

**LJN: BZ4871, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.111.618/01**

Datum uitspraak: 26-03-2013

Datum 26-03-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Uitzondering op rookverbod voor kleine cafés in strijd met Kaderovereenkomst van de Wereldgezondheidsorganisatie voor de bestrijding van tabaksgebruik.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

**Uitspraak**

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.111.618/01

Zaak/rolnummer rechtbank : 406327/HA ZA 11-2623

arrest van 26 maart 2013

inzake

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid  
NEDERLANDSE NIETROKERSVERENIGING CAN (Club Actieve Nietrokers),  
gevestigd te Oss,  
hierna te noemen: CAN,  
appellante,  
advocaat: mr. F.P. van Galen te Leiden,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),  
zetelend te 's-Gravenhage,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen te 's-Gravenhage.

Het geding

Bij exploit van 6 augustus 2012 heeft CAN hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 16 mei 2012, gewezen tussen partijen. Bij memorie van grieven heeft CAN tegen het bestreden vonnis zes grieven aangevoerd, die door de Staat bij memorie van antwoord zijn bestreden. Op 11 februari 2013 hebben partijen de zaak voor het hof doen bepleiten door hun advocaten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Ten slotte hebben partijen stukken gefourneerd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Aangezien geen grieven zijn gericht tegen de feiten en het juridisch kader zoals door de rechtbank

onder 2.1 tot en met 2.9 van het bestreden vonnis weergegeven, zal ook het hof daarvan uitgaan. Het gaat in deze zaak, voor zover in hoger beroep van belang, om het volgende.

1.2 CAN is een vereniging die zich ten doel stelt te bevorderen dat het roken van tabak wordt nagelaten voor zover dat hinder dan wel schade voor anderen veroorzaakt dan wel kan veroorzaken.

1.3 De Tabakswet, meer in het bijzonder art. 11a lid 4 van die wet, maakt het mogelijk bij algemene maatregel van bestuur categorieën van voor het publiek toegankelijke gebouwen aan te wijzen, waarvan de beheerders verplicht zijn zodanige maatregelen te treffen dat van de daar geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden. Ingevolge art. 11a lid 5 Tabakswet kunnen op deze verplichting bij algemene maatregel van bestuur beperkingen worden aangebracht.

1.4 Met ingang van 1 juli 2008 geldt het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten (Stb. 2008, 123), hierna: het Besluit 2008. In dit besluit wordt de beheerder van een gebouw waarin een horeca-inrichting wordt geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel, verplicht daarin een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven. Vanaf 1 juli 2008 geldt aldus (ook) voor horecaondernemers die geen personeel in dienst hebben een rookverbod.

1.5 Op 6 juli 2011 is het Besluit houdende wijziging van het Besluit 2008 (hierna: het Besluit 2011) in werking getreden. In het Besluit 2011 is in art. I onder C, dat een wijziging aanbrengt op art. 3 van het Besluit 2008, een uitzondering gemaakt op het rookverbod voor horecaondernemers zonder personeel, voor zover de horecaondernemer één enkele horecalokaliteit exploiteert met een vloeroppervlak van minder dan 70m<sup>2</sup>. De horecaondernemer die van deze vrijstelling gebruik maakt dient dit bij de toegang aan te geven. De horecalokaliteiten met een vloeroppervlak van minder dan 70m<sup>2</sup> die worden geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel worden hierna aangeduid als: 'kleine cafés'. De aldus door art. I onder C van Besluit 2011 gemaakte uitzondering op het rookverbod wordt hierna ook wel aangeduid als: 'de uitzondering voor kleine cafés'.

1.6 CAN stelt zich in deze procedure op het standpunt dat de Staat met de uitzondering voor kleine cafés onrechtmatig handelt en dat deze uitzondering onverbindend is. CAN vordert, samengevat, een verklaring voor recht, een gebod gericht tot de Staat om art. 11a lid 3 Tabakswet juncto art. 4 lid 1 Besluit 2008 te handhaven, alsmede een gebod aan de Staat om het vonnis openbaar te maken door middel van een aan de horeca-inrichtingen zonder personeel gerichte brief van de betrokken minister. CAN voert daartoe aan dat de uitzondering voor kleine cafés in strijd is met de Tabakswet, met art. 8 lid 2 van de Kaderovereenkomst van de Wereldgezondheidsorganisatie voor de bestrijding van tabaksgebruik (hierna: het Verdrag), met Aanbevelingen van de Raad van de Europese Unie, alsmede met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (het discriminatieverbod, het gelijkheidsbeginsel, het willekeurverbod en het rechtszekerheidsbeginsel) en de Grondwet.

1.7 De rechtbank heeft, op grond van overwegingen die zo nodig hierna nog aan de orde zullen komen, de stellingen van CAN ongegrond geacht en de vorderingen afgewezen.

2.1 In grief III, die het hof eerst zal behandelen, komt CAN op tegen het oordeel van de rechtbank, dat de normen neergelegd in het Verdrag geen rechtstreekse werking hebben in het Nederlandse recht. De rechtbank heeft dit oordeel gebaseerd op de volgende overwegingen. Op basis van de formulering van art. 7 van het Verdrag en de inhoud van art. 8 lid 2 van het Verdrag moet worden vastgesteld dat de verdragsluitende partijen tot uitgangspunt hebben genomen dat lidstaten in de eigen rechtssfeer tot uitvoering moeten overgaan van verplichtingen die in het Verdrag in abstracto zijn verwoord, hetgeen volgens de rechtbank wordt onderstreept door de formulering van art. 5 lid 2 sub b, waarin aan de lidstaten wordt opgelegd "doeltreffende wetgevende, uitvoerende, bestuurlijke en/of andere maatregelen" te treffen. Uit de overige inhoud van het Verdrag blijkt dat de lidstaten

daarbij een grote mate van vrijheid hebben die maatregelen vorm te geven. Aldus is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van normen die zo zijn geformuleerd dat zij in de nationale rechtsorde zonder bezwaar als objectief recht kunnen functioneren. Dat in de Guidelines (de Guidelines for implementation of the Framework Convention on Tobacco Control, hof) een nadere specificatie is gegeven van de verplichtingen van de verdragsluitende staten op grond van art. 8 van het Verdrag doet daar niet aan af, aangezien de Guidelines geen deel uitmaken van het Verdrag. Overigens blijkt volgens de rechtbank uit het doel van de Guidelines ("to assist Parties in meeting their obligations under Article 8 of the Convention") eens te meer dat het Verdrag nadere uitwerking behoeft. Dit betekent dat het Verdrag niet geacht kan worden rechtstreekse werking te hebben in de Nederlandse rechtssfeer en dat ingezetenen zich niet op de inhoud van het Verdrag kunnen beroepen ingevolge art. 94 Grondwet. CAN kan derhalve niet worden gevolgd in haar stelling dat het Besluit 2011 wegens strijd met het Verdrag onverbindend is, aldus de rechtbank.

2.2 CAN komt tegen dit oordeel op met een betoog dat op het volgende neerkomt. De rechtbank heeft terecht overwogen dat van rechtstreekse werking sprake kan zijn als de in het verdrag neergelegde normen zo zijn geformuleerd dat deze in de nationale rechtsorde zonder bezwaar als objectief recht kunnen functioneren. Ten onrechte heeft de rechtbank evenwel behalve naar art. 8 lid 2 van het Verdrag, ook naar andere verdragsbepalingen gekeken. Dit is onjuist omdat de vraag of aan een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt niet voor elke bepaling op dezelfde wijze hoeft te worden beantwoord. De door art. 8 lid 2 voorgeschreven maatregel, bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook, is zeer concreet en omvat, omdat er geen veilig niveau van blootstelling aan tabaksrook is, bescherming tegen iedere vorm of graad van blootstelling aan tabaksrook. De enkele omstandigheid dat een verdragsbepaling nadere uitwerking in wetgeving behoeft, leidt niet tot de conclusie dat die verdragsbepaling geen rechtstreekse werking heeft. Daar komt bij dat, zelfs al zou de verdragstekst ruimte laten voor andersoortige maatregelen, het ongeclausuleerd afschaffen van het rookverbod in kleine cafés in strijd is met de verdragsnorm.

2.3 Het hof stelt voorop dat op grond van art. 38 van het Verdrag onder meer de Engelse tekst van het Verdrag authentiek is, de Nederlandse tekst is dat niet. Het hof zal dan ook de Engelse tekst van het Verdrag tot uitgangspunt nemen. Art. 8 Verdrag luidt in de Engelstalige versie aldus:

#### Article 8

##### Protection from exposure to tobacco smoke

1. Parties recognize that scientific evidence has unequivocally established that exposure to tobacco smoke causes death, disease and disability.
2. Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.

2.4 CAN voert terecht aan dat de vraag, of aan het bepaalde in art. 8 lid 2 van het Verdrag rechtstreekse werking toekomt, beantwoord moet worden aan de hand van een nauwkeurige analyse van de bewoordingen en de strekking van die bepaling. Dat andere bepalingen uit het Verdrag mogelijk geen rechtstreekse werking hebben, betekent niet dat dit ook het geval is met art. 8 lid 2. Het oordeel van de rechtbank, die in haar oordeel over de rechtstreekse werking van art. 8 lid 2, mede aandacht heeft besteed aan andere bepalingen van het Verdrag alsmede aan de Guidelines, zonder de zojuist genoemde analyse uit te voeren, is in zoverre onjuist. CAN voert ook terecht aan dat, anders dan de rechtbank kennelijk heeft aangenomen, de omstandigheid dat de norm van art. 8 lid 2 van het Verdrag nog in nationale wetgeving moet worden omgezet, niet zonder meer betekent dat daaraan geen rechtstreekse werking toekomt. Ook in een dergelijk geval kan van rechtstreekse werking sprake zijn, bijvoorbeeld indien de verdragsnorm op duidelijke en onvoorwaardelijke wijze het met die

nationale wetgeving te bereiken resultaat voorschrijft.

2.5 Art. 8 lid 2 Verdrag bepaalt, voor zover hier van belang, in de Engelstalige versie: "Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction (...) the adoption and implementation of effective legislative (...) measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke (...) in indoor public places and, as appropriate, other public places." Het hof is van oordeel dat deze bepaling voldoende duidelijk en concreet is ten aanzien van het door middel van nationale wetgeving tot stand te brengen resultaat, te weten een effectieve bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook op de door het artikellid aangeduide plaatsen. Gelet op het bepaalde in lid 1 van art. 8, waarin zonder enige kwalificatie of enig voorbehoud is vastgesteld dat blootstelling aan tabaksrook "death, disease and disability" veroorzaakt, het bepaalde in art. 8 lid 2, waarin is bepaald dat de te nemen wettelijke maatregelen effectief moeten zijn, en mede bezien tegen de achtergrond dat CAN onvoldoende gemotiveerd bestreden heeft gesteld dat er geen veilige mate van blootstelling aan tabaksrook bestaat, is in de praktijk voldoende duidelijk wat in een bepaald geval wel en niet onder de bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook valt. Het zich in één ruimte bevinden met mensen die roken, zoals thans in kleine cafés is toegestaan, is zonder meer met het voorschrift van art. 8 lid 2 van het Verdrag in strijd.

2.6 De vraag is vervolgens of voldoende duidelijk is wat met "indoor public places" is bedoeld en of ten aanzien van de daarmee aangeduide plaatsen ruimte voor de nationale wetgever bestaat die aan rechtstreekse werking van art. 8 lid 2 van het Verdrag in de weg zou staan. Het hof is van oordeel dat de verdragstekst ook in dit opzicht voldoende duidelijk is. Op grond van art. 31 lid 1 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Tegen deze achtergrond kan er geen misverstand over bestaan dat met "indoor public places" wordt bedoeld op gebouwen die voor het publiek toegankelijk zijn. Naar het oordeel van het hof vallen alle horeca-inrichtingen die in een gebouw zijn gevestigd onder het begrip "indoor public place". De kleine cafés die, niettegenstaande de kwalificatie door de Staat als "huiskamercafé", gewoon toegankelijk zijn voor het publiek, vallen hier dus ook onder.

2.7 Het standpunt van de Staat dat de kleine cafés onder het begrip "other public places" vallen, voor welke categorie (meer) beoordelingsruimte voor de verdragsluitende staten zou bestaan, kan niet worden aanvaard. Niet valt in te zien waarom in een gebouw gevestigde horeca-instellingen onder verschillende categorieën "public place" zouden kunnen vallen. Het brengen van kleine cafés onder de categorie "other public place" zou betekenen dat ook andere horeca-instellingen als "other public place" zouden moeten worden aangemerkt. Dit zou betekenen dat ten aanzien van alle voor het publiek toegankelijke horeca-inrichtingen, hoe groot ook, voor de verdragsluitende partijen slechts de verplichting zou bestaan om "as appropriate" (voor zover passend) maatregelen tegen blootstelling aan tabaksrook te nemen, hetgeen er dus op zou neerkomen dat voor de volledige horecasector een uitzonderingspositie ten opzichte van andere "indoor public places" zou bestaan. Er is niets in het Verdrag dat op een dergelijke uitzondering wijst. Dat zou ook moeilijk verenigbaar zijn met de doelstelling van het Verdrag om (onder meer) gezondheidsrisico's door blootstelling aan tabaksrook uit te bannen. Veeleer ligt het, gelet op de gewone betekenis van de in deze bepaling gebruikte bewoordingen en de context van de onderhavige bepaling, voor de hand dat met "other public places" is bedoeld op "public places" die niet "indoor" zijn, dat wil zeggen plaatsen in de (openbare) open lucht. Voor plaatsen in de (openbare) open lucht is het, gelet op de aard en diversiteit van dit soort locaties, ook vanzelfsprekend dat de verdragsstaten een zekere beoordelingsvrijheid hebben om aldaar "as appropriate", dat wil zeggen voor zover passend, maatregelen tegen blootstelling aan tabaksrook te treffen. Ten aanzien van de "indoor public places" geldt die beoordelingsruimte ingevolge de duidelijke bewoordingen van het Verdrag niet.

2.8 Het hof concludeert dan ook dat aan art. 8 lid 2 Verdrag rechtstreekse werking toekomt voor zover

het gaat om de verplichting in "indoor public places" effectieve wettelijke maatregelen te nemen tegen blootstelling aan tabaksrook.

2.9 Het hof is ook van oordeel dat de uitzondering voor kleine cafés in strijd met deze verdragsverplichting is vastgesteld. Zoals hiervoor is overwogen vallen kleine cafés onder het begrip "indoor public places". Ook kan niet ontkend worden dat door deze uitzondering geen sprake is van bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in de kleine cafés. Dit betekent dat de uitzondering voor kleine cafés wegens strijd met art. 8 lid 2 Verdrag onverbindend en dus onrechtmatig is. Het hof neemt hierbij mede in aanmerking dat het in dit geval niet gaat om een tijdelijke uitzondering die, bijvoorbeeld bij wege van overgangsmaatregel, als onderdeel van een geleidelijke implementatie van de verdragsverplichtingen is genomen, maar om het terugdraaien van een beschermingsmaatregel die reeds sinds 2008 van kracht was.

2.10 De conclusie is dat grief III gegrond is. De gevorderde verklaring voor recht is dan ook toewijsbaar overeenkomstig het dictum.

2.11 Het voorgaande betekent dat het hof nog zal moeten nagaan of de vorderingen tot handhaving en tot publicatie van het vonnis (het hof leest: dit arrest) door middel van een aan horeca-inrichtingen gerichte brief toewijsbaar zijn. Dit is niet het geval. Het hof heeft geen aanleiding te veronderstellen dat de Staat niet tot handhaving van het rookverbod zal overgaan. Daar komt bij dat de Staat bij handhaving een ruime beleidsvrijheid heeft. Dat de Staat in dit geval buiten de hem toekomende beleidsvrijheid zal treden, is thans niet aannemelijk. Voor een bevel aan de Staat dit arrest door middel van een brief aan horeca-instellingen te publiceren bestaat onvoldoende grond. Het is in beginsel aan de beleidsvrijheid van de Staat overgelaten of en op welke wijze hij nog verdere bekendheid aan deze overigens openbare en op rechtspraak.nl te publiceren uitspraak zal geven.

3.1 De overige grieven behoeven geen behandeling.

3.2 De Staat zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties.

## Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:
- verklaart voor recht dat de uitzondering voor kleine cafés onverbindend en onrechtmatig jegens CAN is;
- wijst af het meer of anders gevorderde;
- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg tot 16 mei 2012 begroot op € 650,81 voor verschotten en € 904,-- voor salaris van de advocaat, en in hoger beroep tot heden op € 756,64 voor verschotten en € 2.682,-- voor salaris van de advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Dupain, S.A.Boele en B.M.P. Smulders, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 26 maart 2013, in aanwezigheid van de griffier.