

# Roken, rookte, gerookt?

## Een analyse van de vormgeving en naleving van de rookverboden in de horeca

Marike van der Meij (RuG)\*

Roken, rookte, gerookt. Als het aan de regering zou liggen, zou in verleden tijd worden gesproken over de problematiek rondom roken in openbare ruimten. Zo ver is het echter nog niet. De rookverboden in de horeca zijn niet zonder slag of stoot ingevoerd en rechtszaken hebben verschillende uitkomsten. In dit artikel staat de juridische vormgeving van de rookverboden en de naleving ervan beschreven.

### Inleiding

Op 1 juli 2008 zijn de rookverboden in de horeca ingesteld. Dat heeft geleid tot verschillende gevolgen. Aan de ene kant kennen de rookverboden grote naleving, maar aan de andere kant is er een groep horecaondernemers die zich ertegen verzet. In dit artikel ga ik eerst in op de rookverboden die vooraf gingen aan de huidige rookverboden in de horeca, zoals die staan in de Tabakswet 1990 en Tabakswet 2002. Vervolgens spits ik toe op de invoering van de huidige rookverboden in de horeca. Daarna laat ik zien hoe het gesteld is met de naleving hiervan. Tot slot reflecteer ik op de juridische vormgeving van deze rookverboden, aan de hand van de recente rechtelijke uitspraken met betrekking tot overtreding van het rookverbod voor eenmanszaken.

### Op 10 maart 1988 werd het voorstel aangenomen voor de 'Wet maatregelen ter beperking van tabaksgebruik, in het bijzonder ter bescherming van de niet-roker'

#### 1 Tabakswetten 1990 en 2002

##### 1.1 Tabakswet 1990

Op 10 maart 1988 werd het voorstel aangenomen voor de 'Wet maatregelen ter beperking van tabaksgebruik, in het bijzon-

der ter bescherming van de niet-roker',<sup>1</sup> naar zijn datum van inwerkingtreding de Tabakswet 1990 genoemd. In artikel 10 lid 1 van deze wet werden de Staat en de openbare lichamen verplicht om voor alle instellingen, diensten en bedrijven die onder hun beheer vielen, maatregelen te treffen ter voorkoming van hinder van het gebruik van tabaksproducten. In lid 2 van dit artikel stond dat onder deze maatregelen werden verstaan 'het instellen en handhaven van een rookverbod' en dat bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) aanvullende regels konden worden gesteld. Deze aanvullende maatregelen werden geregeld in het 'Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten'.<sup>2</sup> In dit Besluit werd aangegeven dat het rookverbod in alle ruimten van de overheidsinstellingen moest gelden, behalve in de open lucht of in een daartoe aangewezen rookruimte.<sup>3</sup> Ook moest daar waar het rookverbod gold, dit duidelijk zijn aangegeven.<sup>4</sup>



\* Marike van der Meij is masterstudent aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij schreef dit artikel in de bachelorfase van haar studie.

1 Stb. 1988, 342.

2 Stb. 1989, 612.

3 Art. 1 en art. 2 lid 1 Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten.

4 Art. 2 lid 2 Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten.

In de loop van de jaren negentig kwam de regering tot de conclusie dat ze een verdergaande taak had in de bescherming van de niet-roker

## 1.2 Tabakswet 2002

In de loop van de jaren negentig kwam de regering tot de conclusie dat ze een verdergaande taak had in de bescherming van de niet-roker. In 1999 werd daarom een voorstel ingediend voor wijziging van de Tabakswet 1990.<sup>5</sup> De centrale doelstelling van het tabaksonthoudingsbeleid van dat moment en dus ook de op het voorstel en de daaropvolgende Tabakswet 2002 was het reduceren van het aantal rokers.<sup>6</sup> De Tabakswet 2002 werd op 18 april 2002 aangenomen en trad in werking op 1 januari 2004.<sup>7</sup>

### 1.2.1 Recht op een rookvrije werkplek

In deze nieuwe Tabakswet – die nog steeds in deze vorm van kracht is – werd het nieuwe artikel 11a opgenomen. Het eerste lid van dit artikel stelt dat ‘werkgevers verplicht zijn zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden’. Hiermee is aan alle werknemers in principe het recht op een rookvrije werkplek gegeven. Opmerkelijk is dat het wetsvoorstel nog een bevoegdheid tot het maken van een AMvB voorstelde die de werkgeversverplichting op *kon* leggen. Dit vond de Tweede Kamer te vrijblijvend. Met een amendement is daarom het recht op een rookvrije werkplek bij formele wet geregeld.<sup>8</sup> Door de zogenaamde ‘kanregeling’ te schrappen en te vervangen door een recht op een rookvrije werkplek wordt de bescherming van de niet-roker daadwerkelijk verbeterd.<sup>9</sup>

**De rechter bepaalde dat de werknemer een principaal recht heeft op een rookvrije werkplek, met als uitgangspunt dat voor een kankerverwekkende stof als tabaksrook geen veilige ondergrens is**

De terminologie van artikel 11a lid 1 voor wat betreft de ‘zodanige maatregelen’ suggereert weliswaar een keuze van middelen – het meest genoemde alternatief is ventilatie – maar er werd (en wordt) hier bedoeld dat een rookverbod ingesteld moest worden. Alleen op die manier zou de werknemer daadwerkelijk beschermd worden tegen tabaksrook.<sup>10</sup> Dat een rookverbod de beste keuze zou zijn werd al eerder duidelijk in de

#### Kader 1

De verplichting uit art. 10 lid 1 Tabakswet luidt: ‘(...) worden (...) zodanige maatregelen getroffen, dat van de daardoor geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden.’

#### Kader 2

Art. 11a lid 5 Tabakswet luidt: ‘Bij algemene maatregel van bestuur kunnen op de in dit artikel bedoelde verplichtingen beperkingen worden aangebracht. Zo kan worden bepaald dat de verplichtingen, bedoeld in het eerste lid, niet gelden voor bij die maatregel aangewezen:

- a categorieën van werkgevers;
- b ruimten in gebouwen;
- c andere plaatsen waar werkzaamheden worden verricht.’

uitspraak van de Rechtbank Breda van 25 april 2000,<sup>11</sup> waar de rechter bepaalde dat de werknemer een principaal recht heeft op een rookvrije werkplek, met als uitgangspunt dat voor een kankerverwekkende stof als tabaksrook geen veilige ondergrens is. Een algeheel rookverbod – behalve in de daartoe aangewezen rookruimten – is daarom de aangewezen oplossing.

### 1.2.2 Uitbreidings- en uitzonderingsmogelijkheid rookvrije werkplek

De wetgever heeft in artikel 11a een uitbreidings- en een uitzonderingsmogelijkheid opgenomen voor de verplichting tot het instellen van een rookverbod. In lid 4 is de uitbreiding geregeld.<sup>12</sup> Beheerders van gebouwen kunnen door middel van een AMvB worden aangewezen als bepaalde categorie beheerders. Zij zijn daarna verplicht tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10 lid 1 Tabakswet (zie kader 1). Van deze uitbreidingsmogelijkheid is indertijd echter geen gebruik gemaakt.

In lid 5 van artikel 11a is de uitzonderingsmogelijkheid neergelegd (zie kader 2). Met een AMvB kunnen categorieën van werkgevers, ruimten in gebouwen en andere plaatsen waar gewerkt wordt, worden uitgezonderd van de werkgeversverplichting van artikel 11a lid 1 Tabakswet. Van deze mogelijkheid is meteen gebruik gemaakt met het ‘Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek’, dat tegelijk met de gewijzigde Tabakswet in werking trad.<sup>13</sup> In dit Besluit is geregeld dat de werkgeversverplichting van artikel 11a lid 1 Tabakswet niet geldt in privéruimten, in rookruimten (mits afgesloten en als zodanig aangewezen) en in de open lucht.<sup>14</sup> Ook werden in het Besluit categorieën van werkgevers uitgezonderd van de werkgeversverplichting.<sup>15</sup>

5 Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 1-2.

6 Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 2.

7 Stb. 2002, 201.

8 Kamerstukken II 2000/01, 26 472, nr. 13.

9 Kamerstukken II 2000/01, 26 472, nr. 13, p. 3.

10 Kamerstukken II 1999/00, 26 472, nr. 6, p. 34.

11 Rb Breda 25 april 2000, LJN: AA5611.

12 Art. 11a lid 4 Tabakswet luidt: ‘Diegenen die – anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 of 11 – het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, voor zover die gebouwen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, zijn verplicht tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.’

13 Stb. 2003, 561.

14 Art. 2 sub g t/m i Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek.

15 Art. 2 sub a t/m e Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek.

### 1.2.3 Uitzondering horeca van de werkgeversverplichting

Het Besluit regelde onder andere dat de werkgeversverplichting niet gold voor 'de voor publiek bestemde delen van horeca-instellingen'.<sup>16</sup> De horeca werd in het debat over de wijziging van de Tabakswet vaak genoemd als een sector waar het meteen invoeren van een rookverbod problematisch zou zijn.<sup>17</sup>

## De KHN ontwikkelde een stappenplan, genaamd 'Gewoon Gastvrij'. Opmerkelijk aan de doelstellingen van dit stappenplan was dat in de meeste horecaondernemingen werd gestreefd om delen van de onderneming rookvrij te maken

De periode van de ontheffing zou worden gebruikt voor een zelfreguleringsstraject met als doel ervoor te zorgen dat ook de werknemers in de horeca op den duur een gezonde werkplek zouden krijgen.<sup>18</sup> De minister van VWS, toentertijd Hoogervorst, heeft daarover afspraken gemaakt met de horecaondernemersvereniging Koninklijke Horeca Nederland (KHN). De KHN ontwikkelde vervolgens een stappenplan, genaamd 'Gewoon Gastvrij'.<sup>19</sup> Opmerkelijk aan de doelstellingen van dit stappenplan was dat in de meeste horecaondernemingen werd gestreefd om *delen* van de onderneming rookvrij te maken.<sup>20</sup> De KHN stelde dat in de horeca nog geen draagvlak was voor een algeheel rookverbod.<sup>21</sup> Ze stelden verder dat het plan alleen zou gelden voor horecaondernemers *met personeel*.<sup>22</sup> Na enkele aanpassingen ging de minister akkoord met de doelstellingen. De resultaten zouden eens per jaar bekend worden gemaakt.

### 2 De rookverboden in de horeca

Nog voordat de eerste cijfers van het stappenplan bekend werden, kwamen geluiden van de vaste kamercommissie van VWS dat het stappenplan niet

de gewenste resultaten op ging leveren.<sup>23</sup> De eerste resultaten<sup>24</sup> lieten inderdaad zien dat de doelstellingen door restaurants, discotheken, fastfood-bedrijven en cafés niet waren behaald. De minister gaf aan dat de horeca nog één kans kreeg voor verbetering.<sup>25</sup>

#### 2.1 Opheffing van de uitzondering

Vóór de bekendmaking van de vorderingen in het tweede jaar van het stappenplan, waren Tweede Kamer verkiezingen en werd een nieuw kabinet gevormd. In het coalitieakkoord dat werd gesloten, werd opgenomen dat 'in samenwerking met de branche zal worden toegewerkt naar een rookvrije horeca in deze kabinetsperiode'.<sup>26</sup> De nieuwe minister van VWS, Klink, voerde dit overleg met onder andere de KHN. De KHN stelde voor dat de sectoren hotels, restaurants en fastfood-bedrijven voor 1 januari 2008 rookvrij zouden worden. De sectoren cafés en discotheken – de zogeheten 'natte horeca' – hadden volgens de KHN een langere termijn nodig: tot 1 januari 2011.

## In juni 2007 presenteerde minister Klink een overzicht van de resultaten van het tweede jaar van het stappenplan. Er was sprake van verbetering maar de zelfregulering was volgens de minister 'geen succes te noemen'

In juni 2007 presenteerde minister Klink een overzicht van de resultaten van het tweede jaar van het stappenplan. Er was sprake van verbetering maar de zelfregulering was volgens de minister 'geen succes te noemen'.<sup>27</sup> Hij kondigde aan dat een rookverbod zou worden voorbereid dat voor *alle* sectoren van de horeca *tegelijktijdig* in zou gaan. Ook zou geen verschil worden gemaakt tussen horecagelegenheden met of zonder personeel. De reden hiervoor was dat de minister concurrentievervalsing tegen wilde gaan en verwarring voor de bezoeker van de horeca wilde voorkomen.<sup>28</sup> Om de horeca meer tijd te geven zou de verandering op 1 juli 2008 in werking treden.<sup>29</sup>



16 Art. 2 sub a Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek. Met 'horeca-instellingen' werd bedoeld die ondernemingen die zijn ingeschreven bij het Bedrijfschap Horeca en Catering (Art. 1 sub a Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek).

17 *Stb.* 2003, 561, NvT, p. 6.

18 *Stb.* 2003, 561, NvT, p. 7.

19 Koninklijke Horeca Nederland, *Gewoon Gastvrij: stappenplan rookbeleid in de horeca*, Woerden 2003, beschikbaar op [www.horeca.org](http://www.horeca.org).

20 Koninklijke Horeca Nederland, *Gewoon Gastvrij: stappenplan rookbeleid in de horeca*, Woerden 2003, p. 4-5.

21 Koninklijke Horeca Nederland, *Gewoon Gastvrij: stappenplan rookbeleid in de horeca*, Woerden 2003, p. 8.

22 Koninklijke Horeca Nederland, *Gewoon Gastvrij: stappenplan rookbeleid in de horeca*, Woerden 2003, p. 32.

23 *Kamerstukken II* 2005/06, 22 894, nr. 104, p. 2, 4 en 7.

24 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 XVI, nr. 160.

25 *Kamerstukken II* 2005/06, 22 894, nr. 104, p. 9.

26 *Samen werken, samen leven*. Coalitieakkoord tussen CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 40.

27 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 149, p. 3.

28 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 149, p. 3.

29 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 149, p. 3.

## 2.2 Juridische vormgeving van de rookverboden in de horeca

### 2.2.1 Rookverbod voor de horecaondernemer met personeel

Juridisch gezien was het instellen van het rookverbod voor werkgevers in de horeca eenvoudig. De AMvB die de horeca eerder uitzonderde van de werkgeversverplichting werd met een nieuwe AMvB per 1 juli 2008 ingetrokken.<sup>30</sup> Hiermee ging vanaf die datum de werkgeversverplichting van artikel 11a lid 1 Tabakswet ook gelden voor de horecaondernemer met personeel.

Een gevolg van het intrekken van het Besluit was dat ook de andere uitzonderingsbepalingen opgenomen in dit Besluit vervielen. Om deze uitzonderingen te behouden zijn bepalingen met dezelfde strekking opgenomen in een tweede AMvB, 'Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten',<sup>31</sup> weer op grond van artikel 11a lid 5 Tabakswet. In de Nota van Toelichting (NvT) van het Besluit werden specifiek voor de horecaondernemer twee van de uitzonderingen toegelicht. Zo mag de rookruimte niet worden betreden door personeel die daar normale horecawerkzaamheden moeten verrichten.<sup>32</sup> Daarnaast mag worden gerookt op een eventueel buitenterras zolang het terras aan ten minste één zijde open is.<sup>33</sup>

### 2.2.2 Rookverbod voor de eenmanszaken

Het instellen van het rookverbod in de horeca voor horecaondernemingen zonder personeel – de 'eenmanszaken' – werd geregeld met behulp van de uitbreidingsmogelijkheid van artikel 11a lid 4 Tabakswet (zie kader 3). Dit artikellid geeft, zoals hiervoor beschreven, de mogelijkheid om met een AMvB ook andere categorieën van beheerders van voor publiek toegankelijke gebouwen te verplichten

#### Kader 3

Art. 11a lid 4 Tabakswet luidt: 'Diegenen die – anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 of 11 – het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, voor zover die gebouwen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, zijn verplicht tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.'

#### Kader 4

Art. 3 lid 1 sub a Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten luidt: 'Degene die het beheer heeft over een van de volgende gebouwen is verplicht in de voor het publiek toegankelijke delen daarvan een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven:  
a horeca-inrichtingen, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel;'

ten maatregelen als bedoeld in artikel 10 lid 1 Tabakswet te nemen. Deze aanwijzing van andere categorieën is ook geregeld in het 'Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten'. Artikel 3 lid 1 sub a van dit Besluit wijst de horecaondernemer zonder personeel aan als categorie en geeft de verplichting 'om in de voor publiek toegankelijke delen een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven' (zie kader 4). Voor de eenmanszaak zijn dezelfde versoepelingen in het Besluit aangegeven, als die gelden voor de (horeca)ondernemer met personeel.<sup>34</sup>

### 2.2.3 Twee rookverboden in de horeca

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat juridisch gezien er twee rookverboden in de horeca zijn. Eén voor horecaondernemers met personeel op grond van artikel 11a lid 1 Tabakswet. En één voor eenmanszaken op grond van artikel 11a lid 4 jo. artikel 10 lid 1 Tabakswet. Waar ik in het vervolg spreek van 'het rookverbod' bedoel ik één van deze twee rookverboden.

**Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat juridisch gezien er twee rookverboden in de horeca zijn. Eén voor horecaondernemers met personeel en één voor eenmanszaken**

## 3 Uitwerking van de rookverboden in de horeca in de praktijk

Het is wel duidelijk uit de kranten dat de rookverboden in de horeca niet zonder slag of stoot over de gehele linie zijn ingevoerd. Dat was ook niet te verwachten: er waren immers redenen geweest om de horeca tijdelijk te ontzien en het zelfreguleringstraject had minder opgebracht dan gehoopt.

### 3.1 Naleving en veranderingen in de officiële handhaving

Reeds voor 1 juli 2008 werd duidelijk gemaakt dat de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA) in eerste instantie coulant zou optreden bij de constatering van overtredingen. Ondernemingen die zich niet aan het rookverbod hielden, zouden eerst een waarschuwing krijgen. Twee weken na het ingaan van de rookverboden

30 Art. III sub a jo. art. IV Besluit tot intrekking of wijziging van een aantal algemene maatregelen van bestuur op het terrein van de tabakswetgeving. *Stb.* 2008, 123.

31 *Stb.* 2008, 122.

32 *Stb.* 2008, 122, NvT, p. 7.

33 *Stb.* 2008, 122, NvT, p. 8.

34 Art. 3 lid 2 sub a t/m c Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten.

waren de berichten over de naleving erg positief. De VWA berichtte dat uit een analyse van de tot dat moment gedane controles bleek dat 96% van de horecagelegenheden voldoende maatregelen had getroffen om een rookverbod in te stellen.<sup>35</sup>

Met de cijfers over de eerste drie maanden werd duidelijk dat 95% van de horeca-instellingen een rookverbod conform de eisen had ingesteld.<sup>36</sup> Over de cafés was de VWA echter iets minder positief.

Van de gecontroleerde cafés had 76% een rookverbod ingesteld conform de regeling. Van de cafés die een rookverbod overtraden, werd in 10% van de gevallen een ernstige overtreding geconstateerd, wat inhield dat geen enkele maatregel was getroffen om het rookverbod in te stellen.

Ook werd duidelijk dat de gekozen aanpak van handhaven niet volledig hielp. Het bleek dat na een eerste waarschuwing 82% van alle horecaondernemers bij herinspectie wel voldeed aan de regelgeving. Bij de café-eigenaren was dit 50%.<sup>37</sup> Dit leidde tot een gedragsverandering van de VWA. Vanaf dat moment, 1 oktober 2008, zou bij constatering van een ernstige overtreding meteen een boeterapport worden opgemaakt. Daarnaast zou het toezicht met name verschoven worden naar café-eigenaren.<sup>38</sup>

### In het voorjaar van 2009 is de naleving weer gestegen, in zijn geheel was de naleving 96% en bij de natte horeca 83%. De naleving van de rookverboden in de horeca is daarmee veel hoger dan in het begin van de invoering van de rookvrije werkplek in 2004

De houding van de VWA werd mede ingegeven doordat inmiddels duidelijk was dat een gedeelte van de 'natte horeca' niet van plan was zich aan het rookverbod te houden. Als reactie hierop ging eind november 2008 de handhaving nog een stap verder. Minister Klink maakte bekend<sup>39</sup> dat vanaf toen ook de optie van strafrechtelijke vervolging zou worden ingezet, vanwege het begaan van een economisch delict. Het kabinet beoogde hiermee de stelselmatige overtreders harder aan gaan pakken. Tevens zou de minister hiermee de roep om strengere handhaving tegemoet

komen. In januari was de naleving van de gehele horeca gedaald: 90% hield zich aan de maatregelen. In de natte horeca was de naleving gestegen naar 77%.<sup>40</sup> In het voorjaar van 2009 is de naleving weer gestegen, in zijn geheel was de naleving 96% en bij de natte horeca 83%.<sup>41</sup> De naleving van de rookverboden in de horeca is daarmee veel hoger dan in het begin van de invoering van de rookvrije werkplek in 2004.<sup>42</sup>

#### 4 Analyse van de juridische vormgeving rookverboden in de horeca

In het voorgaande heb ik weergegeven hoe de rookverboden juridisch zijn geïmplementeerd en heb ik laten zien dat het met de naleving van deze rookverboden positief gesteld is. Verder is duidelijk geworden dat er horeca-ondernemers zijn die de verplichtingen niet nakomen. Inmiddels zijn twee van deze ondernemingen strafrechtelijk vervolgd. Het gaat om café De Kachel, gevestigd in Groningen en café Victoria, gevestigd in Breda. Beide ondernemingen zijn eenmanszaken en beide ondernemingen hadden meerdere bestuurlijke boetes gekregen. Toen bleek dat de eigenaren nog steeds de door de Tabakswet opgelegde verplichtingen niet nakwamen is besloten de cafés strafrechtelijk te vervolgen. Beide horecaondernemingen zouden de verplichtingen uit artikel 11a lid 4 jo. artikel 10 lid 1 Tabakswet hebben genegeerd. Aan de hand van deze twee zaken, waarvan inmiddels zowel uitspraken van twee rechtbanken als twee gerechtshoven zijn geweest, analyseer ik in deze paragraaf de juridische vormgeving van de rookverboden in de horeca.

**Er zijn horecaondernemers die de verplichtingen niet nakomen. Inmiddels zijn twee van deze ondernemingen strafrechtelijk vervolgd. Beide ondernemingen zijn eenmanszaken en beide ondernemingen hadden meerdere bestuurlijke boetes gekregen**

De cafés werden vertegenwoordigd door dezelfde advocaten, die tijdens alle vier de zittingen nagenoeg dezelfde verweren voerden. Deze verweren waren in de eerste plaats

35 'Rookverbod wordt massaal nageleefd', nieuwsbericht VWA, 14 juli 2008, beschikbaar op [www.vwa.nl](http://www.vwa.nl).

36 *Inspectieresultaten Rookvrije Horeca; juli t/m september 2008* (rapport van de VWA), beschikbaar op [www.vwa.nl](http://www.vwa.nl).

37 Dit laatste percentage wordt niet genoemd in de evaluatie maar pas bij een nieuwsbericht van de VWA, 'Waarschuwing rookverbod niet afdoende voor caféhouders', nieuwsbericht VWA, 6 oktober 2008, beschikbaar op [www.vwa.nl](http://www.vwa.nl).

38 *Inspectieresultaten Rookvrije Horeca; juli t/m september 2008* (rapport van de VWA), p. 4, beschikbaar op [www.vwa.nl](http://www.vwa.nl).

39 Brief van de minister van VWS inzake 'Handhaving rookvrije horeca' van 17 november 2008 met kenmerk: VGP/ADT 2894963, beschikbaar op [www.minvws.nl](http://www.minvws.nl).

40 Beide percentages afkomstig uit: *Inventarisatie naleefniveau rookvrije horeca* (rapport van Intraval en VWA), januari 2009, beschikbaar op [www.vwa.nl](http://www.vwa.nl).

41 *Inventarisatie naleefniveau rookvrije horeca voorjaar 2009* (rapport van Intraval en VWA), april 2009, beschikbaar op [www.vwa.nl](http://www.vwa.nl).

42 Zie hierover: H.A.M. Weyers, 'Rookverboden. Surfen op golven van een veranderde maatschappelijke norm', *Recht der Werkelijkheid* 2009-1, p. 45-63.

**Kader 5**

Art. 3 lid 1 sub a Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten luidt: 'Degene die het beheer heeft over een van de volgende gebouwen is verplicht in de voor het publiek toegankelijke delen daarvan een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven:

- a horeca-inrichtingen, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel.'

Art. 11a lid 4 Tabakswet luidt: 'Diegenen die – anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 of 11 – het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, voor zover die gebouwen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, zijn verplicht tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.'

**Kader 6**

De verplichting uit art. 10 lid 1 Tabakswet luidt: '(...) worden (...) zodanige maatregelen getroffen, dat van de daardoor geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden.'

Art. 10 lid 2 luidt: 'Tot de maatregelen, bedoeld in het eerste lid, behoort in ieder geval het instellen, aanduiden en handhaven van een Rookverbod in ruimten, behorende tot bij algemene maatregel van bestuur, aangewezen categorieën. Op het verbod kunnen, overeenkomstig bij de algemene maatregel van bestuur gestelde regelen, beperkingen worden aangebracht.'

vragen van Europeesrechtelijke aard (strijd met art. 28, 43, 48 en/of 49 EG-Verdrag en strijd met het eigendomsrecht gewaarborgd in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM). Daarnaast stelde de verdediging dat het rookverbod voor eenmanszaken in strijd is met het legaliteitsbeginsel en met het gelijkheidsbeginsel. Deze laatste twee verweren zijn van belang in het kader van dit artikel, vandaar dat ik me daartoe beperk.<sup>43</sup> De uitspraken van de rechtbanken waren in februari<sup>44</sup> en april 2009.<sup>45</sup> De uitspraken van de gerechtshoven waren in mei<sup>46</sup> en juli 2009.<sup>47</sup>

**De verdediging wees erop dat artikel 11a lid 4 Tabakswet alleen naar artikel 10 lid 1 verwijst, waarin de verplichting is opgenomen 'zodanige maatregelen' te treffen. Volgens de verdediging staat niet vast dat deze verplichting een rookverbod moet zijn**

#### 4.1 Rookverbod voor eenmanszaken in strijd met het legaliteitsbeginsel?

Het verweer luidde in beide zaken dat met artikel 3 lid 1 van het 'Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten' een onrechtmatige nadere invulling is gegeven aan artikel 11a lid 4 Tabakswet (zie kader 5). De verdediging wees erop dat artikel 11a lid 4 Tabakswet alleen naar artikel 10 lid 1 verwijst, waarin de verplichting is opgenomen 'zodanige maatregelen' te treffen. Volgens de verdediging staat niet vast dat deze verplichting een rookverbod moet zijn. Het gevolg daarvan is dat in het Besluit met de verplichting van 'instellen, aanduiden en handhaven' van een rookverbod aan de eenmanszaken een

verplichting is opgenomen die geen ondersteuning vindt in een formele wet. Hierdoor is artikel 3 lid 1 van het Besluit in strijd met het legaliteitsbeginsel. Het artikel is daarmee onverbindend, waardoor er geen rookverbod voor eenmanszaken bestaat en zodoende geen strafbaar feit is begaan.

Het is ontegenzeggelijk zo dat in artikel 11a lid 4 alleen naar artikel 10 lid 1 wordt verwezen. Om het verweer te waarderen moet echter dieper naar de systematiek van artikel 10 worden gekeken (zie kader 6). Uit de eerder besproken wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 10 altijd in zijn geheel is gelezen voor het rookverbod voor overheidsinstellingen. In het tweede lid van artikel 10 worden 'de maatregelen' van lid 1 namelijk nader uitgewerkt in het 'instellen, aanduiden en handhaven' van een rookverbod. Deze zelfde verplichting wordt ook in artikel 3 lid 1 van het Besluit genoemd. Dit is een herhaling van de geldende formele wetgeving waarin deze verplichting zijn grondslag vindt. Naar mijn mening is het artikel is dus niet in strijd met het legaliteitsbeginsel.<sup>48</sup>

**De hoven hebben het artikel onverbindend is verklaard. Voor beide cafés volgde hierdoor vrijspraak. Het Openbaar Ministerie is tegen beide uitspraken in cassatie gegaan**

De beide rechtbanken verwierpen het verweer met eenzelfde soort redenering.<sup>49</sup> De Rechtbank Groningen voegde daar nog een interessante overweging aan toe. De rechtbank stelde dat de verplichting die opgenomen is in artikel 3 lid 1 van het Besluit er ten overvloede staat. In het besluit worden op grond van artikel 11a lid 4 Tabakswet categorieën

43 Door de Rechtbank Groningen zijn de Europeesrechtelijke verweren verworpen. De Rechtbank Breda en de hoven van 's Hertogenbosch en Leeuwarden zijn aan behandeling van deze verweren niet toegekomen omdat daarvoor al vrijspraak volgde.

44 Rb Groningen 20 februari 2009, LJN: BH3578.

45 Rb Breda 3 april 2009, LJN: BH9853.

46 Hof 's Hertogenbosch 12 mei 2009, LJN: BI3572.

47 Hof Leeuwarden 3 juli 2009, LJN: BJ1286.

48 Eenzelfde conclusie is getrokken door M.J. Borgers in 'Het rookverbod: in rook opgegaan of uit de as herrezen', *NJB* 2009-24, p. 1494-1501. Tijdens het schrijven van dit artikel was zijn artikel nog niet gepubliceerd.

49 Zie Rb Groningen 20 februari 2009, LJN: BH3578, alinea 27 en Rb Breda 3 april 2009, LJN: BH9853, paragraaf 4.3, alinea 12.



van beheerders aangewezen, die vervolgens verplicht zijn de maatregelen van artikel 10 lid 1 (en zoals besproken lid 2) Tabakswet te treffen. Artikel 3 lid 1 van het Besluit is dus bedoeld voor de aanwijzing. De verplichting staat in de Tabakswet 2002.

De beide hoven hebben echter geoordeeld dat artikel 3 lid 1 van het Besluit wel in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Volgens beide hoven blijkt uit de wetsgeschiedenis dat het juist niet duidelijk is dat artikel 10 lid 2 Tabakswet bij lid 1 van dit artikel gelezen moet worden.<sup>50</sup> In het voorstel van de wetwijziging van de Tabakswet was eerst wél een verwijzing opgenomen naar artikel 10 lid 2.<sup>51</sup> Met het amendement dat zorgde voor het recht op een rookvrije werkplek, is deze verwijzing echter verdwenen.<sup>52</sup> Er wordt niet onderbouwd waarom dit is gedaan, maar volgens beide hoven kan dit niet betekenen dat daarom het artikellid alsnog moet worden meegenomen in de interpretatie van artikel 11a lid 4 Tabakswet. Nu dit artikel alleen naar artikel 10 lid 1 verwijst staat niet vast dat met 'zodanige maatregelen' uit dit lid alleen het instellen van een rookverbod wordt bedoeld. Artikel 3 lid 1 van het Besluit bevat daarom een verdergaande verplichting dan de formele wet en is daarom in strijd met het hogere recht. De hoven hebben daarom het artikel onverbindend is verklaard. Voor beide

cafés volgde hierdoor vrijspraak. Het Openbaar Ministerie is tegen beide uitspraken in cassatie gegaan.

## De advocaten zijn van mening dat aan horecaondernemers zonder personeel zwaardere verplichtingen zijn opgelegd dan aan horecaondernemers met personeel

### 4.2 Rookverbod voor eenmanszaken in strijd met het gelijkheidsbeginsel?

Het tweede te bespreken verweer is dat er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. De advocaten zijn van mening dat aan horecaondernemers zonder personeel zwaardere verplichtingen zijn opgelegd dan aan horecaondernemers met personeel. Voor de laatste geldt namelijk de werkgeversverplichting: het treffen van 'zodanige maatregelen' om hinder en overlast van het roken te voorkomen. Voor eenmanszaken geldt daarentegen dat ze een rookverbod moeten 'instellen, aanduiden en handhaven'. Door deze verschillende verplichtingen worden gelijke gevallen (horecaondernemingen) ongelijk behandeld. Daarnaast werd aangevoerd dat sprake was van ongelijke behandeling doordat kleine horeca-instellingen door andere regelgeving niet de kans hebben een rookruimte in te richten.

De hoven kwamen niet aan behandeling van het verweer toe omdat hiervoor al vrijspraak volgde. De Rechtbank Groningen noemde de verschillende verplichtingen voor horecaondernemers met en zonder personeel niet, omdat dit verweer in deze rechtszaak niet was aangevoerd. De rechtbank zag geen ongelijke behandeling tussen grote en kleine horecaondernemingen. Ongelijkheid doordat een kleine ondernemer door andere wetgeving geen rookruimte in kan richten, maakt de Tabakswet op zichzelf nog niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel.<sup>53</sup>

De Rechtbank Breda behandelde het eerste verweer wel en oordeelde<sup>54</sup> dat in de NvT van het 'Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten' staat dat artikel 3 lid 1 ertoe strekt de horeca-inrichtingen zonder personeel rookvrij te maken, waar een dergelijke verplichting op grond van artikel 11a lid 1 Tabakswet reeds geldt voor (horeca) ondernemers mét personeel. Op deze manier wordt een volledig rookvrije horeca nagestreefd, aldus de NvT. Hiermee stelt, volgens de rechtbank, de NvT de horeca-inrichtingen

<sup>50</sup> Hof Den Bosch 12 mei 2009, LJN: BI3572, alinea 32.

<sup>51</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 1-2.

<sup>52</sup> Kamerstukken II 2000/01, 26 472, nr. 13.

<sup>53</sup> Rb Groningen 20 februari 2009, LJN: BH3578, onder 'concurrentieverstoring'. De Rechtbank Groningen verwierp ook de andere verweren en bevond de rechtspersoon van het café schuldig. Ze kreeg een boete van 1.200 euro en voorwaardelijke stillegging van één maand opgelegd. Dit vonnis is door het Hof Leeuwarden vernietigd.

<sup>54</sup> Rb Breda 3 april 2009, LJN: BH9853, paragraaf 4.3, alinea 16.

met en zonder personeel aan elkaar gelijk voor zover het dit nagestreefde doel betreft. Voor de toetsing van het gelijkheidsbeginsel ging de rechtbank hier ook van uit. De Rechtbank Breda constateerde vervolgens ongelijkheid in verplichtingen voor de horecaondernemer met en zonder personeel, omdat volgens de rechtbank voor de horecaondernemer met personeel niet vaststaat dat daar een rookverbod ingesteld moet worden. Voor de eenmanszaken is deze verplichting er wel. Daardoor wordt laatstgenoemde niet alleen ongelijk behandeld, maar tevens onevenredig hard getroffen in de uitwerking van de regeling in praktijk.

Daarmee slaagde het beroep op het gelijkheidsbeginsel. De rechtbank verbond aan deze overweging de conclusie dat artikel 3 lid 1 van het Besluit voor zover daarin het rookverbod is vervat buiten toepassing werd gelaten.<sup>55</sup> Volgens de rechtbank betekende dit dat de verdachte niet verplicht was een rookverbod in te stellen en te handhaven, waardoor het tenlastegelegde niet bewezen kon worden. De rechtbank oordeelde tot vrijspraak.<sup>56</sup>

## Voor wat betreft het legaliteitsbeginsel ben ik van mening dat dit niet geschonden is

### 4.2.1 Analyse en consequenties van de vrijspraken

Voor wat betreft het legaliteitsbeginsel ben ik van mening dat dit niet geschonden is. Artikel 10 Tabakswet is in het verleden ook altijd in zijn geheel gelezen en ik ben van mening dat ook voor het rookverbod voor eenmanszaken dit het geval moet zijn. Een wetshistorische uitleg van artikel 11a lid 4 jo. artikel 10 Tabakswet lijkt mij daarom beter dan een wets-systematische uitleg, zoals de hoven hebben gedaan. De doelstelling van de eerdere rookverboden en de rookverboden in de horeca is reductie van het aantal rokers en bescherming van de niet-roker. Met het amendement dat het recht op een rookvrije werkplek in de formele wet regelde is meer bescherming voor de niet-roker gekomen. Zoals de Rechtbank Breda in 2000 vaststelde kan op dit moment vooralsnog alleen een algeheel rookverbod voldoende bescherming bieden tegen tabaksrook.<sup>57</sup> Het in zijn geheel lezen van artikel 10 lijkt voor doelbereiking van meer bescherming het meest logisch. Daarnaast is de verwijzing naar artikel 10 lid 2 niet nodig. Wanneer men

dit artikellid leest ziet men dat het lid niet op zichzelf staat maar dat het een uitleg is van het eerste lid. Doordat artikel 11a lid 4 Tabakswet aan de aangewezen categorieën de verplichtingen uit artikel 10 lid 1 Tabakswet oplegt, legt het ook de verplichtingen van lid 2 op. Naar mijn mening is het echter wel verwarrend dat de verplichting ook in artikel 3 lid 1 van het Besluit is opgenomen. Dit had niet hoeven en het lijkt een nieuwe verplichting te scheppen.

## Ik denk dat een sterker argument ligt bij het gelijkheidsbeginsel

Ik denk dat een sterker argument ligt bij het gelijkheidsbeginsel en wel om het volgende. Eerder in dit artikel heb ik geconcludeerd dat het juridisch gezien gaat om twee rookverboden in de horeca. Eén voor de bescherming van de werknemer, vastgesteld met artikel 11a lid 1 Tabakswet, en één voor de bescherming van de gebruiker, neergelegd artikel 11a lid 4 jo. artikel 10 lid 1 en 2 Tabakswet. Gezamenlijk hebben deze rookverboden het doel het aantal rokers te verminderen. Het is daarom de vraag waar naar gekeken moet worden voor de constatering of er sprake is van gelijke gevallen. Enerzijds kan gekeken worden naar de twee afzonderlijke doelen van de twee rookverboden (werknemers beschermen, bezoekers beschermen). In dat geval gaat het niet om gelijke gevallen en is er geen schending van het gelijkheidsbeginsel. Anderzijds kan gekeken worden naar het gemeenschappelijke doel waarvoor de rookverboden zijn ingesteld, waardoor zoals de Rechtbank Breda stelde de horeca-inrichtingen aan elkaar gelijk worden gesteld. Dit laatste lijkt mij gezien de doelstelling van het kabinet logischer. Het kabinet wil een 'rookvrije horeca' en juist geen tweedeling in horecaondernemers met of zonder personeel.<sup>58</sup> In dit geval moet geconstateerd worden dat er sprake is van ongelijke behandeling omdat de verplichting voor eenmanszaken strenger is dan de verplichting die geldt voor de ondernemers met personeel.

Ik onderbouw deze ongelijkheid met een andere redenering dan de Rechtbank Breda. Zoals eerder aangegeven heeft de wetgever met 'zodanige maatregelen' in artikel 11a lid 1 Tabakswet altijd het instellen van



55 Rb Breda 3 april 2009, LJN: BH9853, paragraaf 4.3, alinea 22.

56 Overigens: het buiten toepassing laten van de verplichting in het Besluit heeft naar mijn mening niet de consequentie dat er geen verplichting meer bestaat tot het instellen van het rookverbod, omdat deze verplichting dan nog steeds in art. 10 lid 1 en 2 Tabakswet staat.

57 Rb Breda 25 april 2000, LJN: AA5611.

58 *Stb.* 2008, 122, NvT, p. 3.



een rookverbod bedoeld, dus de eis dat een rookverbod ingesteld moet worden is bij beide horecaondernemers gelijk. Echter met het 'aanduiden en handhaven' van het rookverbod, genoemd in artikel 10 lid 2 (en ten overvloede herhaald in artikel 3 lid 1 van het Besluit) is een verdergaande verplichting voor de eenmanszaak opgenomen. Met alleen de plicht tot instellen van het rookverbod wordt niet verplicht het verbod ook aan te geven en te handhaven. Een horecaondernemer zal waarschijnlijk wel moeten aangeven dat een rookverbod is ingesteld, omdat anders zijn klanten niet weten dat er niet gerookt mag worden. Deze verplichting zou dus impliciet in de verplichting tot instellen van het rookverbod voor ondernemers met personeel gelezen kunnen worden zodat deze verplichting voor beide ondernemers geldt. Maar met 'handhaven' wordt een verdergaande verplichting aan de eenmanszaak opgelegd ten opzichte van de ondernemer met personeel. De ondernemer zonder personeel moet handhavend optreden tegen zijn klanten, waar de ondernemer met personeel dit niet hoeft te doen. Voor deze verdergaande verplichting is naar mijn mening geen (gegronde) reden. De wetgever zal voor beide rookverboden dezelfde verplichtingen moeten opleggen, hetzij de lichtere, hetzij de zwaardere variant.

### De ondernemer zonder personeel moet handhavend optreden tegen zijn klanten, waar de ondernemer met personeel dit niet hoeft te doen

Minister Klink heeft kort na de uitspraak van het Hof Leeuwarden laten weten<sup>59</sup> dat hij het Besluit aan wil passen, zodanig dat voor de horeca-inrichtingen eenzelfde verplichting komt, namelijk het treffen van 'zodanige maatregelen'. Gezien de wetsgeschiedenis wordt hiermee het instellen van een rookverbod bedoeld. Deze aanpassing in het Besluit lijkt mij zoals uitgelegd niet nodig. Daarnaast staat de verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod dan nog steeds in artikel 10 lid 2 Tabakswet, welke naar mijn mening blijft gelden voor eenmanszaken.

De minister gaat ook bekijken of de formuleringen in de artikelen 10, 11 en 11a Tabakswet aangepast moeten worden. Naar mijn mening zou juist hier een wijziging moeten plaatsvinden om de ongelijkheid uit de wet



te halen. De handhaving van horecaondernemers zonder personeel wordt tijdelijk opgeschort. Horecaondernemers met personeel worden echter nog wel gecontroleerd.

De minister gaat ook bekijken of de formuleringen in de artikelen 10, 11 en 11a Tabakswet aangepast moeten worden. Naar mijn mening zou juist hier een wijziging moeten plaatsvinden om de ongelijkheid uit de wet te halen

### 5 Afsluiting

Het rookverbod voor overheidsinstellingen dat is vastgesteld in de Tabakswet 1990 was zowel ter bescherming van het personeel als ter bescherming van de gebruikers van de aangeboden voorzieningen. Het rookverbod voor alle werkgevers dat is neergelegd in de Tabakswet 2002 is ter bescherming van het personeel. De verplichtingen die aan deze twee rookverboden zijn verbonden verschillen van elkaar. De regelgeving met betrekking tot de rookvrije horeca kent beide vormen van rookverboden.

Anders dan verwacht is de naleving van beide rookverboden hoog. Volgens landelijke cijfers leeft 90% tot 96% van de gehele horeca de rookverboden na. In de 'natte horeca' is de naleving lager, maar met landelijk 77% tot 83% naleving is ook in deze sector de naleving aanzienlijk.

<sup>59</sup> Brief van de minister van VWS inzake 'Rechterlijke uitspraken en toezeggingen algemeen overleg rookvrije horeca 10 maart 2009' van 8 juli 2009 met kenmerk: VGP/ADT 2941137, beschikbaar op [www.minvws.nl](http://www.minvws.nl).

De verdediging in de besproken rechtszaken hebben onder andere schending van het legaliteitsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel als verweer naar voren gebracht. Daar ook het rookverbod voor eenmanszaken naar mijn mening een wettelijke grondslag heeft in artikel 11a lid 4 lid 4 jo artikel 10 lid 1 én 2 Tabakswet 2002 kan het eerste verweer volgens mij niet slagen.

De schending van het gelijkheidsbeginsel lijkt beter beargumenteerbaar te zijn. Alle horecaondernemingen worden weliswaar gelijk behandeld in die zin dat zij allemaal een rookverbod moeten instellen, maar op de eenmanszaken rust, zonder dat dit gemotiveerd wordt, een zwaardere verplichting omdat zij het rookverbod ook moeten handhaven. Naar mijn mening moet de wetgever dit zo snel mo-

gelijk aanpassen om deze onterechte ongelijkheid uit de wet te halen.

### Na enkele uitspraken is het duidelijk dat de politiek en de rechtelijke macht nog lang niet uitgesproken zijn over de rookverboden in de horeca

Hoe het ook zij, na enkele uitspraken is het duidelijk dat de politiek en de rechtelijke macht nog lang niet uitgesproken zijn over de rookverboden in de horeca. Tot die tijd kunnen we nog niet in voltooid verleden tijd spreken over deze materie.