

LJN: BK8210, Hoge Raad , 09/02920 E Print uitspraak

Datum uitspraak: 23-02-2010

Datum publicatie: 23-02-2010

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Rookverbod in de horeca. OM-cassatie. Uitleg art. 11a.4 Tabakswet. I.c. gaat het in de kern om de vraag of onder de verwijzing in art. 11a.4 Tabakswet naar de maatregelen a.b.i. art. 10.1 Tabakswet het instellen van een rookverbod, a.b.i. art. 10.2 Tabakswet, is begrepen. De tekst van art. 10 Tabakswet duidt erop dat in de 1e volzin van lid 2 in algemene zin een nadere specificatie van lid 1 is opgenomen, zodat lid 2 zo nauw is verbonden met het in lid 1 geregelde dat lid 1 steeds in samenhang met lid 2 moet worden gelezen. Dat impliceert dat art. 11a.4, dat eveneens is opgenomen in par. 5 van de Tabakswet onder het kopje "Rookverboden", aan de daar bedoelde (rechts)personen die het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, de verplichting oplegt tot het treffen van zodanige maatregelen dat van die gebouwen en van de daarin geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden en dat die maatregelen in ieder geval behelzen het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. De totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen bevat geen duidelijke aanknopingspunten voor een ander oordeel. Dat art. 11.2 Tabakswet wel verwijst naar lid 2 van art. 10 Tabakswet, doet hieraan niet af, ook al komt dat de duidelijkheid van de regeling als geheel wellicht niet ten goede. Art. 11a Tabakswet biedt derhalve een toereikende wettelijke grondslag voor de in art. 3 Besluit neergelegde verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Het andersluidende oordeel van het Hof is onjuist.

Uitspraak

23 februari 2010

Strafkamer

Nr. 09/02920 E

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden, Economische Kamer, van 3 juli 2009, nummer 24/000383-09, in de strafzaak tegen:
[Verdachte], gevestigd te [plaats].

1. Geding in cassatie

1.1. Het beroep is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

1.2. De raadslieden van de verdachte, mr. M.I. Bloch en mr. J.A. Tempelman, beiden advocaat te Amsterdam, hebben het beroep tegengesproken.

1.3. De Advocaat-Generaal Vegter heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugwijzing van de zaak naar het Hof, teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

1.4. De raadslieden hebben schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Tenlastelegging en vrijspraak

2.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

"zij op of omstreeks 23 november 2008, te en in de gemeente [plaats], als degene die - anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 of 11 van de Tabakswet - het beheer had over een voor het publiek toegankelijk gebouw, waarin een horecainrichting, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel, was gevestigd, te weten Café [A], althans café(-bedrijf) [A], gevestigd aan het [a-straat 1], niet aan haar verplichting heeft voldaan tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10 lid 1 en/of artikel 10 lid 2 van de Tabakswet, te weten in het/de voor het publiek toegankelijke deel/delen van dat gebouw daarvan een rookverbod in te stellen en/of aan te duiden en/of te handhaven."

2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken en heeft dat als volgt gemotiveerd:

"Aan verdachte is in essentie en voor zover hier van belang ten laste gelegd dat zij op 23 november 2008 niet voldaan heeft aan haar verplichting om een rookverbod in te stellen, aan te duiden of te handhaven in het door haar als ondernemer zonder personeel geëxploiteerde café [A] in [plaats]. Die verplichting is volgens de tenlastelegging opgenomen in artikel 10 lid 1 en/of 10 lid 2 van de Tabakswet.

Verdachte heeft erkend in het door haar als ondernemer zonder personeel geëxploiteerde café [A] in [plaats] op 23 november 2008 geen rookverbod te hebben ingesteld, aangeduid of gehandhaafd. Het overige bewijsmateriaal steunt deze feitelijke vaststelling. In zoverre is de tenlastelegging derhalve bewijsbaar.

Verdachte heeft echter betwist wettelijk verplicht te zijn geweest een rookverbod in te stellen, aan te duiden of te handhaven. Nu de tenlastelegging het bestaan van een dergelijke verplichting stelt, zal het hof dus hebben te onderzoeken of deze inderdaad in de wet is neergelegd. Daarbij beperkt het hof zich eerst tot de vraag of een rookverbod moest worden ingesteld. Het ten laste gelegde niet aanduiden en handhaven daarvan is immers slechts relevant indien de conclusie zou zijn dat verdachte een rookverbod had moeten instellen.

Wettelijk kader

Artikel 10 Tabakswet (Tw) luidt:

1. Voor de instellingen, diensten en bedrijven die door de Staat en de openbare lichamen worden beheerd, worden door het bevoegde orgaan 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.
2. 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.

In artikel 11a Tw is het volgende bepaald:

3. 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.

(...)

4. 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.

5. 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.

Daarbij kunnen nadere regels worden gesteld.

Het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten (verder: Besluit uitvoering) bepaalt in artikel 3:

1. 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;

(...)

Het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksprodukten (verder: Besluit beperking) bepaalt in artikel 2:

1. Als categorieën van ruimten waarin ingevolge artikel 10, tweede lid, van de Tabakswet, een rookverbod ingesteld en gehandhaafd dient te worden, worden aangewezen:

(...)

j. overige ruimten, voor zover deze voor het publiek toegankelijk zijn.

Legaliteitsbeginsel

In essentie is in deze zaak aan de orde de vraag of een wettelijke basis bestaat voor de in de tenlastelegging genoemde verplichting een rookverbod in te stellen. Het hof kiest er daarom voor eerst die vraag te beantwoorden. Die keuze brengt mee dat het wenselijk is vooralsnog - namelijk totdat geoordeeld zou worden dat voldoende wettelijke grondslag bestaat - zonder inhoudelijk onderzoek en daarom veronderstellenderwijs als juist aan te nemen

- a. dat artikel 3 lid 1 van het Besluit uitvoering strekt tot aanwijzing van voor het publiek toegankelijke gebouwen als bedoeld in artikel 11a lid 4 Tw;
- b. dat de horeca-inrichting van verdachte kan worden aangemerkt als een gebouw, gelijk bedoeld in artikel 3 lid 1 van het Besluit uitvoering en
- c. dat verdachte als beheerder in de zin van dat besluit kan worden aangemerkt.

Daarvan uitgaande geldt dat aan verdachte in artikel 3 lid 1 Besluit uitvoering de verplichting is opgelegd een rookverbod in te stellen.

Die verplichting is duidelijk geformuleerd. Verdachte heeft het bestaan daarvan ook begrepen, hetgeen blijkt uit de omstandigheid dat zij ter terechtzitting in hoger beroep heeft verklaard per 1 juli 2008 (aanvankelijk) een rookverbod te hebben ingesteld omdat zulks per genoemde datum verplicht was.

Zoals de rechtbank in het beroepen vonnis terecht voorop gesteld heeft, is op grond van artikel 1 Wetboek van Strafrecht echter geen feit strafbaar dan uit kracht van een daaraan

voorafgegane wettelijke strafbepaling. Dat betekent dat het Besluit uitvoering - zijnde niet zelf een wet in formele zin, maar een algemene maatregel van bestuur - niet zelfstandig de verplichting kan opleggen een rookverbod in te stellen. Dat kan slechts indien de bevoegdheid daartoe bij wet is verleend.

Misslag

Voortbouwend op de hiervoor gedane aannames geldt dat artikel 3 Besluit uitvoering geldt als de aanwijzing die in artikel 11a lid 4 Tw is bedoeld. Dat laatste artikel houdt derhalve voor de horecaondernemer zonder personeel in de verplichting om maatregelen te treffen als bedoeld in artikel 10 lid 1 Tw. In dat artikel 10 lid 1 Tw wordt niet gesproken over een verplichting om een rookverbod in te stellen. Daarin wordt (meer in het algemeen) gesproken van maatregelen die moeten voorkomen dat men hinder of overlast van roken ondervindt. Het rookverbod wordt wel genoemd in artikel 10 lid 2 Tw, maar een verwijzing naar dat artikel(lid) staat niet in artikel 11a lid 4 Tw. Een tekstueel duidelijke verplichting om een rookverbod in te stellen is voor de horecaondernemer zonder personeel dus niet in de wet opgenomen.

Het openbaar ministerie erkent dit, maar stelt zich op het standpunt dat als gevolg van een misslag in artikel 11a lid 4 Tw verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw achterwege is gebleven en dat de rechter deze misslag mag repareren door in artikel 11a lid 4 Tw deze verwijzing in te lezen.

In het algemeen geldt dat een kennelijke misslag of vergissing van de wetgever zich voor reparatie door de rechter leent.

De stelling dat van een misslag sprake is, impliceert dat de wetgever ten tijde van de invoering (en inwerkingtreding per 17 juli 2002) van artikel 11a lid 4 Tw duidelijk kenbaar beoogde in dat artikellid een verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw op te nemen teneinde aldus het rookverbod binnen de werkingssfeer van dat artikel te brengen, waar tot dan toe onder die werkingssfeer (slechts) waren gebracht maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast van roken.

Voor deze stelling pleit dat in het voorstel van wet tot wijziging van de Tabakswet in artikel 11a was opgenomen een tweede lid, inhoudende dat artikel 10 lid 2 Tw van overeenkomstige toepassing is. Blijkens de memorie van toelichting werd deze verwijzing opgenomen om het mogelijk te maken 'voor bepaalde werksituaties een uitzondering te treffen. (...) Daarbij valt te denken aan de horeca of werk in de buitenlucht'. Het ging dus kennelijk niet erom binnen de werkingssfeer van artikel 11a Tw te brengen een ander regiem (rookverbod in plaats van maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast) maar de mogelijkheid om beperkingen aan te brengen, bijvoorbeeld voor de horeca.

In het genoemde voorstel van wet was artikel 11a Tw zo geredigeerd dat bij algemene maatregel van bestuur de in dat artikel genoemden (werkgevers, vervoerders en beheerders van publiek toegankelijke gebouwen) 'kunnen' worden verplicht om maatregelen te nemen. Dat vond het kamerlid Hermann te vrijblijvend. Zij wilde het 'kunnen' vervangen door een verplichting ('zijn verplicht') en diende een daartoe strekkend amendement in. Deze gedachte van het kamerlid is vervolgens door de regering overgenomen en aldus door de wetgever vastgesteld. Geconstateerd kan immers worden dat artikel 11a Tw uiteindelijk als een verplichting is geredigeerd. Ook wilde Hermann echter de mogelijkheid open houden de in de wet opgenomen verplichtingen te beperken. Daartoe had zij in haar amendement (in gewijzigde versie) aan artikel 11a Tw een vijfde lid toegevoegd dat inhield dat bij algemene maatregel van bestuur op de in artikel 11a bedoelde verplichtingen beperkingen konden worden aangebracht. Ook dat onderdeel van het amendement is in de wet terechtgekomen en wel als lid 5 van artikel 11a Tw. Stilzwijgend is toen ook de door de regering aanvankelijk opgenomen verwijzing naar artikel 10 lid 2 Tw verdwenen uit artikel 11a Tw. Gelet op hetgeen in de vorige en deze alinea is vermeld, ligt het voor de hand dat zulks is gebeurd

omdat het gemeenschappelijk doel van regering en Hermann, te weten het inbouwen van een beperkingsmogelijkheid, met het alsnog toevoegen van een vijfde lid aan artikel 11a Tw in de visie van de wetgever bereikt was. Onvoldoende aanwijzing voor een misslag derhalve.

Misvatting

Aanwijzingen voor een misvatting zijn er wel.

Wie de nota van toelichting leest op het Besluit uitvoering moet wel tot de conclusie komen dat de minister toen (in 2008) slechts één ding voor ogen had: het 'rookvrij' maken van de horeca. De minister meende dat te kunnen bereiken door de uitzondering van de werkgeversverplichting (ex artikel 11a lid 1 Tw) voor de horecasector te beëindigen in combinatie met het invoeren van een 'rookverbod' voor horecaondernemers zonder personeel (artikel 3 Besluit uitvoering). Dat laatste was nodig, aldus de nota van toelichting, om een tweedeling in de horeca te vermijden: '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)'. 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.

Maar: artikel 11a lid 1 Tw spreekt niet van een verplichting voor horecawerkgevers om horecaruimten 'rookvrij' te maken of daarin een 'rookverbod' in te stellen. Het spreekt van een verplichting 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. Nu zou deze constatering zonder gevolgen kunnen blijven indien zou moeten worden aangenomen dat met de in de artikelen 10 lid 1 en 11a lid 1 Tw genoemde maatregelen slechts één ding bedoeld kan zijn, namelijk het instellen van een algeheel rookverbod.

Taalkundig laat het woord 'maatregelen' echter ruimte voor iets anders dan een 'rookverbod'. In de wetgeving is dit onderstreept doordat artikel 10 lid 2 Tw - zijnde de enige bepaling in de Tabakswet waarin het woord 'rookverbod' voorkomt - bepaalt dat tot de 'maatregelen' die in lid 1 van dat artikel genoemd zijn in ieder geval behoort het instellen van een rookverbod. Dat suggereert dat ook andere maatregelen dan een rookverbod denkbaar zijn. De minister maakte in de Nota naar aanleiding van het Verslag (pagina 33) bij de laatste wetwijziging van de Tabakswet (waarbij artikel 11a in de Tabakswet is gebracht) voorts de opmerking dat in de Tabakswet onderscheid wordt gemaakt 'tussen (zorg voor) het verrichten van werkzaamheden zonder hinder van tabaksrook en een rookverbod'. In diezelfde nota (pagina 37) weerspreekt de minister niet de constatering van de fracties van RPF en GPV dat het wetsvoorstel geen rookverbod op de werkplek bevat, maar zegt de minister dat de wet wel de grondslag voor het treffen van een algemene maatregel van bestuur bevat waarbij een rookverbod wordt ingevoerd. Die stellingname is niet te begrijpen indien het in de wet opgenomen begrip 'maatregelen ter voorkoming van hinder of overlast van roken' vereenzelvigd zou moeten worden met het 'rookverbod'. Dan zou de wet immers reeds in de artikelen 10 lid 1 en 11a lid 1 Tw, zij het met andere bewoordingen, een rookverbod bevatten.

Datzelfde geldt voor de opmerking van de minister (pagina 33 van genoemde Nota) dat hij zich zal beraden 'of "zonder hinder van" moet worden omgezet in een rookverbod'.

Al deze uitlatingen kunnen toch bezwaarlijk worden gezien als een ondersteuning voor de stelling dat de termen 'maatregelen' en 'rookverbod' vereenzelvigd kunnen worden.

De geciteerde passages zijn veeleer een aanwijzing dat de minister er vanuit is gegaan dat de wet in artikel 11a lid 4 Tw weliswaar niet het rookverbod noemde (door verwijzing naar artikel 10 lid 1 Tw) maar wel de grondslag bood om bij algemene maatregel van bestuur een rookverbod te introduceren. Indien dat inderdaad de gedachte van de minister (en een meerderheid in de tweede kamer) was geldt, gelijk ook gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn

arrest van 12 mei 2009 heeft vastgesteld, dat die gedachte - die vanuit strafrechtelijk legaliteitsperspectief als een misvatting heeft te gelden - een gebrek aan wettelijke grondslag niet kan compenseren.

Verhouding artikel 10 lid 1 en 10 lid 2 Tw

Gesteld zou nog kunnen worden - en in het vonnis waarvan beroep is aldus geoordeeld - dat artikel 10 lid 2 Tw niet meer doet dan lid 1 van dat artikel uitleggen. De tekst van artikel 10 Tw wijst in die richting door te bepalen (in lid 2) dat tot de maatregelen, bedoeld in het eerste lid, in ieder geval behoort het instellen van een rookverbod. Zo gelezen zou in de verwijzing naar artikel 10 lid 1 Tw, die is opgenomen in artikel 11a lid 4 Tw, de verwijzing naar en toepasselijkheid van artikel 10 lid 2 Tw zijn opgesloten.

Die visie acht het hof echter onjuist.

De advocaat-generaal heeft in het gedeelte van zijn requisitoir dat is aangehecht aan het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 29 mei 2009, een overzicht gegeven van de wetsgeschiedenis. Uit die wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever het in artikel 10 lid 1 Tw aan de daar genoemde instellingen, diensten en bedrijven die door de Staat en openbare lichamen worden beheerd, heeft willen overlaten welke maatregelen ter voorkoming van 'hinder of overlast door roken' getroffen zouden worden en waar.

Die vrije invulling is er echter niet voor de ruimten (in gebouwen van die door de Staat en openbare lichamen beheerde instellingen, diensten en bedrijven) die behoren tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van ruimten. Voor die ruimten moet een rookverbod worden getroffen. Ten aanzien van die ruimten geeft artikel 10 lid 2 derhalve niet een interpretatie van artikel 10 lid 1, maar roept het een afzonderlijke, verdergaande, verplichting in het leven. Dat blijkt ook uit het feit dat artikel 2 lid 1 Besluit beperking uitdrukkelijk verwijst naar (het rookverbod van) artikel 10 lid 2 Tw.

Daarbij komt dat de algemene maatregel van bestuur waarop artikel 10 lid 2 Tw ziet, slechts kan strekken tot nadere invulling van het begrip 'ruimten' voor zover het gaat om ruimten in gebouwen van de in lid 1 genoemde door de Staat en openbare lichamen beheerde instellingen, diensten en bedrijven. Een particuliere horecagelegenheid, zoals die van verdachte, behoort daartoe niet en kan dus ook niet worden begrepen onder de categorie 'overige ruimten, voor zover deze voor het publiek toegankelijk zijn', welke categorie is opgenomen in artikel 2 lid 1 sub j van het Besluit beperking, zijnde het besluit dat strekt ter uitvoering van artikel 10 Tw (en niet artikel 11a lid 4 Tw).

Slotsom

Uit het voorgaande volgt dat niet kan worden bewezen dat artikel 10 leden 1 en/of 2 Tw aan verdachte de verplichting oplegde(n) een rookverbod in te stellen, zodat verdachte moet worden vrijgesproken."

3. Het wettelijke kader

3.1. Voor de beoordeling van de middelen zijn de volgende artikelen van de Tabakswet, het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten en het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksprodukten van belang:

a. Tabakswet

"§ 5. Rookverboden

Artikel 10

1. Voor de instellingen, diensten en bedrijven die door de Staat en de openbare lichamen worden beheerd, worden door het bevoegde orgaan 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.

2. 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.

Artikel 11

1. Bij algemene maatregel van bestuur kan aan degenen die - anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 - het beheer hebben over gebouwen of inrichtingen voor gezondheidszorg, welzijn, maatschappelijke dienstverlening, kunst en cultuur, sport, sociaal-cultureel werk of onderwijs, voor zover die gebouwen of inrichtingen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, de verplichting worden opgelegd tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.
2. Artikel 10, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 11a

1. 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.

(...)

4. 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.

5. 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.

Daarbij kunnen nadere regels worden gesteld."

b. Art. 2 Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten

"1. Als categorieën van ruimten waarin ingevolge artikel 10, tweede lid, van de Tabakswet, een rookverbod ingesteld en gehandhaafd dient te worden, worden aangewezen:

(...)

- j. overige ruimten, voor zover deze voor het publiek toegankelijk zijn."

c. Art. 3 Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten

"1. 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;
- b. overdekte winkelcentra, evenementenhallen, congrescentra en luchthavens.

2. De verplichting geldt niet:

- a. in ruimten waar geen inbreuk mag worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer;
- b. in afsluitbare, voor het roken van tabaksproducten aangewezen en als zodanig aangeduide ruimten;
- c. in de open lucht."

3.2. De totstandkomingsgeschiedenis van voormelde bepalingen is, voor zover van belang, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 11 tot en met 14 en onder 27.

4. Beoordeling van het middel

4.1. Het middel komt op tegen de door het Hof gegeven vrijspraak met de klacht dat het Hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan art. 11a, vierde lid, Tabakswet.

4.2. In deze zaak gaat het in de kern om de vraag of onder de verwijzing in art. 11a, vierde lid, Tabakswet naar de maatregelen als bedoeld in art. 10, eerste lid, Tabakswet het instellen van een rookverbod, zoals bedoeld in art. 10, tweede lid, Tabakswet, is begrepen.

De tekst van art. 10 Tabakswet duidt erop dat in de eerste volzin van het tweede lid in algemene zin een nadere specificatie van het eerste lid is opgenomen, zodat het tweede lid zo nauw is verbonden met het in het eerste lid geregelde dat het eerste lid steeds in samenhang met het tweede lid moet worden gelezen. Dat impliceert dat art. 11a, vierde lid, dat eveneens is opgenomen in paragraaf 5 van de Tabakswet onder het kopje "Rookverboden", aan de daar bedoelde (rechts)personen die het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, de verplichting oplegt tot het treffen van zodanige maatregelen dat van die gebouwen en van de daarin geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden en dat die maatregelen in ieder geval behelzen het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod.

De totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen bevat geen duidelijke aanknopingspunten voor een ander oordeel. Dat art. 11, tweede lid, Tabakswet wel verwijst naar het tweede lid van art. 10 Tabakswet, doet hieraan niet af, ook al komt dat de duidelijkheid van de regeling als geheel wellicht niet ten goede.

4.3. Art. 11a Tabakswet biedt derhalve een toereikende wettelijke grondslag voor de in art. 3 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten neergelegde verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Het andersluidende oordeel van het Hof is onjuist.

4.4. Het middel is dus terecht voorgesteld.

5. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven en als volgt moet worden beslist.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem, Economische Kamer, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de president G.J.M. Corstens als voorzitter, en de raadsheren J.W. IJssink, J. de Hullu, W.F. Groos en M.A. Loth, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 23 februari 2010.

Conclusie