

Heden, de dertiende juni tweeduizenddertien, ten verzoeken van **de Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)**, waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage, te dezer zake woonplaats kiezende te 's-Gravenhage aan de Bezuidenhoutseweg nr. 57 (2594 AC), gebouw New Babylon (postbus 11756, 2502 AT), ten kantore van mr. M.W. Scheltema, advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, die door hem wordt aangewezen om hem te vertegenwoordigen in na te melden geding in cassatie;

he**bb** ik,

heb ik, Giovanni van Puivelde, gerechtsdeurwaarder met plaats van vestiging Leiden, kantoorhoudende aldaar aan de Schipholweg 101 D;

AAN

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Nederlandse Nietrokersvereniging CAN (Club Actieve Nietrokers)**, gevestigd te Oss, maar overeenkomstig artikel 63 lid 1 Rv mijn exploit doende te Leiden, Vondellaan 51 (postbus 201, 2300 AE Leiden), ten kantore van mr. F.P. van Galen, advocaat, alwaar de gerequireerde in vorige instantie laatstelijk woonplaats heeft gekozen, sprekende met en afschrift dezes latende aan:

mevrouw J.G.M. [REDACTED], aldaar werkzaam

AANGEZEGD

dat mijn requirant hierbij beroep in cassatie instelt tegen het arrest van het Gerechtshof te Den Haag, onder rolnr. 200.111.618/01 tussen mijn requirant als geïntimeerde en gerequireerde als appellante gewezen en ter openbare terechtzitting van 26 maart 2013 uitgesproken;

voorts heb ik, deurwaarder, geheel exploiterend en relaterend als voormeld, de geïnsinueerde voornoemd,

GEDAGVAARD

om op vrijdag de twaalfde juli tweeduizenddertien, des voormiddags om 10.00 uur, vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, te verschijnen ter openbare terechtzitting van de Hoge Raad der Nederlanden, Eerste Enkelvoudige Kamer voor de behandeling van burgerlijke zaken, die alsdan wordt gehouden in het gebouw van de Hoge Raad der Nederlanden aan de Kazernestraat nr. 52 te 's-Gravenhage;

MET DE UITDRUKKELIJKE VERMELDING:

- dat van gerequireerde bij verschijning een griffierecht zal worden geheven en dat dit griffierecht verschuldigd is vanaf haar verschijning in het geding en binnen vier weken nadien dient te zijn voldaan;
- dat de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorende bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website www.wetten.overheid.nl/BWBR0028899/;
- dat van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - 1° een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - 2° een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;
- dat indien gerequireerde in het geding verschijnt door advocaat te stellen, maar het door haar verschijning verschuldigde griffierecht niet tijdig voldoet, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, ingevolge artikel 411 lid 1 Rv haar recht om in cassatie te komen vervalt.

TENEINDE

alsdan tegen voormeld arrest te horen aanvoeren het navolgende

MIDDEL VAN CASSATIE

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 2.4-2.10, 3.1 en 3.2, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

- 1 Het hof heeft in rov. 2.3 de Engelse tekst (van artikel 8) van de Kaderovereenkomst van de Wereldgezondheidsorganisatie voor de bestrijding van tabaksgebruik (het Verdrag) tot uitgangspunt genomen. Het hof heeft in rov. 2.4 overwogen dat de beantwoording van de vraag of artikel 8 van het Verdrag rechtstreekse werking toekomt moet geschieden 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 volgens het hof niet dat dit ook het geval is met artikel 8 lid 2. Het oordeel van de rechtbank, die in haar oordeel over de rechtstreekse werking van artikel 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, aldus het hof, in zoverre onjuist. Ook wanneer de norm van artikel 8 lid 2 van het Verdrag nog in nationale wetgeving moet worden omgezet, kan (anders dan de rechtbank kennelijk heeft overwogen), aldus het hof, van rechtstreekse werking sprake zijn, bijvoorbeeld indien de verdragsnorm op duidelijke en onvoorwaardelijke wijze het met die nationale wetgeving te bereiken resultaat voorschrijft.
Het hof heeft in rov. 2.5 de zojuist bedoelde analyse uitgevoerd. Volgens het hof bepaalt artikel 8 lid 2 Verdrag 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 artikel 8, waarin zonder enige kwalificatie of enig voorbehoud is vastgesteld dat blootstelling aan tabaksrook "death, disease and disability" veroorzaakt en het bepaalde in artikel 8 lid 2, waarin is bepaald dat de te nemen wettelijke maatregelen effectief moeten zijn, is in de praktijk volgens het hof voldoende duidelijk wat in een bepaald geval wel en niet onder de bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook valt. Het vorenstaande heeft het hof mede gezien tegen de achtergrond dat CAN door de Staat onvoldoende gemotiveerd bestreden heeft gesteld dat er geen veilige mate van blootstelling aan tabaksrook bestaat. Het zich in één ruimte bevinden met mensen die roken, zoals thans in kleine cafés is toegestaan, is volgens het hof zonder meer

met het voorschrift van artikel 8 lid 2 van het Verdrag in strijd.

- 1.1 Het hof is in rov. 2.4 en 2.5 uitgegaan van een onjuiste maatstaf. Artikel 8 Verdrag komt slechts rechtstreekse werking toe indien dit artikel voldoende nauwkeurig is omschreven en geschikt is voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter. Het hof heeft in rov. 2.4 in dat verband miskend dat voor de beantwoording van de vraag of artikel 8 Verdrag rechtstreekse werking toekomt niet relevant is of artikel 8 Verdrag het met nationale wetgeving te bereiken resultaat op duidelijke en onvoorwaardelijke wijze voorschrijft, maar of artikel 8 Verdrag zelf voldoende nauwkeurig is omschreven en geschikt is voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter.
- 1.2 Althans heeft het hof in rov. 2.4 en 2.5 miskend dat artikel 8 Verdrag onvoldoende nauwkeurig is omschreven en ongeschikt is voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter. Deze norm laat immers aan de verdragspartijen ruimte om te bepalen welke (doeltreffende) wetgevende, uitvoerende, bestuursrechtelijke of andersoortige maatregelen moeten worden genomen om blootstelling aan tabaksrook tegen te gaan.¹ De Staat heeft dan ook (beleids)vrijheid in de keuze van (het samenstel van) te nemen maatregelen. Hetzelfde geldt in verband met de keuze voor bepaalde maatregelen, nu het Verdrag niet definieert welke maatregelen doeltreffend zijn en wanneer dat het geval is.² Het hof heeft daarmee, met name in rov. 2.5, miskend dat het woord 'effective' in artikel 8 Verdrag geen betrekking heeft op iedere in artikel 8 Verdrag genoemde wetgevende, uitvoerende, bestuursrechtelijke of andersoortige maatregel afzonderlijk, maar op het *samenstel* van zojuist genoemde maatregelen. Anders dan het hof in rov. 2.5 heeft overwogen, leidt de omstandigheid dat het Besluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten een uitzondering bevat voor (zeer) kleine cafés er dan ook niet noodzakelijkerwijs toe dat rokers en niet rokers zich in dergelijke cafés in één ruimte bevinden en evenmin, zoals het hof in rov. 2.9 heeft overwogen, dat noodzakelijkerwijs geen sprake is van bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in kleine cafés. De Staat kan immers ook andere effectieve (wetgevende of andersoortige) maatregelen nemen om deze bescherming vorm te geven. In dat verband is het rookverbod in het Besluit ten aanzien van kleine cafés weliswaar versoepeld, maar is daarin aan deze cafés tegelijkertijd de verplichting opgelegd om door middel van een bord bij de deur aan te geven of er al dan niet mag worden gerookt.³

¹ Memorie van antwoord, onder 3.39-3.43 en 3.50; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 3.2 en 3.3.

² Memorie van antwoord, onder 3.16, 3.17, 3.22, 3.32, 3.33 en 3.39-3.43; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 3.3 en 3.4.

³ Memorie van antwoord, onder 3.22; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 2.3. Voorts heeft de Staat er op gewezen dat de bestuurlijke boetes zijn verhoogd om blootstelling aan

Het hof heeft dan ook, met name in rov. 2.5, miskend dat de Staat blijkens artikel 8 lid 2 Verdrag kan kiezen tussen wetgevende, uitvoerende, bestuursrechtelijke of andersoortige maatregelen, zolang het samenstel van maatregelen effectief is. Uitgangspunt is derhalve dat het aan de Staat is om de door artikel 8 Verdrag geëiste bescherming vorm te geven, in welk verband de Staat het samenstel en de modaliteit van de te nemen maatregelen kan bepalen, en daarmee artikel 8 Verdrag niet van dien aard is dat deze in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren.⁴ Het hof heeft derhalve ten onrechte aangenomen dat artikel 8 Verdrag rechtstreekse werking heeft.

- 1.3 Althans heeft het hof miskend dat het in onderdeel 1.2 betoogde niet anders wordt in het geval een eerder geldend rookverbod in het Besluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten wordt gemitigeerd voor (zeer) kleine cafés.
- 1.4 Althans heeft het hof, indien in cassatie uitgangspunt moet zijn dat de door artikel 8 Verdrag geëiste effectiviteit voor iedere in artikel 8 Verdrag genoemde wetgevende, uitvoerende, bestuursrechtelijke of andersoortige maatregel afzonderlijk geldt, miskend dat de Staat bij de implementatie van artikel 8 Verdrag in het Besluit (houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten) eveneens beleidsvrijheid toekomt ter zake van de gekozen wetgevende maatregel, zolang die doeltreffend is. In dat verband is van belang dat in het Besluit ten aanzien van kleine cafés het rookverbod weliswaar is versoepeld, maar daarin aan deze cafés tegelijkertijd de verplichting is opgelegd om door middel van een bord bij de deur aan te geven of er al dan niet mag worden gerookt.⁵ De Staat komt derhalve bij het implementeren van de in artikel 8 Verdrag vervatte verplichting in een nationale wettelijke regeling beleidsvrijheid toe.⁶ Gelet daarop is de in artikel 8 Verdrag vastgelegde verplichting onvoldoende nauwkeurig omschreven en ongeschikt voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter.⁷
- 1.5 Althans heeft het hof, indien het het in onderdeel 1.4 betoogde niet heeft miskend, onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang. Nu het hof onvoldoende inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang waarom de stelling van de Staat dat in het Besluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten een andere (doeltreffende) wettelijke maatregel is getroffen om blootstelling

tabaksrook in andere publieke ruimtes dan kleine cafés tegen te gaan. Zie de memorie van antwoord, onder 3.16 en 3.17.

⁴ Zie ook de memorie van antwoord, onder 3.50.

⁵ Memorie van antwoord, onder 3.22; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 2.3. Voorts heeft de Staat er op gewezen dat de rookverboden in andere sectoren zijn aangescherpt. Zie de memorie van antwoord, onder 3.16 en 3.17.

⁶ Memorie van antwoord, onder 3.39-3.43; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 3.4.

⁷ Zie ook de memorie van antwoord, onder 3.50.

aan tabaksrook in kleine cafés tegen te gaan⁸ moet worden verworpen, valt niet in te zien waarom de Staat geen beleidsvrijheid toekomt bij de implementatie van artikel 8 Verdrag in een wettelijke maatregel. Er valt daarom evenmin in te zien waarom artikel 8 Verdrag rechtstreekse werking heeft.

- 1.6 Het hof heeft in rov. 2.5 miskend dat artikel 8 Verdrag niet de (absolute) verplichting behelst blootstelling aan tabaksrook in 'indoor public places' te voorkomen, maar slechts om die blootstelling (zo veel mogelijk) tegen te gaan. Indien het hof op de door hem in artikel 8 Verdrag gelezen (absolute) verplichting blootstelling aan tabaksrook in 'indoor public places' te voorkomen (mede) heeft gebaseerd dat artikel 8 Verdrag voldoende nauwkeurig is voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter, is die beslissing derhalve rechtens onjuist.
- 1.7 Voor zover het hof in rov. 2.6 en 2.7 zijn oordeel dat het begrip 'indoor public places' in artikel 8 Verdrag, anders dan de Staat heeft betoogd, duidelijk is, mede ten grondslag heeft gelegd aan zijn beslissing dat artikel 8 Verdrag rechtstreekse werking heeft, is dat in het licht van het in de onderdelen 1.2-1.5 betoogde onjuist. Ook indien het begrip 'indoor public places' duidelijk is, doet dat aan de in de in die onderdelen bedoelde (beleids)vrijheid van de Staat niet af.
- 2 Het vorenstaande onderdeel vitiëert ook 's hofs beslissing in rov. 2.8.
- 3 Het hof heeft in rov. 2.9 overwogen dat de uitzondering voor kleine cafés in strijd met de uit artikel 8 Verdrag voortvloeiende verplichting is vastgesteld. Kleine cafés vallen volgens het hof onder het begrip "indoor public places". Ook kan, aldus het hof, niet ontkend worden dat door deze uitzondering geen sprake is van bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in kleine cafés. Dit betekent volgens het hof dat de uitzondering voor kleine cafés wegens strijd met artikel 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.
- 3.1 Het hof heeft, zelfs indien in cassatie uitgangspunt moet zijn dat artikel 8 Verdrag rechtstreekse werking heeft, in rov. 2.5 en 2.9 miskend dat artikel 8 Verdrag niet noopt tot het onverbindend verklaren van het Besluit houdende wijziging van het

⁸ Memorie van antwoord, onder 3.22; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 2.3. Voorts heeft de Staat er op gewezen dat de rookverboden in andere sectoren zijn aangescherpt. Zie de memorie van antwoord, onder 3.16 en 3.17.

Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten.⁹ Het is immers mogelijk dat de Staat andere doeltreffende (wettelijke, uitvoerende, bestuursrechtelijke of andere) maatregelen neemt die de blootstelling aan tabaksrook in (zeer) kleine cafés tegengaan en daarmee voldoet aan hetgeen artikel 8 Verdrag elst. De Staat heeft er in dat verband op gewezen dat (zeer) kleine cafés de verplichting is opgelegd om bij de ingang te vermelden of mag worden gerookt en daarmee aan de consument de keuze wordt gegeven voor een rokerscafé of een rookvrij café, alsmede dat de handhaving van het rookverbod ten opzichte van grotere cafés is geïntensiveerd.¹⁰ De Staat heeft in dat verband ook gewezen op belangrijke verschillen tussen grotere cafés (die de mogelijkheid hebben om rokersruimten te creëren en veelal personeel in dienst hebben) en de 'huiskamerkroegen' (die een klein deel uitmaken van het totale aantal cafés en die een nuttige sociale functie vervullen).¹¹ Het hof heeft in dat verband miskend dat artikel 8 Verdrag, naar in onderdeel 1.6 is uiteengezet, geen absolute verplichting beheist om blootstelling aan tabaksrook in indoor public places te voorkomen. Het hof had, daarvan uitgaande, moeten onderzoeken of de zojuist bedoelde aan (zeer) kleine cafés opgelegde verplichting (in combinatie met geïntensiveerde handhaving ten opzichte van grotere cafés) doeltreffend is in de zin van artikel 8 Verdrag. Gelet daarop kon het hof niet tot het oordeel komen dat de uitzondering voor (zeer) kleine cafés in het Besluit onverbindend moet worden verklaard. Artikel 8 Verdrag schrijft immers niet voor welke doeltreffende maatregel moet worden genomen en daarmee verzet dit zich er niet tegen dat de Staat deels bepaalde (wetgevende) maatregelen neemt ten aanzien van grotere cafés en deels andere (wetgevende, uitvoerende, bestuursrechtelijke of andere) maatregelen ten aanzien van (zeer) kleine cafés, zolang (het samenstel van) deze maatregelen maar doeltreffend (is) zijn.¹²

Anders dan het hof in rov. 2.5 heeft overwogen, leidt de omstandigheid dat het Besluit een uitzondering bevat voor de kleine cafés er bovendien niet noodzakelijkerwijs toe dat rokers en niet rokers zich in dergelijke cafés in één ruimte bevinden (niet rokers kunnen er immers naar aanleiding van het bord bij de entree van het kleine café voor kiezen niet binnen te gaan) en daarom evenmin, zoals het hof in rov. 2.9 heeft overwogen, dat noodzakelijkerwijs geen sprake is van bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in de kleine cafés.

- 3.2 Althans heeft het in onderdeel 3.1 betoogde te gelden indien in cassatie tevens tot uitgangspunt moet worden genomen dat op de Staat de verplichting rust om een

⁹ Zie ook de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 3.6. Vergelijk de conclusie van antwoord onder 5.2.28-5.2.32.

¹⁰ Memorie van antwoord, onder 3.22; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 2.3. Voorts heeft de Staat er op gewezen dat de bestuurlijke boetes zijn verhoogd om blootstelling aan tabaksrook in andere publieke ruimtes dan kleine cafés tegen te gaan. Zie de memorie van antwoord, onder 3.16 en 3.17.

¹¹ Memorie van antwoord, onder 3.23 en 3.33.

¹² Memorie van antwoord, onder 3.16, 3.17, 3.22, 3.32, 3.33 en 3.39-3.43; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 3.3.

doeltreffende wetgevende maatregel te nemen. In het Besluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten is immers weliswaar een versoepeling opgenomen van het rookverbod ten aanzien van kleine cafés, maar is ten aanzien van deze cafés tegelijkertijd de verplichting ingevoerd om door middel van een bord bij de ingang te vermelden of mag worden gerookt. Nu de Staat heeft gesteld dat dit eveneens een doeltreffende (wettelijke) maatregel is¹³ en artikel 8 Verdrag, naar in de onderdelen 1.6 en 3.1 is uiteengezet, geen absoluut verbod op blootstelling aan tabaksrook in indoor public places bevat, valt niet in te zien waarom niet is voldaan aan de in artikel 8 Verdrag opgenomen verplichting.

- 3.3 Althans heeft het hof ten onrechte niet gerespondeerd op de essentiële stelling van de Staat dat hij, ook als het Verdrag wel rechtstreekse werking zou toekomen, aan zijn verdragsverplichtingen voldoet.¹⁴ In ieder geval is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk waarom het hof de zojuist genoemde stelling van de Staat heeft verworpen.
- 4 De vorenstaande onderdelen vitiëren ook 's hofs beslissingen in rov. 2.10, 3.1 en 3.2.

¹³ Memorie van antwoord, onder 3.17 en 3.22; de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 2.3. Voorts heeft de Staat er op gewezen dat de rookverboden in andere sectoren zijn aangescherpt. Zie de memorie van antwoord, onder 3.16.

¹⁴ Zie de pleitnota in hoger beroep van mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, onder 3.6; de conclusie van antwoord onder 5.2.28-5.2.32.

En op grond van dit middel te horen eis doen dat het de Hoge Raad behage het arrest waarvan beroep te vernietigen met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad zal vermenen te behoren; kosten rechtens.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, € 86,83

Eiser kan op grond van de Wet op de omzetbelasting 1968 de hem/haar in rekening gebrachte omzetbelasting niet verrekenen, derhalve verklaart ondergetekende opgemaakte kosten te hebben verhoogd met een percentage gelijk aan het percentage genoemd in bovengenoemde wet.

Deurwaarder

w.g.e.v.a.
G. van Puvelde
gerechtsdeurwaarder



behandeld door	M.W. Scheltema
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	(070) 515 37 62
fax	(070) 515 33 57
e-mail	mw.scheltema@pelsrijcken.nl
zaaknr	10039947