

Aan de Hoge Raad der Nederlanden  
te 's-Gravenhage

Inzake: [Café De Kagchel] / O.M.

Zaaknummer: S 09/02920

---

Gerequireerde van beroep in cassatie, [café De Kagchel], gevestigd te [Groningen], hierna aan te duiden als “[De Kagchel]”, draagt met betrekking tot de conclusie van de advocaat-generaal mr. P.C. Vegter d.d. 5 januari 2010 (CPG 09/02920 E) het volgende commentaar voor.

1. In zijn conclusie onderschrijft de advocaat-generaal het oordeel van het Hof dat in de Tabakswet (Tw) een - ook door de wetgever bedoeld - onderscheid wordt gemaakt tussen de verplichting tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken enerzijds en een verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod anderzijds (§ 11 en § 23 van de conclusie). De advocaat-generaal onderkent aldus dat artikel 11a Tw en artikel 10 lid 1 Tw - waarin het enkel gaat om maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken - als zodanig derhalve onvoldoende basis bieden voor het opleggen van een verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod, maar dat deze verplichting uiteindelijk een grondslag dient te vinden in artikel 10 lid 2 Tw (§ 20 van de conclusie).
2. Terwijl het Hof meent dat voor het onderhavige rookverbod geen deugdelijke wettelijke grondslag in artikel 10 lid 2 Tw is aan te wijzen, stelt de advocaat-generaal zich daarentegen op het standpunt dat met de verwijzing in artikel 11a lid 4 Tw naar artikel 10 lid 1 Tw, het bepaalde in de eerste volzin van artikel 10 lid 2 Tw wordt ingesloten (zie onder meer § 22-23 van de conclusie) en dat aan de in die eerste volzin geformuleerde bevoegdheid om een verplichting op te leggen om een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven, met betrekking tot horecaondernemers zonder personeel uitvoering is gegeven in artikel 3 van het Besluit Uitvoering (zie § 19 van de conclusie).
3. Zich beroepend op de volgens hem uit de parlementaire geschiedenis op te maken bedoeling van de wetgever, stapt de advocaat-generaal aldus met grote stelligheid over de onvolkomenheden in de wet- en regelgeving heen: (i) het ontbreken van een uitdrukkelijke

verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw in artikel 11a Tw acht hij - hoewel niet het gevolg van een vergissing (zie § 21 van de conclusie) - “wetssystematisch wellicht minder fraai” (§ 19 van de conclusie), en (ii) het ontbreken van een verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw in de considerans van het Besluit Uitvoering kwalificeert hij als “slordig” en een “omissie” (§ 21 van de conclusie t.a.v. het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch in de zaak [café Victoria]).

4. De advocaat-generaal acht zich daarbij klaarblijkelijk niet geremd door enige uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende grens aan de toepassing van een teleologische interpretatiemethodiek. Ten onrechte, meent [De Kagchel]. Uit het standpunt van de advocaat-generaal met betrekking tot de wettelijke grondslag voor het onderhavige rookverbod spreekt namelijk een interpretatie van de betrokken wet- en regelgeving die niet alleen geen ondersteuning vindt in de tekst van die wet- en regelgeving, maar ook aantoonbaar afwijkt van de interpretatie die de (AMvB-)wetgever en de Minister van VWS (**Minister**) aan dezelfde wet- en regelgeving geven. Dit kan als volgt worden toegelicht.

#### ***Wettelijke grondslag***

5. Terwijl de advocaat-generaal, zoals gezegd, in zijn conclusie onderschrijft dat in de Tabakswet een onderscheid wordt gemaakt tussen de verplichting tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast enerzijds en een verplichting tot het instellen van een rookverbod anderzijds, alsook dat het opleggen van laatstgenoemde verplichting enkel bij AMvB op basis van artikel 10 lid 2 Tw kan geschieden, is dit toch niet de opvatting die aan het Besluit Uitvoering ten grondslag ligt.
6. Anders dan de advocaat-generaal stelt, ligt aan het Besluit Uitvoering namelijk de opvatting van de wetgever ten grondslag, dat de verplichting in de Tabakswet tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken reeds *als zodanig* neerkomt op een verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod en dat derhalve het opleggen van laatstgenoemde verplichting geen rechtsgrondslag in artikel 10 lid 2 Tw behoeft.
7. Die opvatting is reeds op te maken uit de tekst van en toelichting op artikel 3 Besluit Uitvoering. Uit die tekst en toelichting blijkt nergens dat voor het opleggen van de verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod aan

horecaondernemers zonder personeel een rechtsgrondslag in artikel 10 lid 2 Tw (of zelfs in art. 10 lid 1 Tw) wordt aangezocht.

8. Integendeel, uit die tekst en toelichting blijkt dat de wetgever kennelijk van mening was dat artikel 11a lid 4 Tw een *zelfstandige* grondslag biedt tot het opleggen van een zodanige verplichting aan de betrokken horecaondernemers. De tekst van artikel 3 Besluit Uitvoering strekt immers tot niets anders dan dat en ook de toelichting bij het artikel wijst daar uitdrukkelijk op:

*“Artikel 3 voegt iets nieuws toe aan de tabaksregelgeving, doordat hiermee voor het eerst gebruik gemaakt wordt van de mogelijkheid die artikel 11a, vierde lid, van de Tabakswet biedt. Het gaat hier om het instellen van een rookverbod in zowel horeca-inrichtingen, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel, als in overdekte winkelcentra, evenementenhallen, congrescentra en luchthavens.”*

(p. 3 Nota van Toelichting Besluit Uitvoering)

*“Teneinde de eenmanszaken in de horeca rookvrij te maken, wordt hier voor het eerst gebruik gemaakt van artikel 11a, vierde lid, van de Tabakswet. Dit artikel biedt de rechtsgrondslag om al die categorieën van gebouwen rookvrij te maken die - gelet op de artikelen 10 en 11 van de Tabakswet - niet onder de werkingssfeer van het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten gebracht kunnen worden (...).”*

(p. 4 Nota van Toelichting Besluit Uitvoering)

9. Uit voornoemde citaten kan bezwaarlijk een andere conclusie worden getrokken dan dat de wetgever in de veronderstelling verkeerde dat artikel 11a lid 4 Tw als zodanig reeds (en dus buiten art. 10 lid 2 Tw om) de rechtsgrondslag biedt om - gelijk in het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten geschiedt ten aanzien van in artikelen 10 en 11 Tw genoemde beheerders - een verplichting op te leggen tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Dit verklaart ook het ontbreken van enige verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw in de considerans van het Besluit Uitvoering; de wetgever meende eenvoudigweg artikel 10 lid 2 Tw in het geheel niet nodig te hebben om de betrokken verplichting op te leggen.

10. Dit blijkt evenzeer uit de omstandigheid dat de wetgever met het opleggen van de verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van het rookverbod aan horecaondernemers zonder personeel in het Besluit Uitvoering uitdrukkelijk beoogde om *aldus* voor deze horecaondernemers *dezelfde* verplichtingen te doen gelden als voor werkgevers in de horeca. In de toelichting bij het Besluit Uitvoering is die bedoeling ook uitdrukkelijk opgetekend (p. 3-4):

*“Met het beëindigen van de uitzondering van de werkgeversverplichting (artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet) voor de horecasector zou deze sector in beginsel in zijn geheel rookvrij worden, ware het niet dat er ook horeca-inrichtingen zijn waar geen personeel werkzaam is. [...] Dit besluit strekt er onder meer toe deze eenmanszaken in de horeca rookvrij te maken. Een belangrijk motief hiervoor is het vermijden van een tweedeling in de horeca: horecagelegenheden waar niet mag worden gerookt (om werknemers te beschermen tegen blootstelling aan tabaksrook) en horecagelegenheden waar dat wel zou mogen (omdat geen sprake is van werknemers). [...] Meer in het algemeen zou het niet van goed beleid getuigen wanneer niet alle horecagelegenheden tegelijk rookvrij worden. Dit zou onduidelijk zijn voor het publiek en leiden tot (een schijn van) concurrentievervalsing.”*

11. Deze bedoeling van de wetgever om op deze wijze de voor de horecaondernemers zonder personeel te gelden verplichting *gelijk te trekken* met de verplichting die voor werkgevers in de horeca geldt, is slechts te verklaren indien de wetgever in de veronderstelling verkeerde dat de verplichting voor werkgevers op grond van artikel 11a lid 1 Tw tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken eveneens reeds *als zodanig* neerkomt op een verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod, en dat voor het opleggen van die verplichting dus evenmin een rechtsbasis in artikel 10 lid 2 Tw hoefde te worden aangezocht. Immers, ten aanzien van artikel 11a lid 1 Tw bestaat geen enkele verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw; ook niet via de door de advocaat-generaal gepropageerde insluitingsroute van artikel 10 lid 1 Tw.

12. Ook het Hof heeft deze veronderstelling van de wetgever onderkend in het arrest: *“In feite kwam deze gedachtegang erop neer dat er al een ‘rookverbod’ bestond voor horecawerkgevers en dat dit nu, ter voorkoming van oneerlijke concurrentie, ook moest gaan gelden voor horecaondernemers zonder personeel.”* Terecht oordeelt het Hof dat hier sprake is van een misvatting, aangezien de verplichting tot het instellen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken niet met de verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod kan worden vereenzelvigd (zie ook hierna, randnummers 19 t/m 23).
13. Deze opvatting van de wetgever - die ook door het Openbaar Ministerie nog werd onderschreven bij de feitelijke instanties in de onderhavige procedure - klinkt ook uitdrukkelijk door in het handhavingsbeleid van de Minister met betrekking tot het Besluit Uitvoering.
14. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op het standpunt van de Minister in zijn beslissing van 23 april 2009 - hierbij opgenomen als **Bijlage** - met betrekking tot een door de [De Kagchel] ingesteld bezwaar tegen een bestuurlijke boete voor een vermeende overtreding van artikel 3 Besluit Uitvoering. In die beslissing stelt de Minister zich op het standpunt dat overal waar in de Tabakswet een verplichting staat tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken (o.a. in artikelen 10 lid 1 en 11a lid 1 Tw), dit moet worden uitgelegd als een verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod (p.9-10 van de beslissing op bezwaar):

*“De commissie ziet een verschil tussen de formulering van artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet, dat - onder meer - horecaondernemers met personeel verplicht tot het treffen van maatregelen om zijn werknemers in staat te stellen hun werkzaamheden te verrichten zonder hinder of overlast van roken door anderen, terwijl horecaondernemers zonder personeel op grond van artikel 3, eerste lid, onder a van de amvb, het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten (hierna: Bu) verplicht zijn een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven. Hierdoor zou er voor horecaondernemers met personeel niet per definitie een verplichting tot het instellen en handhaven van een rookverbod gelden en voor horecaondernemers zonder personeel wel,*

*hetgeen ten nadele van laatstgenoemde groep tot een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling zou leiden.*

*Op zichzelf heeft de commissie gelijk als zij vaststelt dat de bewoordingen waarin vorenbedoelde bepalingen gesteld zijn, niet identiek zijn. Maar de vraag is of hieraan (zelfstandige) betekenis moet worden toegekend, of hieraan verschillende rechtsgevolgen moeten worden verbonden en of hieraan de conclusie 'schending van het gelijkheidsbeginsel' kan worden verbonden. Anders dan de commissie in haar aanvullend advies beantwoord ik die vragen ontkennend.*

*De commissie gaat in haar aanvullend advies (ogenschijnlijk) voorbij aan een aantal feiten en omstandigheden. Aan een aantal daarvan zal ik hieronder aandacht besteden.*

*1. De norm in het Bu voor horecaondernemers zonder personeel is niet meer dan een concretisering van de norm in de wet. Bovendien zij hier direct aan toegevoegd dat zowel horeca-ondernemers met personeel als zonder personeel het recht hebben om een rookruimte in te richten (artikel 2, aanhef en onder b, resp. artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, van het Bu).*

*[...]*

*10. Bij de huidige stand van de techniek zijn - zoals gezegd - geen alternatieve en effectieve - maatregelen voorhanden en komen dus de verplichtingen in de Tabakswet en het Bu, hoewel niet vervat in identieke bewoordingen, op hetzelfde neer: je kunt bij de huidige stand van de techniek niet aan de norm 'zonder hinder of overlast' - [...] - voldoen, zonder het instellen en handhaven van een rookverbod (en dit staat los van de mogelijkheid een rookruimte in te richten: zie ook punt 1). [...]"*

15. Deze opvatting van de wetgever en de Minister strookt niet met de visie van de advocaat-generaal in zijn conclusie met betrekking tot de bedoeling en interpretatie van de betrokken

wet- en regelgeving. Anders dan de advocaat-generaal, menen klaarblijkelijk wetgever noch Minister dat aan het rookverbod in artikel 3 Besluit Uitvoering het bepaalde in artikel 10 lid 2 Tw - al dan niet via insluiting in de verwijzing naar artikel 10 lid 1 Tw - ten grondslag ligt of zelfs zou moeten worden gelegd.

16. Het is verbazingwekkend dat de advocaat-generaal in zijn conclusie aan deze, met zijn interpretatie niet te rijmen, opvatting van de wetgever en Minister geen enkele aandacht schenkt. Temeer nu de consequentie van de interpretatie van de advocaat-generaal zou zijn dat een, met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever botsende, discrepantie ontstaat tussen de voor horecawerkgevers enerzijds en voor horecaondernemers zonder personeel anderzijds te gelden verplichting (zie hierna: randnummers 23 t/m 26).
17. Tegen de interpretatie van de advocaat-generaal spreken de tekst, toelichting, bedoeling en wijze van handhaving van het Besluit Uitvoering. Daarbij kan worden vastgesteld dat de interpretatie van de advocaat-generaal ook niet wordt gevolgd door de gerechtshoven in de strafprocedures tegen [café Victoria] en [De Kagchel]. Dat slaat de basis weg onder zijn betoog dat het rookverbod zonder meer volgt uit de bedoeling van de wetgever.
18. Ten onrechte meent de advocaat-generaal dat de gebreken in de betrokken wet- en regelgeving met een beroep op de bedoeling van de wetgever kunnen worden weggepoetst. Gezien het voorgaande meent [De Kagchel] dat de vrij complexe, gekunstelde en uitgesproken teleologische interpretatie die de advocaat-generaal toepast om te komen tot een wettelijke grondslag voor het onderhavige rookverbod de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende grenzen (ver) overschrijdt. [De Kagchel] wijst in dit verband tevens op zijn opmerkingen in het antidotaal geschrift van 7 december 2009 (zie daarin randnummers 11 t/m 18).

#### ***Maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast niet hetzelfde als een rookverbod***

19. Voor de goede orde wijst [De Kagchel] erop - gelijk hij bij voortdurende in deze procedure bij de feitelijke instanties heeft aangevoerd en ook nog eens in zijn antidotaal geschrift van 7 december 2009 uiteen heeft gezet - dat de opvatting van wetgever en Minister, dat de verplichting tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast is gelijk te

stellen aan een verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod, onjuist is.

20. Die opvatting laat zich niet rijmen met de systematiek van de Tabakswet waarin toch - zo meent ook de advocaat-generaal met verwijzing naar de wetsgeschiedenis (§ 11 en § 23 van de conclusie) - een uitdrukkelijk onderscheid tussen beide verplichtingen wordt gemaakt. Zoals door [De Kagchel] is aangegeven in het antidotaal geschrift van 7 december 2009 (zie daarin randnummers 2, onder (i), 3 en 4), is deze systematiek en dit onderscheid (tegenstrijdig genoeg) ook uitdrukkelijk door de Minister onderkend, hetgeen ook de advocaat-generaal onderschrijft (zie § 23 van de conclusie).
21. Voornoemde opvatting van wetgever en Minister strookt ook niet met de (door de advocaat-generaal in zijn conclusie onbesproken) uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 9 december 2008 (LJN: BG8912). Uit deze uitspraak volgt dat aan de verplichting tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken klaarblijkelijk ook (en, anders dan de Minister stelt, óók bij de huidige stand van de techniek; vgl. hierboven randnummer 14) op andere wijze dan door het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod kan worden voldaan. [De Kagchel] verwijst naar de opmerkingen met betrekking tot deze uitspraak in zijn antidotaal geschrift (randnummers 19-23). Daarin heeft [De Kagchel] er onder meer op gewezen dat de strafrechter in beginsel van dit oordeel van de terzake hoogst bevoegde bestuursrechter dient uit te gaan. Daarbij wijst [De Kagchel] erop dat uit deze uitspraak naar voren komt, dat het antwoord op de vraag of het nemen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast al dan niet neerkomt op een verplichting tot het instellen van een rookverbod in belangrijke mate afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval (welke exacte maatregelen zijn getroffen en in hoeverre wordt daarmee hinder of overlast in de zin van de wet voorkomen?), waarvan de beoordeling in beginsel niet toetsbaar is in cassatie. Voor een principiële oordeel door de rechter dat de verplichting tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken *steeds* neerkomt op een rookverbod lijkt in elk geval geen plaats; dit zou de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan.
22. Bezien vanuit de systematiek van de Tabakswet, de parlementaire geschiedenis bij de Tabakswet, de in de werkelijkheid te treffen maatregelen tegen hinder of overlast door roken en ook, zoals het Hof aangeeft, vanuit taalkundig perspectief, is de verplichting tot het

instellen van een rookverbod, gelijk ook het Hof 's-Hertogenbosch in het arrest van 12 mei 2009 concludeert, derhalve niet te vereenzelvigen met de verplichting tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast door roken, maar dient het als een verdergaande, ultieme verplichting te worden beschouwd.

23. Ten onrechte menen wetgever en Minister op grond van die vereenzelviging dat voor het opleggen van de verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod geen uitdrukkelijke rechtsgrond buiten artikel 11a lid 4 Tw noodzakelijk zou zijn. Het Hof is dan ook op goede gronden tot het oordeel gekomen dat voor het onderhavige rookverbod geen deugdelijke wettelijke grondslag in de Tabakswet bestaat.

#### ***Strijd met het gelijkheidsbeginsel***

24. [De Kagchel] wijst erop dat indien niettemin de zienswijze van de advocaat-generaal zou worden gevolgd, dit tot het onvermijdelijke resultaat leidt dat voor horecaondernemers zonder personeel een veel verdergaande verplichting geldt dan voor werkgevers in de horeca. Immers, in de interpretatie van de advocaat-generaal zou dan voor horecaondernemers zonder personeel op rechtmatige wijze een verplichting in artikel 3 Besluit Uitvoering zijn opgelegd tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod, terwijl die verplichting op grond van dezelfde interpretatie niet geldt - en bij gebreke van een (al dan niet in art. 10 lid 1 Tw ingesloten) verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw, ook niet kan gelden - voor werkgevers in de horeca.
25. Dat resultaat valt, zoals gezegd, niet te rijmen met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om een gelijk speelveld te creëren voor alle horecaondernemers en leidt er naar het oordeel van [De Kagchel] toe dat het rookverbod - gelijk de Rechtbank Breda in de strafprocedure tegen [café Victoria] oordeelde in het vonnis van 3 april 2009 - wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel onverbindend dient te worden geacht. [De Kagchel] verwijst in dit verband naar het verweer dat hij in dit verband bij het Hof heeft aangedragen (zie in de pleitnotitie van 26 juni 2009, randnummers 89 t/m 109).
26. Ten onrechte betreft de advocaat-generaal deze consequentie van zijn interpretatie van de wet- en regelgeving niet in zijn conclusie. [De Kagchel] acht dit temeer onbegrijpelijk nu de advocaat-generaal anderzijds toch meent dat wel voorbij kan worden gegaan aan de

onjuistheden in en de beperkte reikwijdte van het door het Openbaar Ministerie ingestelde cassatiemiddel omdat “duidelijkheid over de verbindendheid van het hier aan de orde zijnde rookverbod is vereist” (zie § 4 van de conclusie).

27. Mocht de Hoge Raad genegen zijn het advies van de advocaat-generaal te volgen, dan zal evenwel de onduidelijkheid over de verbindendheid van het rookverbod voortduren en is de verwachting gerechtvaardigd dat partijen binnen afzienbare tijd wederom voor de Hoge Raad staan met betrekking tot de schending van het gelijkheidsbeginsel.

### **Conclusie**

28. Gezien het voorgaande meent [De Kagchel] dat er geen sprake van is dat de bedoeling van de wetgever (wat die ook is geweest) zich heeft vertaald in een deugdelijke wettelijke grondslag voor het onderhavige rookverbod. Het advies in de conclusie van de advocaat-generaal dient door de Hoge Raad niet te worden gevolgd.

Dit geschrift wordt ondertekend en ingediend door mr. J.A. Tempelman, advocaat te Amsterdam, aldaar kantoorhoudende aan het Dijsselhofplantsoen 14-18 (1077 BL), en door mr. M.I. Bloch, advocaat te Amsterdam, aldaar kantoorhoudende aan de IJburglaan 650 (1087 CE), die beiden verklaren tot deze ondertekening en indiening bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd door [De Kagchel].

Amsterdam, 18 januari 2010

J.A. Tempelman

M.I. Bloch