

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor [REDACTED] (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)

van [REDACTED] (kantoor landsadvocaat)

datum 12 juni 2023

inzake Advies juridische ruimte voorschrijven andere meetmethode filtersigaretten

zaaknr 11019328

1 Inleiding

- 1.1 Op grond van artikel 4, eerste lid van de Tabaksproductenrichtlijn¹ moeten 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) en dient de juistheid van de metingen inzake teer, nicotine en koolmonoxide te worden vastgesteld aan de hand van ISO-norm 8243 (hierna: de ISO-meetmethode).
- 1.2 De staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft recent zijn zorgen geuit over de ISO-meetmethode, omdat de ISO-meetmethode niet de accurate waarden van teer, nicotine en koolmonoxide meet die consumenten daadwerkelijk binnen krijgen.² U heeft ons gevraagd of er – vanuit het oogpunt van volksgezondheid – juridisch gezien ruimte bestaat om in nationale wet- of regelgeving een strengere norm op te nemen of een andere meetmethode voor te schrijven dan de in de Tabaksproductenrichtlijn voorgeschreven ISO-meetmethode.

2 Juridische analyse

Uitgangspunt Tabaksproductenrichtlijn: ISO-meetmethode dwingend en exclusief voorgeschreven en alleen Europese Commissie bevoegd tot aanpassingen

- 2.1 Uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) van 22 februari 2022 volgt dat artikel 4, eerste lid van de Tabaksproductenrichtlijn *dwingend* verwijst naar de ISO-normen en dat uitsluitend deze normen mogen worden

¹ Richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van Richtlijn 2001/37/EG (hierna: Tabaksproductenrichtlijn), PbEU 29 april 2014, L 127/1.

² Kamerbrief d.d. 6 december 2022, 32011, nr. 98.

toegepast.³ De gedachte hierachter is dat Unie-breed dezelfde norm geldt en dat daarmee marktwerking wordt bevorderd.⁴ Artikel 4, eerste lid van de Tabaksproductenrichtlijn is door het HvJ EU in voornoemd arrest geldig bevonden en niet onverbindend verklaard. Daarnaast is op grond van artikel 4, derde lid van de Tabaksproductenrichtlijn uitsluitend de Europese Commissie bevoegd de voorgeschreven meetmethode aan te passen.⁵

2.2 Hieruit volgt dat lidstaten op nationaal niveau in beginsel geen andere meetmethode mogen voorschrijven dan de in de Tabaksproductenrichtlijn dwingend voorgeschreven (en geldig bevonden) meetmethode. Wel wijst het HvJ EU erop dat de normen waarnaar artikel 4, eerste lid van de Tabaksproductenrichtlijn verwijst, niet zijn bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. Gelet op het rechtszekerheidsbeginsel, betekent dit dat deze normen alleen kunnen worden tegengeworpen aan ondernemingen die toegang hebben tot de officiële, authentieke versie van de normen en niet aan "particulieren in het algemeen".⁶ In het geval van particulieren in het algemeen kan met artikel 4, eerste lid van de Tabaksproductenrichtlijn dus geen rekening worden gehouden.

2.3 In de procedure met betrekking tot het handhavingsverzoek van de Stichting Rookpreventie Jeugd, heeft de rechtbank Rotterdam overwogen dat de methode zoals beschreven in de Tabaksproductenrichtlijn, niet in overeenstemming is met de Tabaksproductenrichtlijn.⁷ Ook de rechtbank Rotterdam erkent echter dat het aan de Europese Commissie (en dus niet de lidstaten) is om een meetmethode vast te stellen die wél aan de Tabaksproductenrichtlijn voldoet.⁸ Dit sluit aan bij artikel 4, derde lid van de Tabaksproductenrichtlijn.

Tegen deze uitspraak van de rechtbank Rotterdam is hoger beroep ingesteld. De zitting heeft op 8 juni 2023 plaatsgevonden bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het College heeft aangegeven in beginsel op 7 november 2023 uitspraak te doen.

2.4 Dat betekent ons inziens dat zelfs indien de in de Tabaksproductenrichtlijn dwingend voorgeschreven meetmethode niet in overeenstemming zou zijn met de Tabaksproductenrichtlijn, hetgeen tot op heden (nog) niet door het Hof van Justitie van de Europese Unie of de hoogste nationale bestuursrechter is vastgesteld, nog altijd geldt dat uitsluitend de Europese Commissie bevoegd is om de dwingend voorgeschreven methoden voor het meten van de teer-, nicotine- en koolmonoxide-emissies aan te passen en een nieuwe (Europese) meetmethode voor te schrijven. De

³ HvJ EU 22 februari 2022, zaak C-160/20, ECLI:EU:C:2022:101, rov 30 t/m 33

⁴ Idem, rov 32.

⁵ De Europese Commissie kan op grond van deze bepaling de meetmethode aanpassen indien dit noodzakelijk is op grond van de wetenschappelijke en technische ontwikkelingen of internationaal overeengekomen normen.

⁶ Idem, rov 48 t/m 53 en rov. 73.

⁷ Rechtbank Rotterdam 4 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9297, in het bijzonder rov. 14.12.

⁸ Idem, rov. 14.13.

Europese Commissie heeft voornamelijk geen grond gezien voor toepassing van deze bevoegdheid.

Zijn er juridische mogelijkheden om van de Tabaksproductenrichtlijn af te wijken?

- 2.5 Wij zien geen solide grondslag om als lidstaat van het hiervoor beschreven dwingende karakter van artikel 4, eerste en derde lid van de Tabaksproductenrichtlijn af te wijken.
- 2.6 De Tabaksproductenrichtlijn bevat zelf geen bepaling die dergelijke ruimte biedt. Op grond van artikel 24, derde lid van de Tabaksproductenrichtlijn mag een lidstaat weliswaar een bepaalde categorie tabaks- of aanverwante producten verbieden, maar dat is wat anders dan het voorschrijven van een andere meetmethode of strengere ISO-normen. Bovendien mag een lidstaat alleen bepaalde producten verbieden op gronden die verband houden met de specifieke situatie in de betreffende lidstaat. Ook aan die (strikte) voorwaarde lijkt in dit geval niet te zijn voldaan; de zorgen met betrekking tot de ISO-metmethode zijn niet (specifiek) nationaal. Overigens moeten dergelijke (strengere) nationale voorschriften – voor zover al toegestaan – op grond van artikel 24, derde lid van de Tabaksproductenrichtlijn eerst ter goedkeuring aan de Europese Commissie worden voorgelegd.
- 2.7 Ook het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) biedt volgens ons geen ruimte om in dit geval van de Tabaksproductenrichtlijn af te wijken en op nationaal niveau een andere meetmethode voor te schrijven. De Tabaksproductenrichtlijn is gebaseerd op artikel 114 VWEU. Op grond van artikel 114, vijfde lid VWEU kunnen lidstaten nationale bepalingen treffen die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend nadat de harmonisatiemaatregel (in dit geval: de Tabaksproductenrichtlijn) is genomen. Deze bepaling lijkt in dit geval evenmin soelaas te bieden. De bescherming van de volksgezondheid wordt in deze bepaling immers niet genoemd. Daarnaast houden de bestaande zorgen over de ISO-metmethode geen verband met een specifiek probleem in Nederland of de bescherming van het milieu.

3 Conclusie

- 3.1 Naar onze overtuiging kan de Nederlandse overheid niet – op nationaal niveau – een meetmethode aanwijzen en aan ondernemingen tegenwerpen die afwijkt van de in de Tabaksproductenrichtlijn voorgeschreven methode, aangezien dit in strijd is met Europees recht. Uitsluitend de Europese Commissie is bevoegd tot aanpassing van de (Europees) voorgeschreven meetmethode.