

De barman mag roken, maar de bezoeker niet Café Victoria of Café Pyrrhus?

Twee uitspraken van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven over het rookverbod op de werkplek belicht tegen de achtergrond van het rookverbod in de horeca

DE ROOKVERBODEN IN DE HORECA EN OP DE WERKPLEK VLOEIEN BEIDE VOORT UIT DE TABAKSWET. HET COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN DEED ENKELE UITSPRAKEN OVER DE REIKWIJDTE VAN HET CRUCIALE BEGRIP 'HINDER EN OVERLAST' UIT DEZE WET. ALHOEWEL DEZE UITSPRAKEN BETREKKING HEBBEN OP HINDER EN OVERLAST BIJ WERKNEMERS EN BESTUURSRECHTELIJK VAN AARD ZIJN, ZOU HET VOLSTREKT LOGISCH ZIJN ALS DE STRAFRECHTER DEZELFDE DEFINITIE HANTEERT ALS HIJ MOET OORDELEN OVER HET ROOKVERBOD IN DE HORECA.

Heeft de wetgever met de rookverboden in de Tabakswet (hierna: Tw) naast de bescherming van de volksgezondheid ook beoogd een grondslag te bieden voor een verbod op roken of meeroken door alléén personen die zich hier welbewust aan blootstellen? Die vraag stelt Jos Teunissen in zijn artikel 'Willen we het totale rookverbod?'.²

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBB) heeft deze vraag naar aanleiding van twee overtredingen van het 'rookverbod op de werkplek' reeds met twee uitspraken beantwoord. Dit artikel gaat over de vraag in hoeverre de uitspraken tevens van invloed zijn op het rookverbod in horecagelegenheden met of zonder personeel.

Door de verschillende wijzen waarop de 'rookverboden' in de horeca met en zonder personeel thans zijn vormgegeven, mogen sommige werknemers in de horeca op dit moment naar hartelust roken op hun werk.

1. De vraag van Teunissen

'Is het aanvaardbaar dat de Staat burgers die welbewust een café zonder personeel bezoeken waar wordt gerookt, *tegen zichzelf* beschermt door aldaar een rookverbod (formeel gericht op de horecaondernemer) in te stellen?'³

Teunissen beantwoordt deze vraag negatief. Een positief antwoord zou volgens hem tot gevolg hebben dat het ook aanvaardbaar zou zijn een verbod op het roken in de eigen woning in te stellen. Een zo vergaande inmenging in het persoonlijke leven van de burger kan de wetgever volgens Teunissen niet bedoeld hebben. Hij gaat er - voorshands - van uit dat de wetgever niet beoogd kan hebben burgers te beschermen tegen (ook) hun eigen (ongezonde) gedrag, waarvan anderen geen last kunnen ondervinden.⁴

Zijn conclusie is dat een rookverbod (slechts) dient te strekken ter bescherming van personen die hinder of overlast van (mee)roken kunnen ondervinden, en dat diegenen die welbewust een 'rookcafé' opzoeken moeten worden geacht zulke hinder of overlast niet te ondervinden.⁵ Volgens Teunissen is art. 3 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten (hierna: Uitvoeringsbesluit) onverbindend, omdat het een oneigenlijk doel nastreeft, namelijk het voorkomen van vermeende concurrentievervalsing tussen horecaondernemers met en zonder personeel.⁶ Het door de Tw wel legitiem nagestreefde doel - bescherming van personen die hinder of overlast van roken kunnen ondervinden - vereist geen rookverbod in 'rookcafés', waar mensen welbewust de rook opzoeken. De wetgever kan immers niet beoogd hebben de burgers zo vergaand te beschermen tegen hun eigen (ongezonde) gedrag.

2. Hof 's-Hertogenbosch: minder vergaande maatregelen zijn denkbaar

Inmiddels heeft het Hof 's-Hertogenbosch in de strafzaak tegen het café met de toepasselijke naam 'Victoria'⁷ geoordeeld dat de in art. 3 Uitv.besl. neergelegde verplichting tot het instellen van een rookverbod voor horeca-inrichtingen zonder personeel inderdaad onverbindend is. Maar niet om de reden die Teunissen aanvoert. Volgens het hof beoogt het Uitvoeringsbesluit - kort gezegd - (slechts) uitvoering te geven aan de in art. 10 lid 1 Tw neergelegde verplichting maatregelen te treffen ter voorkoming van hinder of overlast van roken, en het is niet de bedoeling van de wetgever geweest dat die maatregelen per se het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod zouden moeten behelzen, zoals het Uitvoeringsbesluit (derhalve) ten onrechte voorschrijft. Andere, minder vergaande, maatregelen zijn denkbaar volgens het hof. Dat leidt er volgens het hof toe dat: 'Niet kan worden gezegd, dat, louter door geen rookverbod in te stellen, aan te duiden en/of te handhaven door rokende personen niet aan te spreken op hun rookgedrag, is verzuimd om te voldoen aan de verplichting tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10 lid 1 Tw.'⁸

Het door het hof gebruikte (a contrario) argument voor deze uitleg is het feit dat art. 11a lid 4 Tw, waarop het Uitvoeringsbesluit is gebaseerd, alléén verwijst naar de (algemene) verplichting van art. 10 lid 1 Tw om *maatregelen* te nemen, maar expliciet niet naar de specifieke verplichting van art. 10 lid 2 Tw om van die maatregelen in ieder geval ook een *rookverbod* deel uit te laten maken.

Een tweede argument vóór de onverbindendverklaring van art. 3 Uitv.besl. is het feit dat voor horecaondernemers *met* personeel óók geen wettelijke verplichting tot het instellen van een rookverbod bestaat.

Anders dan horecaondernemers zonder personeel, voor wie de verplichting ex art. 11a lid 4 jo. 10 lid 1 Tw geldt, vallen horecaondernemers *mét* personeel (en nagenoeg alle *andere* werkgevers in Nederland) namelijk onder het regiem van art. 11a *lid 1* Tw. Art. 11a lid 1 Tw luidt:

'Werkgevers zijn verplicht 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.'

Een toepasselijk verklaring van art. 10 lid 2 Tw, of een aparte bepaling die (overeenkomstig art. 10 lid 2 Tw) tot de te treffen maatregelen *in ieder geval* het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod behoort, ontbreekt in alle leden van art. 11a Tw.

Dat betekent dat werkgevers als bedoeld in art. 11a lid 1 Tw, waaronder horecaondernemers *mét* personeel, géén wettelijke verplichting hebben om een rookverbod in te stellen.

Hetzelfde geldt voor de normadressaten van lid 2 en 3 van art. 11a Tw; respectievelijk personenvervoerders en luchtvaartmaatschappijen. Zij mogen van de wet andere, minder vergaande maatregelen treffen, zolang het doel maar bereikt wordt.

Het oordeel van het Bossche hof aangaande de reikwijdte van art. 11a *lid 4* Tw is dus consistent met de reikwijdte van de overige in art. 11a Tw geregelde gevallen: géén van de in de lid 1 t/m 3 neergelegde verplichtingen omvat het gebod 'in ieder geval' een rookverbod in te stellen.

Het zou inconsistent (en concurrentieverstorend) zijn als de wet (via een op art. 11a lid 4 Tw gebaseerd Uitvoeringsbesluit) voor horecaondernemers *zonder* personeel de verplichte instelling van een rookverbod zou voorschrijven, terwijl dat voor alle *andere* in art. 11a Tw geregelde gevallen (waaronder het geval van de horecaondernemer met personeel) *niet* zou gelden.

3. 'Hinder of overlast'

De vraag is niettemin of Café Victoria straks haar naam niet toch nog moet wijzigen in Café Pyrrhus.

Het hof geeft immers niet aan welke (andere, minder vergaande) maatregelen volgens de wetgever dan *we*/genomen zouden kunnen worden om aan de verplichting als bedoeld in

(art. 11a lid 4 jo.) 10 lid 1 Tw voldoen.

Het antwoord op deze vraag wordt bepaald door de reikwijdte van het begrip 'hinder of overlast' in art. 10 lid 1 Tw.

De ingevolge art. 11a lid 4 jo. 10 lid 1 Tw te treffen maatregelen moeten immers zodanig zijn, dat van de geboden voorzieningen (in casu het café) gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden.

Het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch zegt niets concreets over de betekenis van of de grenzen aan het begrip hinder of overlast, maar het arrest zet wel de deur open naar een beperkte(re) uitleg van de wettelijke verplichtingen tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast, zoals die zijn neergelegd in art. 11a Tw.

Wil je kunnen bepalen welke (andere, minder vergaande) maatregelen gericht tegen hinder of overlast van roken adequaat zijn, dan zul je echter eerst moeten vaststellen hoe ver het begrip 'hinder of overlast' strekt.

Volgens Teunissen gaat het bij de rookverboden in de Tw (alleen) om bescherming van personen die hinder of overlast van roken kunnen *ondervinden*, en moeten degenen die welbewust een 'rookcafé' opzoeken, geacht worden geen hinder of overlast van het (mee) roken te ondervinden.⁹ Het gaat dan dus om maatregelen ter bescherming tegen *ongewild* (mee)roken. Willens en wetens de rook *opzoeken* leidt niet tot hinder of overlast. Waar geen sprake van hinder of overlast is, zijn geen maatregelen nodig, en al helemaal geen rookverbod.

Met zijn stelling raakt Teunissen mijns inziens een kernvraag in het juridisch debat inzake de rookverboden: wat dient te worden verstaan onder het begrip 'hinder of overlast' in de Tw, en wie kunnen die hinder of overlast ondervinden?

Als Teunissen gelijk heeft, en *vrijwillige* blootstelling aan rook geen hinder of overlast van roken in de zin van de Tw oplevert, dan is de logische consequentie dat zolang niet wordt geconstateerd dat iemand zich onvrijwillig in een 'rookcafé' (met of zonder personeel) bevindt, er niets aan de hand is omdat niemand 'hinder of overlast' ondervindt. Er is in de redenering van Teunissen ook geen goede reden waarom dan een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen bezoekers en personeel van het café, zolang het maar om vrijwillig personeel gaat. Wie niet aan rook blootgesteld wil worden, gaat niet in een 'rookcafé' werken, net zomin als iemand die vlieg angst heeft piloot wordt.

Een simpel waarschuwingsbordje op de deur dat er in het café gerookt wordt, zou dan wellicht al een afdoende maatregel in de zin van art. 11a lid 4 Tw kunnen zijn.

4. Hinder of overlast van roken door anderen?

Er is één opvallend verschil tussen de verplichtingen op grond van art. 11a Tw voor de horecaondernemer zonder personeel en die met personeel.

Op grond van art. 11a lid 4 (jo. 10 lid 1) Tw dienen horecaondernemers *zonder* personeel zodanige maatregelen te treffen dat van de geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht 'zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden', terwijl op grond van art. 11a lid 1 Tw (horeca)ondernemers *met* personeel (slechts) zodanige maatregelen dienen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten 'zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen¹⁰ te ondervinden'.

Moet hieruit worden afgeleid dat voor horecaondernemers zonder personeel een strengere norm geldt dan voor horecaondernemers met personeel? En waarom dan?

Het is onwaarschijnlijk dat het tekstuele verschil ('door anderen') ook een inhoudelijk verschil impliceert.

Het is immers niet logisch dat waar *werknemers* in de horeca (of elders) *niet* tegen hun *eigen* rookgedrag beschermd hoeven worden (de te treffen maatregelen hoeven hen slechts in staat te stellen hun werkzaamheden zonder hinder of overlast van roken *door anderen* te verrichten), horecabezoekers die bescherming wél opgedrongen zouden moeten krijgen. Behalve weer als ze de fout begaan een horecagelegenheid met één personeelslid te

bezoeken.

Men stelle zich deze horecagelegenheid met één personeelslid voor. Bepaald geen ondenkbeeldige situatie. De horecaondernemer is op grond van art. 11a lid 1 Tw niet verplicht om iets aan het roken van zijn ene werknemer te doen. Sterker nog: op grond van de huidige regelgeving is die ene werknemer de *enige* die legaal een sigaret mag opsteken in het café, óók als daar bezoekers zijn! Hij ondervindt immers geen hinder of overlast van het roken door anderen, heeft geen medewerkers die hij kan hinderen, en voor zijn werkgever geldt het rookverbod van het Uitvoeringsbesluit niet, omdat dat alleen geldt voor horecaondernemers zonder personeel.

Ook het bestaan van (de mogelijkheid van) de uitzondering op de beschermingsgedachte in de vorm van (vrijwillig te betreden) rookruimten,¹¹ wijst erop dat de wetgever bij de instelling van de 'rookverboden' in de Tw niet het oog heeft gehad op bescherming tegen het *eigen* vrijwillige (mee)rookgedrag.

Men mag zich, in ieder geval in een rookruimte, zo veel men wil vrijwillig blootstellen aan zowel eigen rook als aan de rook van anderen.

5. Vrijwillige blootstelling aan rook

Je zou dus zeggen dat Teunissen gelijk heeft en dat de wetgever niet kan hebben beoogd vrijwillig (mee)rokende burgers tegen hun wil te beschermen. Dus moeten degenen die zich vrijwillig blootstellen aan rook, van zichzelf of van anderen, worden geacht geen hinder of overlast van roken in de zin van de Tw te ondervinden. Waarom dat voor werknemers anders zou liggen, valt gezien het feit dat een werknemer zonder collega's op het werk ongelimiteerd mag roken, moeilijk in te zien.

Dat vrijwilligheid een rol zou moeten spelen bij de vraag of men hinder of overlast ondervindt, wordt gesteund door het feit dat indien de vrijwilligheid géén rol speelt, zulks tot het merkwaardige resultaat leidt dat in het café met één werknemer die werknemer zelf mag roken maar de bezoekers niet, omdat de werkgever de werknemer dan te allen tijde dient te beschermen tegen hinder of overlast van roken door anderen.

De consequentie van de opstelling van Teunissen is dat een werkgever met alléén (vrijwillig mee)rokende werknemers, niet verplicht zou kunnen worden om maatregelen als bedoeld in art. 11a lid 1 Tw te nemen, zolang hij de vrijwilligheid maar waarborgt. Anders gezegd: zolang de werknemer maar steeds zelf kan bepalen of hij op een rookvrije werkplek gaat zitten of niet, zou er niets aan de hand zijn.

Hetzelfde kan betoogd worden voor personenvervoerders als bedoeld in art. 11a lid 2 Tw, luchtvaartmaatschappijen als bedoeld in art. 11a lid 3 Tw en beheerders als bedoeld in art. 11a lid 4 Tw.

6. Bestuursrechtelijke rechtspraak

In alle publiciteit die het rookverbod in de horeca sedert de invoering van het Uitvoeringsbesluit op 1 juli 2008 heeft gegenereerd, is onbelicht gebleven dat het CBB in twee uitspraken van respectievelijk 9 december 2008¹² en 27 januari 2009¹³ de cruciale vragen naar de betekenis van het begrip 'hinder of overlast' in de Tw en naar de rol van de vrijwilligheid van de blootstelling aan rook reeds heeft beantwoord. Dat is gebeurd in twee bestuursrechtelijke procedures die betrekking hadden op overtredingen van art. 11a lid 1 Tw. Verder heeft het CBB ook een standpunt ingenomen met betrekking tot de eisen die aan het constateren van hinder of overlast gesteld moeten worden.

6.1 De uitspraak van 9 december 2008

In de uitspraak van 9 december 2008 ging het om een werkgever die ten behoeve van zijn rokende werknemers een tweetal zogenaamde 'rookabri's' had geplaatst, bedoeld als rookruimten in de zin van art. 2 onder h van het Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek.¹⁴

In die rookruimten geldt de verplichting van art. 11a lid 1 Tw niet.

Deabri's waren voorzien van een 'onafhankelijk functionerend luchtrecyclagesysteem, waarbij lokale bronafzuiging plaatsvindt in combinatie met reiniging door middel van filters'.¹⁵ Verder bevond zich in deabri een tafel waarin een asbak gemonteerd zat, die een sigarettenpeuk die in de asbak werd uitgedrukt, direct opzoog.

Vanwege het feit dat dezeabri's niet afgesloten waren (zoals art. 2 onder h van het Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek voorschrijft) constateerde de Voedsel en Waren Autoriteit (hierna: VWA) dat er geen sprake was van een rookruimte in de zin van het Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek. Omdat twee werknemers van het bedrijf tijdens de inspectie door de VWA de rookabri bezochten 'om een sigaret te roken', werd een proces-verbaal opgemaakt van overtreding van art. 11a lid 1 Tw: de VWA constateerde dat de werkgever niet zodanige maatregelen getroffen had dat de werknemers in staat werden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken van anderen te ondervinden. Of de VWA daarmee bedoelde dat de ene (rokende) werknemer in deabri hinder en overlast van de andere (rokende) werknemer zou ondervinden, blijkt uit de uitspraak niet.

Het CBB diende een oordeel te vellen over de vraag of er sprake was van overtreding van art. 11a lid 1 Tw of niet, en beantwoordde in dat kader een aantal relevante subvragen.

6.1.1 Resultaatsverplichting

Om te beginnen oordeelde het CBB¹⁶ dat de (algemene) verplichting in art. 11a lid 1 Tw om maatregelen te treffen een *resultaatsverplichting* is: *welke* maatregelen een werkgever treft is niet dwingend voorgeschreven, zolang als de getroffen maatregelen maar het *resultaat* hebben dat de werknemers in staat zijn hun werkzaamheden uit te oefenen zonder dat zij hinder of overlast van roken door anderen ondervinden.

De normadressaten van art. 10 en 11 Tw (de Staat, openbare lichamen en de beheerders als bedoeld in art. 11 Tw) onderscheiden zich dus van de normadressaten van art. 11a Tw, omdat voor de eersten tevens de (op het tweede lid van art. 10 en 11 Tw gegronde) verplichting geldt om tot de te treffen maatregelen *in ieder geval* het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod te laten behoren, en voor de laatsten niet.

Het arrest van het van het Hof 's-Hertogenbosch in de Victoria-zaak gaat blijkens de bewijsoverweging ook uit van de resultaatsverplichting: '(...) niet kan worden gezegd dat, louter door geen rookverbod in te stellen, aan te duiden en of te handhaven (...), is verzuimd om te voldoen aan de verplichting tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Tabakswet.'

6.1.2 Hinder en overlast

Uit het bestaan van de resultaatsverplichting trekt het CBB vervolgens de conclusie dat van een *overtreding* van art. 11a lid 1 Tw 'derhalve' eerst sprake kan zijn 'nadat is vastgesteld dat werknemers hinder of overlast van roken door anderen ondervinden'.¹⁷

Dat is de spil waaromheen de verplichtingen uit art. 11a Tw draaien: er moeten maatregelen getroffen worden die *hinder of overlast* van roken voorkomen.

In r.o. 5.5 beantwoordt het CBB de vraag wat onder 'hinder en overlast' als bedoeld in art. 11a lid 1 Tw moet worden verstaan:

'Met de rechtbank leidt het College uit de wetsgeschiedenis af dat onder hinder en overlast als bedoeld in artikel 11a, eerste lid, Tabakswet moet worden verstaan het ondervinden van lichamelijke klachten (zoals gezondheidsklachten) en irritaties die het gevolg zijn van het roken door anderen.'

Het CBB beperkt de *bron* van de hinder of overlast: alleen lichamelijke klachten en irritaties die het gevolg zijn van roken *door anderen* vallen onder hinder of overlast als bedoeld in art. 11a lid 1 Tw.

Indien, zoals ik hierboven onder punt 4 betoogde, hinder of overlast in art. 10 en 11 Tw

dezelfde hinder of overlast is als in art. 11a lid 1 Tw, dan bevestigt de uitspraak van het CBB dat men van *eigen* rook geen hinder of overlast in de zin van de Tw kan hebben.

Indien er wél een verschil gemaakt zou moeten worden tussen hinder of overlast van roken *door anderen* enerzijds en hinder of overlast van roken *sec* anderzijds, zou dat verschil zijn dat de verplichte maatregelen ook lichamelijke klachten en irritaties als gevolg van *eigen* rookgedrag moeten voorkomen. Dat is echter lastig te rijmen met het toestaan van rookruimten (want hoe ga je dan aantonen dat de klachten niet in de rookruimte, of thuis, zijn opgelopen?), en met het feit dat voor werknemers de verplichte maatregelen die strekking niet hoeven te hebben.

De eisen die het CBB stelt aan het *constateren* van hinder of overlast (en dus overtreding van art. 11a lid 1 Tw) beantwoorden niet alle vragen die op dat punt leven.

Het CBB overweegt¹⁸ dat van een overtreding eerst sprake kan zijn nadat is vastgesteld dat werknemers hinder of overlast van roken door anderen ondervinden.

Daarvoor moet '(...) tenminste zijn aangetoond dat sprake is van enige blootstelling aan (schadelijke bestanddelen van) tabaksrook'.¹⁹

Maar hoe dat vaststellen van blootstelling aan schadelijke bestanddelen van tabaksrook dan in zijn werk dient te gaan, en of blootstelling aan tabaksrook altijd impliceert dat er dan ook sprake is van blootstelling aan schadelijke bestanddelen van die rook, is niet geheel duidelijk. De rechtbank in eerste aanleg had overwogen dat 'in beginsel' kan worden volstaan met een organoleptisch onderzoek teneinde vast te stellen of sprake is van blootstelling aan tabaksrook.²⁰

Het CBB herhaalt dat niet, maar overweegt dat het proces-verbaal in kwestie géén melding maakt van organoleptisch waarneembare hinder of overlast,²¹ en dat evenmin *ander* onderzoek, zoals het in de omgevingslucht verrichten van metingen ter vaststelling van de mate van aanwezigheid van bepaalde schadelijke bestanddelen van tabaksrook, had plaatsgevonden.

Of hieruit nu mag worden afgeleid dat organoleptische vaststelling van tabaksrook voldoende is voor het constateren van een overtreding van art. 11 lid 1 Tw betwifel ik, temeer daar het CBB in r.o. 5.6 van de uitspraak overweegt '(...) dat de minister geen gegevens heeft overgelegd waaruit kan worden geconcludeerd dat het gezien de effectiviteit van het toegepaste luchtrecyclagesysteem²² onvermijdelijk is dat in de omgevingsruimte sprake is van *zodanige*²³ blootstelling aan (schadelijke bestanddelen van) tabaksrook dat van hinder of overlast van roken door anderen moet worden gesproken'.

Dat zou kunnen impliceren dat niet *iedere* (organoleptisch waarneembare) blootstelling aan tabaksrook leidt tot hinder of overlast.

6.2 Vrijwillige blootstelling aan rook van anderen?

In het verlengde van de blootstelling aan eigen rook (geen hinder of overlast) ligt de *vrijwillige* blootstelling aan rook van anderen.

De rechtbank in eerste aanleg had op basis van de wetsgeschiedenis geoordeeld dat met de vaststelling dat sprake is van blootstelling aan tabaksrook de mogelijkheid van hinder en overlast gegeven is, en dat 'voor het aantonen van blootstelling aan tabaksrook niet vereist (is) dat werknemers zelf aangeven hinder of overlast te ondervinden; lichamelijke klachten die het gevolg zijn van meeroken treden immers op onafhankelijk van eventuele klachten van de betrokken persoon'.²⁴ Oftewel: anders dan Teunissen meent kunnen óók vrijwillig meerokende personen hinder of overlast van roken ondervinden.

In de uitspraak van 9 december 2008 herhaalde het CBB die overwegingen van de rechtbank over de zelfstandige natuur van hinder of overlast niet. Dat deed hij wel in de uitspraak van 27 januari 2009.

6.3 De uitspraak van 27 januari 2009

In de zaak die leidde tot de uitspraak van 27 januari had de VWA geconstateerd dat op de directiekamer van een onderneming tijdens een vergadering waarbij twee werknemers aanwezig waren, gerookt werd. De onderneming betoogde dat de te beschermen personen in art. 11a lid 1 Tw slechts werknemers die zich onvrijwillig blootstellen aan rook zouden kunnen zijn, omdat personen die zich vrijwillig blootstellen aan rook geen hinder of overlast in de zin van de Tw zouden kunnen ondervinden. Omdat niet was vastgesteld dat de werknemers zich *onvrijwillig* hadden blootgesteld aan rook, kon er volgens de onderneming geen overtreding van de Tw worden geconstateerd.

Het oordeel van het CBB luidt anders:

'Anders dan (de onderneming) veronderstelt, heeft het begrip "werknemers" in artikel 11a, eerste lid, Tabakswet niet slechts betrekking op niet-rokende werknemers, doch op elk persoon die als werknemer van de desbetreffende werkgever kan worden aangemerkt, ongeacht of die werknemer zichzelf beschouwt als roker, niet-roker, gestopte roker, anti-roker, gelegenhedsmoker, vrijwillige meerooker of wat dies meer zij. Het gaat hier dan ook om een algemene aanduiding van het subject van het recht op een rookvrije werkplek, te weten diegene(n) binnen het bedrijf van de werkgever op wie de kwalificatie werknemer van toepassing is.

Gelet hierop heeft de rechtbank dan ook met juistheid overwogen dat de vraag of sprake is van hinder of overlast - en daarmee de vraag of sprake is van een beboetbare overtreding - niet afhankelijk is van de subjectieve waarneming (of de instemming dan wel de wil) van de werknemer, maar dat het in het kader van de in artikel 11a, eerste lid, Tabakswet neergelegde resultaatsverplichting gaat om een meer objectief vast te stellen hinder of overlast.²⁵

Ook *vrijwillige* blootstelling aan rook van anderen levert dus hinder of overlast in de zin van art. 11a lid 1 Tw op volgens het CBB.

7. Conclusies

De stand van zaken na deze twee uitspraken van het CBB is dus dat (waarschijnlijk) 'hinder of overlast' alléén veroorzaakt wordt door blootstelling aan rook van *anderen*, maar dat het (zeker) niet uitmaakt of die blootstelling *vrijwillig* is of niet.

De uitspraken van het CBB hebben betrekking op hinder en overlast bij werknemers als bedoeld in art. 11a lid 1 Tw en zijn geweest in bestuursrechtelijke zaken. Toch is er geen reden te veronderstellen dat wat geldt voor 'werknemers' in art. 11a lid 1 Tw niet óók geldt voor 'passagiers' in art. 11a lid 2 en 3 Tw en voor 'het publiek' (waaronder de cafébezoeker) in art. 11a lid 4 Tw, of dat de definitie die het CBB hanteert voor 'hinder of overlast' in art. 11a lid 1 Tw een andere zou zijn dan de definitie die een strafrechter zal hanteren als het gaat om hinder of overlast in de zin van (art. 11a lid 4 jo.) art. 10 lid 1 Tw.

Dat geldt temeer nu het CBB er in zijn uitspraak van 9 december 2008 blijk van geeft zich terdege bewust te zijn van het feit dat ook een bestuursrechtelijke procedure op grond van overtreding van art. 11a lid 1 Tw een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM is. Dit gezien zijn overweging dat '(...) het in het kader van een onderzoek naar een beboetbare overtreding van artikel 11a lid 1 Tw niet op de weg van (de onderneming) ligt haar onschuld te bewijzen, doch het in de eerste plaats aan de minister is overtuigend bewijs te leveren dat (de onderneming) niet de in die bepaling neergelegde resultaatsverplichting is nagekomen'.²⁶

Gelet op de systematiek van de huidige regelgeving en de rechtspraak van het CBB heeft het Hof 's-Hertogenbosch terecht geoordeeld dat art. 11a lid 4 Tw geen grond biedt om horecaondernemers zonder personeel te verplichten tot het instellen van een rookverbod. Voor horecaondernemers *met* personeel geldt die verplichting evenmin.

Art. 11a Tw legt een resultaatsverplichting op, zonder voor te schrijven hoe men tot dat resultaat moet komen. Andere maatregelen dan het instellen van een rookverbod zijn wettelijk toegestaan en denkbaar.

Het begrip *hinder of overlast*, dat bepalend is voor het antwoord op de vraag welke maatregelen voldoen aan de eisen van de wetgever, is een objectief vast te stellen begrip. Hinder of overlast doet zich voor zodra er sprake is van blootstelling aan (schadelijke

bestanddelen van) tabaksrook van anderen, *ongeacht* of dat vrijwillig is of niet. Hoe die blootstelling exact aangetoond moet worden, en of iedere (mate van) blootstelling ook meteen leidt tot hinder of overlast, is niet geheel duidelijk.

Indien onder hinder of overlast in de zin van de Tw óók (de gevolgen van) blootstelling aan (schadelijke bestanddelen van) *eigen* rook begrepen zou dienen te worden, zou dat leiden tot een ongerechtvaardigd verschil tussen de mate van bescherming die *werknemers* als bedoeld in art. 11a lid 1 Tw genieten en de bescherming die de overige subjecten van het recht op een rookvrije omgeving als bedoeld in lid 2 t/m 4 van art. 11a Tw genieten.

Bovendien komt in dat geval de rechtvaardiging van het bestaan van rookruimten op losse schroeven te staan.

De Tw beschermt werknemers niet tegen hun eigen rook, staat hen toe zich in rookruimten ook aan andermans rook bloot te stellen en biedt horecabezoekers geen bescherming tegen een rokende barman zolang die het enig personeelslid is. Toch moeten volgens het CBB werknemers (in de horeca en elders) ook beschermd worden tegen *vrijwillige* blootstelling aan andermans rook.

Adriaan Norenburg

Mr. A.R.A.L. Norenburg is advocaat te Woerden en was gemachtigde van de beboete werkgever in de zaak die leidde tot de uitspraak van het CBB 27 januari 2009 (LJN BH5223).

2. [\[Terug\]](#)

NJB 2009, 552, afl. 11, p. 677 t/m 680.

3. [\[Terug\]](#)

Teunissen, p. 677.

4. [\[Terug\]](#)

Teunissen, p. 678.

5. [\[Terug\]](#)

Teunissen, p. 678.

6. [\[Terug\]](#)

Teunissen, p. 678.

7. [\[Terug\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, *LJN* BI3572.

8. [\[Terug\]](#)

Bewijsoverweging, p. 5 van het arrest.

9. [\[Terug\]](#)

Teunissen, p. 678.

10. [\[Terug\]](#)

Onderstropping AN.

11. [\[Terug\]](#)

Art. 2 onder b Uitv.besl.

12. [\[Terug\]](#)

LJN BG8912.

13. [\[Terug\]](#)

LJN BH5223.

14. [\[Terug\]](#)

Besluit van 15 december 2003, *Stb.* 2003, 561, vervallen per 1 juli 2008 en vervangen door het Uitvoeringsbesluit.

15. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.4.

16. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.2.

17. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.2.

18. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.2.

19. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.5.

20. [\[Terug\]](#)

*LJN*BA9561, r.o. 2.4.

21. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.3.

22. [\[Terug\]](#)

In deabri's, AN.

23. [\[Terug\]](#)

Cursivering AN.

24. [\[Terug\]](#)

*LJN*BA9561, r.o. 2.4.

25. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.5.

26. [\[Terug\]](#)

R.o. 5.8.