenmerken 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) in sigaretten. Deze worden tot nog toe gemeten met de voorgeschreven ISO-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 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 maxi-

ma 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.”²

5. Dat het RIVM opdracht kreeg dit onderzoek uit te voeren was al een belangwekkend en voor deze zaak relevant gegeven, maar de uitkomsten van het onderzoek dat 100 van de in Nederland meest verkochte sigarettenmerken en de presentatie er van zijn zonder meer als “wereldnieuws” aan te merken en als het RIVM dan een dit rapport met deze inhoud uitbrengt kan niemand daaromheen. Immers, de gezaghebbendheid en de kwaliteit van het RIVM zijn in Nederland onbetwist, maar niet alleen in Nederland want ook de Europese Unie, de Verenigde Naties en de WHO behoren tot de regelmatige opdrachtgevers. Het RIVM “valt onder” het Ministerie van VWS maar de onafhankelijkheid van het instituut is bij wet geregeld.³ De NVWA laat de in verband met zijn controlerende taak in het kader van de tabaksregelgeving door het ook voor dit onderwerp door VWS gecertificeerde RIVM verrichten, dus wat dat betreft is het RIVM een ervaren speler op dit gebied.

Samenvatting van dit handhavingsverzoek

6. Het gaat in deze zaak om een in beginsel standaard-handhavingskwestie. Een private partij handelt in een product waarvoor de wet, ter bescherming van de volksgezondheid, specifieke beperkingen voorschrijft. De beperkingen hebben de vorm van maximaal toelaatbare emissies van bepaalde giftige stoffen welke stoffen het product bij gebruik door de consument afgeeft. De NVWA is krachtens de relevante wetgeving belast met de handhaving en wordt gevraagd de producten die de wettelijke maxima overschrijden per omgaande uit de verkoop te halen en daarnaast, waar nodig, ook andere vormen van bestuursdwang toe te passen. In beginsel dus een standaard verzoek waarop de NVWA gewoon dient op te treden.
7. Precies deze casus doet zich hier voor: het product is rookwaar (sigaretten), De giftige stoffen zijn teer (kankerverwekkend), nicotine (verslavend) en koolmonoxide

²https://www.rivm.nl/Documenten_en_publicaties/Algemeen_Actueel/Nieuwsberichten/2018/RIVM_meet_veel_hogere_waarden_van_teer_nicotine_en_koolmonoxide_in_sigaretten

³ <https://www.rivm.nl/RIVM>

(veroorzaakt onder meer hart- en herseninfarcten). De maximale emissieniveaus zijn geregeld in de Europese en Nederlandse wetgeving. Dat deze niveaus in de praktijk bij het beoogde gebruik door een roker ernstig worden overschreden is door het RIVM middels uitgebreid onderzoek vastgesteld en staat op zich niet ter discussie. De Nederlandse overheid heeft zich bij de bevindingen van het RIVM aangesloten en noemt de situatie schadelijk, alarmerend en niet-eerlijk.

8. Toch is de NVWA tot nu niet opgetreden want stelt zich op het standpunt dat bij toepassing van de wettelijk voorgeschreven meet-methodes niet van schending van de maximale emissiewaarden blijkt. Er valt dus niets te handhaven, dat is tot nu toe het standpunt van de NVWA.
9. De wijze van meten van de emissies is gebaseerd op een door de tabaksindustrie ontwikkelde techniek en is vervolgens in de relevante regelgeving vastgelegd middels een verwijzing naar een handvol ISO-NEN standaards waarin deze meetmethodes zijn beschreven.
10. Bescherming van de gezondheid van de burger is een grondwettelijke en grondrechtelijk-verankerde taak van de overheid die, zo menen verzoekers, voorrang dient te krijgen op het handhaven van een bepaalde meetmethode. Die meetmethode (de ISO methode) is overigens door het RIVM gediskwalificeerd voor het beoogde doel nu deze, volgens het RIVM een niet-accurate weergave produceert van wat de roker binnenkrijgt en een onderschatting oplevert van de giftigheid van de door een roker geïnhaleerde rook. De verzoekers in deze procedure menen dat deze ISO-methodes dan ook terzijde moeten worden gelaten omdat deze niet de emissies bij beoogd gebruik meten. De maximale emissieniveaus zijn juist vastgesteld als beschermingsniveaus bij beoogd gebruik.
11. Deze zaak is zeker niet standaard als wordt gekeken naar de ernst ervan: rokers krijgen stevast twee tot drie keer meer gif binnen dan wettelijk is toegestaan, wat niet alleen strijd met de wet maar ook een substantiële vergroting oplevert van de toch al aanwezige gezondheidsrisico's van roken. De regeling die hier bescherming tegen zou moeten bieden (de maximering van de gif-niveaus) komt niet tot zijn recht omdat men tot nu toe klaarblijkelijk voorrang geeft aan een wettelijk meetvoorschrift dat geen valide resultaten kan opleveren. Het is alsof de uitkomst van het meetproces er niet toe doet als er maar volgens de regels gemeten is. Die opvatting is natuurlijk niet juist want het meten heeft een speciaal doel: verifiëren of de burger wel conform de wettelijke maxima tegen teveel gif beschermd wordt.
12. De NVWA dient aan deze situatie zo snel mogelijk een einde te maken door de sigaretten die bij beoogd gebruik niet voldoen aan de wettelijke maxima onmiddellijk uit

de handel te nemen. Mocht dat onverhoopt niet gebeuren dan zullen de Nederlandse bestuursrechter en/of het Hof van Justitie van de Europese Unie uitkomst moeten bieden. Dat is de inzet van deze, in beginsel, standaard handhavingsprocedure.

De feiten

13. Voor het beperken van de schadelijkheid van het roken bevat de Europese regelgeving, die in Nederlandse regelgeving is vastgelegd, specifieke maxima voor de uitstoot bij beoogd gebruik van drie specifieke schadelijke stoffen:
 - Teer - de kankerverwekkende stof die na verbranding ontstaat - max. 10 mg (milligram) per sigaret;
 - Nicotine – de verslavende stof die er voor zorgt dat mensen blijven roken - max. 1 mg per sigaret;
 - Koolmonoxide (CO) – de stof die bij verbranding vrijkomt en o.a. oorzaak is van hart- en herseninfarcten - max. 10 mg per sigaret.

Deze drie schadelijke stoffen worden vaak gezamenlijk aangeduid als TNCO, welke aanduiding ook hier gehanteerd wordt naast het ook gebezigde “de 10-1-10 maxima”.

14. Diezelfde Europese regelgeving schrijft een specifieke meetmethode voor voor het testen van sigaretten waarbij het de bedoeling is de door de patiënt/verslaafde/roker geïnhaleerde TNCO-waarden van de onderzochte sigaretten vast te stellen teneinde te kunnen beoordelen of deze onder de wettelijk vastgestelde maxima blijven. Die specifieke methode is door het ISO (International Organization for Standardization) gestandaardiseerd onder de nummers ISO 8243 (selectie monsters), 3308 (rookmachine), 4387 (teer), 8454 (koolmonoxide) en 10315 (nicotine). Een exemplaar van elk van deze standaarden is bijgevoegd (**bijlage 1**). Het ISO is een samenwerkingsverband van een aantal nationale standaardiseringsorganisaties, waaronder het NEN uit Nederland. In Nederland noemt men standaardiseren “normaliseren” en het Nederlandse Normalisatie-instituut wordt aangeduid als “NEN”. De hier bedoelde ISO-standaarden heten in Nederland NEN-ISO-normen en zijn in de Tabaks- en rookwarenregeling opgenomen (zie hierna bij wetgeving).
15. De methode van meten volgens de ISO-NEN standaard wordt op de site van het RIVM, compleet met illustraties, beschreven.⁴ In het navolgende wordt deze wijze

⁴ https://www.rivm.nl/Onderwerpen/T/Tabak/Filterventilatie/Meetmethoden_voor_TNCO

van meten, die bepaald wordt door het type voorgeschreven rookmachine, ook wel aangeduid als “de ISO methode”.

16. De meeste filtersigaretten bevatten in de filter kleine gaatjes. Bijvoorbeeld een perforatierand bij de aanhechting van de filter, soms meerdere perforatieranden, soms gaatjes die middels een eigen vast patroon verspreid zijn aangebracht. Al die gaatjes worden als “ventilatiegaatjes” aangeduid en hebben als kenmerk dat de met de ISO-rookmachine “ingezogen” rook wordt verdund met via die gaatjes binnenstromende frisse lucht.
17. De hoeveelheid verdunning hangt af van het ontwerp van de sigaret en wordt bepaald door aard en omvang van het aantal gaatjes dat is aangebracht; ook het type papier kan hier van invloed zijn; in sommige sigaretten wordt een poreuze papiersoort gebruikt. Met andere woorden: met het ontwerp van de sigaret bepaalt de tabaksfabrikant de omvang van de verdunning van de door de rookmachine “geïnhaleerde” rook. Verdunning van de door de machine “geïnhaleerde” rook leidt er uiteraard toe dat de rookmachine een lager gehalte aan giftigheid meet dan zonder die verdunning zou zijn gemeten. Kort gezegd: bij meer gaatjes is de verdunning groter en de gemeten giftigheid lager; anders gezegd: het aanbrenge en moduleren van gaatjes ver-groot voor de fabrikant de ruimte om het gehalte aan TNCO-emissies te verhogen, terwijl toch onder het 10-1-10-plafond wordt gebleven.
18. Nu is het zo dat roken door de mens– bij sigaretten die zijn voorzien van ventilatie-gaatjes – niet gelijk is te stellen aan roken door de rookmachine omdat de menselijke roker de sigaret met de vingers vasthoudt en aldus met de vingers, maar ook met de lippen, een aantal gaatjes zal afdichten, waardoor die verdunning (deels) ongedaan wordt gemaakt en de hoeveelheid geïnhaleerd gif dus hoger is dan de rookmachine had gemeten. De door de rookmachine gemeten waarden zullen, conform de bedoe-ling van de fabrikant, inderdaad het wettelijk maximum niet overschrijden, maar dat betekent niet dat de menselijke roker daadwerkelijk niet meer dan dat maximum bin-nenkrijgt via de door de mens geïnhaleerde rook. Immers, de roker is niet gelijk te stellen aan de ISO-rookmachine omdat de roker bij het inhaleren niet, althans niet in dezelfde mate als de ISO-machine, een verdund rookmengsel binnenkrijgt want de gaatjes, althans een deel daarvan, met de vingers en lippen zal afdekken. Het RIVM zegt het zo:

“De metingen met de ISO methode geven echter geen accuraat beeld van de hoeveelheid TNCO die rokers daadwerkelijk binnen krijgen. Dit komt onder andere doordat bij de ISO methode de ventilatiegaatjes niet worden afgedekt, terwijl rokers deze gaatjes wel (gedeeltelijk) dicht houden met hun vingers of lippen. *De gemeten TNCO gehalten*

zijn daardoor lager dan de gehalten die rokers binnen krijgen.”⁵ (nadruk en cursivering toegevoegd)

Verzoekers gaan ervan uit dat de NVWA deze analyse deelt. Overigens gaat het niet alleen om die gaatjes, maar ook om de intensiteit van het roken (zie hierna bij RIVM onderzoek).

19. Het opklaaien van de discussie over de ISO-methode heeft de toenmalige Staatssecretaris Van Rijn van VWS er toe gebracht het RIVM op te dragen ter zake nader onderzoek te doen. Daarbij is naast de voorgeschreven ISO methode gebruik gemaakt van de zgn. Canadese methode, welke methode de gaatjes in het papier afdekt ten einde het “echte roken” beter te benaderen. Zie ook hier de website van het RIVM:

“Er bestaat een alternatieve methode waarmee de TNCO gehalten die een roker binnenkrijgt beter benaderd worden, namelijk de Canadian Intense (CI) methode. Bij deze methode neemt de rookmachine trekjes met een groter volume sneller achter elkaar en worden de ventilatie-gaatjes in de filter afgeplakt (zie tabel). Bij metingen met de CI methode liggen de TNCO waarden van sigaretten hoger dan bij metingen met de ISO methode.”⁶

Het RIVM is mede op basis van de relevante literatuur van oordeel dat de Canadese methode (verder in navolging van het RIVM aan te duiden als Canadian Intense of CI) van de op dit moment beschikbare meetmethodes het “echte roken”, in de wet aangeduid als “het beoogd gebruik”, het best benadert.

20. Het recente RIVM-onderzoek, waarbij de 100 meest verkochte verschillende soorten/merken sigaretten zijn getest, wijst uit dat bij het toepassen van de Canadese methode stevast aanzienlijk hogere waarden worden gevonden dan via de ISO-methode. De juistheid van de bevindingen van het RIVM wordt van de kant van de tabaksindustrie op zich zelf ook niet betwist. Belangrijk voor het onderhavige verzoek: alle door RIVM gevonden TNCO emissies liggen hoger dan de wettelijk toegestane 10-1-10-maxima. De emissies voor teer die volgens de wetgeving bij beoogd gebruik niet meer dan 10 mg per sigaret mogen bedragen, blijken – wanneer gemeten met de Canadese methode – in 90 % van de merken/types boven de 20 mg te liggen waarbij een substantieel daarvan boven de 30 mg.

⁵ https://www.rivm.nl/Onderwerpen/T/Tabak/Filteventilatie/Meetmethoden_voor_TNCO

⁶ Zie voorgaande voetnoot

21. Het voor de handhaving meest sprekende en meest bruikbare onderdeel van het RIVM-rapport wordt gevormd door de tabel waarin de meetresultaten voorkomen. Behalve dat die tabel laat zien hoe groot de verschillen tussen toepassing CI versus toepassing ISO zijn, kan daaruit ook rechtstreeks worden afgelezen welke merken de wettelijk voorgeschreven maximale emissies overschrijden wanneer gemeten met de CI-methode: het eerste blok (drie kolommen) bevat de gemeten waarden, welke waarden afgezet tegen de wettelijke 10-1-10 maxima al dan niet overschrijding laten zien. Het rapport bevat twee tabellen: de een (A) met de geteste merken/types op alfabetische volgorde, de ander (B) gerangschikt naar de ratio CI/ISO. Beide tabellen worden hierbij overgelegd (**bijlage 6**).⁷
22. De wettelijk voorgeschreven NEN-ISO-meetmethode is de door de tabaksindustrie ontwikkelde en gecontroleerde methode.⁸ Internationale ISO standaarden, die overigens op allerhande gebieden bestaan, komen tot stand na advisering door nationale “ISO”-organisaties. In Nederland is dat de NEN, die via het ISO betrokken is bij de totstandkoming en ontwikkeling van de ISO standaards en die voor dit onderwerp, net als voor elk ander onderwerp waarvoor NEN-normen worden vastgesteld, een “Normcommissie” heeft. Ons onderwerp valt onder de Normcommissie Tabak. In de woorden van het eigen Commissieplan 2018 heeft die Nederlandse Normcommissie Tabak “bepalende invloed” op de totstandkoming van de internationale ISO tabak-Standaards:

“Nederland heeft, via de NEN normcommissie, een bepalende invloed in de Internationale normalisatie. In deze positie kan de Nederlandse sector borgen dat Internationale normen optimaal aansluiten bij Nederlandse producten, kennis, ervaring, gewoonten, technologie en afzetmarkten. De Normcommissie ‘tabak en tabaksproducten’ is instrumenteel voor de consolidatie van de Nederlandse positie in CEN en ISO. Door deelname aan normalisatie ontstaat een kennisvoorsprong ten opzichte van de concurrentie, doordat in standaardisatieplatforms de nieuwste stand van techniek en de normen van de toekomst besproken worden.” (Commissie plan 2018, pagina 8)⁹

Let wel, het gaat hier om “private” standaarden/normen, die vervolgens via de Europese Richtlijn tot Europese norm en via Nederlandse wetgeving tot Nederlandse wet verheven zijn (regelgeving wordt hierna behandeld).

⁷ Ook te vinden op:

https://www.rivm.nl/Onderwerpen/T/Tabak/Filterventilatie/Meetresultaten_van_TNCO/Tabel_meetresultaten_op_volgorde_van_ratio_in_teergehalte.pdf

⁸ Zie ook hierna onder “De NEN-ISO normering”

⁹ <https://www.nen.nl/Home-EN/Tabak-en-tabaksproducten.htm>

23. Tot voor kort bestond de zojuist genoemde Normcommissie Tabak van de NEN uit 10 personen, een onafhankelijke voorzitter en dito secretaris en 8 leden, waarvan er zes in de tabaksindustrie werkzaam zijn terwijl de andere twee leden vertegenwoordigers zijn van het RIVM respectievelijk de NVWA.¹⁰ Onlangs zijn deze laatste twee uit de Commissie gestapt omdat zij, samengevat, deze commissie gezien zijn samenstelling niet vonden voldoen aan normale eisen van onpartijdigheid. Pas kort geleden werd bekend dat de Voorzitter van deze Commissie tot aan zijn pensioen tientallen jaren bij Philip Morris werkzaam is geweest; daarmee is die onafhankelijkheid van de Voorzitter uiteraard ter discussie komen te staan.
24. In zijn brief aan de Tweede Kamer van 6 mei 2018 juicht de Staatssecretaris van VWS het besluit van RIVM en NVWA om uit de NEN-normcommissie Tabak en tabaksproducten te stappen toe omdat die commissie, die onder meer adviseert over de hier besproken ISO-norm, in meerderheid uit vertegenwoordigers van de tabaksindustrie bestaat.¹¹ De Staatssecretaris voegt hieraan toe dat aldus ‘[...] een eerlijke meetmethode weer een stap dichterbij [komt].’. Overigens blijkt ook uit deze brief dat het RIVM deelneemt aan het TobLabNet¹² van de Wereldgezondheidsorganisatie dat ‘[...] onafhankelijk van de tabaksindustrie methoden ontwikkelt en valideert’.
25. Deze niet mis te verstane reactie van Staatssecretaris Blokhuis sluit volledig aan bij de visie van diens voorganger Staatssecretaris Van Rijn. De laatste liet in zijn brief van 20 oktober 2017 namens de Staat der Nederlanden aan Eurocommissaris Andriukaitis voor Gezondheid en voedselveiligheid weten dat “... measurements using the ISO method are not an accurate way of determining the amount of TNCO a smoker actually inhales” en voegde daar aan toe “...knowing that there is a shortcoming and *that it enhances the harm done to smokers*, I call upon you to take action now” (**bijlage 3**, cursivering toegevoegd). De Europese Commissie liet de Staatssecretaris inmiddels weten dat deze kwestie pas bij de reguliere evaluatie van de Richtlijn in 2021 aan de orde kan komen.
26. Gelet op de vergroting van de schadelijke impact van roken ten gevolge van de zeer aanzienlijke overschrijdingen die uit het RIVM onderzoek naar 100 sigarettenmerken blijken, kan het NVWA het voldoen aan zijn ter zake geldende handhavingsverplichtingen niet opschorten tot de uitkomst van een pas in 2021 beginnende evaluatie bekend zal zijn. De huidige Staatssecretaris van VWS deelt dit standpunt over de urgentie van deze zaak gelet op zijn meest recente brief aan de verantwoordelijke Eurocommissaris d.d. 22 juni 2018, waarin hij onder meer zegt:

¹⁰ Zie voorgaande noot; samenstelling Cie, zie pag 4/11 van Commissieplan 2017

¹¹ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32011-63.html>

¹² Tobacco Laboratory Network

“... the RIVM published the results of their research. In my opinion, these results are very alarming.” (bijlage 4).¹³

27. Staatssecretaris Blokhuis van VWS is verantwoordelijk voor de volksgezondheid in Nederland. Hij noemt de RIVM-bevindingen dus “very alarming” en vraagt om “action now”. Verzoekers zijn het op deze beide punten hartgrondig met de Staatssecretaris eens en dienen hierom dit verzoek in. Behandeling dient met spoed plaats te vinden; nú ingrijpen is geboden.

Wettelijk kader - Tabak

Inleiding

28. De voor deze zaak rechtstreeks relevante wettelijke bepalingen zijn te vinden in Europese Unie tabaksregelgeving en nationale tabakswetgeving. Tegelijkertijd speelt ook internationale regelgeving een rol, in het bijzonder het FCTC¹⁴ en - ook van fundamentele betekenis – de in internationale verdragen neergelegde mensenrechten.

Europese Unie tabaksregelgeving

29. De Nederlandse tabakswetgeving is één-op-één geworteld in de Europese Tabaksrichtlijn: Richtlijn 2014/14/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014.¹⁵
30. In Europese regelgeving is steeds een preambule opgenomen die als een toelichting werkt. De preambules bevatten de overwegingen die aan de bepalingen van de Richtlijn ten grondslag liggen. Waar de bepalingen van de Richtlijn niet helemaal duidelijk zouden zijn, dient de preambule ook als hulp bij het interpreteren van de bepalingen. In het navolgende een selectie van de voor ons onderwerp meest relevante overwegingen.

“(8) Overeenkomstig artikel 114, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) moet voor wetgevingshandelingen worden uitgegaan van een hoog beschermingsniveau voor de volksgezondheid en moet met name rekening worden gehouden met nieuwe op wetenschappelijke feiten gebaseerde gegevens. *Tabaksproducten zijn*

¹³ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2018/06/22/ratification-protocol-to-eliminate-illicit-trade-in-tobacco-products-and-update-measurement-tnc>

¹⁴ FCTC: *WHO Framework Convention on Tobacco Control*, Trbl. 2003, 127; verdrag gericht op uitbanning van het roken

¹⁵ [Richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014](#)

geen gewone producten, en gezien de buitengewoon schadelijke effecten van tabak voor de menselijke gezondheid moet groot belang worden gehecht aan de bescherming van de volksgezondheid, met name om het roken bij jongeren te verminderen.” (cursivering toegevoegd)

De regelgeving geeft dus uitvoering aan artikel 114, lid 3 VWEU en gaat uit van een “hoog beschermingsniveau voor de volksgezondheid” (deze formulering wordt in de preambule herhaaldelijk gebezigd) en richt zich bij de bescherming daarvan met name op het verminderen van het roken van jongeren. Deze focus wordt ook in overweging (19) nog eens benadrukt.

31. Dat het in de Richtlijn bij de normering van TNCO-gehalten om *maximum* niveaus gaat blijkt ook uit:

“(12) Wat de vaststelling van maximumemissieniveaus betreft, zou het later noodzakelijk en passend kunnen blijken om de emissieniveaus voor teer, nicotine en koolmonoxide te verminderen of om maximumemissies voor andere emissies van tabaksproducten vast te stellen, gelet op hun toxiciteit of verslavende werking.”

Daarbij moet worden bedacht dat de grenswaarden van 10-1-10 ook al in de richtlijn van 2001 stonden. Daarvóór waren er ook al richtlijnen die grenswaarden gaven voor teer en nicotine van respectievelijk 15 en 1,5 mg. Later zijn die waarden verlaagd naar 12 en 1,2 mg en nog later dus naar 10 en 1 mg en daar is toen de CO-waarde van 10 mg aan toegevoegd. Kortom, mede met het oog van het bereiken van een hoog beschermingsniveau is het maximumemissieniveau stelselmatig verlaagd naar het huidige 10-1-10-niveau. Die verlaging blijkt nu dus een wassen neus omdat een analyse van wat de roker daadwerkelijk binnenkrijgt laat zien dat in de meeste gevallen de roker nog veel meer dan de oude 15 resp 1,5 mg inhaleert.

32. De belangrijkste bepalingen van de Richtlijn luiden als volgt:

“Artikel 1 - Onderwerp

Deze richtlijn beoogt de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende:

- a. de ingrediënten en de emissies van tabaksproducten en de daarmee verband houdende rapportageverplichtingen, inclusief de maximumemissieniveaus voor teer, nicotine en koolmonoxide van sigaretten;

(...)

teneinde de interne markt voor tabak en aanverwante producten beter te doen functioneren, *waarbij wordt uitgegaan van een hoog niveau van bescherming*

van de volksgezondheid, met name voor jongeren, en teneinde te voldoen aan de verplichtingen van de Unie die voortvloeien uit het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging (WHO Framework Convention for Tobacco Control — FCTC).” (cursivering toegevoegd)

“Artikel 2 - Definities

In deze richtlijn gelden de volgende definities:

„tabak”: bladeren en andere natuurlijke, getransformeerde of niet-verwerkte delen van de tabaksplant, met inbegrip van geëxpandeerde en gereconstitueerde tabak;

(...)

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)

Met deze definities staat in elk geval buiten twijfel vast dat het in de richtlijn, waar deze spreekt over “emissie” van schadelijke stoffen, steeds gaat over emissie bij *beoogd gebruik*; het gaat dus over maximering van wat een rokende mens inhaleert en niet van wat een rookmachine inhaleert.

“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. (...)

Gelet op de definitie van artikel 2 onder 21. staat het buiten twijfel vast dat de in artikel 3 gegeven 10-1-10-maxima de maxima bij *beoogd gebruik* zijn.

De te hanteren meetmethodes zijn vastgelegd in artikel 4:

“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 (koolmonoxide)*. 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. De Commissie maakt deze lijsten van erkende laboratoria openbaar.
(...)” (cursiveringen toegevoegd)

Nederlandse tabaksregelgeving

33. De Europese Richtlijn is bijna 1-op-1 in de Nederlandse wet overgenomen:

artikel 1 lid 1 van de Tabaks- en Rookwarenwet

“emissie: 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;

Artikel 2.1 van het Tabaks- en Rookwarenbesluit

- 1 De maximumemissieniveaus van een in de handel gebrachte of geproduceerde sigaret voldoen aan artikel 3, eerste lid, van de Tabaksproductenrichtlijn.
- 2 De maximumemissieniveaus van shagtabak zijn zodanig dat het niveau in een sjekkie van 750 mg niet meer bedraagt dan:
 - a. 12 mg teer;
 - b. 1,2 mg nicotine; en
 - c. 12 mg koolmonoxide.
- 3 Bij ministeriële regeling worden methoden van onderzoek aangewezen die bij uitsluiting beslissend zijn voor de vaststelling of met betrekking tot shagtabak of een sigaret aan de in het eerste en tweede lid gestelde eisen is voldaan.
- 4 (...).

artikel 2.1 van de Tabaks- en Rookwarenregeling

- 1 Als methoden van onderzoek die bij uitsluiting beslissend zijn voor de vaststelling of een sigaret voldoet aan eisen van artikel 2.1, eerste lid, van het besluit, worden aangewezen de metingen volgens de volgende normen:
 - a. *NEN-ISO 4387:2000/A1:2008 Sigaretten* – Bepaling van het totale nicotine-vrije droge, rookcondensaat bij gebruik van een rookmachine voor routinematig analyse onderzoek van sigaretten, *voor het emissieniveau van teer*;
 - b. *NEN-ISO 10315:2013 Sigaretten* – Bepaling van het gehalte nicotine in rookcondensaten – Gaschromatografische methode, *voor het emissieniveau van nicotine*;
 - c. *NEN-ISO 8454:2007/A1:2009 Sigaretten* – Bepaling van koolmonoxide in de gasfase van sigarettenrook – NDIR-methode, *voor het emissieniveau van koolmonoxide*.
- 2 De resultaten van de metingen worden geverifieerd aan de hand van *NEN-ISO 8243:2013 Sigaretten – Monsterneming*.
- 3 De Minister maakt de referenties van wijzigingen van de in het eerste lid aangewezen normen bekend in de Staatscourant.” (cursiveringen toegevoegd)

34. De definitie van “emissie” is dus in de wet geregeld, de 10-1-10 maxima in het op de wet gebaseerde Besluit (amvb) en de meetmethode in de ministeriële Regeling. Die meetmethodes zijn gericht op het bepalen van de “emissie” van de respectieve stoffen. Verzoekers stellen vast dat in het eerste lid van artikel 2.1 van de Tabaks- en Rookwarenregeling steeds na de komma de bewoordingen “voor het emissieniveau van ...” voorkomen. Daarmee heeft de wetgever buiten twijfel gesteld dat de bedoeling van het meten is de emissie zoals bedoeld in de Tabaks- en Rookwarenwet, dus bij beoogd gebruik, vast te stellen.

Wettelijk kader - fundamentele regelgeving

Inleiding

35. Het zou naïef zijn deze zaak uitsluitend te bekijken vanuit min of meer technische regelgeving. Immers, op elk pakje sigaretten staat te lezen “Roken is dodelijk” en het aantal dodelijke slachtoffers loopt dan ook jaarlijks in de tienduizenden (in Nederland). De schadelijkheid van het roken van sigaretten is dus letterlijk en rechtstreeks levensbedreigend. Dat hier het fundamentele “recht op leven” in het geding is, welk

recht de overheid actief behoort te beschermen, zal dan ook door de NVWA niet worden betwist.

36. De Richtlijn die in deze zaak centraal staat is trouwens op dit punt ook duidelijk. Overweging 59 van de Preambule zegt:

“(59) 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.”

De lidstaten dienen er dus voor te zorgen dat de hier opgelegde verplichtingen daadwerkelijk een hoog niveau van gezondheids- en consumentenbescherming garanderen én alle andere grondrechten beschermen.

37. Voor zover de tabakswetgeving de gezondheid rechtstreeks beoogt te beschermen, moet deze worden opgevat als de vastlegging van de wijze waarop de overheid inhoud geeft aan de fundamentele verplichting die voor de overheid voor dit onderwerp voortvloeit uit de Grondwet en de mensenrechtenverdragen. De in het voorgaande genoemde maximering van de zeer schadelijke teer-, nicotine- en koolmonoxide-emissies neemt de schadelijkheid van het roken niet weg maar beoogt deze schadelijkheid enigszins in de hand te houden. De NVWA is hier het instrument van de overheid om de wettelijke bescherming van deze fundamentele aanspraken van de burger te handhaven.
38. In het navolgende een beknopt overzicht van de relevante regels.

Artikel 22 Grondwet

39. Voor gedaagde begint in het kader van deze zaak de verantwoordelijkheid, de zorgplicht, met het bepaalde in artikel 22, eerste lid, van de Grondwet:

“De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.”

40. In de Urgenda-zaak ging het bij de Sector Civiel van de Rechtbank Den Haag ook over de zorgplicht van de overheid. In die zaak was de vraag onder meer of de Staat zijn zorgplicht ex artikel 21 Grondwet zou hebben geschonden. De tekst van die bepaling is soortgelijk aan die van artikel 22 en luidt als volgt:

“De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.”

41. Juist vanwege de gelijkenis – qua onderwerp en tekst – van deze twee bepalingen is de Urgenda-uitspraak van 24 juni 2015 relevant. De rechtbank oordeelde onder meer als volgt:

“4.74.

Bij de beantwoording van de vraag of de Staat met zijn huidige klimaatbeleid voldoende zorg betracht, moet zoals gezegd ook de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid in acht worden genomen. Vanuit zijn wettelijke taak – artikel 21 Gw – bezien heeft te gelden dat aan de Staat een ruime beleidsvrijheid toekomt om het klimaatbeleid invulling te geven. Deze discretionaire ruimte is echter niet onbegrensd. Indien, zoals hier het geval is, een grote kans bestaat op verwezenlijking van gevaarlijke klimaatverandering met ernstige en levensbedreigende gevolgen voor mens en milieu, rust op de Staat de verplichting om zijn burgers daartegen te beschermen door het treffen van passende en effectieve maatregelen. Voor deze benadering kan mede steun worden gevonden in de hiervoor bedoelde jurisprudentie van het EHRM. De vraag is uiteraard wat in de gegeven omstandigheden passend en effectief is. Uitgangspunt daarbij moet zijn dat de Staat in zijn besluitvorming de verschillende belangen zorgvuldig weegt.”¹⁶

De rechtbank oordeelde vervolgens dat de Staat zijn zorgplicht inderdaad had geschonden. Verzoekers passen deze overweging op deze zaak toe en geven hieronder cursief hun commentaar in de tekst van de overweging:

“4.74.

Bij de beantwoording van de vraag of de Staat met zijn huidige klimaatbeleid voldoende zorg betracht, moet zoals gezegd ook de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid in acht worden genomen. Vanuit zijn wettelijke taak – artikel 21 Gw – bezien heeft te gelden dat aan de Staat een ruime beleids-

16

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145&showbutton=true&keyword=Urgenda> Het Gerechtshof in Den Haag doet later dit jaar uitspraak op het door de Staat ingestelde hoger beroep

vrijheid toekomt om het klimaatbeleid invulling te geven. Deze discretionaire ruimte is echter niet onbegrensd.

De overheid heeft zijn zorgplicht voor de gezondheid van de burger onder meer geconcretiseerd in de 10-1-10-norm met maximale emissieniveaus voor sigaretten bij beoogd gebruik. Op dat punt bestaat voor de overheid dus geen beleidsvrijheid meer, mede gelet op de algemene handhavingsplicht die hier voor de overheid geldt.

Indien, zoals hier het geval is, een grote kans bestaat op verwezenlijking van gevaarlijke klimaatverandering met ernstige en levensbedreigende gevolgen voor mens en milieu, rust op de Staat de verplichting om zijn burgers daartegen te beschermen door het treffen van passende en effectieve maatregelen.

Het staat vast dat zelfs als de 10-1-10 norm volledig wordt gerespecteerd nog altijd geen voor de volksgezondheid veilige situatie bestaat; het niet-respecteren van die wettelijke norm en overschrijdingen toestaan van 100 à 200 % is een zeer substantiële schending van de in dit verband op de overheid rustende zorgplicht. Passende en effectieve maatregelen behoren in dit geval tot het gebruikelijke gereedschap van de NVWA en die maatregelen dienen dan ook te worden getroffen.

Voor deze benadering kan mede steun worden gevonden in de hiervoor bedoelde jurisprudentie van het EHRM. De vraag is uiteraard wat in de gegeven omstandigheden passend en effectief is. Uitgangspunt daarbij moet zijn dat de Staat in zijn besluitvorming de verschillende belangen zorgvuldig weegt.

De aard van de in het geding zijnde verplichting laat geen ruimte voor een nadere belangenafweging door het bevoegde gezag. Passend en effectief handhaven is – mede vanuit de zorgplicht, maar uiteraard in eerste instantie gezien de ter zake in de Richtlijn en de Nederlandse wetgeving neergelegde begrenzingen van de gevaren voor de volksgezondheid middels de 10-1-10-norm - de enige optie.

42. Het RIVM heeft in elk geval laten zien dat en hoe het naleven van de 10-1-10 norm niet gebeurt met het gebruikmaken van de wettelijk voorgeschreven NEN-ISO standaards en heeft vastgesteld dat die methode een sterke onderschatting oplevert van de werkelijke hoeveelheden TNCO die rokers binnenkrijgen. Het behoeft geen betoog dat de overheid niet passend en effectief aan zijn zorgplicht kan voldoen door gebruik te maken van een ISO-meetmethode die voor het te beschermen doel geen valide resultaten op kan leveren.

Mensenrechtenverdragen

43. Het recht op leven wordt beschermd krachtens onder meer het bepaalde in Artikel 2 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden¹⁷ en het bepaalde in Artikel 6 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.¹⁸ Verder geldt “gezondheid” binnen het internationaal recht als een fundamenteel mensenrecht met een daarbij behorende verplichting om dat mensenrecht te respecteren, te beschermen en te implementeren, welke verplichting in eerste instantie op Staten en dus ook op de Nederlandse overheid en dus ook op de NVWA rust.

44. In het navolgende laten verzoekers zien dat de gehoudenheid van de overheid zijn uit artikel 22 van de Grondwet voortvloeiende (zorg)verplichtingen na te leven ook internationaal is verankerd. Bij dat laatste gaat het niet om politieke *statements*, maar om internationale regelgeving waaraan de Staat der Nederlanden is gebonden én om op die regelgeving gebaseerde rechtspraak én om met betrekking tot die regelgeving ook voor Nederland leidende commentaren.

Recht op gezondheid - VN

45. Al in 1948 heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties door middel van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens “gezondheid” als mensenrecht gedefinieerd:

“Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.” (Artikel 25, eerste lid)¹⁹

Sindsdien zijn talrijke internationale verdragen tot stand gekomen die de mensenrechtenstatus van het recht op “gezondheid” bevestigen, waaronder als meest relevant het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (1966, IVESCR). Het eerste lid van artikel 12 van dit verdrag bepaalt:

17 Tractatenblad 1951, 154.

18 Tractatenblad 1969, 99.

19 Verenigde Naties, Algemene Vergadering, Resolutie 217 A, *Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens*, 10 december 1948.

“The States Parties to the present Covenant recognize the *right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.*”
(cursivering toegevoegd)

Gezondheid als fundamenteel recht dus en ook een plicht voor Staten om alles te doen wat nodig is om dat recht volledig te realiseren, in elk geval mede door in alle opzichten de leefomgeving daartoe te verbeteren. Bescherming is dus vereist, positieve actie is vereist en verbeteren is vereist.

46. Het VN-comité voor economische, sociale en culturele rechten²⁰ heeft onder meer tot taak analyses en commentaren op de bepalingen van laatstbedoeld verdrag te leveren. Dat zijn de *General Comments* die gelden als de meest gezaghebbende uitleg van de bepalingen van het verdrag, waarvan de rechter niet zomaar kan afwijken.²¹ Het Comité wijdde haar *General Comment* 14 van 11 augustus 2000 volledig aan artikel 12.²² Het VN-comité overweegt in paragraaf 1:

“Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. *Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity.*” (cursivering toegevoegd)

47. Teneinde te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit deze internationale verdragen reguleren staten over de hele wereld het dagelijks leven door middel van verdragen en wetten en het treffen van allerlei maatregelen op het gebied van het

20 Opggericht door middel van IVESCR Resolutie 1985/17 van 28 mei 1985, om toezicht functies als in de artikelen 21 en 22, zoals toegewezen aan de Economische en Sociale Raad van de Verenigde Naties uit te voeren.

²¹ Een dergelijke gezaghebbendheid is destijds ook door de Centrale Raad van Beroep aangenomen in een procedure waarin weliswaar niet dit Comité aan de orde was maar wel het “zuster-Comité”, het *Human Rights Committee*, ingesteld bij het BuPo-verdrag; zie: ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, uitspraak van 21 juli 2006: “Hoewel deze Inzichten [van het Comité, adv.] formeel gesproken niet bindend zijn is de Raad van oordeel dat inzichten van een internationaal comité op het gebied van de mensenrechten in het algemeen als een gezaghebbend oordeel aangemerkt moeten worden, waaraan in procedures als de onderhavige bijzondere betekenis toekomt. *Van een dergelijk oordeel kunnen nationale rechterlijke instanties slechts afwijken wanneer sprake is van zwaarwegende redenen die zulks kunnen rechtvaardigen.*” (cursivering toegevoegd; het ging hier om “inzichten” in een geschil tussen Nederland en een ‘klager’, maar het is niet zo dat de gezaghebbendheid van het Comité in zijn *General Comments* van mindere waarde is dan in zijn uitspraken op ingediende klachten)

22 VN-Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten, *General Comment* No. 14, The right to the highest attainable standard of health (art. 12 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 11 August 2000, E/C.12/2000/4.

milieu, voedsel- en drugsveiligheid, gezondheidszorg, arbeidsrecht, etc. Al deze inspanningen hebben gemeen dat één van de doelstellingen van deze handelingen is om zowel het recht op leven als het recht op gezondheid *effectief* te beschermen. Bovendien tonen deze inspanningen de cruciale rol die overheden spelen met betrekking tot de effectieve implementatie van het recht op gezondheid. De desbetreffende taak en de bijbehorende verplichtingen rusten ook op de Staat der Nederlanden, en in ons geval dus ook op de NVWA. Overigens gaan verzoekers er van uit dat de NVWA dit niet zal betwisten.

48. In het zojuist aangehaalde *General Comment* geeft het Comité ook een overzicht van situaties waarin sprake is van schending van het recht op gezondheid. De navolgende citaten laten zien dat de verplichtingen die uit het verdrag voortvloeien niet makkelijk te licht kunnen worden opgevat, zeker indien wordt bedacht dat ook volgens de Nederlandse overheid roken dodelijk is:

“49. Violations of the right to health can also occur through *the omission or failure of States to take necessary measures arising from legal obligations*. [...]

Violations of the obligation to respect

50. Violations of the obligation to respect are those State actions, policies or laws that contravene the standards set out in article 12 of the Covenant and are likely to result in *bodily harm, unnecessary morbidity and preventable mortality*. [...]

Violations of the obligation to protect

51. Violations of the obligation to protect follow from *the failure of a State to take all necessary measures to safeguard persons within their jurisdiction from infringements of the right to health by third parties*. [...]” (cursiveringen toegevoegd)

Precies die drie hier beschreven situaties doen zich hier voor.

Recht op gezondheid – Raad van Europa

49. Ook in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is al geruime tijd aanvaard dat er in het kader van ofwel de bescherming van het recht op eerbiediging van privé leven, familie- en gezinsleven (‘privacy’ artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM)), ofwel het recht op leven (artikel 2) ofwel het voorkomen van een onmenselijke behandeling (artikel 3) positieve verplichtingen op de bij het Verdrag aangesloten Staten rusten teneinde de met het Verdrag gegeven rechten effectief te garanderen.

50. De hier bedoelde ontwikkeling tekende zich af middels “mijlpaalarresten” van het Europees Hof in een aantal milieuzaken, zoals *López Ostra v. Spain*, no. 16798/90, 9 december 1994, *Guerra and Others v. Italy*, no. 14967/89, 19 februari 1998 en *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, 30 november 2004. In de laatstbedoelde zaak gaf het Hof de principiële benadering met de overweging:

“Principles relating to the prevention of infringements of the right to life as a result of dangerous activities: the substantive aspect of Article 2 of the Convention

89. The positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2 (see paragraph 71 above) **entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life** (see, for example, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, p. 3159, § 115; *Paul and Audrey Edwards*, cited above, § 54; *İlhan v. Turkey* [GC], no. [22277/93](#), § 91, ECHR 2000-VII; *Kılıç v. Turkey*, no. [22492/93](#), § 62, ECHR 2000-III; and *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. [22535/93](#), § 85, ECHR 2000-III).

90. This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, **particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.**

Among these preventive measures, particular emphasis should be placed on the public’s right to information, as established in the case-law of the Convention institutions. The Grand Chamber agrees with the Chamber (see paragraph 84 of the Chamber judgment) that this right, which has already been recognised under Article 8 (see *Guerra and Others*, cited above, p. 228, § 60), may also, in principle, be relied on for the protection of the right to life, particularly as this interpretation is supported by current developments in European standards (see paragraph 62 above).

In any event, the relevant regulations must also provide for appropriate procedures, taking into account the technical aspects of the activity in question, for identifying shortcomings in the processes concerned and any errors committed by those responsible at different levels.” (nadruk toegevoegd)

In deze zaak ging het om gebeurtenissen die lokaal plaatsvonden en die de gezondheid en de levens van omwonenden van de desbetreffende levensgevaarlijke activiteit daadwerkelijk in gevaar brachten, maar principieel is er geen verschil met de onderhavige zaak. Ook hier dient de overheid voor adequate wetgeving te zorgen en “... must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks ...”. Dit betekent dat de gezondheidsbeschermende wetgeving effectief gehandhaafd dient te worden. De rechtspraak van dit Hof is sinds de hier kort besproken uitspraak in deze lijn herhaald en ontwikkeld en geldt voor alle landen die partij zijn bij het Verdrag, dus ook voor Nederland. In deze rechtspraak wordt niet aanvaard dat bestaande regelgeving die dient ter bescherming van het recht op leven niet wordt nageleefd (zie bijvoorbeeld ook *Di Sarno e.a. v. Italië*, no. 30765/08, 10 januari 2012 en *Jugheli and others v. Georgië*, 13 juli 2017, nr. 38342/05).

Handvest EU

51. Met het vaststellen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is ingaande 1 december 2009 bindend voor de lidstaten van de EU wanneer zij uitvoering geven aan Europese regelgeving. In het derde lid van artikel 52 is bepaald:

“Voorzover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.”

Dit betekent dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens mede van toepassing is bij toepassing van grondrechten die zowel in het Handvest als in het Europees mensenrechtenverdrag voorkomen, dus ook het recht op leven en het recht op privacy. Deze laatste twee zijn in het Handvest neergelegd in de artikelen 2 respectievelijk 7.

Recht op gezondheid - Verdrag tot bescherming van de rechten van het kind

52. De meeste rokers beginnen al met roken in hun tienerjaren. Twee derde van de volwassen rokers rookte al dagelijks voordat zij 19 jaar werden.²³ De tabaksindustrie noemt kinderen “replacement smokers”, welke term haar sinistere aandacht voor deze bevolkingsgroep verklaart.

²³ Ter Wijde W, Croes E, Roken, een aantal feiten op een rij, Utrecht, Trimbos-Instituut 2015

53. Met het aannemen van het *Verdrag tot bescherming van de rechten van het kind* stelden de Verenigde Naties in 1989 vast dat deze bevolkingsgroep (volgens het verdrag 0-18 jaar) extra aandacht en extra bescherming behoeft. Ook dit verdrag bevat “het recht op leven” als afzonderlijk recht (artikel 6) en stelt ook vast dat kinderen recht hebben op het hoogst haalbare niveau van gezondheid (artikel 24). Nederland is partij bij dit verdrag, net als het overgrote deel van de lidstaten van de Verenigde Naties.²⁴
54. Een van de centrale, algemene bepalingen van dit Verdrag is artikel 3:
- “1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. (...)”

NVWA als bevoegd gezag

55. De NVWA is belast “...met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Tabaks- en rookwarenwet” (artikel 13 van de Tabaks- en rookwarenwet jo. artikel 7.1 van de Tabaks- en rookwarenregeling) en heeft de bevoegdheid een last onder bestuursdwang op te leggen, onder meer voor kwesties als de onderhavige (artikel 14 van de wet).
56. Het gaat, zoals gezegd, bij die taak ook steeds om het invullen en uitvoeren van de grondwettelijke en grondrechtelijke taak van de overheid om de gezondheid van de burger te beschermen.
57. In de woorden van de NVWA zelf:

“De NVWA beschermt consumenten tegen producten die letsel en ernstige gezondheidsschade kunnen veroorzaken” (NVWA Jaarplan 2012, pagina 40)

Het gaat in deze zaak – daarover is geen discussie – om ‘producten die ernstig letsel en gezondheidsschade kunnen veroorzaken’. De wetgever heeft die schade willen beperken met het stellen van duidelijke grenzen aan de omvang van de giftige emissies waarmee het inhaleren door de roker gepaard gaat. Het is dan ook precies de be-

²⁴ Trb. 1990, 46 <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002508/2002-11-18#>

scherming tegen hogere dan de – wettelijke - maximale emissies die hier aan de orde is. Verzoekers roepen die bescherming hierbij in en de NVWA is zonder meer gehouden die bescherming te leveren.

De centrale norm: 10-1-10 versus het meetvoorschrift

58. Dit zegt artikel 3, eerste lid van de Richtlijn:

- “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.”

en dit zegt Artikel 2.1, eerste lid van het Tabaks- en Rookwarenbesluit:

“De maximumemissieniveaus van een in de handel gebrachte of geproduceerde sigaret voldoen aan artikel 3, eerste lid, van de Tabaksproductenrichtlijn.”

59. Het gaat hier om de enige norm die een soort van gezondheidsbescherming door maximering van emissies van teer, nicotine en koolmonoxyde ten doel heeft. Overigens is die “gezondheidsbescherming” hier relatief, want zoals ook in de preambule van de Richtlijn wordt overwogen kunnen de 10-1-10 maxima zeker niet worden uitgelegd als niveau van de veilige dosis, want ook deze niveaus zijn slecht. Het staat echter buiten kijf dat nog hogere dosis nog sneller tot nog meer ernstige ziektes leiden dan lagere (zie onderdeel (25) van de preambule). Verzoekers nemen aan dat door de NVWA niet zal worden betwist dat er een duidelijke relatie bestaat tussen de hoeveelheid geïnhaleerd gif per sigaret en de kans op ernstige ziektes. Immers, het is niet voor niets dat deze maxima, zoals in het voorgaande al opgemerkt, van 15 mg naar 12 mg naar 10 mg (teer) respectievelijk 1,5 mg, 1,2 mg naar 1 mg (nicotine) verlaagd zijn, waarmee het op de markt brengen van sigaretten met emissies van hoger dan 10 mg (teer) resp. 1 mg (nicotine) verboden werd.
60. Kortom, bij deze maximale emissienormen is rechtstreeks de zorgverplichting van de overheid aan de orde evenals de uit het internationale recht voortvloeiende plicht tot bescherming van het recht op leven, het recht op gezondheid en het recht op privacy.
61. Met het meetvoorschrift voor het meten van het teer-, nicotine- en koolmonoxidegehalte van sigaretten leunt de Europese en Nederlandse wetgeving volledig op de al

eerder genoemde ISO-normen. Het behoeft geen betoog dat het hier om een keuze van een technische methode gaat die vooral beoogt uniformiteit binnen de Europese Unie te bewerkstelligen, maar welke keuze voor het overige niets principieels behelst laat staan dat dit voorschrift gericht zou zijn op het beschermen van fundamentele rechten.

De NEN-ISO normering

Inleiding

62. Het beperken van de schadelijkheid van het roken van sigaretten wordt dus geregeld door de maximale emissieniveaus bij beoogd gebruik, welke niveaus in artikel 3 van de Europese Richtlijn en in artikel 2.1 van het Tabaks- en Rookwarenbesluit zijn neergelegd. Het meetvoorschrift is in artikel 4 van de Richtlijn te vinden en in artikel 2.1 van de Tabaks- en Rookwarenregeling.

63. De Richtlijn (en wat dat betreft: de Europese Unie) beoogt in de eerste plaats de interne markt te reguleren waartoe in dit geval mede behoort dat in elke lidstaat van de EU de gehalten aan stoffen in sigaretten op dezelfde wijze wordt vastgesteld. Daartoe is in de Richtlijn voor het meten van de gehalten van de drie meest schadelijke stoffen (teer, nicotine en koolmonoxide (TNCO)) een aantal NEN-ISO standaards tot wettelijke norm verheven; zie daarvoor de hierboven aangehaalde wettelijke bepalingen. Het zal door de NVWA niet worden betwist dat deze ISO-standaards in eerste oorsprong door de tabaksindustrie “in eigen huis” zijn ontwikkeld en dat deze in ISO-verband conform de inzichten van de tabaksindustrie verder zijn vormgegeven. Dit wordt overigens ook met zoveel woorden bevestigd in de *Introduction* behorend bij de NEN-ISO 4387, de Standaard voor het bepalen van het teergehalte in sigaretten:

“CORESTA first published an International Standard for the machine smoking of cigarettes in 1968, and since that time many improvements in equipment as well as in procedure have been suggested.” (zie Bijlage 1, NEN-ISO 4387, pag.v)²⁵

De Nederlandse NEN Normcommissie Tabak is voor het Nederlandse NEN rechtstreeks betrokken bij het mede-vormgeven van deze standaards en - naar eigen zeggen van deze Commissie - was haar inbreng bij het tot stand komen van deze NEN-

²⁵ CORESTA Report 91/1; Information Bulletin of Cooperation Centre for scientific research relative to tobacco, 1991-1, ISSN 0525-6240 (ontleend aan de Bibliography in NEN-ISO 4387); CORESTA is een onderzoeksinstituut waarvan deelnemers bestaan uit de belangrijkste tabaksfabrikanten

ISO normen “bepalend”. Het staat vast dat deze Normcommissie door de tabaksindustrie gedomineerd werd en wordt. Zoals gezegd was dit eerder dit jaar uiteindelijk voor de NVWA en het RIVM reden hun vertegenwoordigers uit die commissie terug te trekken. Een en ander neemt niet weg dat het noodzakelijk is de NEN-ISO standaards nader te bekijken.

64. Elk van de drie gevaarlijke stoffen wordt gemeten volgens een eigen door NEN-ISO genormeerde methode (zie bijlage 1). Sommige standaards worden in de loop van de tijd door middel van amendementen uitgebreid of aangepast. Eventuele amendementen worden niet in een soort *update* van de ISO standaard verwerkt met behoud van het oorspronkelijke nummer maar blijven los bestaan naast het oorspronkelijke document; de twee documenten (oorspronkelijke versie en het amendement) vormen vervolgens samen de nieuwe standaard (zie **bijlage 5**). De metingen van de gehalten aan de drie giftige stoffen worden eens per drie jaar gecontroleerd door het bevoegde gezag (zie artikel 2.4 Tabaks- en rookwarenregeling). Die controle gebeurt ook op NEN-ISO gestandaardiseerde wijze (NEN-ISO 8243), waarbij overigens het meest cruciale instrument, de rookmachine, eveneens NEN-ISO gestandaardiseerd (NEN-ISO 3308) is.

De rookmachine (NEN-ISO 3308)

65. Omdat deze rookmachine in elk van de vier ISO-standaards die hier in het geding zijn (voor de meting van zowel de drie afzonderlijke TNCO-stoffen als voor de controle van de metingen) wordt gebruikt is het relevant vast te stellen dat de machine uitdrukkelijk niet pretendeert het “beoogd gebruik”, dat wil zeggen menselijk inhaleren, te analyseren. Dit zegt de *Introduction* van de Standaard:

“No machine smoking regime can represent all human smoking behaviour:

— it is recommended that cigarettes also be tested under conditions of a different intensity of machine smoking than those specified in this International Standard;

— machine smoking testing is useful to characterize cigarette emissions for design and regulatory purposes, but communication of machine measurements to smokers can result in misunderstandings about differences in exposure and risk across brands;

— smoke emission data from machine measurements may be used as inputs for product hazard assessment, but *they are not intended to be nor are they valid as measures of human exposure or risks*. Communicating differences between products in machine measurements as differences in exposure or risk is a misuse of testing using ISO standards.” (bijlage 1, pag. v, cursivering toegevoegd)

De eerste volzin na het laatste liggende streepje zou als volgt vertaald kunnen worden:

“rookemissiegegevens van machinemetingen kunnen worden gebruikt als input voor beoordeling van productgevaren, maar ze zijn niet bedoeld en zijn ook niet valide als maatstaven voor blootstelling of risico's van mensen. Het hanteren van verschillen tussen producten bij machine-roken als verschillen in blootstelling of is misbruik van analyses op basis van ISO-standaards”

Met andere woorden: deze rookmachine doet geen uitspraken over de hoeveelheden TNCO waaraan de menselijke roker wordt blootgesteld en de resultaten van deze rookmachine kunnen wel voor “design and regulatory purposes” gebruikt worden maar niet voor het meten van menselijke blootstelling of risico's voor de mens. Hier wordt zichtbaar hoe de ISO-gestandaardiseerde rookmachine in de eerste plaats is ontworpen voor *design*-doeleinden en daarnaast ook voor *regulatory*-doeleinden, maar niet voor het meten van de gehalten bij “beoogd gebruik”.

66. De ISO 3308-machine wordt dus door de tabaksindustrie gebruikt bij het ontwerp van de sigaret. Het aanbrengen van ventilatiegaatjes is een belangrijk kenmerk van dat ontwerp. De machine geeft de tabaksfabrikant de mogelijkheid te experimenteren met type, plaatsing en aantal ventilatiegaatjes want met behulp van deze machine kan de fabrikant testen óf en wanneer bij een bepaald ontwerp van/voor de gaatjes de uitkomst van de rookmachinetest netjes onder de 10-1-10 norm blijft. Zoals in het voorgaande gezegd: ventilatiegaatjes zorgen voor een verdunning van de samenstelling van de door de machine geïnhaleerde rook en dus voor een al dan niet zware onderschatting van het gifgehalte van de door de mens geïnhaleerde rook. Met andere woorden: de door ISO in zijn ISO-standaarden gehanteerde rookmachine zorgt dat allerlei sigaretten van onderling totaal verschillend ontwerp en dus van een onderling belangrijk verschillend gif-verdunnings-vermogen allemaal glansrijk door de 10-1-10-test komen.
67. Wat er onder *regulatory purposes* zou kunnen vallen wordt in de standaard niet vermeld, maar de zinsnede waarin dit wordt genoemd gaat onmiddellijk daarna verder met “...but communication of machine measurements to smokers can result in misunderstandings about differences in exposure and risk across brands”. Die tekst roept op zich zelf al allerlei vragen op, maar bescherming van de consument is hier klaarblijkelijk niet aan de orde nu publicatie van de testgegevens alleen maar tot verwarring zou kunnen leiden. Dat zegt tenminste de partij die de ISO-methode heeft

ontwikkeld en vastgesteld en nog steeds middels onder meer CORESTA en de Nederlandse Normcommissie Tabak controleert.

68. Aanleiding voor de onderhavige zaak is de publicatie waarin het RIVM de uitkomsten van toepassing van deze testmethode vergelijkt met de uitkomsten van toepassing van de Canadese methode; die publicatie leidt in elk geval niet tot verwarring maar wel tot vragen over de bruikbaarheid van de ISO-rookmachine.
69. Het is overigens opvallend dat de ISO-standaard voor de rookmachine (ISO 3308) niet zelf in de Richtlijn wordt voorgeschreven en ook niet in de Nederlandse Tabaks- en Rookwarenwetgeving. Voor zover hier wel van "voorschrijven" sprake is gebeurt dat dus indirect en wel via de wél uitdrukkelijk voorgeschreven ISO-standaards. Dit benadrukt dus ook het secundaire karakter en belang van dit "voorschrift", zeker wanneer dat moet worden afgewogen tegen het belang en het gewicht van de grondrechten die hier in het geding zijn.

Controle van de metingen (NEN-ISO 8243)

70. Deze standaard gaat vooral over de wijze waarop monsters moeten worden geselecteerd uit bepaalde partijen teneinde tot een representatieve selectie van te testen sigaretten te komen. In Afdeling 1 van de regeling ("Scope") is aan het einde vermeld dat de selectie volgens deze standaard wordt gemaakt en dat er dan wordt "... smoked in accordance with the procedures specified in ISO 3308 [de rookmachine], ISO.... [etc]". In de dan volgende opsomming van ISO-standaards gaat het om de standaards voor de TNCO stoffen en voor water.

Teer (NEN-ISO 4387)

71. De Teer-standaard bestaat uit drie documenten: het in 2000 vastgestelde hoofddocument en twee documenten die elk een amendement bevatten; volgens de tekst van artikel 2.1, eerste lid van de Tabaks- en Rookwarenregeling bestaat deze standaard uit alleen het hoofddocument en het Amendement van 2008. Dit amendement breidt de bestaande *Introduction* op pag. v uit met de tekst die zoals uit het voorgaande blijkt ook in de rookmachine-standaard voorkomt:

"No machine smoking regime can represent all human smoking behaviour:

— it is recommended that cigarettes also be tested under conditions of a different intensity of machine smoking than those specified in this International Standard;

— machine smoking testing is useful to characterize cigarette emissions for design and regulatory purposes, but communication of machine measure-

ments to smokers can result in misunderstandings about differences in exposure and risk across brands;

— smoke emission data from machine measurements may be used as inputs for product hazard assessment, but *they are not intended to be nor are they valid as measures of human exposure or risks*. Communicating differences between products in machine measurements as differences in exposure or risk is a misuse of testing using ISO standards.” (bijlage 1, Amendement 1)

De in het voorgaande op dit punt bij de rookmachine-standaard getrokken conclusie geldt dus hier ook.

72. De *Introduction* in het hoofddocument bevat verder – naast de al genoemde referentie aan CORESTA – nog de volgende passage:

“This method is a machine method and allows cigarettes to be smoked using a strictly controlled set of parameters. Thus, it enables the NFDPM [afkorting van de stoffen die gezamenlijk meestal met “teer” worden aangeduid, adv.] and nicotine from cigarettes, when smoked by this procedure, to be compared and ranked on the basis of machine yield.” (bijlage 1, pag v)

Het gaat dus om het meten van “machine yield” dus om de ‘opbrengst’ van de machine en niet om een door de menselijke roker bij beoogd gebruik ontvangen hoeveelheid teer.

Nicotine (NEN-ISO 4387)

73. De nicotine-standaard pretendeert evenmin als de andere standaards een methode te zijn om emissieniveaus bij beoogd gebruik te bepalen. Ook deze standaard bevat de tekst die in het voorgaande ook bij de bespreking van de andere standaards is geciteerd:

“No machine smoking regime can represent all human smoking behaviour:

— it is recommended that cigarettes also be tested under conditions of a different intensity of machine smoking than those specified in this International Standard;

— machine smoking testing is useful to characterize cigarette emissions for design and regulatory purposes, but communication of machine measurements to smokers can result in misunderstandings about differences in exposure and risk across brands;

— smoke emission data from machine measurements may be used as inputs for product hazard assessment, but *they are not intended to be nor are they valid as measures of human exposure or risks*. Communicating differences between products in machine measurements as differences in exposure or risk is a misuse of testing using ISO standards.” (bijlage 1, pag. v)

De in het voorgaande op dit punt bij de rookmachine-standaard getrokken conclusie geldt dus hier ook.

74. Afdeling 10 van deze Standaard bevat een aanduiding van wat er in het Testrapport dient te staan:

“The test report shall state the yield of nicotine *per cigarette smoked* and the method used and shall include all conditions which may affect the result (e.g. atmospheric test conditions during smoking). It shall also give all details necessary for the identification of *the cigarettes smoked*.” (bijlage 1, pag. 5, cursivering toegevoegd)

De hier gebruikte tekst is onjuist en in elk geval misleidend. Immers, elders in deze standaard wordt met recht over “machine smoking” gesproken en niet over “roken” zonder meer. Ook het test-rapport zal uitsluitend over de opbrengst van machine-roken kunnen gaan en zeker niet over de emissie van nicotine bij beoogd gebruik.

Koolmonoxyde (NEN-ISO 4387)

75. Ook deze standaard is bij amendement uitgebreid met de in het voorgaande steeds aangehaalde tekst:

“No machine smoking regime can represent all human smoking behaviour:

— it is recommended that cigarettes also be tested under conditions of a different intensity of machine smoking than those specified in this International Standard;

— machine smoking testing is useful to characterize cigarette emissions for design and regulatory purposes, but communication of machine measurements to smokers can result in misunderstandings about differences in exposure and risk across brands;

— smoke emission data from machine measurements may be used as inputs for product hazard assessment, but *they are not intended to be nor are they valid as measures of human exposure or risks*. Communicating differences between products in machine measurements as differences in exposure or risk is a misuse of testing using ISO standards.” (bijlage 1, pag. v)

De in het voorgaande op dit punt bij de rookmachine-standaard getrokken conclusie geldt dus hier ook.

76. Ook voor deze standaard geldt dat deze niet pretendeert beoogd gebruik te meten en dat ook daadwerkelijk niet doet. Alleen over het resultaat van machine-roken volgens NEN-ISO 3308 volgt op basis van de hier gestandaardiseerde meetmethode iets te zeggen.

Het RIVM rapport nader beschouwd

77. Als één ding uit het RIVM rapport van 12 juni 2018 duidelijk wordt is het wel dat analyse met behulp van de ISO-methode, inclusief de bijbehorende ISO-rookmachine, voor het beantwoorden van de vraag of een bepaalde sigaret voldoet aan de voor beoogd gebruik wettelijk geldende maximale emissies geen valide uitkomst kan opleveren (zie bijlage 2).
78. Met name de twee tabellen in het rapport tonen dat de 100 door RIVM geanalyseerde sigarettenmerken/-types bij het gebruiken van de ISO-methode netjes beneden de 10-1-10 norm blijven (zie **bijlage 6**). Als de sigaretten met behulp van de Canadese methode (CI) worden geanalyseerd – een methode die volgens het RIVM de realiteit van het beoogde gebruik het beste benadert, want de zgn. Ventilatiegaatjes afplakt - blijkt dat 100 verschillende merken/-types 100 onderling verschillende waarden opleveren, waarbij vrijwel alle vastgestelde waarden boven de wettelijke 10-1-10 maxima liggen, in de meeste gevallen v er daarboven. Deze verschillen worden vooral veroorzaakt door het ontwerp van de sigaret in het bijzonder door het aantal, het soort en de situering van de ventilatiegaatjes. Aldus stelt de ISO-rookmachine de tabaksindustrie in staat om door het ontwerp van de sigaret te veranderen het gehalte aan nicotine naar believen te verhogen en te zorgen dat die verhoging niet wordt gemeten doordat de ventilatiegaatjes de door deze rookmachine “ge inhaleerde” rook zodanig verdunnen dat in die rook de gehaltenes “aan de norm voldoen”. Vast staat dat een belangrijk deel van die beoogde verdunning zich niet voordoet bij beoogd gebruik, omdat dat met afdichting van de ventilatiegaatjes gepaard gaat. Op haar website zei het RIVM het in een publicatie die aan het gereedkomen van het rapport van 12 juni 2018 voorafging als volgt:

“De metingen met de ISO methode geven echter geen accuraat beeld van de hoeveelheid TNCO die rokers daadwerkelijk binnen krijgen. Dit komt onder andere doordat bij de ISO methode de ventilatiegaatjes niet worden afgedekt, terwijl rokers deze gaatjes wel (gedeeltelijk) dicht houden met hun

vingers of lippen. *De gemeten TNCO gehalten zijn daardoor lager dan de gehalten die rokers binnen krijgen.*²⁶ (cursivering toegevoegd)

Het is duidelijk dat deze vaststellingen met het latere rapport van het RIVM werden bevestigd.

79. Zoals gezegd is de reputatie van het RIVM en in het bijzonder de kwaliteit van het door dit instituut verrichte onderzoekswerk onbetwist van uitstekende kwaliteit. Het RIVM is niet alleen een voor het doen van dit soort analyses gecertificeerde overheidsinstelling, maar ook de instelling die nu juist al jarenlang de wettelijk voorgeschreven controlemetingen uitvoert waarbij steeds de ISO-methode wordt gehanteerd.
80. RIVM werkt onafhankelijk van het bevoegd gezag en heeft geen relatie met verzoekers, hoewel verzoekers de bevindingen van het RIVM van 12 juni 2018 aan dit handhavingsverzoek ten grondslag leggen en als tegenbewijs gebruiken. Gezien de positie van RIVM achten verzoekers zich ontslagen van de verplichting zelf nog nadere analyses te doen verrichten.

Het door de NVWA tot nu toe ingenomen standpunt

81. Bij de bekendmaking door het RIVM van het eigen rapport reageerde de NVWA per twitter aldus:

NVWA (@_NVWA)

[13-06-18 10:24](#)

[@henkhilberts](#) [@Wdekanter](#) [@albertheijn](#) [@Consumentenbond](#) [@MinVWS](#) We handhaven op de in EU (en NL) voorgeschreven meetmethode (ISO). Zie voor meer informatie het nieuwsbericht en de Kamerbrief van het ministerie van VWS: [rijksoverheid.nl/actueel/nieuws...](https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws...)

en een paar uur later:

NVWA (@_NVWA) heeft getweet om 2:48 p.m. on wo, jun. 13, 2018:
De sigaret veroorzaakt al (dodelijke) slachtoffers. Een verbod is niet aan de NVWA, daarover gaat de politiek. Wij zien toe op de naleving van bestaan-

²⁶ https://www.rivm.nl/Onderwerpen/T/Tabak/Filterventilatie/Meetmethoden_voor_TNCO

de wet- en regelgeving.

(https://twitter.com/_NVWA/status/1006880935080611841?s=03)

De twee tweets tezamen laten zien dat de NVWA enerzijds stelt toe te zien “op de naleving van bestaande wet- en regelgeving” en anderzijds zegt te handhaven “op de in EU (en NL) voorgeschreven meetmethode”. Het is duidelijk dat deze opvatting niet correct kán zijn want de op gezondheidsbescherming behorende normering buiten beschouwing lijkt te (willen) laten.

82. Immers, NVWA handhaaft aldus ten onrechte zonder te analyseren wat een roker bij beoogd gebruik aan TNCO binnenkrijgt. Dit, terwijl het RIVM heeft geconcludeerd dat de NEN-ISO methode geen accuraat beeld oplevert van wat de roker binnenkrijgt, maar daarvan steeds een duidelijke onderschatting oplevert. De mate en de ernst van die onderschatting kan dan bovendien nog per merk/type sigaret verschillen (zie de in het voorgaande besproken tabellen). Aldus is duidelijk dat de 10-1-10-norm door deze te verifiëren met de ISO-methode tot een dode letter wordt gemaakt. Verzoekers menen dat het de NVWA niet vrijstaat voorrang te geven aan een technisch voorschrift boven een gezondheidsbeschermende norm. Dit geldt al helemaal wanneer vanuit de voor ons onderwerp meest gezaghebbende, wetenschappelijke kant (RIVM) is vastgesteld dat het meetvoorschrift geen valide uitkomst oplevert voor de vraag hoeveel gif de burger binnenkrijgt; een conclusie die de twee achtereenvolgende Staatssecretarissen van VWS niet alleen hebben overgenomen maar ook namens Nederland aan de Europese Commissie hebben overgebracht.

De ultieme schending van Artikel 5.3 FCTC

83. Er is nog een geheel andere manier om naar deze zaak te kijken en verzoekers menen dat dit tot nu toe ten onrechte niet is gebeurd. Overweging (7) uit de Preambule van Richtlijn 2014/40/EU bepaalt onder meer:

“Wetgevend optreden op het niveau van de Unie is ook nodig voor de uitvoering van het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging (WHO Framework Convention on Tobacco Control — FCTC) van mei 2003, waarvan de bepalingen bindend zijn voor de Unie en haar lidstaten.” (zie ook de overwegingen (15), (24) en (29) van de preambule)

84. Inderdaad heeft Europa in deze richtlijn op enkele onderdelen de daad bij het woord gevoegd, maar dat geldt – ten onrechte - niet voor het onderwerp van dit handhavingsverzoek. Wel wordt in artikel 1 onder meer het volgende bepaald:

“Deze richtlijn beoogt de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende:

a) de ingrediënten en de emissies van tabaksproducten en de daarmee verband houdende rapportageverplichtingen, inclusief de maximumemissieniveaus voor teer, nicotine en koolmonoxide van sigaretten;

(...)

teneinde de interne markt voor tabak en aanverwante producten beter te doen functioneren, waarbij wordt uitgegaan van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, met name voor jongeren, *en teneinde te voldoen aan de verplichtingen van de Unie die voortvloeien uit het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging (WHO Framework Convention for Tobacco Control — FCTC)*. (cursivering toegevoegd)

85. Een van de cruciale bepalingen van de FCTC is gericht op het, kort gezegd, buiten de deur houden van de tabakslobby bij beleidsvorming en vastlegging van beleid. In de Preambule van de FCTC overwegen de Partijen:

“*Recognizing* the need to be alert to any efforts by the tobacco industry to undermine or subvert tobacco control efforts and the need to be informed of activities of the tobacco industry that have a negative impact on tobacco control efforts,”

en vervolgens verbonden zij zich in artikel 5.3 van het Verdrag als volgt:

“In setting and implementing their public health policies with respect to tobacco control, Parties shall act to protect these policies from commercial and other vested interests of the tobacco industry in accordance with national law.”

86. De verdragsluitende partijen stellen periodiek per artikel – bij consensus – zogenaamde *Guidelines* vast die partijen behulpzaam zijn bij het uitvoeren van de verdragsverplichtingen. In de bij artikel 5.3 behorende *Guidelines* wordt nog eens met zoveel woorden benadrukt:

“The measures recommended in these guidelines aim at protecting against interference not only by the tobacco industry but also, as appropriate, by organizations and individuals that work to further the interests of the tobacco industry.”

Kortom, de hele tabakslobby is onderwerp van het “buiten de deur houden” van artikel 5.3.

87. De *Guidelines* bestaan uit *Guiding Principles* en bijbehorende *Recommendations*. De *Guiding Principles* zijn door partijen overeengekomen grondbeginselen die als interpretatie en leidraad dienen bij het vormgeven van de in artikel 5.3 neergelegde norm. Het eerste “Principle” is voor onze zaak rechtstreeks relevant:

“Principle 1: There is a fundamental and irreconcilable conflict between the tobacco industry’s interests and public health policy interests. The tobacco industry produces and promotes a product that has been proven scientifically to be addictive, to cause disease and death and to give rise to a variety of social ills, including increased poverty. Therefore, Parties should protect the formulation and implementation of public health policies for tobacco control from the tobacco industry to the greatest extent possible;”

88. De FCTC is sinds 2003 bindend, zowel voor de EU als voor Nederland. Dit betekent dat de EU, de EU lidstaten en dus ook Nederland de tabaksindustrie de tabakslobby bij de totstandkoming van de huidige Richtlijn buiten de deur hadden behoren te houden. Dat is niet gebeurd. Integendeel, de richtlijn bevat een meetvoorschrift dat nota bene in oorsprong door/vanwege de tabaksindustrie is geschreven (te weten door CORESTA, zie ook in het voorgaande onder “De NEN-ISO normering). Dat Meetvoorschrift is onder de hoede van de tabaksindustrie verder ontwikkeld waarbij de Nederlandse Normcommissie Tabak een “bepalende invloed” heeft gehad. De aldus door de tabaksindustrie geredigeerde meetvoorschriften (te weten de door CORESTA ontwikkelde ISO-standaards) zijn niet alleen in de EU Richtlijn integraal overgenomen, maar zijn ook door de Nederlandse wetgever tot wet gemaakt.
89. Allemaal dus in flagrante strijd met de op de EU en op Nederland rustende verplichtingen uit artikel 5.3. Niet alleen is het meetvoorschrift aldus een schoolvoorbeeld geworden van schending van artikel 5.3 FCTC, maar bovendien is het meetvoorschrift blijkens de onderhavige zaak meteen ook het schoolvoorbeeld voor het aantonen van de noodzaak de tabaksindustrie buiten de deur te houden. Immers, het meetvoorschrift is het vehikel voor de sjoemelsigaret geworden, want geeft de tabaksindustrie de vrije hand bij het verhogen tot ver boven de wettelijke norm van het teergehalte (kankerverwekkend), het nicotinegehalte (verslavend) en het koolmonoxidegehalte (onder meer hart- en herseninfarcten). Dit meetvoorschrift is derhalve op onrechtmatige wijze tot stand gekomen.
90. Los van al het overige wat in dit verzoek wordt betoogd, maakt deze onrechtmatige wijze van totstandkoming van uitgerekend dit meetvoorschrift dat het niet te verde-

digen zou zijn als de NVWA dit meetvoorschrift de doorslag zou willen laten geven bij de beoordeling van dit handhavingsverzoek.

91. Overigens moet in dit verband nog even worden stilgestaan bij wat in onderdeel 11 van de preambule wordt overwogen:

“Voor het meten van het teer-, nicotine- en koolmonoxidegehalte van sigaretten (hierna „emissieniveaus” genoemd) dient te worden verwezen naar de desbetreffende, internationaal erkende ISO-normen. *Het verificatieproces dient tegen beïnvloeding door de tabaksindustrie te worden beschermd door gebruikmaking van onafhankelijke laboratoria, met inbegrip van overheidslaboratoria. (...)*” (cursivering toegevoegd)

92. Op zichzelf voelt deze overweging enigszins als het paard achter de wagen spannen, immers, de tabaksindustrie heeft het verificatieproces middels de ISO-standaards zelf ontworpen dus die bescherming heeft achteraf niet zoveel zin meer. Dat is temeer duidelijk nu de ISO-standaards onder meer voor “design-purposes” zijn ontworpen en dus uitdrukkelijk niet verbieden dat de tabaksindustrie naar believen met het ontwerp van de sigaret kunnen variëren zodat op effectieve wijze de 10-1-10 normering wordt ontweken (beter: substantieel geschonden) terwijl de rookmachine er keurig voor zorgt dat er een “meetresultaat” uitkomt dat net onder de 10-1-10 norm ligt.
93. De NVWA dient de ogen op de bal te houden en de grondrechten van de burger effectief te beschermen indachtig haar door de NVWA zelf geformuleerde opdracht:

“De NVWA beschermt consumenten tegen producten die letsel en ernstige gezondheidsschade kunnen veroorzaken” (NVWA Jaarplan 2012, pagina 40)

Afsluitende overwegingen

94. Bij de bekendmaking van het RIVM-rapport liet de ter zake verantwoordelijke Staatssecretaris Blokhuis van VWS onder de kop “Zonder gesjoemel meten in Europa” onder meer het navolgende weten:

“We gingen er natuurlijk al vanuit dat de resultaten slecht zouden zijn. Daarom heeft mijn ambtsvoorganger dit onderzoek ook gevraagd in 2017. Maar eerlijk gezegd ben ik alsnog van deze harde feiten geschrokken. Dat rokers eigenlijk bij alle sigaretten veel meer gif binnen krijgen dan ze wordt

voorgehouden - van 2 tot 26 keer meer - is zeer zorgelijk. Ik ben al in gesprek met Europese collega's en de Eurocommissaris om sigaretten zonder gesjoemel te meten. Da's een proces van lange adem maar ik ga er vol mee door."²⁷

95. Zijn voorganger, Staatssecretaris Van Rijn, was de opdrachtgever van het RIVM-onderzoek. Hij gaf die opdracht toen de discussie over de sjoemelsigaret actief werd gevoerd in de media. Mede naar aanleiding daarvan wendde Van Rijn zich ook tot de Europese Commissie en zei onder meer:

“I know that the directive will be evaluated in the future. However, knowing that there is a shortcoming and that it enhances the harm done to smokers, I call upon you to take action now.”²⁸

96. Het antwoord van de Eurocommissaris d.d. 15 november 2017 is ronduit onbevredigend en verwijst eenvoudigweg naar de komende evaluatie van 2021 (**bijlage 7**).
97. Met voormalig Staatssecretaris Van Rijn en zijn opvolger Blokhuis menen verzoekers dat niet gewacht kan worden op de evaluatie van 2021 en verzoeken zij om ingrijpen nú. Zoals uit dit verzoekschrift blijkt gaat het hier om zeer ernstige en voortdurende overschrijdingen van de maximale gifnormen die de wetgever uit gezondheidsoverwegingen heeft gesteld. De huidige Staatssecretaris zegt:

“Dat rokers eigenlijk bij alle sigaretten veel meer gif binnen krijgen dan ze wordt voorgehouden - van 2 tot 26 keer meer - is zeer zorgelijk.” (zie citaat hierboven)

Die boodschap moet consequenties hebben. Wachten op de evaluatie van 2021 betekent dus gedogen, maar voor gedogen is gezien de ernst van de overtredingen geen ruimte nog los van het feit dat er geen zicht op legalisatie van die overtredingen is zodat voor gedogen hoe dan ook geen plaats is.

98. Vasthouden aan het exclusief toepassen van de ISO methode levert, gegeven hetgeen inmiddels over de grove tekortkomingen daarvan bekend is, geen valide analyse van de met het oog op de volksgezondheid wettelijk vastgelegde maximale emissieniveaus bij beoogd gebruik op. De juistheid van deze vaststelling is – middels tegenbewijs – door het RIVM overtuigend geleverd. De huidige Staatssecretaris –

²⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/06/12/blokhuis-harde-feiten-gif-in-sigaretten-zeer-zorgelijk>

²⁸ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2017/10/20/brief-van-rijn-over-sjoemelsigaret-engelstalig>

dus: Nederland – heeft de conclusies van het RIVM zonder voorbehoud overgenomen en verlangt “action now”. Het in het kader van de handhaving niet-toelaten van dit tegenbewijs zou een ernstige inbreuk op het recht op een *fair trial* opleveren voor alle verzoekers, een grondrecht dat ook in de in het voorgaande aangehaalde Verdragen is vastgelegd. Ook om die reden kan effectieve handhaving nu niet (meer) achterwege blijven, want de onjuistheid van het uitsluitend vasthouden aan de voor het doel niet-effectieve ISO methode is met dit tegenbewijs buiten twijfel vastgesteld.

Conclusie

99. Verzoekers menen dat de NVWA als het bevoegde gezag en aldus de vertegenwoordiger van de Staat der Nederlanden zonder meer gehouden is tot handhaving van de TNCO-norm van artikel 3 van de Richtlijn die rechtstreeks geïmplementeerd is in Artikel 2.1 van het Tabaks- en Rookwarenbesluit, eerste lid. De in de Richtlijn en de Nederlandse wetgeving neergelegde meetvoorschriften staan daaraan niet in de weg nu toepassing van die voorschriften – het is door het RIVM afdoende aangetoond – slechts uitsluitel geven over machine-roken maar in het geheel niet over wat de mens binnenkrijgt bij roken volgens het beoogde gebruik.
100. De op het bevoegd gezag rustende verplichting tot handhaven is hier gewoon en integraal van toepassing. Volgens vaste rechtspraak van de bestuursrechter geldt:

“Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.”²⁹
101. Het aan verzoekers tegenwerpen van een meetverplichting die niet is ingericht voor het meten van de effecten van het beoogde gebruik, met het oog op welk gebruik de wetgever de maximale emissieniveaus heeft gegeven, komt neer op een weigering tot handhaving en zou ook overigens onzorgvuldig, willekeurig en onrechtmatig jegens verzoekers zijn. De NVWA is op dit punt het bevoegde gezag en de gehoudenheid

²⁹ de in de rechtspraak van de Raad van State op deze regel aangebrachte nuancering is hier niet aan de orde

tot handhaving rust dan ook op de NVWA. Bewijsnood of andere nood kan er voor de NVWA niet bestaan nu met de rapportage van het RIVM d.d. 12 juni 2018 vast staat dat "... de voorgeschreven ISO methode een onderschatting geeft van de hoeveelheden TNCO die een roker binnenkrijgt"³⁰ en het RIVM met de keuze voor een andere - internationaal gerespecteerde - methode wel tot verantwoorde conclusies omtrent de emissieniveaus bij beoogd gebruik is gekomen. Verzoekers gaan er van uit dat de NVWA niet zal twijfelen aan de juistheid van de bevindingen van het RIVM zoals neergelegd in het rapport van 12 juni 2018; in de eerste plaats niet omdat VWS de conclusies van het RIVM deelt, en al helemaal niet omdat het RIVM het niet heeft over marginale kwesties maar, integendeel, over een zeer substantiële onderschatting van de hoeveelheid gif die de roker bij beoogd gebruik binnenkrijgt wanneer uitsluitend met de ISO-methode wordt gemeten.

Subsidiar – Onverbindend verklaring en/of Prejudiciële vragen

102. Mocht de NVWA niet tot de hier gevraagde handhaving overgaan dan zal de zaak door de ter zake bevoegde rechter moeten worden behandeld.
103. Mocht het zover komen dan zullen verzoekers de rechter vragen het dan ter zake door de NVWA genomen afwijzende besluit te vernietigen, onder meer omdat het onzorgvuldig is genomen en het op willekeur berust en omdat het strijdig is met de verplichtingen die op de overheid rusten, waarbij het onder meer gaat om
 - het hoogwaardige niveau van bescherming van de gezondheid dat de in deze zaak behandelde Richtlijn beoogt te garanderen, in het bijzonder middels het bepaalde in artikel 3 van de Richtlijn en de daarop gebaseerde Nederlandse wetgeving;
 - de zorgplicht die bij het beschermen van de gezondheid krachtens het bepaalde in artikel 22 van de Grondwet;
 - de bescherming van de gezondheid die de overheid dient te bieden krachtens het Europees Handvest en de hier behandelde bepalingen uit de relevante mensenrechtenverdragen inclusief het Verdrag tot bescherming van de rechten van het kind.
104. Voor het geval de rechter van oordeel zou zijn dat het in de Richtlijn in artikel 4 opgenomen meetvoorschrift, inclusief de overzetting daarvan in de Nederlandse wetgeving, aan daadwerkelijke handhaving van de wettelijke 10-1-10-maxima van emissie van TNCO niet in de weg zou staan, zullen verzoekers de rechter om onverbindend-

³⁰ Zie de openingsparagraaf van dit Verzoek

verklaring van die meetvoorschriften vragen, omdat die dan daadwerkelijke bescherming van de gezondheid van verzoekers frustreren hetgeen evenzeer in strijd is met de hiervoor genoemde verplichtingen.

105. Indien het in het vorige punt bedoelde oordeel door de rechter zou worden gegeven impliceert dat dat de rechter van oordeel zou zijn dat tegenbewijs ter zake op grond van artikel 4 van de Richtlijn, inclusief de overzetting daarvan in de Nederlandse wetgeving, niet zou zijn toegelaten hetgeen naast een schending van de hiervoor genoemde verplichtingen bovendien een schending van het grondrecht op een eerlijk proces zou opleveren, wat een zelfstandige reden voor onverbindend verklaring van het meetvoorschrift oplevert.
106. Indien de rechter – onverhoopt (bijvoorbeeld omdat de rechter die onverbindend-verklaring wel zou willen uitspreken, maar meent dat het Europese Unierecht daaraan in de weg staat) - niet met verzoekers in deze benadering mee zou gaan, dan zal die rechter ook niet zomaar de visie van de NVWA mogen volgen. In dat geval zal de rechter het probleem van de discrepantie tussen enerzijds de bescherming die de Richtlijn beoogt te bieden (artikel 3) en anderzijds het meetvoorschrift (artikel 4) dat voor het beoogd gebruik geen valide uitkomsten kan produceren aan Het Hof van Justitie van de EU dienen voor te leggen. De rechter zal dan gebruik moeten maken van de bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof van Justitie) als bedoeld in artikel 19, derde lid, aanhef en onder b, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). In dat geval zal de rechter het Hof van Justitie van de EU ook moeten vragen deze kwestie gezien de gezondheidsbelangen die in het geding zijn met voorrang te behandelen.

VERZOEK


Verzoekers vragen de NVWA om gelet op het spoedeisend karakter van deze zaak binnen vier weken na verzending van dit verzoek te beginnen met effectief handhavend op te treden, inclusief zo nodig het toepassen van bestuursdwang, onder meer door

- te bewerkstelligen dat de in Nederland via de gebruikelijke verkoopkanalen aan de consument te koop aangeboden sigaretten steeds feitelijk en daadwerkelijk voldoen aan de wettelijk voorgeschreven maximale TNCO-emissieniveaus (10 mg voor teer, 1 mg voor nicotine en 10 mg voor koolmonoxide), waarbij gelet op al het voorgaande de bestaande of nieuw te produceren RIVM-bevindingen aan de handhaving ten grondslag gelegd moeten worden dan wel een vergelijkbare controlemeting van de emissieniveaus bij beoogd gebruik zal moeten plaatsvinden met gebruikmaking van een methode waarvan in wetenschappelijke kring breed wordt aangenomen dat deze “het beoogd gebruik” het best benaderd;
- bij constatering dat sprake is van schending van de hier bedoelde TNCO-waarden ter zake daadwerkelijk en effectief bestuursdwang uit te oefenen, inclusief zo nodig het (doen) verwijderen van de aldus niet-goed-gekeurde (partijen) sigaretten uit de schappen van de aanbieders en/of het aanzeggen van dwangsommen aan deze aanbieders;
- alles te doen wat overigens nodig is teneinde verzoekers te garanderen dat de hier bedoelde wettelijke, maximale emissieniveaus van giftige stoffen die de burger bij beoogd gebruik inhaleert niet zullen worden overschreden;
- althans alles te doen wat nodig is om aan de in deze zaak uiteengezette problematiek, met de bijbehorende praktijk van de stelselmatige overschrijding van de hier bedoelde TNCO-emissieniveaus een einde te maken.

Wij zijn steeds bereid dit handhavingsverzoek mondeling aan u toe te lichten. Wij danken u voor de aan dit verzoek te besteden aandacht en herhalen ons verzoek om een besluit binnen vier weken gelet op de ernst van de hier aan de orde zijnde overschrijdingen.



Bénédicte Ficq
Advocaat te Amsterdam
(Ficq & Partners)



Phon van den Biesen
Advocaat te Amsterdam
(Van den Biesen Kloostra Advocaten)

Voor correspondentie en overleg graag contact opnemen met
Phon van den Biesen - phonvandenbiesen@vdbkadvocaten.eu
Herengracht 168, 1016 BP Amsterdam
06 52 06 12 66