

Rechtbank Rotterdam
ROT 19 / 1249 BC RO02
Zitting d.d. 11 november 2019
09.30 uur

Pleitnotities mr. A.H.J. van den Biesen

inzake Stichting Rookpreventie Jeugd c.s./VWS

1. “Voor de volksgezondheid zijn de betrouwbaarheid en vergelijkbaarheid van analyseresultaten van groot belang voor de wet- en regelgeving, handhaving en het bedrijfsleven.” Dat zegt de Normcommissie Tabak van de NEN.¹ De NEN, dat is in ons geval de tabaksindustrie; moet die ons recht op gezondheid beschermen? Zorgt die voor de betrouwbaarheid van analyseresultaten? Het RIVM heeft keihard aangetoond dat de NEN-ISO-meetvoorschriften van artikel 4 van de Tabaksproductenrichtlijn die bescherming nu juist helemaal niet geven.
2. Verweerder verwijst naar rechtspraak om de aanvaardbaarheid van “NEN-wetgeving” te ondersteunen; maar daar werd eerst uitdrukkelijk de integriteit van de totstandkoming van die normen vastgesteld, voordat het opnemen in de wet geoorloofd was. Die integriteit is hier totaal afwezig: feitelijk, omdat de tabaksindustrie zelf die controlenormen opstelde en juridisch, vanwege de ultieme schending van art 5.3 FCTC.
3. Als sigaretten écht voldoen aan de wettelijke emissie-maxima, dan scheelt dat volgens de toxicoloog prof. Martin van den Berg,² op termijn *duizenden* longkankerdoden per jaar terwijl nieuwe rokers wat minder snel verslaafd raken.
4. In onze, heftige, zaak zou je verwachten dat de sfeer op het vijandige af zou zijn. Maar dat is niet zo, wat komt omdat partijen het over de feiten en de waardering daarvan eens zijn. Het gezag van het RIVM is onbetwist, de juistheid van de analyse van het RIVM is buiten twijfel. En ook de tabaksindustrie zegt niet dat het RIVM er naast zit.
5. Het RIVM meldde in 2017 dat de gemiddelde roker bij de bij wet voorgeschreven meetmethode (bepaalde rookmachine, bepaald rookregime) substantieel meer schadelijke stoffen inhaleert dan wettelijk mogelijk is; staatssecretaris Van Rijn sloeg meteen alarm bij de Europese Commissie: “I call upon you to take action now”.³ Maar de Commissaris vond dat niet nodig: dat komt wel bij de evaluatie van de Richtlijn, in

¹ Commissieplan 2019, 370 126 ‘Tabak en tabaksproducten’, <https://www.nen.nl/Home-EN/Tabak-en-tabaksproducten.htm> zie 1.3.1

² Bijlage 11 bij brief van 31 oktober 2019

³ Bijlage 3 bij handhavingsverzoek d.d. 31 juli 2018

2021 en maakte dus geen gebruik van zijn bevoegdheid “gedelegeerde handelingen” vast te stellen.⁴

6. In 2018 kwam het RIVM met haar uitgebreide onderzoek van 100 sigaretten, gemeten met de wettelijke én de *Canadian Intense* methode die volgens alle deskundigen de gemiddelde roker het best imiteert.⁵ Staatssecretaris Blokhuis sprak van “alarming results” en vroeg de Commissie om “extra stappen”, vooruitlopend op de evaluatie van 2021.⁶ Ook dat leidde niet tot optreden van de Commissie.
7. Partijen zitten dus op één lijn: het gaat om een levensgevaarlijk product waaraan, bij gebruik zoals bedoeld, drie kwart van de gebruikers zal overlijden. Alleen over de werking van het relevante recht verschillen partijen van mening.

Al beslist?

8. Verweerder stelt dat onze zaak in wezen al is beslist omdat het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat van een strafbaar feit geen sprake is; onze zaak is daar niet beslist nu in die strafzaak de focus op valsheid in geschrifte van de tabaksindustrie lag en daarbij de in onze zaak gevolgde benadering niet is gevolgd.

“Geen rangorde”

9. Verweerder zegt: “er is geen rangorde tussen artikel 3 en 4 van de Richtlijn”⁷ en zegt volledig aan die ene meetmethode (artikel 4) gebonden te zijn. Maar is dat wel zo, die “rangorde”? Qua *vorm* vermoedelijk wel, maar qua *inhoud* zijn die twee bepalingen onvergelijkbaar!
10. Artikel 3
 - bevat – voor *beoogd gebruik* van sigaretten – de concretisering van de grondrechtelijke verplichting van de overheid de gezondheid van de burger te beschermen, de maximale emissiewaarden;

⁴ Bijlage 7 bij handhavingsverzoek

⁵ RIVM, 12 juni 2018, ‘RIVM meet veel hogere waarden van teer, nicotine en koolmonoxide in sigaretten’, <https://www.rivm.nl/nieuws/rivm-meet-veel-hogere-waarden-van-teer-nicotine-en-koolmonoxide-in-sigaretten>. Handhavingsverzoek onder punt 4-5, pagina 6-7, en bijlage 2 bij handhavingsverzoek; beroepschrift d.d. 13 maart 2019 onder punt 2-4, pagina 2-4, en bijlage 2 en 3 bij het beroepschrift.

⁶ Bijlage 4 bij het handhavingsverzoek

⁷ Verweerschrift d.d. 29 oktober 2019, pagina 4 en 5

- is daarmee de *waarborg* uit artikel 35 EU-Handvest⁸ en de *garantie* van de Richtlijn-Preambule;⁹
- is resultaat van achtereenvolgende verlagingen¹⁰ en *kán* gewijzigd, maar alleen omlaag;¹¹
- juridisch zwaargewicht.

11. Artikel 4

- is slechts een technisch voorschrift, uitdrukkelijk niet bedoeld om het “beoogd gebruik” te meten¹² en dat dan ook absoluut niet doet; bovendien is deze meetmethode door de tabaksindustrie ontwikkeld en opgeschreven én levert een dramatische verslechtering van het *gegarandeerde* beschermingsniveau;¹³
- kan gegeven *waarborgen* en *garanties* niet ongedaan maken;
- de Richtlijn staat nergens verhoging toe, wél verlaging;¹⁴
- juridisch lichtgewicht.

12. Het Europees Economisch en Sociaal Comité schrijft:

⁸ Artikel 35 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:

“Eenieder heeft recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging onder de door de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. Bij de bepaling en de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie wordt een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekerd.”

⁹ Preambule, overweging (59) Tabaksproductenrichtlijn:

“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.”

¹⁰ Voor het teergehalte gold een maximum van 15 mg per sigaret met ingang van 31 december 1992, en een maximum van 12 mg met ingang van 31 december 1997. Daarbij werd uitgegaan van “een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid door vermindering van het schadelijke effect van teer op de menselijke gezondheid” (artikelen 1 en 2, Richtlijn 90/239/EEG)

¹¹ Artikel 3 lid 2 Tabaksproductenrichtlijn:

“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.”

¹² Zie de introductie van ISO 3308, pagina v (bijlage 1 bij het handhavingsverzoek), en ook de uitspraak van de woordvoerder van Philip Morris in Dagblad *Trouw*, 31 juli 2018, <https://www.trouw.nl/nieuws/patienten-en-medici-eisen-verbod-op-sjoemelsigaret~bb9df11cd/> (opgenomen in bezwaarschrift onder punt 16, pagina 7 en ‘Nadere uitwerking van het onderdeel “De ISO-Standaards van het beroepschrift d.d. 13 maart 2019” d.d. 21 oktober 2019 (Onderdeel A) punt 13, pagina 6-7.

¹³ Zie hierover: ‘Nadere uitwerking van het onderdeel “De ISO-Standaards van het beroepschrift d.d. 13 maart 2019” d.d. 21 oktober 2019 (Onderdeel A).

¹⁴ Artikel 3 lid 2 Richtlijn.

“Het EESC kan zich volledig vinden in het uitgangspunt van de Europese Commissie dat het recht op gezondheid veel zwaarder moet wegen dan welke economische overweging ook.”¹⁵

en

“De burgers van Europa kunnen immers rechtmatig verlangen dat de Europese Unie een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid waarborgt, zoals gesteld in artikel 35 van het Handvest van de grondrechten.”¹⁶

13. Dat betekent dus geen voorrang voor het technisch voorschrift boven de *gegarandeerde* absolute maxima; schending van die maxima is schending van een aantal grondrechten van de burger... “de” burger? Duizenden burgers per jaar, die ten gevolge van de niet-valide meetmethode (veel) te vroeg zijn dood gegaan én zullen gaan. Dít situatie beëindigen is een overheidsplicht die niet even kan wachten op een voor 2021 voorgenomen evaluatie met nu nog volledig ongewis verloop.
14. Naar verluidt vindt de Europese Commissie dat veranderen niet kán omdat een aantal lid-staten het huidige systeem willen houden en ook omdat de Europese Commissie niet “overtuigd” is. Kunnen individuele lidstaten dan tegenhouden dat Europa en individuele lidstaten zich aan de eigen wetgeving gaan houden en gegarandeerde grondrechten effectief beschermen? En, is het wachten op “overtuiging” nu juist niet het tegendeel van het voorzorgsbeginsel dat leidend is bij het stoppen van bedreiging van gezondheid/leven?
15. In feite is de technische oplossing van de niet-valide meetmethode eenvoudig: TobLabNet SOP1¹⁷: de ISO-rookmachine 3308, plus een plakbandje om de filter en een intensiever rookregime (CI), daarmee heeft het RIVM destijds ook gemeten. Was het hier uitsluitend Nederlandse wetgeving dan hadden de NEN-bepalingen uit de wet gewoon onverbindend verklaard kunnen worden, op grond van strijd met de grondrechten, of op basis van overwegingen uit het Dyson-arrest (hierna), of omdat een verkapte substantiële verhoging van de maximale emissiewaarden niet de bedoeling was, of omdat deze ISO standaards ondeugdelijk zijn, enz. Maar hier zit de Europese Richtlijn ons 100 % in de weg.

¹⁵ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over voorstel Tabaksproductenrichtlijn, COM(2012) 788 final — 2012/0366 (COD), PB C 327, 12 november 2013, para. 1.3. Zie online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013AE0841&from=NL>

¹⁶ Ibid. para. 1.7.

¹⁷ Bijlage 10 bij zending aan de rechtbank d.d. 21 oktober

16. Is een richtlijnconforme toepassing dan mogelijk?¹⁸ Ja, als de nationale rechter zich vrij voelt het desbetreffende onderdeel van de niet als zodanig wettelijk voorgeschreven ISO 3308 rookmachine (kort gezegd, het niet-afplakken van de sigaret en het 3308-rookregime) onverbindend te verklaren; en dan te verstaan dat een controlemeting met behulp van CI of TobLabNet SOP 1 geoorloofd is. Maar vermoedelijk is dat toch *contra legem* waarmee dan ook die route doodloopt.

prejudiciële vragen

17. Mocht uw rechtbank die richtlijn-conforme aanpak ook niet begaanbaar achten dan is er geen andere weg dan de zaak te schorsen en de weg naar het Hof van Justitie in te slaan.¹⁹ Dat is voor u geen onbekend terrein en u weet dat het Hof de impasse kan doorbreken en een einde kan maken aan de huidige acute situatie waarin *voortdurend* vele duizenden rokers per jaar twee tot drie keer zoveel kans lopen longkanker te krijgen dan bij een effectieve handhaving van de 10-1-10 maximum emissieniveaus het geval zou zijn.²⁰
18. Wij deden al suggesties voor te stellen vragen en houden ons daartoe beschikbaar.²¹ De verwijzing zou, gelet op de ernst en de urgentie van deze zaak ook gepaard moeten gaan met het verzoek om “versneld” te behandelen.²²

Precedent?

19. Inhoudelijk bezien is er ook een recent precedent: het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Dyson*²³. Het ging om het indelen van stofzuigers in “energie efficiëntie-klassen”. Het Hof oordeelde dat de Commissie bij het vaststellen van de betreffende

¹⁸ Zie ook Stuk B bij brief aan de rechtbank van 21 oktober 2019, punten 4 en 5

¹⁹ Hof van Justitie van de Europese Unie, *Foto-Frost* (22 oktober 1987), ECLI:EU:C:987:352, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94312&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1091615>; Hof van Justitie van de Europese Unie, *International Air Transport Association* (10 januari 2006), ECLI:EU:C:2006:10, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57285&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1091497>. Zie vermelding in het beroepschrift d.d. 13 maart 2019 onder 50, pagina 22-23.

²⁰ Bijlage 11 in ‘Nadere stukken in verband met mondelinge behandeling van 11 november 2019’ d.d. 31 oktober 2019.

²¹ ‘Concept vragen voor het Hof van Justitie van de Europese Unie’ d.d. 21 oktober 2019 (Stuk C).

²² Artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012.

²³ Hof van Justitie van de Europese Unie, Arrest van het Gerecht (Vijfde kamer) in zaak T-544/13-RENV, *Dyson Ltd tegen Europese Commissie* (8 november 2018), ECLI:EU:T:2018:761, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207462&pageIndex=0&doclang=nl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1087921>. (Bijlage 13 in ‘Nadere stukken in verband met mondelinge behandeling van 11 november 2019’ d.d. 31 oktober 2019)

regelgeving een meetmethode had voorgeschreven die een essentieel onderdeel van de richtlijn, harmonisatie van informatieverstrekking over elektriciteitsverbruik “tijdens het gebruik”, schond omdat daarbij moest worden gemeten bij een lege stofzuigerzak en dát voldoet niet aan de eis dat gemeten moet worden “in omstandigheden die de reële gebruiksmogelijkheden zo dicht mogelijk benaderen”²⁴ omdat een lege stofzuiger nu eenmaal minder energie verbruikt dan een halfvolle of volle. Het Hof vernietigde dan ook de bestreden Verordening. De analogie met onze zaak springt er af, behalve dat het bij ons om leven of dood gaat...

Conclusie

Eisers handhaven hun standpunt onverkort.²⁵

²⁴ T.a.p. Overweging 70

²⁵ ‘Nadere formulering van de slotoverwegingen en conclusies’, d.d. 21 oktober 2019 (Onderdeel B).