

“De rokende werknemer”

Hoe ver mag de werkgever gaan in het voeren van een anti-rookbeleid?



“De rokende werknemer”

Een onderzoek naar hoe ver mag de werkgever gaan in het voeren van een anti-rookbeleid?

Instelling: Tilburg University

Studie: Rechtsgeleerdheid

Studiejaar: 2012-2013

Auteur: A.D.M. Rombouts

Studentnummer: 850911

Begeleider: A.D.M. van Rijs

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie die is uitgevoerd ten behoeve van de afronding van de masterfase van de studie Rechtsgeleerdheid en de daarin gekozen richting arbeidsrecht aan Tilburg University. Ik heb voor deze richting gekozen vanwege de veelzijdigheid ervan. Je kunt bij vele bedrijven en instellingen terecht. Ik hoop straks dan op een baan waarin ik vele contacten opdoe. Ik ben namelijk een echt "mensen-mens".

Het onderwerp wat ik heb gekozen is actueel en roept discussie op. Een werkgever heeft vrijwel altijd met één of meerdere rokende werknemers te maken. Ikzelf rook niet, maar vind het wel interessant om te weten welke rechten de rokende werknemer heeft en welke plichten de werkgever heeft jegens hen. Ik vind het in het bijzonder interessant om te onderzoeken hoe ver een werkgever kan gaan in het voeren van een anti-rookbeleid.

Mijn doel is om voor eind oktober af te studeren in verband met de oplevering van ons nieuwbouwhuis. Door het afronden van mijn studie en het kopen van een huis samen met mijn vriend ga ik een andere levensfase tegemoet, waar ik ontzettend naar uit kijk.

Ik wil graag van de gelegenheid gebruik maken om mijn scriptiebegeleider dhr. mr. A.D.M. van Rijs te bedanken voor zijn tijd en begeleiding bij de totstandkoming van deze scriptie. Het schrijven was leerzaam en uitdagend. Tevens wil ik mijn familie, vriend, vrienden en collega's bedanken voor hun steun gedurende de afstudeerperiode.

Margot Rombouts

September 2013

Inhoudsopgave

Samenvatting	7
Lijst van gebruikte afkortingen	8
1. Inleiding	9
1.1 Aanleiding/probleemanalyse	9
1.2 Onderzoeksdoel	10
1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen	10
1.4 Theoretisch kader	10
1.5 Methoden van onderzoek	11
1.6 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie	11
1.7 Leeswijzer	11
2. Rechten en plichten van de werkgever	12
2.1 Tabakswet	12
2.2 De Grondwet en het EVRM	14
2.3 Algemene wet gelijke behandeling en Wet op de Medische Keuringen	14
2.4 Het Burgerlijk wetboek	15
2.4.1 De arbeidsovereenkomst	15
2.4.2 Het instructierecht	16
2.4.3 Beschermen tegen gevaar	17
2.4.4 Goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid	17
2.5 De Arbeidsomstandighedenwet	17
2.5.1 Beleidsverplichting van de werkgever	18
2.5.2 Inventarisatie en evaluatie van risico's	19
2.5.3 Informatieplicht werkgever en zorgplicht werknemer	19
2.5.4 Arbobesluit	19
2.5.5 Sancties	20
2.6 De Arbeidstijdenwet	20
2.7 Wet op de Ondernemingsraden	21
2.7.1 De ondernemingsraad	21
2.7.2 Personeelsvertegenwoordiging en personeelsvergadering	22
3. Aansprakelijkheid werkgever als gevolg van (mee)roken	23
3.1 Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW	23
3.1.1 Zorgplicht	23

3.1.2	Kenbaarheid	24
3.1.3	Causaal verband en bewijs	25
3.1.4	Proportionele aansprakelijkheid	26
3.1.5	Jurisprudentie ex artikel 7:658 BW	26
3.2	Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad	29
3.3	Aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid	31
3.4	Verjaring	32
3.4.1	Verjaringstermijnen.....	32
3.4.2	Tabaksrook gevaarlijk?	33
3.4.3	Van Hese/De Schelde	35
4.	Het anti-rookbeleid en de grenzen hiervan	36
4.1	Het nut van een rookbeleid.....	36
4.2	De inhoud van een rookbeleid	37
4.3	De invloed van cultuur op het rookbeleid.....	38
4.4	De grenzen van een anti-rookbeleid	39
4.4.1	De Grondwet	40
4.4.2	Het EVRM	42
4.4.3	Belangenafweging	44
4.4.4	Redelijkheid en billijkheid en goed werknemer/werkgeverschap	44
4.5	De pauzeregeling in het anti-rookbeleid.....	47
4.5.1	Arbeidstijdenwet	47
4.5.2	Compenseren rook-uren	48
4.5.3	Geen arbeid, geen loon	49
5.	Gevolgen overtreding rookbeleid	50
5.1	Einde van de arbeidsovereenkomst	50
5.1.1	Beëindiging met wederzijds goedvinden	50
5.1.2	Beëindiging van rechtswege.....	51
5.1.3	Beëindiging door opzegging	51
5.1.4	Ontslag op staande voet.....	53
5.1.5	Beëindiging door ontbinding.....	56
5.2	Minder vergaande gevolgen bij overtreding rookbeleid.....	57
5.2.1	Rechtsgrondslag	58
5.2.2	Disciplinaire maatregelen en sancties.....	58

6. Conclusies.....	62
6.1 Rechten en plichten werkgever.....	62
6.2 Aansprakelijkheid werkgever	63
6.2.1 Aansprakelijkheid ingevolge artikel 7:658 BW	63
6.2.2 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad	64
6.2.3 Aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid .	64
6.2.4 Verjaringstermijnen.....	65
6.3 Het anti-rookbeleid en de grenzen hiervan	65
6.4 Sancties bij overtreding.....	67
7. Bronvermelding	69

Samenvatting

De rokende werknemer is een veelbesproken onderwerp op de werkvloer. Werknemers die niet roken zien rokende werknemers als minder productief en vinden dat de werkgever strenger moet optreden ten aanzien van de rookpauzes. Deze scriptie heeft tot doel om te bekijken welke instrumenten de werkgever moet inzetten om aan de wettelijke vereisten te voldoen om ervoor te zorgen dat zijn werknemers in een zo'n veilig en gezond mogelijke werkomgeving werken. Daarnaast wordt bekeken hoe de werkgever invulling kan geven aan een anti-rookbeleid zonder daarmee de wettelijke grenzen te overschrijden. De centrale onderzoeksvraag van deze scriptie luidt dan ook:

“Wat zijn de rechten en plichten van de werkgever ten aanzien van de rokende werknemer en wat zijn de grenzen bij het voeren van een anti-rookbeleid gezien de huidige wet- en regelgeving waaronder goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid?”

Aan de hand van vier verschillende deelvragen is er door middel van het raadplegen van literatuur en jurisprudentie naar een antwoord gezocht op de centrale onderzoeksvraag. Deze scriptie bevat hiervan een uitwerking. Hieronder een korte samenvatting van de onderzoeksresultaten.

De werkgever heeft de plicht om rookvrije werkplekken te creëren ingevolge artikel 11, onder a, van de Tabakswet. Daarnaast dient de werkgever een arbeidsomstandighedenbeleid te voeren ex artikel 3 Arbowet. Indien de werkgever zich niet houdt aan deze wettelijke bepalingen en de werknemers schade lijden in de uitoefening van hun werkzaamheden, kunnen zij de werkgever aansprakelijk stellen ex artikel 7:658 BW.

Indien het gaat om het voeren van een anti-rookbeleid behoeft de werkgever instemming van de ondernemingsraad op grond van artikel 27, eerste lid, onder d, WOR. Omdat de bepalingen in een rookbeleid ordevoorschriften bevatten, behoeft de werkgever na instemming van de ondernemingsraad geen individuele instemming van de werknemers. De werkgever heeft namelijk ingevolge artikel 7:660 BW een instructierecht. Werknemers zijn verplicht zich te houden aan de voorschriften die de werkgever hanteert, mits deze redelijk zijn.

Bij het voeren van een anti-rookbeleid is de kans aanwezig dat er een inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer en het recht op privacy van de werknemer. De werkgever dient derhalve een belangenafweging te maken om te bekijken of de inbreuk gerechtvaardigd is. Bij het opstellen van zijn rookbeleid doet de werkgever er verstandig aan het draagvlak te bepalen. Daarnaast dient de werkgever op grond van redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap rekening te houden met de wensen van de werknemer. Ook ten aanzien van het pauzebeleid geldt dat de werknemer in beginsel alleen recht heeft op zijn wettelijke pauzes, maar ook hierin dient de werkgever een balans te vinden.

Overtreding van het rookbeleid kan leiden tot een ontslag op staande voet. Echter, niet in alle gevallen is een ontslag op staande voet redelijk. De rechter zal dit per geval beoordelen aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Ook minder ingrijpende sancties kunnen de werknemer duidelijk maken, dat hij in de toekomst het rookbeleid moet naleven. Denk hierbij aan een berisping, schorsing, het inhouden van vakantiedagen, het opleggen van een boete etc.

Lijst van gebruikte afkortingen

Atw	Arbeidstijdenwet
Arbobeleid	Arbidsomstandighedenbeleid
Arbowet	Arbidsomstandighedenwet
BBA 1945	Buitengewoon Besluit Arbidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
NVP	Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid
OR	Ondernemingsraad
PVT	Personeelsvertegenwoordiging
RI&E	Risico-inventarisatie en -evaluatie
STAR	Stichting van de Arbeid
STIVORO	Stichting Volksgezondheid en Roken
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WMK	Wet op de Medische Keuringen

1. Inleiding

Dit hoofdstuk zal de onderzoeksopzet van deze scriptie uiteen zetten. Er zal worden ingegaan op de aanleiding, doelstelling en vraagstelling van deze scriptie en de methoden van onderzoek. Tot slot zal dit hoofdstuk een leeswijzer bevatten.

1.1 Aanleiding/probleemanalyse

Aanleiding voor dit scriptieonderwerp vormde discussies die we voerden op de werkvloer. Ik ben werkzaam bij zowel Albert Heijn als de Rechtspraak en bij beide organisaties komt “de rokende werknemer” wel eens ter sprake. Werknemers die niet roken zien rokende werknemers als minder productief en vinden dat de werkgever strenger moet optreden. Het is niet vreemd dat het onderwerp bij beide werkgevers ter sprake is gekomen. Het komt regelmatig in het nieuws en het leeft. Zo was er in oktober 2012 ophef over het nieuws dat scheepswerf IHC Merwede zijn werknemers verplichtte hun winstuitkering in te leveren als zij keer op keer bleven roken en daarmee de regels overtraden.¹ Op deze manier probeerde de werkgever zijn werknemers te stimuleren om te stoppen met roken.

Ook de overheid voert een ‘tabaksontmoedigingsbeleid’, met als doel het aantal rokers te verminderen en de schadelijke gevolgen voor meerokers te beperken.² Per jaar overlijden namelijk circa 19.000 mensen in Nederland door aan roken gerelateerde ziekten.³ Roken is daarmee nog steeds in ons land doodsoorzaak nummer één.⁴ De werkgever moet op grond van het Burgerlijk Wetboek, de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet en de Tabakswet maatregelen treffen die de gezondheid en veiligheid van zijn werknemers waarborgen. Naast deze verplichtingen vanuit de wet kan een werkgever een anti-rookbeleid voeren.

Niet alleen de overheid heeft namelijk profijt om het rookgedrag terug te dringen, ook de werkgever is er bij gebaat om het tabaksgebruik van zijn werknemers te beperken. Werkgevers willen graag gezonde en productieve werknemers. Rokende werknemers zijn namelijk een kostenpost voor de werkgever: een werknemer die rookt pauzeert vaker, is vaker ziek, vaker arbeidsongeschikt en overlijdt eerder.⁵ Bedrijven zijn in tijden van economische crisis aan het bezuinigen en willen dat werknemers zo productief mogelijk arbeid verrichten. Maar hoe ver mag de werkgever gaan in het voeren van een anti-rookbeleid? Het hanteren van een streng anti-rookbeleid brengt het probleem met zich mee dat de werkgever mogelijk inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Tevens kan een streng anti-rookbeleid ervoor zorgen dat een werkgever handelt in strijd met goed werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid.

Het voeren van een adequaat rookbeleid is echter wel belangrijk. Zie hiervoor hoofdstuk 4. Als werknemers zich niet aan het rookbeleid houden, kan de werkgever daaraan consequenties verbinden. Uit het voorbeeld van scheepswerf IHC Merwede blijkt dat de werkgever ver kan gaan in

¹ www.nos.nl, ('zoek op: Geldstraf voor sigaretje roken'), geraadpleegd op 13 oktober 2012

² Achterberg 2007, p. 1.

³ STIVORO 2013.

⁴ Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 1.

⁵ www.stivoro.nl, ('zoek op: Factsheet voor bedrijven'), geraadpleegd op 13 oktober 2012.

het verbinden van consequenties aan overtreding van het rookbeleid. Uit rechtspraak blijkt zelfs dat de werkgever nog een stap verder kan gaan: een ontslag op staande voet. In hoofdstuk 5 zullen de consequenties van het overtreden van een rookbeleid nader worden besproken.

1.2 Onderzoeksdoel

Uit het voorgaande blijkt dat het voor de werkgever van belang is om de juiste instrumenten in te zetten als het gaat om rokende werknemers. Het doel van dit onderzoek is dan ook om te bekijken welke instrumenten de werkgever moet inzetten om aan de wettelijke vereisten van het Burgerlijk Wetboek, de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet en de Tabakswet te voldoen om ervoor te zorgen dat zijn werknemers in een zo'n veilig en gezond mogelijke werkomgeving werken. Daarnaast wordt bekeken hoe de werkgever invulling kan geven aan een anti-rookbeleid zonder daarmee de wettelijke grenzen te overschrijden.

1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen

Gezien de doelstelling van mijn scriptie komt de onderzoeksvraag als volgt te luiden:

“Wat zijn de rechten en plichten van de werkgever ten aanzien van de rokende werknemer en wat zijn de grenzen bij het voeren van een anti-rookbeleid gezien de huidige wet- en regelgeving waaronder goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid?”

De volgende deelvragen zijn opgesteld om de centrale vraag te kunnen beantwoorden:

- 1) Welke verplichtingen heeft de werkgever ten aanzien van zijn werknemers om de gezondheid en veiligheid te bevorderen op grond van wet- en regelgeving en jurisprudentie?
- 2) In welke mate is de werkgever – met name op de voet van artikel 7:658 BW – aansprakelijk voor de door de werknemer geleden schade als gevolg van (mee)roken op de werkplek?
- 3) Welke bepalingen mag de werkgever in zijn anti-rookbeleid hanteren met betrekking tot de rokende werknemer en hoe dient de werkgever om te gaan met het pauzebeleid?
- 4) Welke gevolgen kan de werkgever in welk geval verbinden aan overtreding van het rookbeleid door de werknemer?

De deelvragen zullen achtereenvolgens in de hoofdstukken twee tot en met vijf van deze scriptie worden beantwoord.

1.4 Theoretisch kader

De centrale vraag wordt beantwoord vanuit het arbeidsrechtelijk perspectief. Beschreven wordt welke middelen de werkgever volgens de huidige wet- en regelgeving heeft om de gezondheid en veiligheid van haar werknemer te bevorderen en hoe ver de werkgever mag gaan in het voeren van een anti-rookbeleid. Deze scriptie wordt voornamelijk geschreven vanuit het perspectief van de werkgever. De volgende wetten zullen centraal staan: de Grondwet, het Burgerlijk Wetboek, de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet en de Tabakswet. Maar ook internationale

wetgeving, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), zal in het onderzoek worden betrokken.

1.5 Methoden van onderzoek

De deelvragen worden beantwoord middels juridisch dogmatisch onderzoek. De huidige wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie wordt geanalyseerd. De Memorie van Toelichting van de desbetreffende wet en de serie Tekst & Commentaar van Kluwer zal worden geraadpleegd om de achterliggende gedachte van de norm te achterhalen. Tijdens het onderzoek moet goed worden gelet op verouderde informatie. De afgelopen tien jaar hebben er ingrijpende wijzigingen plaatsgevonden met betrekking tot de regelgeving over dit onderwerp.

1.6 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

De maatschappelijke relevantie van dit onderwerp is reeds in de probleemanalyse aangestipt. Roken is slecht voor de gezondheid van de werknemer en kan tevens voor gevaarlijke situaties zorgen op de werkvloer. Dit geldt vooral als er wordt gewerkt met gevaarlijke stoffen. In tijden van economische crisis hebben werkgevers (vooral het midden- en kleinbedrijf) het steeds moeilijker om het hoofd boven water te houden. Doordat een roker vaker ziek en arbeidsongeschikt is en vaker pauze neemt, zorgt dit voor een extra kostenpost voor de werkgever.

De rechtswetenschap is voornamelijk een argumentatieve discipline.⁶ De rokende werknemer als onderwerp is wetenschappelijk vanwege het feit dat naast specifieke wetgeving moet worden gewerkt met algemene toetsingsmaatstaven, zoals goed werkgever- en werknemerschap en de redelijkheid en billijkheid. Dit zijn rechtsnormen die voor discussie vatbaar zijn. Hierdoor zal geargumenteed moeten worden. Er is relatief weinig jurisprudentie en literatuur te vinden met betrekking tot dit onderwerp waardoor dit onderzoek van toegevoegde waarde is voor de rechtswetenschap. Literatuur wat niet specifiek gericht is op dit onderwerp wordt bestudeerd om de deelvragen en centrale vraagstelling te beantwoorden. Vooral interessant is de uitkomst hoe ver de werkgever kan gaan in het voeren van een anti-rookbeleid.

1.7 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 zal beginnen met het juridisch kader van dit onderwerp. De rechten en plichten van de werkgever met betrekking tot “de rokende werknemer” zullen hier worden besproken aan de hand van wet- en regelgeving en jurisprudentie. Vervolgens zal hoofdstuk 3 in gaan op de aansprakelijkheid van de werkgever wanneer een werknemer schade heeft opgelopen door meerroken of door het in aanraking komen met gevaarlijke stoffen. Hoofdstuk 4 zal antwoord geven op de vraag hoe ver de werkgever kan gaan in het voeren van een anti-rookbeleid en hoofdstuk 5 zal de consequenties bespreken voor de werknemer wanneer hij een dergelijk beleid overtreedt. Tot slot bevat hoofdstuk 6 een antwoord op de centrale vraag van deze scriptie.

⁶ Smits 2009, p. 112 e.v.

2. Rechten en plichten van de werkgever

Verschillende wet- en regelgeving geven allerlei instrumenten die de werkgever moet inzetten om de gezondheid en veiligheid van zijn werknemers te bevorderen. In dit hoofdstuk wordt op een rijtje gezet welke rechten en plichten de werkgever heeft ten aanzien van rokende en niet rokende werknemers. De rechten en plichten worden besproken aan de hand van wet- en regelgeving en jurisprudentie.

2.1 Tabakswet

Op 16 april 2002 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Tabakswet door de Eerste Kamer aangenomen.⁷ In de Memorie van Toelichting van de Tabakswet wordt erop gewezen dat roken niet alleen schadelijk is voor de gezondheid van de roker, maar dat uit wetenschappelijke bevindingen ook blijkt dat niet-rokers gezondheidsschade kunnen ondervinden door tabaksrook van anderen. Dit geldt met name voor de werkplek waar rokers en niet-rokers gedwongen zijn om vrijwel dagelijks voor langere tijd met elkaar samen te zijn.⁸ Voor de intrede van de Tabakswet werd zo'n 40% van de werknemers elke werkdag blootgesteld aan tabaksrook, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting.⁹

De centrale doelstelling van de Tabakswet is een reductie van het percentage rokers in Nederland. Een andere belangrijke, uitdrukkelijke doelstelling van de Tabakswet blijft het beschermen van de niet-roker tegen tabaksrook.¹⁰ Om te voorkomen dat niet-rokers op de werkplek worden blootgesteld aan rook is de werkgever ingevolge de Tabakswet per 1 januari 2004 verplicht zorg te dragen voor een rookvrije werkplek. Artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet 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.”

Nu het recht op een rookvrije werkplek in de wet is opgenomen, is er een einde gekomen aan een periode van ruim tien jaar van zelfregulering op dit terrein.¹¹ De werkgever moet maatregelen treffen zodat zijn werknemers arbeid kunnen verrichten zonder hinder of overlast te ondervinden van roken door anderen. Tot genoemde maatregelen behoort in ieder geval het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod.¹² Naar vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven¹³ gaat het hier om een aan de werkgever opgelegde resultaatsverplichting, in die zin dat van een overtreding eerst sprake kan zijn nadat is vastgesteld dat werknemers hinder of overlast van roken door anderen ondervinden. Zodra sprake is van objectief vast te stellen hinder of overlast van roken door anderen, is sprake van een beboetbare overtreding en handelt de werkgever in strijd met

⁷ Stb. 2002, 201.

⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁹ Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 8 (MvT).

¹⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹¹ Stb. 2003, 561, zie Nota van Toelichting.

¹² Schepel & Harenberg 2003, p. 1.

¹³ CBb 27 januari 2009, L/N BH5223.

de wet.¹⁴ Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad hangt de onrechtmatigheid van hinder af van de aard, de ernst en de duur en de omvang van de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval.¹⁵

In artikel 11a, vijfde lid, Tabakswet is een uitzonderingsmogelijkheid neergelegd; bij algemene maatregel van bestuur kunnen categorieën van werkgevers, ruimten in gebouwen en andere plaatsen waar gewerkt wordt, worden uitgezonderd van het verplichte rookverbod. Deze uitzonderingsmogelijkheid is uitgewerkt in het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten.¹⁶ Zo waren werkgevers in de horecasector tot 1 juli 2008 vrijgesteld van de verplichting om hun werknemers een rookvrije werkplek te garanderen. De verplichting voor de werkgever geldt ingevolge artikel 2 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten onder andere niet voor ruimten die als privé zijn aan te merken en als zodanig aangewezen ruimten (sub g), in afgesloten, speciaal voor het roken van tabaksproducten aangewezen ruimten (sub h) en als zodanig aangeduide ruimten en in de open lucht (sub i). In geval van sub g kan worden gedacht aan werknemers die werkzaamheden verrichten bij mensen in de privé-omgeving (bijvoorbeeld werknemers in de thuiszorg en verzorgingstehuizen).¹⁷

Indien de Tabakswet niet wordt nageleefd, kunnen er bestuurlijke boetes worden opgelegd ingevolge artikel 11b, eerste lid, van de Tabakswet. Per 1 augustus 2011 zijn de boetes voor een overtreding op grond van de Tabakswet verdubbeld.¹⁸ Het opleggen van een bestuurlijke boete is bedoeld om de handhaving van de wet te versterken en Nederlanders te beschermen tegen de schadelijkheid van tabaksrook van anderen.¹⁹ De hoogte van de boete wordt ingevolge artikel 11b, tweede lid, van de Tabakswet bepaald op de wijze als voorzien in de bijlage van de Tabakswet. Ingevolge artikel 11c, eerste lid, van de Tabakswet bepaalt de bijlage bij elke daarin omschreven overtreding het bedrag van de op te leggen boete. Het overtreden van het bepaalde in artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet (rookverbod) is volgens de bijlage een overtreding in de categorie C.

Overtredingen behorend tot categorie C worden bestraft met een bestuurlijke boete van EUR 600. Dit bedrag wordt verhoogd tot EUR 1200, indien degene aan wie de overtreding kan worden toegerekend voor een soortgelijke overtreding eerder is beboet en er nog geen twee jaar zijn verlopen sinds die eerdere bestuurlijke boete onherroepelijk is geworden. Dit bedrag wordt verhoogd tot EUR 2400, wanneer binnen drie jaar na het onherroepelijk zijn van de bestuurlijke boete op de eerste overtreding dezelfde overtreding voor de derde keer wordt begaan en tot EUR 4500 wanneer binnen vijf jaar na het onherroepelijk zijn van de bestuurlijke boete voor de eerste overtreding hetzelfde voorschrift voor de vierde keer wordt overtreden.

Alvorens de Tabakswet deze verplichting omtrent rookvrije werkplekken omvatte, werd de vraag naar rookvrije werkplekken ook maatschappelijk ondersteund op grond van andere wetgeving. Zo

¹⁴ Keirse 2010, p. 1. Maar ook: CBb 9 december 2008, *LJN* BG8912 en CBb 27 januari 2009, *LJN* BH5223.

¹⁵ HR 3 november 2000, *NJ* 2001, 108.

¹⁶ Stb. 2003, 561.

¹⁷ Stb. 2003, 561. Zie Nota van Toelichting.

¹⁸ Stb. 2011, 337.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 16 (MvT).

heeft de Rechtbank Breda in haar uitspraak van 25 april 2000²⁰ bepaald dat een werknemster bij PTT Post recht heeft op een rookvrije werkplek. De president van de rechtbank stelt dat het een algemeen aanvaard uitgangspunt is dat roken de gezondheid bedreigt en dat ook niet-rokers gezondheidsschade of hinder ondervinden door het roken van anderen in hun omgeving. De president verwijst naar het aanhangige wetsvoorstel van de wijziging van de Tabakswet, maar ook naar artikel 7:658, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, artikel 3 Arbowet en artikel 4:9 Arbobesluit. Deze artikelen komen in de volgende paragrafen nog ter sprake. De uitspraak van 25 april 2000 van de rechtbank Breda zal in hoofdstuk 3 nog uitgebreid worden behandeld.

2.2 De Grondwet en het EVRM

De werkgever heeft het recht om een anti-rookbeleid te voeren. Als de werkgever regels opstelt in een anti-rookbeleid die dermate ver gaan, is het mogelijk dat de persoonlijke levenssfeer van de werknemer in het gedrang is. Zowel de Grondwet als het EVRM geeft een ieder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Alleen behoudens bij of krachtens de wet gestelde beperkingen mag hiervan worden afgeweken. Hoofdstuk 4 gaat over de grenzen bij het voeren van een anti-rookbeleid en gaat uitgebreid in op de grondrechten die hierbij een rol spelen.

2.3 Algemene wet gelijke behandeling en Wet op de Medische Keuringen

De Grondwet en het EVRM spelen niet alleen een rol bij de grenzen van een anti-rookbeleid. Ook bij het voeren van bijvoorbeeld sollicitatiegesprekken kan de Grondwet een rol spelen. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst is contractsvrijheid het algemene uitgangspunt en zijn de regels van het algemene verbintenissenrecht van toepassing. Uitgangspunt bij de werving en selectie van personeel dient te zijn: gelijke kansen in en bij de toegang tot de onderneming. Dit is ook terug te vinden in artikel 1 van de Grondwet. Onder andere artikel 3 Wet gelijke behandeling en artikel 5, eerste lid, sub c, Algemene wet gelijke behandeling bevatten een uitwerking hiervan. Echter, de werkgever heeft het recht om de meest geschikte kandidaat voor de vacante functie te werven. Deze verschillende vertrekpunten kunnen in de praktijk leiden tot een spanningsveld.²¹

De Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid (hierna: NVP) heeft een sollicitatiecode opgesteld die de positie van sollicitanten moet verbeteren.²² Het doel van de code is een norm te bieden voor een transparante en eerlijke werving en selectieprocedure.²³ Artikel 5.3 van de NVP is opgenomen naar aanleiding van hetgeen is bepaald in de Wet op de Medische Keuringen²⁴ (hierna: WMK). Artikel 4, tweede lid, laatste volzin, WMK bepaalt dat een ander dan een keurend arts niet is toegestaan vragen te stellen noch anderszins inlichtingen in te winnen over de gezondheidstoestand van de keurling of over diens ziekteverzuim in het verleden.

Door deze wet is de mogelijkheid om sollicitanten op het risico van uitval op grond van hun gezondheidstoestand te selecteren aanzienlijk beperkt. Ook mogen bij andere beoordelingen dan

²⁰ Rb. Breda 25 april 2000, *JAR* 2000/115.

²¹ Kötter 2011, p. 2.

²² Te raadplegen op www.nvp-plaza.nl, ('zoek op: *Sollicitatiecode*'), geraadpleegd op 1 september 2013.

²³ Zie NVP-sollicitatiecode.

²⁴ Stb. 1997, 365.

medische keuringen, zoals bijvoorbeeld sollicitatiegesprekken, geen vragen of inlichtingen over de gezondheidstoestand worden ingewonnen.²⁵ Dit valt op te maken uit artikel 1 WMK.

Uit het voorgaande blijkt dat een werkgever de sollicitant niet mag vragen of hij rookt. Roken kan de gezondheidstoestand van een werknemer beïnvloeden, waardoor een dergelijke vraag strijd oplevert met artikel 1 WMK, maar ook met het recht op een persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM). De sollicitant mag op deze ‘verboden vragen’ zwijgen dan wel liegen.²⁶ Dat iemand rookt is vaak niet bepalend of iemand wel of niet geschikt is voor de gevraagde functie. Dit is anders als voor de functie een aanstellingskeuring wordt uitgevoerd. Een aanstellingskeuring mag ingevolge artikel 4, eerste lid, van de WMK juncto artikel 3, eerste lid, van het Besluit aanstellingskeuringen, alleen plaats vinden, indien aan de vervulling van de betreffende functie en de daarbij behorende taken bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid moeten worden gesteld, waaronder wordt begrepen de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de keurling (sollicitant).

2.4 Het Burgerlijk wetboek

Het Burgerlijk Wetboek bevat diverse bepalingen die relevant zijn bij het onderwerp ‘de rokende werknemer’. Deze paragraaf zal in de volgende subparagrafen de belangrijkste bepalingen kort toelichten.

2.4.1 De arbeidsovereenkomst

In het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) is het begrip arbeidsovereenkomst gedefinieerd. Op grond van artikel 7:610, eerste lid, BW wordt hieronder verstaan:

“De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.”

Gezien het artikel moet er aan vier voorwaarden worden voldaan wil er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit zijn 1) in dienst van, 2) loon, 3) gedurende zekere tijd en 4) arbeid verrichten. Met de term “in dienst van” wordt de gezagsrelatie tussen de werkgever en de werknemer aangegeven. Dit houdt in dat de werknemer in zoverre ondergeschikt is aan de werkgever dat hij opdrachten, aanwijzingen, en/of instructies over de arbeid en de arbeid-omstandigheden moet opvolgen en/of uitvoeren.²⁷ Het werkgeversgezag bestaat uit de mogelijkheid om de arbeidstaak nader inhoud te geven voor bepaalde aspecten van de arbeid. Voor het bestaan van de gezagsverhouding is niet vereist dat daadwerkelijk aanwijzingen en instructies worden gegeven; voldoende is dat dergelijke aanwijzingen kunnen worden gegeven.²⁸ Het gaat om aanwijzingen over de manier waarop de functie wordt uitgeoefend. Het betreffen aanwijzingen of

²⁵ Kötter 2011, p. 4.

²⁶ HR 24 april 1992, NJ 1992/672 (Woesthoff/Intershow).

²⁷ Van Drongelen & Fase 2011, p. 32.

²⁸ HR 28 september 1993, NJ 1984, 92 en E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, commentaar op artikel 610 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (via kluwer portal).

instructies die een nadere invulling geven aan de afspraken die zijn gemaakt in het kader van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Als een werknemer rookt, heeft dit niet direct uitwerking op zijn functioneren. Pas indien het veelvuldig roken een dusdanige uitwerking heeft op het functioneren van de werknemer en deze daardoor niet meer de afgesproken arbeidsvoorwaarden kan nakomen, zou een werkgever op grond van artikel 7:610 BW instructies kunnen geven die de privésfeer van de werknemer kunnen raken.²⁹ De grenzen van de gezagsbevoegdheid zijn daarbij gelegen in de wet, de overeenkomst, de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening.³⁰

2.4.2 Het instructierecht

Met het instructierecht (ook wel het directierecht genoemd), dat in artikel 7:660 BW is geregeld, wordt nog eens benadrukt dat de werknemer in ondergeschiktheid jegens zijn werkgever zijn werkzaamheden verricht.³¹ Het artikel luidt:

“De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven.”

De instructies dienen wel te blijven binnen de grenzen van de arbeidsovereenkomst en de algemeen verbindende voorschriften. Indien een voorschrift onder artikel 7:660 BW is te scharen, kan de werkgever het eenzijdig invoeren, ook tegen de wens van de werknemer. Wel dient de werkgever, afhankelijk van het onderwerp en de regeling, instemming van de ondernemingsraad te hebben ingevolge artikel 27 Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR).³²

De instructies kunnen aan individuele werknemers worden gegeven maar ook aan een groep of alle werknemers.³³ Het instructierecht van de werkgever omvat dus niet alleen de arbeid die moet worden verricht, maar ook ordevoorschriften.³⁴ Daarbij kan onder andere worden gedacht aan een rookverbod. Echter, instructies die geen betrekking hebben op het verrichten van de arbeid of ter bevordering van de goede orde in de onderneming zijn in principe niet toegestaan.

De instructies die de werkgever geeft, moeten als redelijk worden beoordeeld. De jurisprudentie geeft invulling aan dit begrip. De instructiebevoegdheid van de werkgever kan bij individuele arbeidsovereenkomst of bij collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao) beperkt worden, maar de omstandigheden van het geval spelen hierbij ook een rol. Waar het bij de instructies op grond van de gezagsverhouding voornamelijk gaat om voorschriften die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden, kunnen instructies op grond van het directierecht ook voorschriften

²⁹ Vgl. Groothoff 2013, p. 21.

³⁰ Roozendaal 2011, p. 321.

³¹ Van Drongelen & Fase 2011, p. 85.

³² Hendriks 2008, p. 180.

³³ Kamerstukken II 1994/94, 23 438, nr. 3, p. 41 (MvT).

³⁴ Van Drongelen & Fase 2011, p. 85.

betreffen die niet als zodanig onder de arbeidsovereenkomst vallen (ter bevordering van de goede onderneming).³⁵ De grens van de gezagsbevoegdheid ex artikel 7:610 BW en de gehoorzaamheidsplicht ex artikel 7:660 BW is moeilijk exact te bepalen. De bevoegdheid tot het geven van instructie op grond van artikel 7:660 BW is groter naarmate de rechten en plichten van partijen op andere wijze minder bepaald zijn of uitdrukkelijk ter bepaling aan de werkgever zijn overgelaten.³⁶

2.4.3 Beschermen tegen gevaar

Artikel 7:658 BW bevat een specifieke bepaling die de werkgever verplicht de werknemer te beschermen tegen gevaar. Het eerste lid van het artikel luidt als volgt:

“De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.”

Artikel 7:658 BW is van belang als het gaat om schade als gevolg van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. De bepaling omvat dat de werkgever zoveel als redelijkerwijs mogelijk is, ervoor moet zorgen dat werknemers geen schade lijden tijdens hun werk. Dat betekent dat de werkgever moet zorgen voor een veilige werkplek die de werknemers onder meer bescherming biedt tegen gevaarlijke stoffen. Als de werknemer toch schade leidt, omdat de werkgever zijn zorgplicht niet is nagekomen kan de werknemer de werkgever aansprakelijk stellen. Het volgende hoofdstuk gaat hier uitgebreid op in.

2.4.4 Goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid

Voorts bevat het Burgerlijk Wetboek algemene bepalingen die nog nader moeten worden ingekleurd, zoals goed werkgever- en werknemerschap ex artikel 7:611 BW en de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW. Zowel werknemers als werkgevers behoren zich beiden als respectievelijk goed werknemer respectievelijk goed werkgever te gedragen ingevolge artikel 7:611 BW. Wat hieronder wordt verstaan, staat niet in de wet, maar is ter vrije invulling. De normen goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid worden nog uitgebreid besproken in hoofdstuk 4.

2.5 De Arbeidsomstandighedenwet

Op 1 januari 2007 is de Arbeidsomstandighedenwet³⁷ (hierna: Arbowet) ingrijpend gewijzigd. Werkgevers, werknemers en overheid hebben een groot en gemeenschappelijk belang bij goede arbeidsomstandigheden. Gezond personeel draagt bij aan een gezond bedrijf en hogere arbeidsproductiviteit en winstgevendheid van ondernemingen. Een goed arbobeleid is bovendien een belangrijke factor bij het terugdringen van verzuim en arbeidsongeschiktheid. De primaire verantwoordelijkheid voor het bereiken van goede arbeidsomstandigheden ligt binnen de

³⁵ Loonstra & Zondag 2012.

³⁶ Verhulp 2013, T&C BW, commentaar op artikel 660 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (via Kluwer Portal).

³⁷ Stb. 2006, 673.

onderneming. Doelstelling van de wetwijziging is het vergroten van de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het arbeidsomstandighedenbeleid.³⁸ Werkgevers en werknemer moeten ruimte hebben – en die ruimte benutten – om in goed overleg invulling te geven aan het arbobeleid.³⁹

2.5.1 Beleidsverplichting van de werkgever

Ingevolge artikel 3 van de Arbowet dient de werkgever voor een arbeidsomstandighedenbeleid te zorgen. Het artikel luidt:

“De werkgever zorgt voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten en voert daartoe een beleid dat is gericht op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening.”

De Arbowet eist hiermee dat de werkgever een beleid voert om de veiligheid en gezondheid van de werknemers te bevorderen. De voorschriften die zijn opgenomen in artikel 3 Arbowet zijn doelvoorschriften. Hiermee wordt voor de werkgever ruimte gecreëerd om in samenwerking met de werknemers bij de invulling van deze verplichtingen een eigen beleid te voeren.⁴⁰ Artikel 3, eerste lid, onder a, Arbowet bepaalt dat de arbeid zodanig georganiseerd moet worden dat geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en gezondheid van de werknemer. Artikel 3, eerste lid onder b, Arbowet bepaalt daarnaast nog eens dat redelijkerwijs de gevaren en risico's voor de veiligheid of de gezondheid van de werknemer zoveel mogelijk in eerste aanleg bij de bron daarvan voorkomen of beperkt moeten worden. Een maatregel van lagere orde, zoals maatregelen gericht op collectieve of individuele bescherming, mogen alleen worden genomen voor zover er een van de hogere orde niet mogelijk is of in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.⁴¹ Door de invoering van rookvrije werkplekken ingevolge de Tabakswet wordt gelijk toepassing gegeven aan artikel 3, eerste lid, onder b, Arbowet. Rookvrije werkplekken leiden tot een veilig en gezonde werkomgeving voor de werknemer.

Van een goed werkgever mag ter invulling van deze verplichtingen op grond van het arbeidsrecht en de Arbowet vergaande maatregelen op de werkvloer worden verwacht. Onder meer in de vorm van een rookvrije werkomgeving waar zonder gevaar voor de eigen gezondheid gewerkt kan worden. Keirse is van mening dat dit geldt onafhankelijk van de vraag of de Tabakswet plaatselijk al dan niet een rookverbod beveelt.⁴² Voor de werknemer zal zijn arbeidsomstandigheden niet alleen afhangen van wat in de Arbowet is geregeld. Ook in de cao en individuele arbeidsovereenkomst kunnen nadere regels zijn opgenomen met betrekking tot de arbeidsomstandigheden van de werknemer. De in artikel 3 Arbowet uitgewerkte grondbeginselen kunnen worden gezien als een nadere concretisering van de eis van goed werkgeverschap.⁴³

³⁸ *Kamerstukken II 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 4-7 (MvT)*. Zie ook Van Drongelen & Hofsteenge 2007, p. 15.

³⁹ Popma 2008, p. 19.

⁴⁰ Van Drongelen & Hofsteenge 2007, p. 33.

⁴¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 11 (MvT)*.

⁴² Keirse 2010, p. 2.

⁴³ Heerma van Voss 1999, p. 97.

2.5.2 Inventarisatie en evaluatie van risico's

Artikel 5 van de Arbowet bevat voorschriften voor de inventarisatie en evaluatie van risico's in de sfeer van de arbeidsomstandigheden, de zogeheten risico-inventarisatie en -evaluatie (hierna: RI&E). De werkgever heeft op grond van het eerste lid de verplichting om bij het voeren van een arbeidsomstandighedenbeleid in een inventarisatie en evaluatie schriftelijk vast te leggen welke risico's de arbeid voor de werknemers met zich mee brengt. De RI&E bevat tevens een beschrijving van de gevaren en de risico-bepalende maatregelen en de risico's voor bijzondere categorieën van werknemers.

De ondernemingsraad (hierna: OR) heeft een instemmingsrecht ten aanzien van de vaststelling en de wijze van uitvoering van de RI&E. Zie hiervoor artikel 27, eerste lid, onder d, WOR. Dit artikel bepaalt dat de onderneming instemming van de OR behoeft voor een door hem genomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid. In paragraaf 2.6 wordt nog kort het instemmingsrecht van de OR aangehaald.

2.5.3 Informatieplicht werkgever en zorgplicht werknemer

De werkgever dient ingevolge artikel 8, eerste lid, Arbowet ervoor te zorgen dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's, alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze risico's te voorkomen of te beperken. Op grond van het vierde lid ziet de werkgever toe op de naleving van de instructies en voorschriften.

De werknemer heeft op grond van artikel 11, eerste lid, Arbowet op zijn beurt de plicht om in zijn doen en laten op de arbeidsplaats, overeenkomstig zijn opleiding en de door de werkgever gegeven instructies, naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van de andere betrokken personen. Zo is de werknemer onder andere verplicht om de hem ter beschikking gestelde beschermingsmiddelen te gebruiken en mee te werken aan het voor hem georganiseerde onderricht als bedoeld in artikel 8 Arbowet.

2.5.4 Arbobesluit

Naast de Arbowet bestaat er ook een Arbeidsomstandighedenbesluit⁴⁴ (hierna: Arbobesluit). Het besluit is een uitwerking van de Arbowet en hierin staan nadere regels waaraan zowel de werkgever als werknemer zich moet houden om arbeidsrisico's tegen te gaan. Zo vereist artikel 3.2, eerste lid, van het Arbobesluit dat arbeidsplaatsen veilig toegankelijk zijn en veilig kunnen worden verlaten. De arbeidsplaatsen dienen zodanig ontworpen, gebouwd, uitgerust, in bedrijf gesteld, gebruikt en onderhouden te worden, dat gevaar voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers zoveel mogelijk wordt voorkomen. Voorts dienen de arbeidsplaatsen, zoveel mogelijk vrij van stof en voor zover de veiligheid van de arbeidsplaats dat vereist, ordelijk te worden gehouden.

⁴⁴ Stb. 2006, 674.

Hoofdstuk 4 van het Arbobesluit gaat nader in op het werken met gevaarlijke stoffen. Onder gevaarlijke stoffen wordt ingevolge artikel 4.1, onder a, Arbobesluit verstaan:

“Stoffen, mengsels of oplossingen van stoffen waaraan werknemers bij de arbeid worden of kunnen worden blootgesteld die vanwege de eigenschappen van of de omstandigheden waaronder die stoffen, mengsels of oplossingen voorkomen gevaar voor de veiligheid of gezondheid kunnen opleveren.”

De werkgever dient op grond van artikel 4.1b, eerste lid, Arbobesluit in alle gevallen waarin werknemers worden of kunnen worden blootgesteld aan gevaarlijke stoffen te zorgen voor een doeltreffende bescherming van de gezondheid en veiligheid van zijn werknemer. Het betreft dus een zorgplicht. De werkgever voldoet ingevolge het tweede lid aan zijn zorgplicht indien:

- In het kader van de RI&E, bedoeld in artikel 5 Arbowet, de aard, mate en duur van de blootstelling aan gevaarlijke stoffen in overeenstemming is met artikel 4.2 Arbobesluit;
- De blootstelling aan gevaarlijke stoffen wordt beperkt door het nemen van doeltreffende maatregelen. Deze zijn genoemd in artikel 4.1c en 4.4 Arbobesluit. In artikel 4.1c Arbobesluit staat onder andere dat de werkgever moet zorgen dat op plaatsen waar gevaarlijke stoffen aanwezig zijn niet wordt gerookt. Artikel 4.4 Arbobesluit ziet toe op arbeidshygiënische strategie;
- Preventieve maatregelen zijn getroffen ter voorkoming van ongewilde gebeurtenissen in overeenstemming met artikel 4.6.

2.5.5 Sancties

De werkgever is op grond van artikel 32, eerste lid, Arbowet strafbaar indien hij verboden handelingen verricht of nalaat in strijd met de Arbowet of de daarop berustende bepalingen indien daardoor, naar hij weet of redelijkerwijs moet weten, levensgevaar of ernstige schade aan de gezondheid van een of meer werknemers ontstaat of te verwachten is. Niet naleving hiervan levert ingevolge het tweede lid een misdrijf op in de zin van artikel 2, derde lid van de Wet op de economische delicten.

Ingevolge artikel 33, eerste lid, Arbowet wordt als overtreding onder andere aangemerkt het niet naleven van de artikelen 3, 5 en 8 van de Arbowet. Hiervoor kan een bestuurlijke boete van de eerste categorie worden opgelegd. Artikel 33, derde lid, Arbowet bepaalt dat in geval van recidive een beboetbaar feit een strafbaar feit wordt. De boete wordt op grond van artikel 34, eerste lid, Arbowet opgelegd aan de overtreder op wie de verplichtingen rusten die voortvloeien uit deze wet en de daarop rustende bepalingen.

2.6 De Arbeidstijdenwet

De Arbeidstijdenwet is van belang voor de vraag of ‘rooktijd’ als arbeidstijd kan worden gekwalificeerd. Een rokende werknemer pauzeert namelijk vaker. Het begrip ‘arbeidstijd’ komt in de Arbeidstijdenwet eigenlijk niet voor. De arbeidstijd is de tijd waarin de werknemer arbeid verricht

ingevolge artikel 5:2 Arbeidstijdenwet (hierna: Atw). De te verrichten arbeid kan vrijwel iedere willekeurige bezigheid zijn, moeite kostend of niet, van geestelijke of lichamelijke aard.⁴⁵

Ingevolge artikel 5:4, tweede lid, van de Atw⁴⁶ heeft een werknemer die langer dan 5,5 uur per dag werkt, recht op minimaal 30 minuten pauze. Deze kan worden gesplitst in pauzes van elk ten minste 15 minuten. Bij een werkdag van meer dan 10 uur heeft de werknemer recht op een pauze van 45 minuten, die kan worden gesplitst in pauzes van elk ten minste 15 minuten. De ondernemingsraad heeft instemmingsrecht ten aanzien van de arbeids- en rusttijdenregeling of een vakantieregeling. Zie hiervoor artikel 27, eerste lid, onder b, WOR.

Op grond van het derde lid van artikel 5:4 Atw kan bij collectieve regeling van het tweede lid worden afgeweken. De pauzes die een werknemer heeft op grond van de Atw zijn vaak onvoldoende voor een gemiddelde roker. In het vierde hoofdstuk van deze scriptie wordt gekeken of de werkgever de rokende werknemer mag verbieden vaker te pauzeren.

2.7 Wet op de Ondernemingsraden

Op grond van de Wet op de ondernemingsraden wordt er een onderscheid gemaakt tussen ondernemingen waar 50 of meer personen werkzaam, ondernemingen waar tussen de 10 en 50 personen werken en ondernemingen waar in de regel minder dan 10 personen werkzaam zijn. Hieronder worden kort de verschillen aangeduid met betrekking tot het instemmingsrecht.

2.7.1 De ondernemingsraad

Een onderneming is verplicht een OR in te stellen in een bedrijf waar ten minste 50 personen werkzaam zijn op grond van artikel 2, eerste lid, WOR. Artikel 27, eerste lid, onder b en d, WOR is reeds aangehaald. Het artikel bevat een instemmingsrecht voor de OR voor sociale aangelegenheden en bepaalt dat regelingen met betrekking tot de in dit artikel genoemde materies alleen maar worden getroffen indien de ondernemer toestemming heeft gekregen van de OR. Het moet daarbij steeds gaan om een 'regeling' en geen incidenteel besluit. Men spreekt van een regeling wanneer het betrekking heeft op alle of minstens op een groep van de in de onderneming werkzame personen, die in dezelfde omstandigheden verkeren.⁴⁷

De OR heeft niet alleen een instemmingsrecht daar waar het gaat om een RI&E, maar in beginsel ook bij het vaststellen van een rookbeleid. Artikel 12, eerste lid, Arbowet geeft aan dat werkgevers en werknemers samen moeten werken bij de uitvoering van een arbeidsomstandighedenbeleid. De werkgever is verantwoordelijk voor de manier waarop hij aanvulling geeft aan deze opdracht. Hij zal daarbij de voorschriften met betrekking tot het overleg, de informatie, het vragen van instemming of advies op basis van artikel 12, tweede en derde lid, Arbowet respectievelijk de WOR en andere wetten moeten betrekken.⁴⁸

⁴⁵ Van Drongelen (red.) 2011a, p. 55.

⁴⁶ Stb. 2006, 632.

⁴⁷ Jacobs 2013, p. 300.

⁴⁸ Van Drongelen en Hofsteenge 2007, p. 47.

Als de OR niet met de regeling instemt, kan de ondernemer vervangende toestemming aan de kantonrechter verzoeken, maar eerst nadat het aan de bedrijfscommissie is voorgelegd ex artikel 27, vierde lid, WOR. De kantonrechter zal op grond van voorgaand lid vervangende toestemming alleen geven voorzover hij de negatieve beslissing van de OR onredelijk acht dan wel het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen. Volledigheidshalve zij vermeld dat de OR geen instemmingsrecht heeft voor onderwerpen die reeds in een cao zijn geregeld. Een besluit zonder toestemming van de OR leidt tot nietigheid ingevolge artikel 27, vijfde en zesde lid, WOR. De lijst met instemmingsbehoefte regelingen van artikel 27 WOR kan worden vergroot bij cao of bij overeenkomst tussen de OR en ondernemer ex artikel 32 WOR.

2.7.2 Personeelsvertegenwoordiging en personeelsvergadering

Het instemmingsrecht is alleen van toepassing bij ondernemingen waar ten minste 50 personen werkzaam zijn. In ondernemingen waar 10 tot 50 personen werken kan gekozen worden tussen:

- Instelling van een voltallige OR;
- Instelling van een personeelsvertegenwoordiging (hierna: PVT) met enige maar minder bevoegdheden dan een OR op grond van artikel 35c WOR; of
- Het beleggen van een personeelsvergadering ex artikel 35b WOR.⁴⁹

Indien in een dergelijke onderneming niet voor een OR of PVT wordt gekozen, is de ondernemer verplicht minstens twee keer per jaar een personeelsvergadering te houden. De ondernemer moet de personeelsvergadering advies laten uitbrengen over belangrijke veranderingen ten aanzien van de arbeid en de arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 35b, vijfde lid, WOR. De personeelsvergadering beschikt niet over een instemmingsrecht, zoals de OR dat heeft ex artikel 27 WOR.

In ondernemingen tot 10 personen kan een ondernemer een PVT instellen, maar hij is daartoe niet verplicht op grond van artikel 35d, eerste lid, WOR. De PVT heeft een 'lichte' instemmingsrecht gezien het bepaalde in artikel 35c, derde en vierde lid, WOR. Tot dit instemmingsrecht behoren:

- Een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een arbeid- of rusttijdenregeling of een vakantieregeling; en
- Een regeling op het gebied van arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid.

Uit het voorgaande blijkt dat niet zomaar kan worden overgegaan tot een rookbeleid. Hier gaat een gedegen voorbereiding aan vooraf. Allereerst is het van belang om een draagvlak te creëren. Een draagvlak is niet alleen aan het begin van het proces van belang, maar ook bij het voorbereiden, ontwikkelen, implementeren, evalueren en bijstellen van een rookbeleid. De OR kan hierbij een belangrijke rol spelen. Daarom is het ook van belang dat de ondernemingsleiding de plannen voor een rookbeleid met de OR of de PVT bespreekt. Zij kunnen ook op basis van signalen uit de achterban het initiatief nemen of voorstellen voor de ontwikkeling of bijstelling van een rookbeleid doen.⁵⁰

⁴⁹ Jacobs 2013, p. 306.

⁵⁰ STAR 2001, p. 9.

3. Aansprakelijkheid werkgever als gevolg van (mee)roken

Sinds de invoering van de Tabakswet op 1 januari 2004 heeft de werknemer recht op rookvrije werkplekken. De werkgever is daarmee verplicht om te voorkomen dat werknemers worden blootgesteld aan gevaarlijke stoffen op de werkvloer. Toch kan het zo zijn dat de werkgever (en zijn in dienst zijnde werknemers) zich niet houden aan de wettelijke vereisten omtrent een rookvrije werkplek. Ook kan het zijn dat de werknemer voor de inwerkingtreding van de Tabakswet is blootgesteld aan tabaksrook en daarvan nu gezondheidsschade ondervindt. De werknemer kan onder bepaalde voorwaarden zijn werkgever aansprakelijk stellen voor de geleden schade. Dit hoofdstuk gaat in op de vraag in welke mate de werkgever aansprakelijk is voor de door de werknemer geleden schade als gevolg van (mee)roken op de werkplek. Paragraaf 3.1 zal uitgebreid ingaan op de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW. Vervolgens zal paragraaf 3.2 ingaan op de aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW en paragraaf 3.3 gaat in op de aansprakelijkheid ingevolge artikel 7:611 BW. Tot slot zal paragraaf 3.4 de verjaring behandelen.

3.1 Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW

Uit artikel 11a Tabakswet blijkt, zoals gezegd, dat een werknemer recht heeft op een rookvrije werkplek. Tevens blijkt uit artikel 3 Arbowet dat de werkgever moet zorgen voor een arbeidsomstandighedenbeleid welke is gericht op de veiligheid en gezondheid van de werknemer. Als de werknemer schade lijdt door een tekortkoming van de zorgplicht van de werkgever, kan de werknemer zijn werkgever aansprakelijk stellen. Artikel 7:658 BW is in het vorige hoofdstuk al kort besproken, maar zal hier uitgebreid worden behandeld. De vraag die centraal staat is of blootstelling aan de gezondheid bedreigende tabaksrook een schending van deze zorgplicht impliceert.

3.1.1 Zorgplicht

Art. 7:658, eerste lid, BW verplicht de werkgever om zijn werknemer onder zodanige omstandigheden te laten werken, dat wordt voorkomen dat zij in de uitoefening van hun werkzaamheden schade lijden. Deze zorgplicht heeft betrekking op de lokalen, de werktuigen en de gereedschappen waarin of waarmee de werknemer arbeid doet verrichten. Daarnaast moet de werkgever ook voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen treffen en aanwijzingen geven, dat de veiligheid en gezondheid binnen het bedrijf wordt bevorderd en dat werknemers bij de uitvoering van hun werkzaamheden geen schade lijden. Bij het geven van aanwijzingen moet worden gedacht aan het geven van voorschriften, instructies en voorlichting en het houden van daadwerkelijk toezicht. Het door de werknemers niet opvolgen van de voorschriften en instructies kan de werkgever worden aangerekend, als hij er niet voor heeft gezorgd dat zij ook daadwerkelijk worden nageleefd.⁵¹ Het gaat hier om een vergaande contractuele zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer.⁵² Als de werkgever zijn zorgplicht niet is nagekomen, is de werkgever wettelijk verplicht tot het vergoeden van de geleden schade. De inhoud en omvang wordt beheerst door artikel 6:95 e.v. BW.⁵³

⁵¹ Van Drongelen e.a. 2011, p. 57 en 65.

⁵² Keirse 2010, p. 1

⁵³ Verhulp 2013, T&C BW, commentaar op artikel 658 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (via Kluwer Portal).

Vaste rechtspraak wijst wel uit dat de werkgever geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer beoogt te bieden. Artikel 7:658 BW vormt daarmee geen risicoaansprakelijkheid. Niettemin wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad een hoge mate van bescherming toegekend.⁵⁴ Uit het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2008⁵⁵ blijkt dat als de werkgever een bepaalde veiligheidsmaatregel treft ter afwering van een bepaald risico dit niet gelijk betekent dat de werkgever daarmee aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Welke (veiligheids-)maatregelen van de werkgever in redelijkheid mogen worden verwacht, hangt af van de omstandigheden van het geval. Van belang zijn daarbij de aard van de werkzaamheden, de kenbaarheid van het gevaar, de te verwachten onoplettendheid van de werknemer en daarmee samenhangend de waarschuwingsplicht van de werkgever.⁵⁶

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de waarschuwingsplicht aan de zijde van werkgever niet nodig is voor gevaren van algemene bekendheid. Een waarschuwing mag achterwege blijven voor gevaren die in niets afwijken van die waarmee men in het leven van alledag wordt geconfronteerd.⁵⁷ Als we de waarschuwingsplicht toepassen op het roken van een sigaret op de werkvloer geldt dat het algemeen bekend is dat het roken van een sigaret de gezondheid kan beschadigen. Echter, ook in het leven van alledag kan een werknemer worden geconfronteerd met de uitstoot van sigarettenlucht. De werkgever heeft derhalve geen waarschuwingsplicht, maar op grond van de Tabakswet heeft de werkgever sinds 1 januari 2004 wel de plicht om te voorkomen dat op de werkvloer wordt gerookt.

Het vereiste dat de schade de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is overkomen, moet ruim worden uitgelegd volgens de Hoge Raad. Wel mist artikel 7:658 BW in beginsel toepassing wanneer de werkgever geen zeggenschap over de werkplek heeft en de bevoegdheid om aanwijzingen over de uitoefening van de werkzaamheden ontbreekt.⁵⁸ Voor de invulling van de zorgplicht is van belang dat de werkgever zeggenschap heeft over de werkplek en de bevoegdheid om de werknemer aanwijzingen te geven over de manier waarop hij zijn werkzaamheden moet uitoefenen.

3.1.2 Kenbaarheid

De zorgplicht wordt allereerst bepaald door de kenbaarheid van het gevaar. Het moeten nemen van veiligheidsmaatregelen veronderstelt de bekendheid van en het bekend zijn met de risico's waartegen deze maatregelen bescherming proberen te bieden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de destijds bestaande kennis en inzichten, moeten de veiligheidsmaatregelen getroffen worden vanaf het moment dat de gevaren bekend zijn. Wanneer de gevolgen van een risico pas vele jaren na de veroorzakende gebeurtenis kenbaar worden, moet de aansprakelijkheid worden beoordeeld naar de normen die ten tijde van de veroorzakende gebeurtenis golden.⁵⁹

⁵⁴ Willems & Teuben 2011, p. 1.

⁵⁵ HR 11 april 2008, *JAR* 2008/78.

⁵⁶ Willems & Teuben 2011, p. 2 en Van Drongelen e.a. 2011, p. 70.

⁵⁷ Van Drongelen e.a. 2011, p. 70.

⁵⁸ HR 15 december 2001, *JAR* 2001, 13.

⁵⁹ Van Drongelen e.a. 2011, p. 75-76. Zie ook HR 27 februari 2006, *RvdW* 2006, 204.

3.1.3 Causaal verband en bewijs

Indien de werkgever tekort schiet in zijn zorgplicht, dan is hij jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De plicht om schade te vergoeden, vervalt op grond van artikel 7:658, tweede lid, BW indien de werkgever aantoont dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of aantoont dat er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. Het betreft daarmee een schuldaansprakelijkheid van de werkgever.

De vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid is ook afhankelijk van het bestaan van een causaal verband tussen de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis en de concreet geleden schade.⁶⁰ Uit artikel 7:658, tweede lid, BW kan worden afgeleid dat de werknemer moet stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat hij schade heeft geleden en dat die schade is geleden 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'. Dit is overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De werknemer moet dus allereerst het bestaan en de omvang van de schade stellen en zal dit aannemelijk moeten maken. Bij beroepsziekten ligt dit gecompliceerder.⁶¹ Artikel 1.11, eerste lid, van de Arbeidsomstandighedenregeling verstaat onder beroepsziekte het volgende:

“Een ziekte of aandoening als gevolg van een belasting die in overwegende mate in arbeid of arbeidsomstandigheden heeft plaatsgevonden.”

Met name wanneer het gaat om beroepsziekten die geleidelijk ontstaan, kan het leveren van het bewijs van dit causaal verband tussen de werkzaamheden en de schade lastig zijn.⁶² De arbeidsrechtelijke omkeringsregel is door de Hoge Raad in het leven geroepen om een werknemer die kampt met gezondheidsklachten als gevolg van een beroepsziekte tegemoet te komen in de bewijslast van het causaal verband tussen zijn gezondheidsklachten en de voor zijn werkgever verrichte werkzaamheden.⁶³ In 2000 heeft de Hoge Raad in het *Unilever/Dikmans-arrest*⁶⁴ de “arbeidsrechtelijke omkeringsregel” uitgewerkt in geval de werknemer tijdens zijn werkzaamheden is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen. Het causaal verband tussen de schade en de werkzaamheden moet dan worden aangenomen (behoudens tegenbewijs door de werkgever) indien de werkgever heeft nagelaten maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn ter voorkoming van de blootstelling aan deze stoffen. In het arrest *Havermans/Luyckx* is de regel nader gespecificeerd. De enkele omstandigheid dat de werknemer bij zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen rechtvaardigt nog niet dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel wordt toegepast. De werknemer moet ook aannemelijk maken dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten welke door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt.⁶⁵

Complicerende factor voor de door rook ziek geworden werknemer die zijn schade wil verhalen op de werkgever is, is dat meerooken op het werk vaak slechts één van de oorzaken van de ondervonden

⁶⁰ Keirse 2010, p. 2.

⁶¹ Van Drongelen e.a. 2011, p. 88.

⁶² Willems & Teuben 2011, p. 3.

⁶³ Veendrick 2013, p. 1.

⁶⁴ HR 17 november 2000, *JAR* 2000/261 (*Unilever/Dikmans*). Zie ook Willems & Teuben 2011, p. 3.

⁶⁵ HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354 (*Havermans/Luyckx*). Zie ook Veendrick 2013, p. 2.

gezondheidsklachten is. Het is mogelijk dat de werknemer ook in privé-situaties aan tabaksrook is blootgesteld. De vraag zal dan zijn of de blootstelling aan tabaksrook de enige oorzaak is van de slechte gezondheid. De volgende paragraaf gaat hier nader op in.

3.1.4 Proportionele aansprakelijkheid

Uit de rechtspraak blijkt dat ook bij onzekerheid over het causaal verband de werknemer zijn schade (deels) vergoed kan krijgen. Voor gevallen waarin geen zekerheid bestaat over de veroorzaking van de gezondheidsschade en waarbij meerdere factoren tot de schade hebben kunnen leiden heeft de Hoge Raad in het arrest *Nefalit/Karamus*⁶⁶ aansluiting gezocht bij de leer van de proportionele aansprakelijkheid en de 'alles of niets'-benadering afgewezen.⁶⁷ In deze zaak ging het om fabrieksarbeider Karamus die tijdens zijn werk is blootgesteld aan asbest en overlijdt aan longkanker. Echter, Karamus heeft 28 jaar lang stevig gerookt waardoor niet alleen de blootstelling aan asbest, maar ook tabaksrook zijn gezondheid in gevaar heeft gebracht. De erven van Karamus stellen de werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk, stellende dat de longkanker mede zijn oorzaak vindt in de blootstelling aan asbest.

Op voorstel van partijen schakelt de rechter een deskundige in om zich te laten adviseren over de grootte van de kans dat de longkanker in onderhavige geval door asbest is veroorzaakt. De deskundige komt tot het oordeel dat de kans dat de longkanker is ontstaan door de blootstelling aan asbest 55% bedraagt. Vaststaat dat de werkgever zijn zorgplicht van artikel 7:658 BW heeft geschonden. De Hoge Raad komt tot de volgende oplossing:

“Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.”

De werkgever is daarmee deels aansprakelijk voor de geleden schade.

3.1.5 Jurisprudentie ex artikel 7:658 BW

Indien in de medische wetenschappen een verband bekend wordt tussen de blootstelling aan een bepaalde stof en het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde (letale) ziekte, hangt het van

⁶⁶ HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 (*Nefalit/Erven Karamus*).

⁶⁷ Zie ook Zivkovic 200 en Keirse 2006.

verschillende omstandigheden af vanaf wanneer voor de werkgever een verplichting ontstaat tot het nemen van maatregelen gericht op het voorkomen, althans beschermen tegen die ziekte. Daarbij is onder meer van belang de ernst van het gevaar en de mate van zekerheid omtrent het causaal verband.⁶⁸ De eerste twee uitspraken die worden behandeld spelen in de tijd dat er nog geen rookverbod van kracht is ingevolge de Tabakswet. De rechter was toen in beide gevallen van oordeel dat de vordering moest worden toegewezen. De laatste uitspraak die in de volgende subparagrafen wordt behandeld speelde tijdens het van kracht zijn van de Tabakswet.

3.1.5.1 Nooijen/PTT Post

In de eerste uitspraak gaat het om postbesteller Nooijen die sinds 1988 in dienst is bij PTT Post. Nooijen heeft bij brief op 9 februari 2000 haar werkgever verzocht gestalte te geven aan een effectief rookbeleid, door het rookvrij maken van de werkruimtes, uitgezonderd een daartoe aangewezen ruimte waar niet-rokers geen last hebben van de rook. PTT Post heeft afwijzend op het verzoek gereageerd. De rechter wijst de vordering echter wel toe. De werkgever is volgens de rechtbank ingevolge artikel 7:658 BW, artikel 3 Arbowet en artikel 4.9 Arbobesluit (oud) verplicht om te waarborgen dat niet-rokende werknemers zich tijdens hun werkzaamheden en pauzes bevinden in een omgeving die geheel vrij is van tabaksrook. De rechter oordeelt dat het gevaar van tabaksrook voor de gezondheid primair aan de bron dient te worden aangepakt door het invoeren van een organisatorische maatregel. Een algemeen rookverbod acht de rechter daartoe geschikt en in het algemeen aangewezen binnen kantoorgebouwen.⁶⁹

3.1.5.2 Riphagen/Isala

Werkneemster Riphagen heeft haar werkgever (Isala) aansprakelijk gesteld voor de schade die zij als gevolg van roken op de werkplek heeft geleden. Werkneemster, welke leed aan astma al ver voor haar indiensttreding, was sinds 1 oktober 1999 als medisch secretaresse werkzaam bij de Isala en werd blootgesteld aan sigarettenrook van twee artsen die daar eveneens werkten. Werkneemster is op 1 juli 2000 uitgevallen met hardnekkige benauwdheidsklachten en is vervolgens volledig arbeidsongeschikt geacht. Werkneemster vorderde schadevergoeding op de grond dat haar werkgever haar zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft geschonden. De Hoge Raad wijst de vordering van werkneemster toe. Uit het deskundigenbericht blijkt dat de werkgever voor 50% aansprakelijk is voor de geleden en nog te lijden schade. Daarnaast kan uit het bericht worden afgeleid dat de klachten van de werkneemster erger zijn geworden in de periode dat zij voor Isala werkte, en dat de kans dat die verergering door het passief meeroken komt even groot is als de kans dat die een andere, niet-werkgerelateerde oorzaak heeft. Een causaal verband tussen haar gezondheidsklachten en de blootstelling aan de sigarettenrook kan derhalve worden aangenomen.⁷⁰

⁶⁸Keirse 2010, p. 2.

⁶⁹Rb. Breda (pres) 25 april 2000, *KG* 2000, 119 (*Nooijen/PTT Post*).

⁷⁰HR 9 januari 2009, *JAR* 2009, 39 (*Riphagen/Isala*).

3.1.5.3 *Meins/Holland Casino*

Een andere zaak speelde in 2007 bij de kantonrechter te Groningen.⁷¹ Een werknemer die sinds 1988 in dienst is van Holland Casino op de vestiging te Groningen, laatstelijk als tablemanager, kampt al geruime tijd met luchtweg- en longklachten. De bedrijfsarts heeft aangegeven dat het werken in een rokerige omgeving een beperking oplevert in zijn belastbaarheid. Ook de longarts vindt het van belang voor werknemer om tabaksrook te vermijden. De arbeidsdeskundige van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) verklaarde echter dat Holland Casino gerechtigd was de werknemer arbeid in een rokerige omgeving aan te bieden, nu de bedrijfsarts de werknemer daartoe medisch in staat acht. Holland Casino heeft de werknemer nog een lager ingeschaalde functie aangeboden in Holland Casino te Leeuwarden. Werknemer wil die functie niet aanvaarden en vindt dat Holland Casino te Groningen hem een rookvrije werkplek moet bieden op grond van artikel 7:658, eerste lid, BW en artikel 3 Arbowet. Holland Casino betwist de vordering en stelt dat de minister in artikel 2 sub a van het Besluit uitzondering rookvrije werkplek een uitzondering heeft gecreëerd voor de horeca op de verplichting om een rookvrije werkplek in te richten.

De kantonrechter is van oordeel dat Holland Casino niet tekortschiet in haar zorgplicht jegens werknemer door zich op het besluit te beroepen. Holland Casino heeft een rechtens te respecteren belang, namelijk door haar economische positie ten opzichte van haar concurrenten. De kantonrechter is van mening dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg beoogt te bieden tegen gezondheidsschade op de werkplek. Dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de aard van de werkzaamheden. De rechter weegt mee dat de werknemer destijds bewust voor de functie bij Holland Casino heeft gekozen, wetende dat daar veel wordt gerookt, dat de gevolgen van het passief roken met medicatie zijn te onderdrukken en dat de werknemer sinds februari 2007 weer werkzaam is conform zijn rooster en niet ziek is geworden. Verder heeft Holland Casino de werknemer een passende functie op een rookvrije werkplek in de vestiging Leeuwarden geboden. Holland Casino was, gelet hierop en ook op het oordeel van het UWV, niet gehouden de eigen werkplek van de werknemer rookvrij te maken. Toewijzing van de vordering van werknemer acht de kantonrechter dermate ingrijpend voor Holland Casino dat gelet op alle omstandigheden van het geval het belang van werknemer moet wijken.

3.1.5.4 *Vershil in uitspraken*

Het valt op dat de kantonrechter te Groningen geen absolute waarborg biedt tegen gevaren op de werkplek. Het dient te worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van het geval en de aard van de werkzaamheden. De kantonrechter te Breda wees in de uitspraak tussen Nooijen en PTT Post de vordering van Nooijen wel toe op grond van de algemene zorgplicht van artikel 7:658 BW. Met J.W. Achterberg ben ik van mening dat het verschil tussen de uitleg van de algemene zorgplicht in de uitspraak van de rechtbank Breda en Rechtbank Groningen komt door het feit dat ten tijde van de 'PTT-zaak' de Tabakswet nog niet van kracht was. De kantonrechter te Breda kon daardoor de algemene zorgplicht van artikel 7:658 BW ruim uitleggen. In de uitspraak *Meins/Holland Casino* wordt het toetsingskader gemarginaliseerd door de verplichtingen uit de Tabakswet en de

⁷¹ Ktr. Groningen 15 mei 2007, *JAR* 2007, 133 (*Meins/Holland Casino*) en Achterberg 2007, p. 3-4.

uitzonderingen in het Besluit uitzondering rookvrije werkplek.⁷² Kort na de 'Holland Casino-zaak' heeft de ministerraad besloten om ook de horeca rookvrij te maken. Horecapersoneel heeft per 1 juli 2008 dezelfde bescherming als andere werknemers op grond van artikel 3, eerste lid, onder a Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten.

Een werknemer kan op zijn werkplek niet meer worden blootgesteld aan tabaksrook sinds de invoering van het recht op een rookvrije werkplek. Zoals gezegd kunnen de boetes voor de werkgever in geval van overtreding van het rookverbod oplopen tot EUR 4.500. Naast het feit dat de werkgever een boete kan krijgen van de Voedsel en Waren Autoriteit, die belast is met de handhaving van de Tabakswet, voor overtreding van de Tabakswet kan een werknemer ook een vordering tot schadevergoeding indienen vanwege gezondheidsklachten die hij heeft ondervonden ten gevolge van schadelijke stoffen. De werkgever is daarmee deels aansprakelijk voor de geleden schade. Zoals uit het voorgaande blijkt komt er veel bij kijken om een werkgever aansprakelijk te stellen ex artikel 7:658 BW wegens gezondheidsschade welke is ondervonden door tabaksrook. Artikel 7:658 BW bevat geen risicoaansprakelijkheid voor de werkgever, maar zijn aansprakelijk gaat wel heel ver. In de volgende twee paragrafen wordt nog kort ingegaan op aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap.

3.2 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

De werkgever kan ook aansprakelijk worden gesteld wegens een onrechtmatige daad van een van zijn ondergeschikten. Het ondergeschiktheidsbegrip wordt ruim geïnterpreteerd en is steeds aanwezig bij een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling.⁷³ Indien de aansprakelijkheid vast komt te staan, dient hij de schade van de ander te vergoeden ex artikel 6:162, eerste lid, BW juncto artikel 6:170, eerste lid, BW. Ingevolge artikel 6:162, tweede lid, BW kan een onrechtmatige daad worden omschreven als een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met de wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt. Artikel 6:170, eerste lid, BW luidt:

'Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.'

Het betreft hier, in tegenstelling tot artikel 7:658 BW, een risicoaansprakelijkheid voor de werkgever. Risicoaansprakelijkheid wordt ook wel kwalitatieve aansprakelijkheid genoemd vanwege het feit dat iemand aansprakelijk is vanwege een bepaalde rol, hoedanigheid of kwaliteit. Bij risicoaansprakelijkheid is onrechtmatigheid noch schuld vereist. Uit het artikel blijkt dat het moet gaan om een 'fout' van de ondergeschikte. Hiermee wordt bedoeld dat de werknemer een toerekenbare onrechtmatige daad moet hebben gepleegd en zelf aansprakelijk is uit hoofde van artikel 6:162 BW. Als dit het geval is, kan de benadeelde ook de werkgever aanspreken op grond van artikel 6:170, eerste lid, BW.⁷⁴ De

⁷² Ktr. Groningen 15 mei 2007, JAR 2007, 133 (Meins/Holland Casino) en Achterberg 2007, p. 4.

⁷³ Hoekzema 2000, p. 50.

⁷⁴ Spier e.a. 2009, p. 92.

werknemer heeft dan twee personen die hij kan aanspreken voor het verhalen van zijn schade; zijn werkgever en zijn collega.

Tussen de fout van de ondergeschikte (hierna: werknemer) enerzijds en de taak die hem door de werkgever is opgedragen anderzijds moet voldoende verband bestaan. Het eerste lid van artikel 6:170 BW stelt aan dit functioneel verband twee voorwaarden.

- Ten eerste moet de aan de werknemer gegeven opdracht tot het verrichten van een bepaalde taak de kans op de fout objectief, dat wil zeggen volgens statische ervaringsregels hebben verhoogd.⁷⁵ Volgens de parlementaire geschiedenis moet het element *kansvergroting* al snel worden aangenomen. Beslissend is of er voldoende verband bestaat tussen de opgedragen taak en de schade.⁷⁶ Spier zegt dat er een ‘functioneel verband’ moet zijn. Het element van kansvergroting leidt ertoe dat een verband tussen fout en werkzaamheden snel wordt aangenomen.⁷⁷
- Ten tweede is voor aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW – net als bij aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW – vereist dat de werkgever ‘zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen’. Daarbij is niet van belang of de gedraging van de werknemer door de werkgever is opgedragen. Beslissend is of de werkgever de werknemer instructies had kunnen geven. Of er sprake is van *zeggenschap* hangt af van de relevante omstandigheden van het geval. Het tijdstip, de plaats en de aard van de gedraging zijn van belang, maar ook de eventueel de door de dienstbetrekking geschapen mogelijkheid de fout te maken of de werknemer ter beschikking staande middelen. Indien de leidinggevende een verwijt te maken valt van de fout van de ondergeschikte weegt ook die omstandigheid mee.⁷⁸

Net als Hoekzema vind ik het onjuist dat het zeggenschaps criterium van belang is of er sprake is van een ‘fout’. Artikel 6:170 BW is een risicoaansprakelijkheid waardoor de werkgever ook aansprakelijk is als hij geen zeggenschap heeft gehad over de situatie. Door dit criterium wordt het kwalitatieve karakter van artikel 6:170 BW beperkt. Ook als de werkgever de gedragingen van de werknemer uitdrukkelijk heeft verboden, kan zijn aansprakelijkheid nog steeds intreden.⁷⁹

Artikel 7:658 BW heeft de oude (contractuele) 7A:1638x-aansprakelijkheid van de werkgever vervangen door middel van een strenge zorgplicht voor de veiligheid in verband met het werk.⁸⁰ Hierdoor lijkt artikel 7:658 BW een betere grondslag in geval een werknemer gezondheidsschade lijdt door rokende collega’s dan wel in aanraking komt met gevaarlijke stoffen. Artikel 6:170 BW spreekt over een ‘fout’ waarmee een toerekenbare onrechtmatige daad wordt bedoeld. Artikel 7:658 BW doelt concreet op de Arbowet. In de rechtspraak wordt in geval van opgelopen gezondheidsschade tijdens de werkzaamheden derhalve een beroep gedaan op artikel 7:658 BW en niet op artikel 6:170 BW. Bij het zoeken naar jurisprudentie wegens aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 6:170 BW voor opgelopen gezondheidsschade van de werknemer in samenhang met de zoektermen ‘roken’ dan wel ‘sigaret’ kom je veelal uit bij brandschade. Oftewel: ongevallen waarbij

⁷⁵ Lankhorst 2013, T&C BW, commentaar op artikel 170 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (via Kluwer Portal).

⁷⁶ PG Boek 6, p. 714-715.

⁷⁷ Spier e.a. 2009, p. 98.

⁷⁸ Spier e.a. 2009, p. 96-97.

⁷⁹ Hoekzema 2000, p. 81-82.

⁸⁰ Lankhorst 2013, T&C BW, commentaar op artikel 170 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (via Kluwer Portal).

een sigarettenpeuk een brand heeft veroorzaakt.⁸¹ Er is geen jurisprudentie te vinden waarbij de werknemer, welke gezondheidsschade heeft opgelopen door het in aanraking komen met gevaarlijke stoffen, een beroep doet op artikel 6:170 BW.

3.3 Aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid

Zoals gezegd missen artikel 7:658 en 6:170 BW in beginsel toepassing, wanneer de werkgever geen zeggenschap over de werkplek heeft en de bevoegdheid om aanwijzingen over de uitoefening van de werkzaamheden ontbreekt. Artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) en artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) bieden in sommige gevallen de mogelijkheid om toch de geleden schade vergoed te krijgen als het via artikel 7:658 en 6:170 BW niet lukt. Als bijvoorbeeld de werkgever heeft voldaan aan zijn zorgplicht, maar de werknemer wel schade heeft opgelopen die gerelateerd is aan het werk kan de werknemer een beroep doen op goed werkgeverschap dan wel redelijkheid billijkheid. Artikel 7:658 BW heeft het oude artikel 1638x BW vervangen. In het arrest *De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf*⁸² uit 1989 heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:

“Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x lid 1 genoemde verplichtingen en hij ook overigens niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, is er geen plaats voor een op 'gebruik en billijkheid' dan wel op goed werkgeverschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer die als gevolg van een hem in de uitoefening van zijn dienstbetrekking overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen. Zulk een verplichting is met name onaanvaardbaar omdat daardoor, in strijd met de strekking van art. 1638x, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.”

De vraag is echter of dit arrest na ruim twintig jaar nog stand houdt. Gezien de jurisprudentie die de jaren daarna volgde, is dit het geval. Echter, we zien wel met enige regelmaat uitspraken waarbij de werkgever tot vergoeding op grond van goed werkgeverschap moet overgaan in geval van letsel. De zorgplicht ex artikel 7:658 BW is beperkt tot gevallen waarover de werkgever zeggenschap heeft. De uitspraken waarbij de rechter de vordering tot schadevergoeding op grond van goed werkgeverschap toewees waren uitzonderlijke gevallen waarbij de werkgever een tekortkoming kon worden verweten.⁸³ Het ging hier om ongevallen waarbij de werkgever geen zeggenschap had en de aansprakelijkheid om die reden niet onder het bereik van artikel 7:658 BW viel. Denk daarbij aan een personeelsuitje, privésituatie etc.⁸⁴ De werkgever werd aansprakelijk geacht, omdat de schade was veroorzaakt door een handeling, gebeurtenis of situatie die wél werkgerelateerd was én die bepaalde voor de werkgever (van tevoren) kenbare risico's meebracht.⁸⁵ Heerma van Voss benadrukt dat het goed werkgeverschap derhalve geen hardheidsclausule is voor zielige gevallen. Men zal er slechts een beroep op kunnen doen indien men een concrete tekortkoming van de werkgever kan

⁸¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 27 juni 2003, *LJN AH9008* en Rb. Middelburg 2 mei 2012, *LJN BY0083*.

⁸² HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (*De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf BV*).

⁸³ Heerma van Voss 2007, p. 23.

⁸⁴ Zie bijv. Hof Amsterdam 30 oktober 2007, *JAR 2008/11* en HR 22 januari 1999, *JAR 1999/44 (S./Reclassering)*.

⁸⁵ www.letselschade-kenniscentrum.nl, ('zoek op: *Verhouding tussen artikel 7:658 en artikel 7:611 BW*)>, geraadpleegd op 5 september 2009.

vaststellen, die te baseren is op een verplichting die verder reikt dan een concreet geval. Het is niet voldoende om te stellen dat de werkgever meer had kunnen doen om de schade te voorkomen, het gaat erom dat de werkgever dit als goede werkgever in het algemeen ook had moeten doen.⁸⁶

3.4 Verjaring

Het is mogelijk dat werkgevers worden geconfronteerd met schadeclaims van ziek geworden ex-werknemers doordat zij vóór de invoering van het wettelijk rookverbod op hun werkvloer niet uit zichzelf tot een stringent rookbeleid op de werkvloer zijn overgegaan.⁸⁷

3.4.1 Verjaringstermijnen

Verjaring is geregeld in Boek 3 van het BW. Indien het gaat om een rechtsvordering tot vergoeding van schade is de verjaringstermijn in beginsel vijf jaar. Deze termijn vangt in beginsel op grond van artikel 3:310, eerste lid, BW aan na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (subjectieve verjaringstermijn), en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (objectieve verjaringstermijn). Indien gevaarlijke stoffen in het spel zijn verloopt de rechtsvordering pas na dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, aldus artikel 3:310, tweede lid, BW.

Met ingang van 1 februari 2004 is aan artikel 3:310 BW een vijfde lid toegevoegd.⁸⁸ In afwijking van het eerste en tweede lid verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Van bekendheid met de schade is in ieder geval sprake op het moment dat de ziekte is gediagnosticeerd.⁸⁹ Het artikel is op grond van artikel 119 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek slechts van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich na de inwerkingtreding per 1 februari 2004 hebben voorgedaan, waardoor men de aankomende jaren nog weinig van deze wetswijziging zal merken. Pas vanaf 2024 zal de wetswijziging effect sorteren, tot die tijd blijven de relatieve en absolute termijn in de eerste leden van artikel 3:310 BW leidend. Echter, het absolute karakter van de verjaring is gerelativeerd door de Hoge Raad in het arrest *Van Hese/De Schelde*.⁹⁰ Dit arrest wordt nog uitgebreid behandeld in paragraaf 3.4.3.

In geval van meeroken op de werkvloer zal de relatieve verjaringstermijn van vijf jaar in beginsel beslissend zijn. De benadeelde moet dan bekend zijn geworden met de schade. Dat een benadeelde het juridische besef ontbeert dat hij een vordering heeft, staat volgens de Hoge Raad niet aan verjaring in de weg.⁹¹ Dit betekent dat de weg naar de rechter niet mogelijk is voor diegenen die langer dan vijf jaar geleden met een aan meeroken gerelateerde ziekte zijn gediagnosticeerd. Alleen

⁸⁶ Heerma van Voss 2007, p. 23.

⁸⁷ Keirse 2010, p. 5.

⁸⁸ Stb. 2003, 495.

⁸⁹ *Kamerstukken II 1999/00*, 26 824, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁹⁰ Keirse 2010, p. 5.

⁹¹ HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115.

wanneer het meeroken op de werkvloer tot direct waarneembare gezondheidsschade leidt, kunnen werkgevers in beginsel slechts aansprakelijk worden gehouden voor het rookbeleid van de afgelopen vijf jaar.⁹² Indien er sprake is van ziekteverschijnselen naar aanleiding van het meeroken die pas na een lange verloop van tijd kenbaar worden ligt dit anders. Hierbij kun je denken aan een werknemer die pas jaren later erachter komt dat hij longkanker heeft opgelopen. Zolang voor de meeroker de schade onbekend is, vangt geen relatieve termijn van vijf jaar aan. Dan speelt vooralsnog de termijn van twintig of dertig jaar. Zoals eerder is gebleken is de verjaringstermijn dertig jaar in geval van schade ten gevolge van gevaarlijke stoffen als bedoeld in artikel 6:175 BW.⁹³ De verjaringstermijn van dertig jaar geldt ook als de werknemer zijn vordering baseert op artikel 7:658 BW, maar de schade ook verband houdt met gevaarlijke stoffen.⁹⁴

3.4.2 Tabaksrook gevaarlijk?

Van belang voor de verjaringstermijn is of de blootstelling aan tabaksrook door het meeroken op de werkvloer kan worden gekwalificeerd als een gevaar dat onder artikel 6:175 BW valt. Indien dit het geval is, is de verjaringstermijn niet twintig, maar dertig jaar. De eerste volzin van het artikel 6:175 BW luidt:

“Degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een stof gebruikt of onder zich heeft, terwijl van deze stof bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert, is aansprakelijk, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt.”

Een stof wordt geacht aan de omschrijving van het eerste lid te voldoen als zij bij algemene maatregel van bestuur als zodanig is aangewezen (zie artikel 6:175, zesde lid, BW). Ingevolge het zesde lid kan een stof in elk geval worden aangewezen, als: zij volgens de criteria en methoden, vastgesteld krachtens artikel 9.2.3.1, derde lid, van de Wet milieubeheer behoort tot een der categorieën in het tweede lid van dat artikel (sub a) of zij is ingedeeld overeenkomstig de artikelen 3 en 4 en titel II van verordening (EG) nr. 1272/2008 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 betreffende de indeling, etikettering en verpakking van stoffen en mengsels tot wijziging en intrekking van de Richtlijnen 67/548/EEG en 1999/45/EG en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1907/2006 (PbEU L 353) (sub b).

Ingevolge artikel 9.2.3.1 Wet Milieubeheer zijn in artikel 1 van het Uitvoeringsbesluit aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging gevaarlijke stoffen aangewezen die zijn opgenomen in Bijlage I bij richtlijn nr. 67/548 EEG.⁹⁵ Tabaksrook staat daar niet als zodanig vermeld. Wel zijn in de voornoemde bijlage bestanddelen die tabaksproducten vormen opgenomen, te weten: nicotine, benzeen, cadmiumchloride, cadmiumfluoride, cadmiumoxide, cadmiumsulfaat, koolmonoxide en zwavelkoolstof. Het feit dat nicotine, een bijzonder kenmerkend bestanddeel van het tabaksproduct, tezamen met andere bestanddelen die tabaksrook vormen, hier aangewezen is als gevaarlijke stof, is

⁹² Keirse 2010, p. 5.

⁹³ Keirse 2010, p. 5.

⁹⁴ Van Drongelen e.a. 2011, p. 103.

⁹⁵ Richtlijn 67/548/EEG van de Raad van 27 juni 1967 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de indeling, de verpakking en het kenmerken van gevaarlijke stoffen.

een sterke indicatie voor de aanname dat schade door (mee)roken kan worden gekwalificeerd als zijnde een gevolg van een verwezenlijking van gevaar als bedoeld in artikel 6:175 BW.⁹⁶ Blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 6:175 BW kan ook een stof die slechts bestanddeel is in de zin van artikel 3:4 BW, ook aansprakelijkheid in het leven roepen.⁹⁷

In de jurisprudentie zijn een paar uitspraken te vinden waarin de rechter zich heeft uitgelaten over de vraag of tabak een gevaarlijke stof als bedoeld in artikel 6:175 BW is. De Rechtbank in Assen oordeelt in een uitspraak van 25 april 2000⁹⁸ dat tabak geen stof is die een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert in de zin van artikel 6:175 BW.

De rechtbank overweegt daarbij het volgende:

“Dat personen bij langdurige blootstelling aan bepaalde concentraties van tabaksrook daar op den duur ernstige gevolgen van kunnen ondervinden, is onvoldoende om tabak als een dergelijke stof aan te merken.”

De rechtbank acht de dertigjarige verjaringstermijn van artikel 3:310, tweede lid, BW derhalve niet van toepassing. Acht jaar later dacht de rechtbank Amsterdam⁹⁹ anders over de vraag of tabaksrook als gevaarlijk kan worden gekwalificeerd. In deze zaak had eiser het bedrijf British American Tobacco (BAT) gedagvaard. BAT is een bedrijf welke sigaretten produceert en verkoopt. Eiser stelt dat hij van 1957 tot 1984 heeft gerookt en dat bij hem in 1996 longemfyseem is ontdekt. In 2002 en 2004 heeft eiser een herseninfarct gekregen. Eiser vordert een verklaring van recht dat BAT onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de hem geleden en nog te lijden schade. Eiser stelt dat hij van 1957 tot 1983 (toen hij met roken stopte) achtereenvolgens Caballero-, Peter Stuyvesant- en Lord-sigaretten heeft gerookt. BAT stelt dat de vordering is verjaard, maar de rechtbank denkt hier anders over. De Rechtbank merkte sigaretten en sigarettenrook wel als gevaarlijke stoffen aan waardoor de verjaringstermijn van dertig jaar van toepassing werd verklaard. Belangrijk argument hiervoor is de Europeesrechtelijke kwalificatie van verscheidene bestanddelen van het tabaksproduct als gevaarlijke stof.

⁹⁶ Keirse 2010, p. 6. Zie ook uitspraak Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BG7225.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 13 (MvT).

⁹⁸ Rb. Assen 25 april 2000, *LJN* AA4626.

⁹⁹ Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BG7225.

3.4.3 Van Hese/De Schelde

Voor wat betreft de verjaring van vorderingen gebaseerd op de aansprakelijkheid van de werkgever is het arrest van de Hoge Raad van 28 april 2000 van belang.¹⁰⁰ In het arrest *Van Hese/De Schelde*¹⁰¹ hadden erfgenamen van een aan mesothelioom (inademen asbeststof) overleden werknemer een rechtsvordering ingesteld, terwijl de lange verjaringstermijn van dertig jaren was verstreken. De Hoge Raad oordeelde dat de termijn van dertig jaren in beginsel een objectief en absoluut karakter heeft in verband met het belang van rechtszekerheid. Echter, in uitzonderlijke gevallen kan strikte toepassing van de verjaringsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:2 BW onaanvaardbaar zijn. De lange verjaringstermijn van artikel 3:310, tweede lid, BW kan dan worden doorbroken. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn van dertig jaar reeds was verstreken. Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. De feitenrechter zal aan de hand van de gezichtspunten die de Hoge Raad heeft opgesteld per geval moeten beoordelen of hiervan sprake is.

¹⁰⁰ Verhulp 2013, T&C BW, commentaar op artikel 658 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (via Kluwer Portal).

¹⁰¹ HR 28 april 2000, JAR 2000/122 (*Van Hese/De Schelde*).

4. Het anti-rookbeleid en de grenzen hiervan

Een rookbeleid heeft tot doel werknemers op het werk te vrijwaren van ongewenste blootstelling aan tabaksrook. Het gaat daarbij om een vertaling van de maatschappelijke discussie over roken. Daarin komt tot uitdrukking dat roken in het bijzijn van anderen geen vanzelfsprekende zaak (meer) is. Van de roker wordt uitdrukkelijk verwacht dat deze rekening houdt met de wensen van zijn/haar omgeving.¹⁰² In dit hoofdstuk wordt gekeken naar het nut en de inhoud van een rookbeleid. Ook wordt ingegaan op de vraag hoe ver de werkgever kan gaan in het voeren van een anti-rookbeleid. In het volgende hoofdstuk wordt beantwoord welke consequenties de werkgever kan verbinden in geval de werknemer het rookbeleid overtreedt.

4.1 Het nut van een rookbeleid

Een werkgever doet er verstandig aan om een rookbeleid te voeren met betrekking tot de rokende werknemer. De werkgever kan middels een bedrijfsregeling een rookbeleid formuleren. De Stichting van de Arbeid is van mening dat het formuleren en invoeren van een beleid gericht op de inpassing van rookgedrag in de arbeidssituatie bij uitstek een zaak is die op ondernemingsniveau moet plaatsvinden. Zij roept ondernemingen dan ook op tot het ontwikkelen van een beleid dat is gericht op het zoveel mogelijk tegengaan van hinder, overlast en gezondheidsschade, die door niet rokende werknemers op de werkplek worden ondervonden als gevolg van het roken door anderen.¹⁰³

Omdat voorschriften van een rookbeleid als ordevoorschriften kunnen worden gekwalificeerd, is op grond van artikel 7:660 BW geen instemming van de werknemer nodig. Voldoende is instemming ex artikel 27, eerste lid, onder d WOR van de OR met betrekking tot de regeling. Het komt veel voor dat gedragsregels die tijdens het verrichten van de bedongen arbeid in acht moeten worden genomen al dan niet samen met de arbeidsvoorwaarden in één boekje worden samengevat dat aan de werknemers ter hand wordt gesteld. Tegenwoordig worden interne ordevoorschriften ook vaak op de interne website van de onderneming gepubliceerd.¹⁰⁴

Door het voeren van een rookbeleid weet de werknemer waar hij aan toe is en wat van hem binnen de onderneming wordt verwacht ten aanzien van het roken. Voor de werkgever is het voeren van een rookbeleid van belang, omdat zo de werknemer weet welke regels binnen de onderneming worden gehanteerd. Zonder rookbeleid weet de werknemer niet welke regels de werkgever hanteert en welke hij dus moet naleven. De wet biedt voldoende mogelijkheden voor het voeren van een anti-rookbeleid. Het is daarbij wel van belang dat de regels duidelijk zijn voor de werknemer voor de eventuele handhaving hiervan. Het voeren van een rookbeleid heeft pas nut als het beleid helder is en consistent wordt toegepast. De werkgever kan voor de bewustwording voorlichting geven over het voeren van een rookbeleid. Dit draagt bij aan de acceptatie van het rookbeleid.¹⁰⁵

¹⁰² STAR 2001, p. 8.

¹⁰³ STAR 1999, p. 15.

¹⁰⁴ Hartkamp 2012, p. 177-178.

¹⁰⁵ STAR 2001, p. 11.

Uit onderzoek blijkt dat bedrijven maatregelen nemen met betrekking tot roken met als redenen: gezondheidsbescherming van niet-rokers, klantvriendelijkheid, veiligheid en hygiëne.¹⁰⁶ Ondernemingen denken dus niet alleen aan hun personeel, maar ook aan hun reputatie jegens de klanten.

4.2 De inhoud van een rookbeleid

De werkgever heeft een zekere vrijheid bij het bepalen van de inhoud van een rookbeleid. De werkgever moet ingevolge de Tabakswet de gezondheid en veiligheid van de werknemer waarborgen en bevorderen door zorg te dragen voor rookvrije werkplekken. De werkgever is derhalve verplicht om te zorgen voor rookvrije werkplekken. Dit is een van de punten die naar voren kan komen in het rookbeleid. Het rookbeleid kan worden opgenomen in een circulaire, personeels-handboek of reglement. In het onderzoek 'Tabaksrook in de werkomgeving' van STIVORO is een adequaat rookbeleid gedefinieerd als:

“Een rookbeleid waarbij de getroffen regelingen zodanig zijn dat geen enkele niet-rokende werknemer wordt blootgesteld aan tabaksrook.”

Dit rookbeleid is conform de gewijzigde Tabakswet. 74% van alle werknemers ziet een adequaat rookbeleid als het ideale rookbeleid variërend van 52% in de sectoren horeca en landbouw en visserij tot 90% in het onderwijs.¹⁰⁷

Als werkgever is het ook mogelijk om te zorgen dat werknemers helemaal niet meer roken binnen het bedrijf. De werkgever is namelijk niet verplicht om aparte rookruimten in te richten.¹⁰⁸ Door invoering van de Tabakswet staan de belangrijkste punten van het rookbeleid in grote lijnen vast. Echter, een werkgever moet bij het voeren van een rookbeleid ook over andere punten¹⁰⁹ nadenken, zoals:

- Worden er wel of geen rookruimtes gecreëerd in het bedrijf?
- Wordt roken ook bij de ingang van het bedrijf verboden?
- Hoe wordt omgegaan met werknemers die de regels overtreden?
- Welke afspraken worden gemaakt over de lengte van rookpauzes?

In het artikel van de Stichting van de Arbeid (hierna: STAR) worden een aantal uitgangspunten genoemd waarmee de werkgever rekening moet houden bij het voeren van een goed rookbeleid. Ten eerste moet het rookbeleid *legitiem* zijn. Op grond van de wetgeving (Tabakswet, Arbowet etc.) heeft de werkgever een zorgplicht om een veilige en gezonde werkomgeving te creëren voor zijn werknemers. Dit maakt het legitiem dat de werkgever het rookgedrag van zijn werknemer stuurt. Wel heeft de OR resp. PVT zoals uit hoofdstuk 2 blijkt een instemmingsrecht. Ten tweede moet het rookbeleid *helder* zijn geformuleerd. Het moet voor de werknemer duidelijk zijn waar wel en niet mag worden gerookt en onder welke voorwaarden. Tot slot is het van belang dat een rookbeleid,

¹⁰⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 8-9 (MvT).

¹⁰⁷ Zeegers 2005, p. 4.

¹⁰⁸ www.rijksoverheid.nl, ('zoek op: *Mag ik roken op mijn werkplek*'), geraadpleegd op 20 augustus 2013.

¹⁰⁹ Pouderoijen 2007, p. 1.

zonder onderscheid, geldt voor alle werknemers die werkzaam zijn in de onderneming. Oftewel: *gelijkheid*.¹¹⁰

Het formuleren van een rookbeleid is maatwerk. De werkgever moet met bovenstaande uitgangspunten rekening houden, maar moet ook het draagvlak onder zijn werknemers bekijken. De werkgever moet de werknemers bewust maken van de nadelen van het roken. Daarnaast is het van belang dat de werkgever rekening houdt met de situatie van zijn onderneming. De inhoud van een rookbeleid richt zich naar de situatie in de onderneming. Zowel de grootte en de aard van het bedrijf of bedrijfsonderdeel, als de wensen van de werknemers spelen hierbij een rol.¹¹¹

4.3 De invloed van cultuur op het rookbeleid

Zoals gezegd is het formuleren van een rookbeleid maatwerk waarbij de werkgever rekening moet houden met de situatie in zijn onderneming. De werkgever zal ook rekening moeten houden met de bedrijfscultuur.

Ieder bedrijf heeft zijn eigen cultuur. Cultuur is op te vatten als een collectieve mentale programmering, die de leden van de ene groep of categorie mensen onderscheidt van die van een andere. Deze mentale programmering is gericht op het overdragen van waarden, normen en opvattingen.¹¹² Een bedrijfscultuur ontstaat door het feit dat mensen langere tijd met elkaar samenwerken, waardoor er een bepaalde mate van uniformiteit is in de normen, waarden en opvattingen van de leden ten aanzien van het gemeenschappelijke streven en handelen binnen de organisatie.¹¹³ Er is sprake van een gemeenschappelijke verstandhouding welke betrekking heeft op hoe het dagelijks in de onderneming er aan toe gaat. Cultuur is daarmee niet direct zichtbaar, maar kan wel direct worden afgeleid uit de manier waarop mensen zich gedragen en uit wat er gebeurt. Het gaat om geschreven en ongeschreven regels dat het sociale verkeer tussen de medewerkers van de onderneming onderling, als ook het verkeer met derden, kanaliseert en vorm geeft.¹¹⁴

Een rookbeleid wordt opgesteld aan de hand van de waarden van de werkgever. Hij behoort, als goed werkgever zijnde, daarbij ook rekening te houden met de waarden van zijn werknemers. Uit deze waarden volgen concrete gedragsregels waar iedereen binnen het bedrijf zich aan behoort te houden en naar dient te gedragen. Alblas & Wijsman geven aan dat je gedragsregels kunt zien als een sociale verplichting.¹¹⁵

Door het analyseren van de bedrijfscultuur kan de werkgever ook het draagvlak voor een rookbeleid onder zijn werknemers bepalen. De werkgever heeft niet alleen tot taak om zijn werknemers aan te sturen, te controleren en te motiveren. Ook het bevorderen van een goede verstandhouding op de werkplek behoort hiertoe. De stijl van leiding is hierbij van belang. Een leidinggevende die zich weinig betrokken voelt bij zijn medewerkers, zal ongewenst gedrag niet snel opmerken. Ter voorkoming en

¹¹⁰ STAR 2001, p. 9.

¹¹¹ Pouderoijen 2007, p. 1 en STAR 2001, p. 10-11.

¹¹² Alblas & Wijsman 2005, p. 276.

¹¹³ Alblas & Wijsman 2005, p. 278.

¹¹⁴ Sanders & Neuijen 2005, p. 12-14.

¹¹⁵ Alblas & Wijsman 2005, p. 277.

bestrijding van ongewenst gedrag is een goede bedrijfsvoering van belang welke gericht is op goede omgangsvormen en het creëren van een plezierige en veilige werkomgeving.¹¹⁶ Onder een goede bedrijfsvoering valt ook een adequaat rookbeleid waar zowel werkgever als werknemer achter staan.

Beïnvloeding van de bedrijfscultuur biedt kansen en mogelijkheden voor het voorkomen en tegengaan van ongewenst gedrag binnen ondernemingen. Het uiteindelijke doel is dat binnen de onderneming een cultuur ontstaat waarin ieder zijn verantwoordelijkheid neemt en waarin het veilig, vertrouwd en prettig werken is. Dit is niet alleen goed voor de werknemers, maar ook in het belang van het functioneren van de onderneming als geheel.¹¹⁷ Bij ongewenst gedrag kan worden gedacht aan roken in het bijzijn van niet-rokers wat kan leiden tot spanningen op de werkvloer. Het tast de werksfeer aan en daarmee de productiviteit van werknemers en de kwaliteit van het geleverde werk. De algemene conclusie is dat ongewenst gedrag op de werkplek bestaat en niet vanzelf verdwijnt.¹¹⁸

Een bedrijfscultuur kan worden bepaald door selectie van personeel, socialisatie, opleidingen en trainingen, maar ook door middel van voorbeeldgedrag door leidinggevenden. De middelen promotie en ontslag zijn instrumenten waarmee de cultuur kan worden versterkt en gehandhaafd.¹¹⁹ Soms kan het nodig zijn een cultuur in een organisatie te veranderen. Denk bijvoorbeeld aan hetgeen op 1 januari 2004 is gebeurd: de wettelijke verplichting voor de werkgever om rookvrije werkplekken te creëren. In een bedrijf waar decennialang werd gerookt op de werkplek is het niet eenvoudig om van de een op de andere dag het roken te verbieden. Toch zal dit moeten gebeuren. Cultuur is echter complex, niet eenvoudig te begrijpen, te onderzoeken en te veranderen. Cultuur zit op verschillende niveaus en verandert gedurende de evolutie van een organisatie. In een volwassen, rijpe organisatie is het moeilijker om de cultuur te veranderen dan in een jonge, groeiende onderneming.¹²⁰ Om dit toch voor elkaar te krijgen is het van belang dat de werkgever de werknemers bewust maakt van de noodzaak tot veranderen.¹²¹ Voor een oudere werknemer welke al jarenlang voor dezelfde organisatie werkt, is het moeilijker om af te stappen van de dagelijkse normen en waarden dan voor een jonge werknemer die nog maar net in de organisatie werkzaam is. Deze is minder gehecht aan de verbonden regels/cultuur van de onderneming en stelt zich waarschijnlijk flexibeler op.

4.4 De grenzen van een anti-rookbeleid

Zoals uit het wettelijk kader blijkt zijn werkgevers verplicht om hun werknemers een rookvrije werkplek te bieden op grond van diverse wetgeving. Hofkens stelde in zijn artikel dat bij de wenselijkheid van een anti-rookbeleid in de onderneming een vijftal aanspraken in het spel zijn. De aanspraak "recht op privacy" geeft het recht om te roken en is onder andere neergelegd in artikel 8 EVRM. Echter, een ander wordt gedwongen om passief mee te roken waardoor deze vrijheid is begrensd. Het recht op privacy komt in conflict met vier andere aanspraken. Namelijk: het recht op gezondheid, het recht op veiligheid, het recht op rendement voor de werkgever en het recht op

¹¹⁶ STAR 1999, p. 10.

¹¹⁷ STAR 1999, p. 5.

¹¹⁸ STAR 1999, p. 6 en 9.

¹¹⁹ Alblas & Wijsman 2005, p. 281-282.

¹²⁰ Schein 2000.

¹²¹ Alblas & Wijsman 2005, p. 298.

zuivere lucht.¹²² In deze paragraaf wordt bekeken hoe ver de werkgever kan gaan in het voeren van een anti-rookbeleid. Mag de werkgever van zijn werknemers verwachten dat zij helemaal geen sigaret meer opsteken tijdens werktijd?

4.4.1 De Grondwet

Bij het voeren van een anti-rookbeleid zijn twee bepalingen uit de Grondwet van belang en één bepaling uit het EVRM. Het recht op privacy is geregeld in artikel 10, eerste lid van de Grondwet en luidt:

“Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.”

Het recht op privacy ex artikel 10 Gw moet ruim worden uitgelegd en bevat ook de lichamelijke en geestelijke integriteit behorende tot de persoonlijke levenssfeer.¹²³ Voorts bevat artikel 11, eerste lid, Grondwet een bescherming van de onaantastbaarheid van het lichaam:

“Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.”

Dit recht kan op zeer veel zaken betrekking hebben, waaronder gevaarlijke stoffen in de werkomgeving.¹²⁴ Het gaat om enerzijds het recht om gevrijwaard te worden van schendingen en inbreuken op het lichaam door anderen en anderzijds om zelf over het lichaam te beschikken.¹²⁵

Beide grondrechten komen volgens de Grondwet (hierna: Gw) aan een ieder toe. Echter, zij kunnen wel worden beperkt indien er wordt voldaan aan een aantal criteria. In de klassieke visie gelden grondrechten slechts in verticale relaties (overheid-burger).¹²⁶ Indien de overheid gebruik maakt van een haar toegekende bevoegdheid, dan is er geen sprake van inbreuk of schending van een grondrecht, maar van een beperking ervan.¹²⁷ Artikel 10 Gw vormt een bepaling waarin klassieke en sociale grondrechten bijeen zijn geplaatst. Het artikel is een van de weinige grondrechten dat zich soms leent voor toepassing tussen burgers.¹²⁸ Dit is uiteraard relevant voor de relatie tussen werkgevers en werknemers. Uit het arrest *Agfa/Schoolderman* volgt dat grondrechten via artikel 7:611 BW horizontaal kunnen werken tussen burgers en dat burgers onderling zich op grondrechten kunnen beroepen. De grondrechten werken dan indirect door in de arbeidsovereenkomst en kleuren daarmee artikel 7:611 BW en artikel 6:248 BW nader in.¹²⁹ Met andere woorden: als grondrechten in privaatrechtelijke begrippen worden getransformeerd, kunnen zij ook werken tussen burgers

¹²² Hofkens 1992-1993, p. 274.

¹²³ Verhulp 1999, p. 135.

¹²⁴ Verhulp 1999, p. 162.

¹²⁵ *Kamerstukken II 1978/79*, 15 463, nr. 2, p. 4-5.

¹²⁶ Kortmann 2008, p. 387.

¹²⁷ Kortmann 2008, p. 395.

¹²⁸ Kortmann 2008, p. 447-448.

¹²⁹ HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*). Zie ook Hendriks 2008, p. 178-179.

onderling.¹³⁰ Daarnaast heeft de regering in 1997 laten weten dat artikel 7:611 BW een geschikt kader is om grondrechten in de individuele arbeidsverhouding tot gelding te laten komen.¹³¹

Arbeidsrechtgeleerden hebben doorgaans minder moeite met directe werking van grondrechten dan civilisten. Zo stelt onder andere Verhulp dat directe werking van grondrechten voordelen heeft, omdat in veel gevallen niet hoeft te worden gezocht naar een achter het grondrecht liggend beginsel, maar het grondrecht zelf kan worden toegepast. Soms is niet duidelijk welk beginsel achter een grondrecht ligt, zodat het uiteindelijke resultaat leidt tot rechtsonzekerheid. Indien de rechter een concrete grondrechtsregel dient toe te passen, ontstaat er een grotere zekerheid dan dat de daarvoor voorgeschreven belangenafweging (zie paragraaf 4.3.3) plaatsvindt.¹³²

In de literatuur is de opvatting te vinden dat grondrechten van de werknemer alleen bij zeer zwaarwegende belangen van de werkgever opzij kunnen worden gezet.¹³³ De Grondwet maakt bij de beperkingen gebruik van verschillende soorten voorschriften, zoals voorschriften met betrekking tot doelcriteria, procedurevoorschriften of competentievoorschriften.¹³⁴ Artikel 10 en 11 Gw bevatten competentievoorschriften. Alleen "behoudens bij of krachtens de wet" mag het recht beperkt worden. Bij het EVRM wordt onder wet ook ongeschreven recht begrepen, bij de Grondwet is dat niet het geval. Alleen de formele wetgever kan beperkingen aanbrengen middels wetten in formele zin. Wetten in formele zin zijn vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal tezamen ingevolge artikel 81 Gw. Beperking van het recht genoemd in artikel 10 en 11 Gw kan op basis van delegatie. Dat blijkt uit "bij of krachtens". Echter, de wet in formele zin moet delegeren en daarnaast moet de wet in formele zin voldoende specifiek zijn omschreven.

Artikel 22 Gw is een wet in formele zin en bevat de verplichting van de overheid om maatregelen te treffen om de volksgezondheid te bevorderen. Het betreft een inspanningsverplichting voor de overheid met betrekking tot het respecteren, beschermen en bevorderen van de gezondheid.¹³⁵ De vraag hierbij is of het artikel voldoende specifiek is geformuleerd. Het begrip 'volksgezondheid' is namelijk een breed begrip. De rechter heeft een zekere vrijheid de gedachten die aan de wettelijke voorschriften ten grondslag liggen, te ontwikkelen door middel van extensieve interpretatie, analogie, restrictieve interpretatie en rechtsverfijning. Echter, bij de grondwetsherziening van 1983 is de vrijheid van de rechter beperkt: beperkingen moeten herleidbaar zijn tot de beperkingsclausule en deze moeten voldoende specifiek zijn.¹³⁶

Grondrechten worden beschermd door het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. Artikel 120 Gw bepaalt dat de rechter niet treedt in de beoordeling van grondwettigheid van wetten en verdragen. Dat betekent dat een wet in formele zin niet mag worden getoetst aan het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden, de Grondwet en ongeschreven rechten. Hieronder vallen ingevolge het

¹³⁰ De Laat & De Vries 2012, p. 1.

¹³¹ Verhulp 1999, p. 55-59.

¹³² Roozendaal 2011, p. 433 en Verhulp 1999, p. 62-63.

¹³³ Verhulp 1999, p. 168.

¹³⁴ Kortmann 2008, p. 397-398

¹³⁵ Hendriks & Krijnen 2009, p. 1.

¹³⁶ De Lange 2008, p. 21-22.

Harmonisatiewet-arrest ook algemene rechtsbeginselen¹³⁷. Een wet in formele zin mag wel worden getoetst aan verdragen.

Uit het voorgaande valt op te maken dat de werknemer recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Echter, dit recht kan worden beperkt middels een wet in formele zin. Zoals reeds is vermeld werken de grondrechten indirect door in het arbeidsrecht middels artikel 7:611 BW en artikel 6:248 BW. In geval een burger door de uitoefening van een vrijheid een medeburger schade toebrengt dient er een belangenafweging te worden gemaakt in hoeverre de werkgever gerechtigd is de beperkingen ten aanzien van de uitoefening van het grondrecht op te leggen.¹³⁸ Indien je als werknemer van mening bent dat door het rookbeleid je persoonlijke levenssfeer wordt beperkt, kan je dus een beroep doen op een grondrecht. De beperkingen moeten echter herleidbaar zijn tot de beperkingsclausule en deze moeten voldoende specifiek zijn. Artikel 11a van de Tabakswet en artikel 3 van de Arbowet zijn specifiek omschreven dan artikel 22 Gw, waardoor een beroep op deze artikelen een grotere kans van slagen heeft. Wel dient de belangenafweging dan in het voordeel van de werknemer uit te vallen.

4.4.2 Het EVRM

Niet alleen de Grondwet geeft mensenrechten voor een ieder. Ook in het EVRM is een recht op privacy geregeld. Bepalingen uit het EVRM zijn voor een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikel 93 en 94 Gw en hebben daardoor directe werking. Burgers kunnen zich voor de rechter direct op een bepaling uit het verdrag beroepen. Bij de nationale rechter wordt vaker een beroep gedaan op het EVRM dan op de grondwettelijke bepalingen. Het EVRM speelt dan ook een grote rol en uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) gelden als leidraad voor veel Europese landen.¹³⁹

Artikel 8 van het EVRM bepaalt dat:

“Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.”

Artikel 8 EVRM biedt een grondslag voor de bescherming van de vrije ontplooiing van het privéleven. Oftewel: het recht om te leven zoals iemand dat verkiest. Aan het recht op respect voor het privéleven ligt aldus een zeker recht op zelfbeschikking of persoonlijke autonomie ten grondslag.¹⁴⁰ Artikel 8, tweede lid, van het EVRM bepaalt wanneer inmenging in de persoonlijke levenssfeer kan en mag plaatsvinden. Het tweede lid van artikel 8 EVRM luidt:

“Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de

¹³⁷ HR 14 april 1989, NJ 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet-arrest*).

¹³⁸ Hendriks 2008, p. 178.

¹³⁹ De Laat & De Vries 2012, p. 13.

¹⁴⁰ Roozendaal 2011, p. 427.

bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Zoals uit het tweede lid blijkt moet de inmenging bij de wet zijn voorzien. Het EHRM heeft in het *Sunday-Times-arrest*¹⁴¹ twee eisen gesteld voor dit criterium. Ten eerste moet de norm voldoende toegankelijk zijn, zodat de burger in staat is zich een oordeel te vormen omtrent de norm die op zijn gedrag van toepassing is en ten tweede moet de norm voldoende nauwkeurig zijn geformuleerd zodat een burger ook zijn gedrag erop kan afstemmen. Het maakt voor de volledigheid niet uit of het geschreven dan wel ongeschreven recht betreft.¹⁴² Het EHRM past dit criterium soepel toe, zodat bijvoorbeeld een inbreuk op grond van een door zelfregulering tot stand gekomen beleid hieraan voldoet.¹⁴³

Naast het feit dat inmenging bij de wet moet zijn voorzien, moet er sprake zijn van een doelcriteria welke is geformuleerd in artikel 8, tweede lid, EVRM. Bij het voeren van een anti-rookbeleid door de werkgever kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het doelcriteria “bescherming van de gezondheid”. Tot slot moet de inmenging noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dit wordt ook wel de ‘necessity’-toets genoemd. In het *Handyside-arrest*¹⁴⁴ van het EHRM uit 1976 is dit criterium nader ingevuld. Er moet sprake zijn van een dringende sociale noodzaak (pressing social need), de gronden moeten relevant en afdoende zijn (relevant and sufficient reasons) en tot slot moet worden voldaan aan de proportionaliteitstoets. Deze drie criteria zijn niet cumulatief. Het zijn instrumenten om de ‘necessity’-toets te ontleden. Met name de proportionaliteitstoets wordt uitdrukkelijk toegepast. Er vindt een concrete toetsing plaats waarbij tal van feitelijke factoren in de oordeelsvorming worden betrokken.¹⁴⁵

Er is helaas nog geen jurisprudentie over artikel 8 EVRM van het EHRM waarbij een particuliere werkgever en werknemer betrokken waren. Het EHRM heeft in het *Niemietz-arrest* wel bepaald dat de bescherming van het privéleven als bedoeld in artikel 8 EVRM zich ook uitstrekt tot de werkplek.¹⁴⁶ Ook zijn de overwegingen uit de arresten *Halford* en *Copland* goed toepasbaar op een civielrechtelijke arbeidsverhouding. Het EHRM oordeelde dat in deze zaken sprake was van een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op privacy, vanwege het ontbreken van voldoende nauwkeurige regels of beleid van de overheidswerkgever voor wat betreft het afluisteren van telefoons of het monitoren van telefoon- of emailverkeer.¹⁴⁷ Deze overweging kan ook toegepast worden in geval de werkgever een inbreuk wil maken op de privacy van zijn werknemer. Het recht op privacy omvat ook het recht om te roken. Indien de werkgever een helder en consistent anti-rookbeleid voert is dat al een begin om een inbreuk te maken. Vervolgens moet de belangenafweging in het voordeel van de werkgever uitvallen. De volgende paragraaf gaat hier nader op in.

¹⁴¹ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*).

¹⁴² Vlemminx 2002, p. 67-68.

¹⁴³ Roozendaal 2011, p. 430. Zie ook EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m. nt. EAA (*Barthold*).

¹⁴⁴ EHRM 7 december 1976, Series A Vol. 24-A (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), ro. 48-50.

¹⁴⁵ Vlemminx 2002, p. 71-73 en EHRM 23 september 1994, NJCM-Bulletin 1995, p. 167 e.v. (*Jersild*).

¹⁴⁶ Roozendaal 2011, p. 431 en EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (*Niemietz*).

¹⁴⁷ Roozendaal 2011, p. 431 en EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (*Halford*) en EHRM 30 april 2007, NJ 2007, 617 (*Copland*).

4.4.3 Belangenafweging

Uit het voorgaande blijkt dat zowel bij een beperking op grond van de Grondwet als bij een inmenging op grond van het EVRM er een belangenafweging dient te worden gemaakt.

Of een beperking dan wel inmenging gerechtvaardigd is, zal steeds moeten worden beoordeeld aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval. Hierbij kan worden gedacht aan:

- Hoeveel (rokende) werknemers zijn in de onderneming werkzaam?;
- Om wat voor soort onderneming gaat het?;
- Hoe is de bedrijfscultuur van de onderneming?;
- Heeft de OR destijds ingestemd met het rookbeleid?;
- Is de bepaling opgenomen ten behoeve van de veiligheid en gezondheid van werknemers?;
- Is er behoefte (draagvlak) onder werknemers aan een dergelijke bepaling?;
- Etc.

Het is niet eenvoudig vast te stellen of een bepaling uit een anti-rookbeleid wel of niet door de beugel kan zonder naar de concrete situatie te hebben gekeken. Steeds zullen de belangen van de werkgever en werknemer tegen elkaar moet worden afgewogen. De proportionaliteitstoets speelt een belangrijke rol in de belangenafweging met betrekking tot de vraag of een bepaling in het anti-rookbeleid proportioneel is. Bij elke bepaling moet de werkgever zich afvragen of de bepaling evenredig is in verhouding tot het te bereiken doel. Daarbij kan voorop worden gesteld dat in een bedrijf waar gewerkt wordt met brandbare, gevaarlijke stoffen de werkgever strengere regels mag stellen om de veiligheid van personen (zijn werknemers) en zaken te waarborgen.

4.4.4 Redelijkheid en billijkheid en goed werknemer/werkgeverschap

De werkgever moet bij het voeren van een anti-rookbeleid niet alleen rekening houden met bepalingen uit de Grondwet en het EVRM. Ook redelijkheid en billijkheid en goed werknemer/werkgeverschap zijn bepalingen waaraan het rookbeleid kan worden getoetst. Redelijkheid en billijkheid geven geen concrete aanwijzingen over wat wel en niet is geoorloofd. Het is een open norm die voor invulling vatbaar is. Als een werkgever een goed rookbeleid voert, mag van het personeel ook meer loyaliteit worden verwacht. Hoe meer de werkgever bereid is rekening te houden met de belangen van zijn werknemer, hoe meer de werknemer zich, omgekeerd, gelegen zal moeten laten liggen aan de belangen van de werkgever. Maar ook, een werkgever die regels stelt, daarover duidelijk communiceert en deze handhaaft, mag de werknemer eerder met een sanctie treffen indien er sprake is van overtreding van regels.¹⁴⁸ Dit alles heeft te maken met goed werknemer en goed werkgeverschap.

Goed werknemerschap brengt met zich mee dat de werknemer in het algemeen verplicht is al datgene te doen en na te laten wat een goed werknemer in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten. Artikel 7:611 BW verplicht de werknemer zich als goed werknemer te gedragen. Dezelfde verplichting geldt voor de werkgever. Het artikel komt in wezen overeen met de norm van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW. Ook de Hoge Raad heeft

¹⁴⁸ Vgl. De Wolff 2007, p. 309.

uitgesproken dat dit artikel in een op de daar bedoelde gevallen toegespitste formulering dezelfde norm tot uitdrukking brengt die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt aangegeven.¹⁴⁹

Het is echter een vage norm, die voor invulling vatbaar is. Het geeft ruimte voor rechtsontwikkeling en om af te wijken van onredelijke wettelijke of contractuele regels zonder dat er expliciete regelgeving voor vereist is.¹⁵⁰ Dit komt ook tot uitdrukking in de Memorie van Toelichting waarin staat dat de toegevoegde waarde van het artikel vooral moet worden gezocht in het rechtscheppende karakter, zodat de bepaling niet alleen ziet op de bedoeling van partijen, maar ook op de voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.¹⁵¹ Het artikel is bedoeld om in te kunnen spelen op maatschappelijke ontwikkelingen en om eventuele leemtes in de wet op te vullen.¹⁵² Zo stelt De Wolff dat goed werknemerschap tijd-, plaats- en cultuurgebonden is:

‘Was vijftien jaar geleden een werknemer die bezwaar maakte tegen een rokende kamergenoot een zeurpiet, inmiddels is de roker een paria geworden en rijst de vraag of diens rookpauzes in redelijkheid met zijn verloftegoeden kunnen worden verrekend.’

Oftewel: maatschappelijke opvattingen zijn normen en gewijzigde opvattingen leiden tot gewijzigde normen.¹⁵³ Het toetsen aan redelijkheid en billijkheid en goed werknemerschap komt neer op rechtsvorming, op het stellen van nieuwe regels, die ook als norm voor andere, vergelijkbare gevallen zouden (moeten) gelden.¹⁵⁴ De rechter moet bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 3:12 BW rekening houden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval betrokken zijn (artikel 3:12 BW). Daartoe behoren ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals deze zijn opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De werkgever heeft op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb een onderzoeksplicht naar de relevante feiten. De belangen dient hij voorts tegen elkaar af te wegen ingevolge het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Daarnaast dient de rechter rekening te houden met het beginsel zuiverheid van oogmerk, motiveringsbeginsel, vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.¹⁵⁵

De toetsing van het gedrag van de werkgever dient door de rechter volledig plaats te vinden, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval én met de beoordelingsvrijheid van de werkgever die hem gezien de aard van zijn bedrijf en de daarin te verrichten werkzaamheden, ten aanzien van de organisatie en inrichting van die werkzaamheden toekomt.¹⁵⁶ De Hoge Raad gaat dus

¹⁴⁹ Hartkamp 2012, p. 39. Zie ook HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Afga/Schoolderman).

¹⁵⁰ De Wolff 2007, p. 304 e.v.

¹⁵¹ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15 (MvT).

¹⁵² Hendriks 2008, p. 180.

¹⁵³ De Wolff 2007, p. 304.

¹⁵⁴ De Wolff 2007, p. 305.

¹⁵⁵ Heerma van Voss, p. 37-71.

¹⁵⁶ Hartkamp 2012, p. 39 en Jacobs, Massuger & Plessen 2009, p. 14. Zie ook HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 (Haaglanden-Nuts/Hofman).

enerzijds niet akkoord met een marginale toets, maar wil anderzijds wel benadrukken dat er ruimte moet blijven voor beoordelingsvrijheid van de werkgever.¹⁵⁷

De werknemer die bepalingen uit een rookbeleid aan zijn of haar laars lapt, overtreedt daarmee de bedrijfsregels. Gezien het instructierecht van artikel 7:660 BW is de werknemer in beginsel verplicht om bedrijfsregels die de werkgever heeft opgesteld ter bevordering van de orde binnen het bedrijf te respecteren en na te leven. Echter, de werkgever dient bij de uitvoering van zijn instructierecht en het stellen van regels tot op zekere hoogte wel de persoonlijke levenssfeer van de werknemer te respecteren.¹⁵⁸

In 1998 heeft de Hoge Raad in het *Taxi Hofman-arrest*¹⁵⁹ gesteld dat de werknemer 'op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdend met de gewijzigde omstandigheden op het werk in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd'. Oftewel: werkgever en werknemer dienen zich in hun verhouding tot elkaar redelijk op te stellen.¹⁶⁰ In het arrest *Mammoet/Stoof*¹⁶¹ stelde de Hoge Raad dat voor wijziging van een contractuele relatie instemming van beide partijen nodig is. Op grond van artikel 7:613 BW heeft de werkgever de mogelijkheid om een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Indien een dergelijk beding ontbreekt, zal aan artikel 7:611 BW moeten worden getoetst. Hierbij staan twee vragen centraal: 'Heeft de werkgever als goed werkgever aanleiding kunnen vinden tot het doen van het voorstel?' en 'Kan aanvaarding van voorstel van de werknemer worden verlangd?'.

Voorgaande arresten zien toe op het eenzijdig wijzigen van de arbeidsovereenkomst in combinatie met goed werknemer- en werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid. Het eenzijdig wijzigingsbeding moet op grond van artikel 7:613 BW betrekking hebben op de in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarden. Het begrip 'arbeidsvoorwaarde' is erg ruim; het kan daarbij gaan om zaken als loon, premies, toeslagen van allerlei aard, arbeidsduur, vakantie en verlof, voorschriften over het sluiten en beëindigen van de arbeidsovereenkomsten, scholing van werknemers, bedrijfsauto enzovoorts.¹⁶²

Een rookbeleid ziet niet toe op arbeidsvoorwaarden, maar op arbeidsomstandigheden. Artikel 7:613 BW, wat enkel ziet op arbeidsvoorwaarden, is derhalve niet van toepassing. Echter, uit de strekking van bovengenoemde arresten kun je opmaken dat van de werkgever mag worden verlangd dat hij redelijke bepalingen opneemt in zijn rookbeleid en dat de werknemer deze redelijke bepalingen ook naleeft. De werkgever dient bij het opstellen van bepalingen rekening te houden met de soort onderneming die hij voert en de belangen van hem en zijn werknemers. Zoals gezegd dient de rechter bij de toetsing of er sprake is van een redelijk beleid alle omstandigheden van het geval in ogenschouw te nemen én de aan de werkgever toekomende beoordelingsvrijheid.

¹⁵⁷ Rozenendaal 2011, p. 319.

¹⁵⁸ De Wolff 2007, p. 31.

¹⁵⁹ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

¹⁶⁰ De Wolff, p. 103.

¹⁶¹ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Mammoet/Stoof*).

¹⁶² Van Drongelen e.a. 2011, p. 35.

4.5 De pauzeregeling in het anti-rookbeleid

Uit de inleiding van deze scriptie blijkt dat de rokende werknemer de werkgever meer geld kost: hij pauzeert vaker en is ten tijde van het roken vaak voor de klant onbereikbaar. De pauzes die een werknemer heeft op grond van de Arbeidstijdenwet zijn vaak onvoldoende voor een gemiddelde roker. Werknemers hebben nu recht op rookvrije werkplekken. De werkgever kan zoals gezegd de rokende werknemer in de gelegenheid stellen om buiten het bedrijf te roken. Het rookbeleid moet dan wel afspraken omvatten over de omvang en frequentie van de rookpauzes. In deze paragraaf wordt gekeken of de werkgever de rokende werknemer mag verbieden vaker te pauzeren.

4.5.1 Arbeidstijdenwet

De arbeidsovereenkomst en cao kunnen bepalingen omvatten over de werktijd en pauzetime. Indien dit niet het geval is, gelden de wettelijke bepalingen uit de Arbeidstijdenwet. In hoofdstuk 2 is reeds het juridisch kader van de Arbeidstijdenwet besproken en is vastgesteld hoeveel pauze een werknemer heeft gedurende een werkdag.

Artikel 4 van de Arbeidstijdenrichtlijn 2003 bepaalt dat alle werknemers bij een dagelijkse arbeidstijd van meer dan 6 uur een pauze moeten hebben. De Atw voldoet aan deze eis. Volledigheidshalve zij nogmaals vermeldt dat een werknemer ingevolge artikel 5:4, tweede lid, van de Atw¹⁶³ recht heeft op een pauze van minimaal 30 minuten indien hij langer dan 5,5 uur per dag werkt. Deze kan worden gesplitst in pauzes van elk ten minste 15 minuten. Bij een werkdag van meer dan 10 uur heeft de werknemer recht op een pauze van 45 minuten, die kan worden gesplitst in pauzes van elk ten minste 15 minuten. Ingevolge het derde lid van artikel 5:4 Atw kan bij collectieve regeling van het tweede lid worden afgeweken. Indien er sprake is van een afspraak op grond van de cao werkt deze voor een gebonden werknemer en werkgever rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomst op grond van de artikelen 9 en 12 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

Een pauze is ingevolge artikel 1:7, eerste lid, onderdeel e van de Atw¹⁶⁴ een aaneengesloten periode van ten minste 15 minuten waarmee de arbeid tijdens een dienst wordt onderbroken en de werknemer geen enkele verplichte bemoeienis met de bedongen arbeid heeft. Dat betekent dat een pauze van minder dan 15 minuten geen (wettelijke) pauze is en om die reden als arbeid moet worden aangemerkt.¹⁶⁵

Een werknemer die niet voldoende heeft aan de wettelijke pauzes ingevolge de Arbeidstijdenwet zal regelmatig zijn werk moeten onderbreken nu de werkplekken per 1 januari 2004 rookvrij dienen te zijn. Dit kost de werknemer extra tijd en de uren dat de werknemer afwezig is, kan wekelijks flink oplopen.

De rechtbank Middelburg heeft in haar uitspraak van 11 april 2006¹⁶⁶ een overweging opgenomen met betrekking tot de wrijving tussen rokers en niet-rokers ten aanzien van de pauze. In deze casus

¹⁶³ Stb. 2006, 632.

¹⁶⁴ Stb. 2012, 604.

¹⁶⁵ Van Drongelen (red.) 2011a, p. 110-111.

¹⁶⁶ Rb. Middelburg 11 april 2006, *L/N* AW0721.

ging het om het sluiten van een rookkamer in het gemeentehuis van de gemeente Schouwen-Duivenland wat in strijd zou zijn met het gevoerde rookbeleid. De OR gaf een negatief advies, maar het college van burgemeester en wethouders ging toch tot sluiting van de rookkamer over. Van belang is dat de rechtbank in zijn uitspraak overweegt dat rokers vaak naar een andere plek moeten om te roken gezien de nieuwe Tabakswet en overweegt:

“in menige onderneming is er een (niet altijd uitgesproken) onvrede bij niet-rokers over de tijd die rokende collega’s besteden aan hun gewoonte en de gevolgen die dat voor de onderneming heeft. Tijdens het roken zijn medewerkers vaak niet bereikbaar en moeten niet-rokende collega’s voor hen waarnemen. Rokers zijn zich vaak niet bewust van de tijd die zij aan hun gewoonte besteden. Dit geeft scheve gezichten.”

De rechtbank stelt daarbij dat de gemeente niet alleen staat in haar ongenoegen over het arbeidsverzuim van rokende werknemers. Echter, de OR voert op haar beurt het volgende aan:

“Medewerkers in de rookkamer zijn telefonisch bereikbaar en in de rookkamer vindt ook werkoverleg plaats tussen rokers. De rookkamer bevordert individuele reflectie alsook informele informatie-uitwisseling tussen medewerkers van vrijwel alle afdelingen. Rokers weten elkaar gemakkelijk te vinden.”

De rechtbank is van mening dat de OR voorbij gaat aan het feit dat niet-rokende medewerkers hier per definitie geen deel aan hebben. Niet aannemelijk is gemaakt dat er in de rookkamer op zinvolle wijze arbeid wordt verricht.

4.5.2 Compenseren rook-uren

Admiraal is van mening dat de werkgever een redelijke limiet mag stellen aan het aantal rookpauzes dat een werknemer per dag heeft, alsmede aan de duur van die pauzes. Tevens is hij van mening dat de werkgever van de rokende werknemer mag verlangen dat zij (een deel van) die tijd door middel van zogenaamde 'inhaal-uren' compenseren, zodat hun werktijd wordt verlengd. Admiraal stelt dat de redelijkheid en billijkheid daarbij in acht moeten worden genomen.¹⁶⁷ Ik sluit mij aan bij de woorden van Admiraal. Het zou oneerlijk zijn dat een rokende werknemer, alleen om het feit dat hij rookt, veel meer pauze heeft dan een niet-roker. Dit levert scheve gezichten op. Het is heel redelijk dat als iemand vele malen zijn wettelijke pauzes overschrijdt wegens het roken van een sigaret, hij daarvoor zijn uren moet compenseren.

Bovenstaande kan de werkgever, zoals uit de tekst blijkt, bewerkstelligen door aanscherping van het rookbeleid. Hiervoor heeft de werkgever instemming nodig van de OR op grond van artikel 27, eerste lid, onder b, WOR (zie nogmaals paragraaf 2.6.1). Indien de OR heeft ingestemd met het rookbeleid, kan de werkgever naleving van het rookbeleid vorderen krachtens het instructierecht ex artikel 7:660 BW. Het betreft namelijk een ordemaatregel.

¹⁶⁷ Admiraal 1998, p. 4.

4.5.3 Geen arbeid, geen loon

In het arbeidsrecht kennen we een belangrijk uitgangspunt: geen arbeid, geen loon. Artikel 7:627 BW bepaalt het volgende:

“Geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht.”

Gezien deze bepaling is de werkgever geen loon verschuldigd wanneer de werknemer een sigaret opsteekt buiten de wettelijke pauzes. Artikel 7:628, eerste lid, BW bepaalt wel dat de werknemer het recht op loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor de werkgever behoort te komen. De werkgever kan dus op grond van redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap er toch voor kiezen om de rokende werknemer die buiten zijn wettelijke pauzes rookt, loon te betalen. Zie ook hetgeen wat in paragraaf 4.5.2 is besproken.

5. Gevolgen overtreding rookbeleid

Indien een werkgever een rookbeleid hanteert, kan de werkgever maatregelen treffen wanneer de werknemer het beleid overtreedt. Deze maatregelen kunnen uiteenlopen van een waarschuwing tot einde van de arbeidsovereenkomst. In dit hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de vierde deelvraag: Welke gevolgen kan de werkgever in welk geval verbinden aan overtreding van het rookbeleid door de werknemer?

5.1 Einde van de arbeidsovereenkomst

In Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn verschillende wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst geregeld. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst omdat een werknemer het rookbeleid heeft overtreden kan vaak niet zomaar. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vereisten voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

5.1.1 Beëindiging met wederzijds goedvinden

Als een werkgever de arbeidsovereenkomst van zijn werknemer wil beëindigen, omdat de werknemer zich niet heeft gehouden aan het rookbeleid kan de werkgever proberen om in onderling overleg de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Als partijen in onderling overleg de arbeidsovereenkomst opzeggen, is er sprake van beëindiging met wederzijds goedvinden. In het BW is deze manier van beëindigen niet genoemd. De eisen van het algemeen overeenkomstenrecht zijn hierop van toepassing.¹⁶⁸ De beëindigingsovereenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW).

Vanwege de vergaande consequenties die voor de werknemer zijn verbonden aan een vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst – het verlies van de werkkring en het daarmee samenhangende verlies van inkomsten – eist de Hoge Raad dat niet al te snel mag worden aangenomen dat de verklaringen en gedragingen van werknemerskant erop zijn gericht om in te stemmen met de beëindigingsovereenkomst.¹⁶⁹ De werknemer kan alleen aan zijn instemming worden gehouden als er sprake is van een ‘duidelijke en ondubbelzinnige verklaring’ van zijn kant.¹⁷⁰ Afhankelijk van de omstandigheden kan het zelfs zo zijn dat de werkgever een onderzoeksplicht heeft. Deze verplichting houdt in dat de werkgever niet al te snel op mag vertrouwen dat de werknemer met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft ingestemd.¹⁷¹

Naast de onderzoeksplicht van de werkgever is er ook het nadeelvereiste. Dit betekent dat de redelijkheid en de billijkheid een belangrijke rol kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een beëindiging met wederzijds goedvinden.¹⁷² Hiervan is sprake als bijvoorbeeld de werknemer instemt met de beëindiging zonder dit echt daadwerkelijk te willen. De Hoge Raad heeft in 1988 uitdrukkelijk uitgemaakt dat wanneer de werknemer eigenlijk geen ontslag wil, hij alleen aan

¹⁶⁸ HR 23 december 1955, *NJ* 1956, 283.

¹⁶⁹ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 74 en HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 611.

¹⁷⁰ Van Drongelen e.a. 2012, p. 27-28.

¹⁷¹ Van Drongelen e.a. 2012, p. 29 en Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 74.

¹⁷² Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 75.

zijn andersluidende verklaring kan worden gehouden, als de werkgever door het ongedaan maken van het ontslag niet in een ongunstiger positie komt te verkeren.¹⁷³

5.1.2 Beëindiging van rechtswege

Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege door het verstrijken van een bepaald tijdvak of objectief bepaalbare gebeurtenis. Er kan ook een ontbindende voorwaarde worden gesteld: dit houdt in dat het onzeker is of en wanneer de gebeurtenis zal plaatsvinden.¹⁷⁴

Het overtreden van een voorschrift uit een rookbeleid zal niet vaak leiden tot het eindigen van de arbeidsovereenkomst van rechtswege, tenzij de arbeidsovereenkomst van de desbetreffende werknemer op (zeer) korte termijn afloopt. Het is dan wellicht voor de werkgever een makkelijke oplossing, maar hij geeft daarmee aan de andere werknemers een verkeerd signaal af.

5.1.3 Beëindiging door opzegging

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan alleen worden opgezegd door middel van voorafgaande opzegging op grond van artikel 7:667, zesde lid, BW. Dat wil niets anders zeggen dan dat hetzij de werkgever hetzij de werknemer kenbaar maakt dat hij de arbeidsovereenkomst wegens een direct dringende reden of op termijn wil beëindigen.¹⁷⁵ Ook hier heeft de werkgever een onderzoeksplicht. De instemming van de opzegging aan de kant van de werknemer kan blijken uit een uitdrukkelijke verklaring, maar mag ook uit zijn gedragingen worden afgeleid.¹⁷⁶

Wanneer de ene partij de arbeidsovereenkomst opzegt, kan de andere partij toestemmen in die opzegging. Een dergelijke toestemming verschilt van de beëindigingsovereenkomst. De beëindigingsovereenkomst is een tweezijdige rechtshandeling volgens het beginsel van aanbod en aanvaarding van artikel 6:217 BW.¹⁷⁷

5.1.3.1 Toestemming UWV

Het uitgangspunt van het ontslagrecht dat ieder van de partijen de arbeidsovereenkomst kan opzeggen, wordt doorkruist door het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA 1945). Op grond van artikel 6, eerste lid, BBA heeft de werkgever voorafgaande toestemming nodig van het UWV om een arbeidsverhouding te kunnen opzeggen. Hieruit valt af te leiden dat voor de beëindiging met wederzijds goedvinden, beëindiging van rechtswege en ontbinding bij de kantonrechter geen voorafgaande toestemming van het UWV is vereist. Alleen de werkgever heeft die toestemming nodig. Wanneer er sprake is van onverwijlde opzegging wegens dringende reden (ontslag op staande voet) of opzegging tijdens de proeftijd is geen toestemming vereist op grond van artikel 6, tweede lid, BBA 1945.

¹⁷³ HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951.

¹⁷⁴ Van Drongelen e.a. 2012, p. 39.

¹⁷⁵ Van Drongelen e.a. 2012, p. 55.

¹⁷⁶ Van Drongelen e.a. 2012, p. 56.

¹⁷⁷ Van Drongelen e.a. 2012, p. 57.

Artikel 6 lid 3 BBA 1945 geeft aan dat voor het verlenen van voorafgaande toestemming om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen door de Minister SZW regels worden gesteld. Om de ministeriële verantwoordelijkheid voor het ontslagbeleid in de praktijk vorm en inhoud te kunnen geven, staan in de leden 5-8 van artikel 6 BBA nadere voorschriften.¹⁷⁸ In het Ontslagbesluit zijn deze regels nader uitgewerkt.

5.1.3.2 Ontslagbesluit

Artikel 3:1 Ontslagbesluit geeft aan dat het UWV bij de beoordeling van een verzoek moet nagaan of het voorgenomen ontslag redelijk is. Er moet rekening worden gehouden met de mogelijkheden en de belangen van de betrokken werkgever en werknemer.¹⁷⁹ Dit wordt ook wel de algemene toetsingsmaatstaf genoemd; een sociaal onrechtvaardig ontslag dient voorkomen te worden.¹⁸⁰

Het verzoek wordt getoetst aan de redelijkheid met de daaraan gekoppelde afweging van belangen en mogelijkheden van de betrokken werkgever en werknemer. Daarnaast kunnen andere belangen bij de afweging een rol spelen, zoals het arbeidsmarktbelang en het zogenoemde 'volumebeleid'. Hiermee wordt een beleid bedoeld dat gericht is op het beperken van het aantal beroepen op socialezekerheidsuitkeringen. Bij de algemene toetsingsmaatstaf kunnen onder meer van belang zijn:

- De financiële draagkracht van de onderneming;
- De mogelijkheden van de werkgever om ontslag van de werknemer te voorkomen;
- De arbeidsmarktpositie van de werknemer na het ontslag; en
- De duur van het dienstverband dat wordt doorbroken.¹⁸¹

5.1.3.3 Ontslaggronden

Een werkgever mag verschillende ontslaggronden aanvoeren. Het Ontslagbesluit maakt onderscheid tussen ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en andere dan bedrijfseconomische redenen. Ieder aangevoerd ontslag moet aan het Ontslagbesluit worden getoetst. Persoonsgebonden motieven slaan terug op de werknemer zelf en is geregeld in artikel 5:1 van het Ontslagbesluit.¹⁸² Hieronder valt bijvoorbeeld ongeschiktheid van de werknemer (disfunctioneren), ernstig gewetensbezwaar waardoor de werknemer niet de arbeid kan verrichten, verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en een verstoorde arbeidsverhouding.

Het niet naleven van een rookbeleid valt niet onder disfunctioneren van de werknemer. Onder disfunctioneren wordt verstaan het niet op de juiste wijze vervullen van taken door een werknemer, het niet in voldoende mate voldoen aan de gestelde functie-eisen dan wel zich niet gedragen zoals een goed werknemer zich betaamt.¹⁸³ Disfunctioneren ziet derhalve toe op de ongeschiktheid voor het vervullen van een functie en niet op verwijtbaar handelen.

¹⁷⁸ Van Drongelen e.a. 2012, p. 117.

¹⁷⁹ Ontslagbesluit toelichting, Stcrt. 1998, 238, p. 12.

¹⁸⁰ HR 16 november 2001, JAR 2001/258.

¹⁸¹ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 126.

¹⁸² Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 169.

¹⁸³ Verhulp & Zondag 2008, p. 2.

Het (herhaaldelijk) niet naleven van een anti-rookbeleid en/of het overtreden van een rookverbod kan verwijtbaar gedrag opleveren aan de zijde van werknemer en is geregeld in artikel 5:1, derde lid, van het Ontslagbesluit. De schuldvraag speelt dan een duidelijke rol; er wordt een verwijt gemaakt.¹⁸⁴ Uit artikel 5:1, derde lid, Ontslagbesluit geeft het UWV enig houvast bij de beoordeling van de ontslagaanvraag:

'Indien de werkgever verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van de werknemer als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert, wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend, indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat deze grond terecht is aangevoerd, en indien, gelet op dat handelen of nalaten, van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren.'

Er wordt dan van het UWV een redelijkheidsoordeel gevraagd. De werkgever zal aannemelijk moeten maken dat het verwijtbaar handelen inderdaad heeft plaatsgevonden. Het UWV beoordeelt vervolgens of van de werkgever gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer te handhaven. De algemene toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd.¹⁸⁵ De werkgever moet dus aantonen dat niet meer kan worden volstaan met het tijdelijk stopzetten of opschorten van loondoorbetaling (artikel 7:629, derde lid, BW) en dat ontslag de enige optie was.¹⁸⁶

5.1.4 Ontslag op staande voet

Het ontslag op staande voet is geregeld in artikel 7:677 BW. Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden. Voor de werkgever worden als dringende redenen beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het ontslag op staande voet is de zwaarst mogelijke disciplinaire straf.¹⁸⁷ De sanctie van ontslag op staande voet heeft niet alleen een duidelijk leed toevoegend, maar ook een vergeldend aspect; de zwaarte van de sanctie wordt direct gerelateerd aan de ernst van de, aan het ontslag ten grondslag liggende, dringende reden. De ongewenste situatie moet het ontslag op staande voet noodzakelijk maken. Een geldig ontslag op staande voet, naar aanleiding van wangedrag van een werknemer, heeft per definitie een karakter van een ordemaatregel.¹⁸⁸

5.1.4.1 Dringende reden

Artikel 7:678, tweede lid, BW bevat een niet-limitatieve opsomming van dringende redenen voor de werkgever. Het overtreden van het rookverbod dan wel het niet in acht nemen van het rookbeleid zou je kunnen scharen onder:

¹⁸⁴ Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2013, p. 167.

¹⁸⁵ Van Drongelen & Van Rijs 2012, p. 173.

¹⁸⁶ Van Drongelen e.a. 2012, p. 163.

¹⁸⁷ Loonstra 2005, p. 295.

¹⁸⁸ Koevoets 2006, p. 116-117.

Sub g: wanneer hij opzettelijk, of ondanks waarschuwing roekeloos, eigendom van de werkgever beschadigt of aan ernstig gevaar blootstelt.

sub h: wanneer hij opzettelijk, of ondanks waarschuwing roekeloos, zichzelf of anderen aan ernstig gevaar blootstelt.

Sub j: wanneer hij hardnekkig weigert te voldoen aan redelijke bevelen of opdrachten, hem door of namens de werkgever verstrekt.

Sub k: wanneer hij grovelijk de plichten veronachtzaamt, welke de arbeidsovereenkomst hem oplegt.

Een lichte overtreding van een van de bovenstaande onderdelen zal niet als een dringende reden gekwalificeerd kunnen worden.¹⁸⁹ Er worden in het artikel namelijk bewoordingen gebruikt die een zekere ernst in zich hebben, zoals: opzettelijk, ondanks waarschuwingen, hardnekkig en grovelijk. Als een werknemer hardnekkig weigert te voldoen aan redelijke bevelen die door de werkgever worden verstrekt (sub j) moet het belang van de werkgever bij het bevel of de opdracht enerzijds worden afgewogen tegen de bezwaren daartegen van werknemerskant.¹⁹⁰ Bij de beoordeling of er sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW moeten namelijk alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in aanmerking worden genomen. Het gaat daarbij niet alleen om de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt, maar ook om bijvoorbeeld de aard en de duur van de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, persoonlijke omstandigheden van de werknemer en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem hebben. Dit zijn allemaal omstandigheden die de werkgever bij het nemen van zijn besluit moet meewegen.¹⁹¹ Ook de vraag of de werknemer de bedrijfsregels al dan niet opzettelijk overtreedt, kan voor de weging ervan van belang zijn. Bij afwezigheid van opzet of kwaadwilligheid zal eerder een waarschuwing of een andere maatregel op zijn plaats zijn dan ontslag op staande voet.¹⁹²

5.1.4.2 Jurisprudentie

In 2005¹⁹³ speelde een zaak zich af bij het Gerechtshof in Den Haag waarbij de werkgever de werknemer op staande voet heeft ontslagen, omdat hij tijdens zijn werkzaamheden – het lossen van een partij natronloog in de Petroleumhaven te Veendam – heeft gerookt. De werkgever motiveert het ontslag met de overweging dat het roken in strijd is met de veiligheidsvoorschriften en dat het de werknemer bekend is dat de werkgever veel waarde hecht aan het naleven van die voorschriften. De werknemer stelt dat met een minder ingrijpende maatregel volstaan had kunnen worden, gelet op zijn lange dienstverband, het feit dat hij niet eerder voor een overtreding is gewaarschuwd en het feit dat het rookverbod ook door anderen, waaronder leidinggevenden, werd overtreden. Het hof overwoog het volgende (ro. 7.1 en 7.2):

¹⁸⁹ De Wolff 2007, p. 19-20. Zie ook HR 22 februari 2002, *JAR* 2000/45 (*P/Hema*).

¹⁹⁰ Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2013, p. 103

¹⁹¹ HR 22 februari 2002, *JAR* 2000/45 (*P/Hema*).

¹⁹² De Wolff 2007, p. 31.

¹⁹³ Hof s-Gravenhage 11 februari 2005, *JAR* 2005/114.

“De werknemer was ten tijde van het ontslag op staande voet bijna 37 jaar en mag mede gelet op zijn lange dienstverband geacht worden de ernst van de risico’s ter bescherming waartegen het rookverbod is gegeven ten volle te onderkennen en zich daar naar te kunnen gedragen. De overtreding van het rookverbod in de Petroleumhaven was – gezien het gevaar van brand of ontploffing, met alle risico’s voor personen, het milieu en de reputatie van werkgever op het vlak van veiligheid en betrouwbaarheid – een ernstige overtreding.”

Voorts stelt het hof dat de werkgever herhaaldelijk heeft gewaarschuwd dat in geval van overtreding van het rookverbod zware disciplinaire maatregelen zullen worden genomen, waarbij ontbinding per direct van het dienstverband niet is uitgesloten. Het feit dat de werknemer niet naar aanleiding van een door hemzelf begane eerdere overtreding van het rookverbod is gewaarschuwd, doet niet af aan de geldigheid van het ontslag, evenmin als het feit dat hij de eerste is die na overtreding van het rookverbod met een ontslag op staande voet werd geconfronteerd. Ook de omstandigheid dat de direct leidinggevende van de werknemer het roken in de praktijk door de vingers zag, leidt niet tot een ander oordeel, nu de werknemer in deze een eigen verantwoordelijkheid had.

Ook uit de volgende, recente rechtspraak blijkt dat het inderdaad mogelijk is een werknemer een ontslag op staande voet te geven indien hij het rookbeleid overtreedt. Het Gerechtshof Arnhem¹⁹⁴ heeft geoordeeld dat de werkgever de werknemer terecht op staande voet heeft ontslagen, omdat de werknemer zich niet hield aan het gevoerde rookbeleid van de werkgever. Het ging ook hier om een bedrijf waar wordt gewerkt met brandbare stoffen. Per november 2008 was er een rookverbod waarbij je in het gebied van ‘de gele lijn’ niet mocht roken. Werknemers zijn herhaaldelijk op het verbod gewezen waarbij op een ontslag op staande voet is gewezen als dit verbod wordt genegeerd. Het Hof overweegt dat de werknemer op de hoogte was van het verbod (ro. 4.4):

“De werknemer was ten tijde van het ontslag op staande voet bijna 40 jaar en mag mede gelet op zijn lange dienstverband (negen jaar) geacht worden de ernst van de risico’s ter bescherming waartegen het rookverbod is gegeven ten volle te onderkennen en zich daar naar te kunnen gedragen.”

Het Hof stelt voorts dat het niet aan de individuele werknemer is om te bepalen of het roken op een bepaalde locatie op het terrein al dan niet gevaarlijk is. De werkgever heeft deze afweging gemaakt, en ook mogen maken, door duidelijk aan te geven waar wel en waar niet mag worden gerookt. Dit behoort tot de beleidsvrijheid van de ondernemer/werkgever. Een overtreding van het rookverbod moet niet worden gezien als een overtreding van de veiligheidsvoorschriften (zijnde een lichte overtreding), maar veeleer als het opzettelijk niet nakomen van bevelen/instructies (een zware overtreding). Van een disproportionele sanctie is geen sprake, dit temeer nu alle personeelsleden, inclusief de werknemer, tevoren uitdrukkelijk zijn gewaarschuwd voor de gevolgen van de overtreding van het rookverbod.

Uit de uitspraak van de rechtbank Groningen van 15 september 2011¹⁹⁵ was het ontslag op staande voet onterecht. In deze zaak bleven werknemers ondanks waarschuwingen van de werkgever roken tijdens de nachtdienst op een werkplek met brand- en explosiegevaar. Er volgt een e-mailbericht dat

¹⁹⁴ Hof Arnhem 14 augustus 2012, *LJN* BX6556 en *JAR* 2012/257.

¹⁹⁵ Rb. Groningen 15 september 2011, *LJN* BT1646 en *PRG* 2011, 272.

het verboden is om te roken en overtredingen tot 'gepaste maatregelen' zullen leiden. Via de verborgen camera worden vier werknemers betrapt op roken en op staande voet ontslagen. Het roken op de werkplek levert een dringende reden voor ontslag op, omdat de werkgever de veiligheid niet meer kan garanderen. Van een terugkeer op de werkplek kan geen sprake zijn, omdat daarvan een ongewenste precedentwerking zou uitgaan. De kantonrechter stelt vast dat sprake is van explosiegevaar en dat op de werkplek is gerookt. Ondanks dat werknemers meerdere malen zijn gewezen op het rookverbod zijn zij doelbewust doorgeslagen met het roken op de werkplek. Dit kan een dringende reden opleveren voor ontslag, maar niet in dit geval. De werkgever heeft namelijk de indruk gewekt dat het zo'n vaart niet zou lopen. Hij heeft wel herhaaldelijk gewezen op het rookverbod, maar niet de sanctie ontslag op staande voet genoemd. Hierdoor was het voor werknemers niet zonneklaar dat het roken op de werkplek zou leiden tot ontslag. Daarmee is het gegeven ontslag op staande voet een brug te ver. Gezien de jurisprudentie is het van belang is dat de werkgever aan de werknemer duidelijk maakt dat overtreding van het rookverbod kan leiden tot een ontslag op staande voet.

5.1.5 Beëindiging door ontbinding

Uit artikel 7:685, eerste lid, BW blijkt dat zowel de werkgever als de werknemer te allen tijde de kantonrechter kunnen verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen. Het tweede lid maakt duidelijk dat het bij gewichtige redenen moet gaan om een dringende reden dan wel verandering van omstandigheden.

In een zaak die speelde bij de kantonrechter te Utrecht¹⁹⁶ had de werkgever de rechter verzocht om de arbeidsovereenkomst van zijn werknemer (Susam) te ontbinden wegens een dringende reden, omdat hij op de werkplaats een sigaret had opgestoken, terwijl een collega bezig was met het verwisselen van een benzinetank. De werkgever had Susam al meerdere malen gewaarschuwd vanwege zijn gedrag. De rechter is met de werkgever van mening dat het gedrag van Susam zodanig gevaarzettend is dat dit als onacceptabel moet worden gekwalificeerd. Het is niet aannemelijk geworden dat de werkgever in de praktijk het roken in de werkplaats toestond. De werkgever heeft, integendeel, nog op 2 januari 2004 een schriftelijke mededeling aan zijn medewerkers gestuurd, naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Tabakswet, waarin stond dat het al sinds jaren verboden was om te roken in de werkplaats. De rechter overweegt voorts:

'Van een monteur in een autowerkplaats waar wordt gewerkt met brandgevaarlijke stoffen zoals olie en benzine, mag voorts verwacht worden dat hij zich bewust is van dergelijke (brand)gevaaren en zich onthoudt van het creëren van gevaarlijke situaties. De werknemer heeft dat echter niet gedaan. Dit feit levert een dringende reden op voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast is voldoende aannemelijk geworden dat de werkgever geen vertrouwen meer in de werknemer heeft.'

Bij verandering van omstandigheden gaat het om een breed scala van gronden. De verandering moet van zodanige aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve direct of op korte termijn moet eindigen. Er wordt vaak een driedeling gemaakt: 1) ontbinding op grond van bedrijfseconomische

¹⁹⁶ Ktr. Utrecht 6 juli 2005, JAR 2005/240 (Kooijman/Susam).

redenen, 2) een verstoorde arbeidsverhouding en 3) het disfunctioneren van de werknemer. Echter, ook het handelen in strijd met het goed werknemerschap kan een verandering in de omstandigheden opleveren.¹⁹⁷

Het meerdere malen overtreden van het rookbeleid kan een verstoorde arbeidsverhouding opleveren. Dit is de meest voorkomende ontbindingsgrond. De verzoeker moet aannemelijk maken dat de arbeidsverhouding zodanig is verstoord geraakt, dat een vruchtbare voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet langer mogelijk is. Als ontbinding gerechtvaardigd is, zal de kantonrechter moeten nagaan wie van de partijen de verstoorte arbeidsverhouding het meeste kan worden aangerekend. Dit is van belang voor de hoogte van de ontslagvergoeding.¹⁹⁸ Ook kan bij overtreden van het rookbeleid worden gedacht aan het in strijd handelen met goed werknemerschap. Van een goed werknemer mag namelijk worden verwacht dat hij zich houdt aan de regelgeving binnen het bedrijf.

Het is voor te stellen dat het ontbindingsverzoek van de werkgever voorwaardelijk of 'voor zover vereist' wordt ingediend. Dat gebeurt vooral als er tussen de werkgever en de werknemer onenigheid bestaat over de vraag of de arbeidsovereenkomst al dan niet is geëindigd. Bijvoorbeeld indien de werkgever een werknemer op staande voet ontslaat en de werknemer een procedure begint waarbij hij een beroep doet op de nietigheid van het ontslag. Als blijkt dat de arbeidsovereenkomst onverminderd heeft voortgeduurd, kan de werkgever een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voor zover deze nog mocht bestaan, verzoeken. Hierdoor wordt het mogelijk voor de werkgever om de financiële consequenties met betrekking tot de loondoorbetaling te beperken tot een bepaalde periode.¹⁹⁹

5.2 Minder vergaande gevolgen bij overtreding rookbeleid

Het eindigen van de arbeidsovereenkomst – bijvoorbeeld middels een ontslag op staande voet – is een vergaande consequentie als een werknemer het rookbeleid dan wel het rookverbod niet in acht heeft genomen. In Boek 7 van het BW en het BBA 1945 staat het een en ander hieromtrent. Er moet dan sprake zijn van een ernstige situatie die het ontslag van de werknemer rechtvaardigt en in evenredigheid staat met het overtreden voorschrift. Er zijn echter ook andere mogelijkheden om de werknemer duidelijk te maken dat je als werkgever het gedrag van de werknemer niet tolereert. Wangedrag is een extreme vorm van disfunctioneren en de werknemer valt een verwijt te maken.²⁰⁰ In geval van het meerdere malen overtreden van het rookbeleid kan hiervan sprake zijn. De werkgever kan dan overgaan tot het opleggen van een disciplinaire maatregel of sanctie. Dit wordt ook wel arbeidstuchtrecht genoemd.²⁰¹ Wel dient de werkgever voordat hij maatregelen treft ten gevolge van wangedrag de werknemer te waarschuwen op grond van goed werkgeverschap.²⁰²

¹⁹⁷ Van Drongelen e.a. 2012, p. 295.

¹⁹⁸ Van Drongelen e.a. 2012, p. 298.

¹⁹⁹ Van Drongelen e.a. 2012, p. 333. Zie ook HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.

²⁰⁰ Verhulp & Zondag 2008, p. 2.

²⁰¹ Verhulp & Zondag 2008, p. 7.

²⁰² Heerma van Voss 1999, p. 46.

5.2.1 Rechtsgrondslag

Het bestaan van het arbeidstuchtrecht wordt gerechtvaardigd door de arbeidsovereenkomst. Als in de arbeidsovereenkomst of in de van toepassing zijnde cao staat dat de werknemer zich moet houden aan de in de onderneming geldende regels en dat de werkgever bij niet-naleving van deze regels ten aanzien van de werknemer sancties kan treffen, dan is de contractuele grondslag en daarmee de legitimatie van het arbeidstuchtrecht overduidelijk: de werknemer heeft er expliciet mee ingestemd.²⁰³ Ook indien noch de arbeidsovereenkomst noch de cao een bepaling bevat hieromtrent, kan het arbeidstuchtrecht worden gelegitimeerd door de gesloten arbeidsovereenkomst. De werknemer staat, zoals gezegd in hoofdstuk 2, onder gezag van de werkgever en is daarmee onderworpen aan het instructierecht van de werkgever ex artikel 7:660 BW.

5.2.2 Disciplinaire maatregelen en sancties

Indien de werkgever een rookbeleid voert, kan hij dit alleen naar behoren handhaven indien hij daarvoor de juiste instrumenten heeft. Niet alleen de werkgever is hierbij gebaat, ook de in dienst zijnde werknemers hebben er belang bij dat een werknemer die zich niet houdt aan het gevoerde beleid wordt aangepakt.²⁰⁴ In deze paragraaf worden de disciplinaire maatregelen en sancties uiteengezet die de werkgever bijvoorbeeld kan toepassen om de gevolgen van herhaalde rookpauzes op de productiviteit en arbeidstijd te regelen.

5.2.2.1 Berisping

Als een werknemer een overtreding begaat of zijn verplichting niet nakomt kan aan hem een berisping worden gegeven. Hoewel de berisping als één van de lichtste sancties van het arbeidstuchtrecht kan worden aangemerkt, kan de berisping toch belangrijke gevolgen hebben voor de rechtspositie van de werknemer. Het kan belemmerend werken bij het maken van promotie of het vinden van een andere baan. Ook kan het onderdeel vormen van het (dis)functioneringsdossier waardoor ontslag dicht(er) bij kan komen.²⁰⁵ Ingevolge de uitspraak van de kantonrechter Haarlem²⁰⁶ moet voor het opleggen van een berisping een contractuele grondslag bestaan. De opvatting van de kantonrechter gaat vrij ver nu de werkgever een instructierecht heeft en er sprake is van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Zondag is het ook niet eens met deze uitspraak en stelt dat ook zonder contractuele grondslag een berisping moet kunnen worden gegeven door de werkgever. Wel stelt hij dat de berisping kan worden getoetst aan de algemene beginselen van goed werkgeverschap. Ook kan het evenredigheidsbeginsel meebrengen dat de sanctie, gelet op de aard en de ernst van de fout van de werknemer, disproportioneel is.²⁰⁷

²⁰³ Verhulp & Zondag 2008, p. 8.

²⁰⁴ Verhulp & Zondag 2008, p. 10.

²⁰⁵ Verhulp & Zondag 2008, p. 11.

²⁰⁶ Ktr. Haarlem 1 november 2006, *JIN* 2006/474 m. nt. Zondag.

²⁰⁷ Verhulp & Zondag 2008, p. 12.

5.2.2.2 *Degradatie en overplaatsing*

Voor een nadelige functiewijziging voor de werknemer als disciplinaire straf is een contractuele grondslag nodig. Helemaal als dit gepaard gaat met een aanpassing van het salaris. Niet toereikend is een algemene aan de werkgever toekomende bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst te wijzigen als deze wijziging louter en alleen is bedoeld als disciplinaire straf. Op het vereiste van een contractuele grondslag kunnen volgens Zondag twee uitzonderingen worden gemaakt. Allereerst als de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan dusdanig wangedrag dat ook een ontslag op staande voet denkbaar is. Het kan dan billijk zijn dat de werkgever de maatregel eenzijdig doorvoert op grond van de regel 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere'. Ten tweede kan een uitzondering worden gemaakt ingeval de functiewijziging of overplaatsing het karakter heeft van een ordemaatregel. De werkgever kan dan bijvoorbeeld onder het mom van goed werkgeverschap de functie van de werknemer wijzigen dan wel de werknemer overplaatsen.²⁰⁸ Ook hier is het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman* van toepassing: een werknemer moet in het algemeen positief ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk en mag deze voorstellen alleen afwijzen indien aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.²⁰⁹

5.2.2.3 *Niet toekennen van een gratificatie*

Een gratificatie of bonus ontvangt de werknemer doorgaans als een toelage boven het vastgestelde loon. De toekenning en hoogte van de gratificatie kan afhankelijk worden gesteld van de behaalde omzet of van het functioneren van de werknemer in het algemeen. Wangedrag kan dus worden afgestraft door het niet toekennen hiervan. De werkgever heeft de bevoegdheid een dergelijke regeling op te stellen. Wel zal hij daarbij moeten blijven binnen de marges van 'goed werkgeverschap'.²¹⁰

5.2.2.4 *Schorsing*

Schorsing (ook wel non-actiefstelling genoemd) is een relatief zware maatregel waarover niets in de wet is geregeld. Onder omstandigheden kan de schorsing van een werknemer die zich niet aan het rookbeleid houdt, op zijn plaats zijn. Immers, indien één werknemer zich niet houdt aan het rookbeleid, zullen ook andere werknemers geneigd zijn het beleid niet na te leven. Bovendien zullen werknemers die last hebben van sigarettenrook erop staan dat hun werkgever voorkomt dat een werknemer het rookbeleid aan zijn laars lapt.²¹¹

Er zijn twee typen schorsingsgronden: 1) schorsing als voorlopige ordemaatregel en 2) schorsing als zelfstandige disciplinaire straf. Schorsing komt dan in de plaats van een ontslag. De eerste schorsingsgrond wordt het vaakst toegepast.²¹² Als er geen contractuele regeling van toepassing is met daarin de bevoegdheid tot schorsing, zijn rechters over het algemeen terughoudend als het gaat

²⁰⁸ Verhulp & Zondag 2008, p. 24-25.

²⁰⁹ HR 26 juni 1998, *JAR* 1988/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

²¹⁰ Verhulp & Zondag 2008, p. 23.

²¹¹ Admiraal 1998, p. 3.

²¹² Verhulp & Zondag 2008, p. 29.

om het accepteren van de schorsing. Het wordt alleen legitiem bevonden als een werknemer in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen en/of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de werknemer zijn functie blijft vervullen.

Indien de gronden, de duur, de loondoorbetaling en procedure die moet worden gevolgd in geval van schorsing zijn neergelegd in de arbeidsovereenkomst, rechtspositieregeling of cao geldt een andere procedure.²¹³ De vraag is dan of een dergelijke regeling een uitpuddend karakter heeft. In geval de schorsing is bedoeld als ordemaatregel moet deze niet te snel als exclusief en uitpuddend worden aangemerkt. Als de schorsing als disciplinaire straf wordt opgelegd volgt wel een restrictieve uitlegbepaling. Dit valt op te maken uit het arrest van de Hoge Raad van 17 september 1993.²¹⁴ Voor strafschoring is geen ruimte indien de contractuele regeling onduidelijk is dan wel niet expliciet aangeeft of de regeling uitpuddend is bedoeld. Schorsing als disciplinaire straf moet uitdrukkelijk door de werkgever zijn bedongen of in de toepasselijke cao zijn opgenomen.

In het arrest *Van der Gulik/Vissers*²¹⁵ overweegt de Hoge Raad dat indien de werknemer door schorsing zijn arbeid niet meer kan verrichten dit in de risicosfeer van de werkgever ligt en om die reden een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen op grond van artikel 7:628, eerste lid, BW. Werknemer heeft dus in dit geval recht op doorbetaling van het loon door werkgever. Zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, mag de werkgever zich niet eenzijdig aan de verplichting van loondoorbetaling onttrekken, ook niet als het gedrag van de werknemer de reden was tot schorsing. Een schorsing met inhouding van loon kan volgens de Hoge Raad alleen indien op geldige wijze van artikel 7:628, eerste lid, BW is afgeweken. In artikel 7:628, vijfde en zevende lid, BW staan neergelegde afwijkingmogelijkheden. De Hoge Raad heeft getracht met deze uitspraak de werknemer te beschermen. Echter, effect van deze uitspraak is dat de werkgever minder snel kiest voor een schorsing als disciplinaire maatregel nu hij wordt geconfronteerd met de loondoorbetalingsverplichting. Als het gedrag van de werknemer aanleiding geeft voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet zal hij hiertoe sneller geneigd zijn, aangezien hij bij schorsing het loon moet doorbetalen.²¹⁶

5.2.2.5 Boetebeding

Het boetebeding is een van de weinige maatregelen in het arbeidstuchtrecht welke in de wet is geregeld. De werkgever kan slechts boete stellen op de overtreding van de voorschriften die zijn vastgesteld in een arbeidsovereenkomst, reglement of cao ingevolge artikel 7:650, eerste lid, BW. Hiervoor gelden wel enkele voorwaarden. Zo moet in de arbeidsovereenkomst of in de cao de voorschriften op de overtreding waarvan boete is gesteld en het bedrag van de boete, zijn vermeld (lid 1). Daarnaast moet de overeenkomst waarbij boete wordt bedongen schriftelijk worden aangegeven ex artikel 7:650, tweede lid, BW. Op grond van het derde lid mag de boete niet ten goede komen van de werkgever, maar moet de overeenkomst nauwkeurig de bestemming van de boete vermelden (bijvoorbeeld een goed doel). De boetes aan de werknemer mogen binnen een week geen hoger bedrag zijn dan zijn in geld vastgesteld loon voor een halve dag. Dit is bepaald in artikel

²¹³ Verhulp & Zondag 2008, p. 30-33.

²¹⁴ HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (*Schothorst/Jonker Veendam*). Zie ook: Admiraal 1998, p. 3.

²¹⁵ HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 (*Van der Gulik/Vissers*).

²¹⁶ Verhulp & Zondag 2008, p. 39.

7:650, vijfde lid, BW. Bepalingen in strijd met deze leden zijn nietig. Echter, van de leden 3, 4, en 5 mag bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken indien de werknemer meer verdient dan het minimumloon. De rechter is op grond van artikel 7:650, zesde lid, BW steeds bevoegd om de boete op een kleinere som te bepalen, indien de opgelegde boete hem bovenmatig voorkomt.

In de inleiding is het voorbeeld aangehaald van scheepswerf IHC Merwede. Werknemers kunnen bij dit bedrijf een boete verwachten als zij na een eerdere waarschuwing en aangeboden hulp om te stoppen met roken toch weer roken buiten de pauzetijd. Ze kunnen zelfs uiteindelijk hun winstuitkering kwijtraken. Het rookbeleid van het bedrijf is hiermee – met instemming van de ondernemingsraad – verder aangescherpt. Er was veel ophef over dit nieuws en er werden zelfs Kamervragen gesteld door dhr. P.E. Heerma (CDA). Staatssecretaris de Krom van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft begrip voor het beleid van IHC Merwede en stelt dat het bedrijf flink heeft geïnvesteerd in gezondheidsmanagement waarbij werknemers hulp kunnen krijgen bij gezonder leven, bewegen en stoppen met roken.²¹⁷

Het rookbeleid van IHC Merwede is in overeenstemming met het wettelijk kader van de Tabakswet. Ook heeft de werkgever de ondernemingsraad betrokken bij de aanscherping van het rookbeleid. Een boete is daarmee één van de mogelijkheden indien een rookbeleid niet wordt nageleefd. Wel moet worden voldaan aan de vereisten zoals gesteld in artikel 7:650 BW. Mocht de rechter van mening zijn dat het inleveren van de winstuitkering bovenmatig is, kan hij de boete matigen op grond van artikel 7:650, zesde lid, BW.

5.2.2.6 Overige disciplinaire maatregelen en sancties

Naast de genoemde maatregelen en sancties genoemd, kan de werkgever ook voorzieningen en emolumenten intrekken. Onder emolumenten wordt verstaan bijkomende verdiensten die niet tot het normale salaris horen. Tevens kan de werkgever vakantiedagen in mindering brengen of de diensttijd verlengen. Indien het intrekken dan wel vermindering hiervan als disciplinaire straf is bedoeld, moet dit uitdrukkelijk door de werkgever zijn bedongen of in de toepasselijke cao zijn opgenomen.²¹⁸

²¹⁷ Krom 2012.

²¹⁸ Admiraal 1998, p. 2.

6. Conclusies

De centrale vraag die in deze scriptie centraal staat is:

“Wat zijn de rechten en plichten van de werkgever ten aanzien van de rokende werknemer en wat zijn de grenzen bij het voeren van een anti-rookbeleid gezien de huidige wet- en regelgeving waaronder goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid?”

In de voorgaande hoofdstukken is stukje bij beetje een antwoord gekomen op de centrale vraag. In dit hoofdstuk zullen kort de belangrijkste conclusies worden geformuleerd.

6.1 Rechten en plichten werkgever

Uit het tweede hoofdstuk blijkt dat de werkgever rechten heeft, maar ook vele plichten ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van zijn werknemers. De belangrijkste rechten en plichten worden hier nog kort genoemd. Bijna alle werknemers hebben recht op rookvrije werkplekken ingevolge artikel 11a Tabakswet. Uitzonderingen hierop staan vermeld in het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten. De werkgever heeft daarmee de plicht sinds 1 januari 2004 om rookvrije werkplekken te creëren ingevolge artikel 11a Tabakswet. Niet naleving van deze plicht kan hem een bestuurlijke boete opleveren. Daarnaast is de werkgever op grond van artikel 3 Arbowet verplicht om een goed arbeidsomstandighedenbeleid te voeren waarbij hij de veiligheid en gezondheid van zijn werknemers in acht neemt. Het Arbobesluit bevat hiervan een uitwerking. Tevens dient de werkgever op grond van artikel 5 Arbowet de risico's te inventariseren en te evalueren.

Ook ingevolge artikel 7:658 BW dient de werkgever te voorkomen dat de werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Hij is daarbij verplicht om maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven ter voorkoming hiervan. Aanwijzingen dienen door de werknemer te worden opgevolgd ex artikel 7:660 BW. De werkgever heeft op grond van dit artikel een instructierecht ten aanzien van de arbeid, maar ook ter bevordering van de goede orde in de onderneming. Daarnaast blijkt uit artikel 7:610 BW dat er sprake is van een gezagsrelatie tussen werkgever en werknemer waardoor de werkgever ook in dit kader aanwijzingen en instructies kan geven.

De werkgever behoeft voor het invoeren of wijzigen van een rookbeleid instemming van de OR op grond van artikel 27, eerste lid, onder d, WOR. Instemming van de individuele werknemer is op grond van artikel 7:660 BW niet nodig omdat het veelal om ordevoorschriften gaat. Paragraaf 6.3 zal nog ingaan op de vraag hoe ver de werkgever kan gaan in het voeren van een anti-rookbeleid gezien de grondrechten, eisen van goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid. Een anti-rookbeleid kan namelijk grondrechten – zoals het recht op privacy en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer – aantasten. Voorts wordt ingegaan op het te voeren pauzebeleid.

Tot slot heeft de werkgever bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst contractsvrijheid. De werkgever heeft echter niet het recht om te vragen naar de gezondheidstoestand van zijn toekomstige werknemer op grond van artikel 4, tweede lid, WMK. Alleen een keuringsarts mag dat vragen indien voor de functie een aanstellingskeuring is vereist.

Gezien het bovenstaande blijkt dat er een uitgebreide regeling is om werknemers te beschermen tegen tabaksrook. Niet alle wettelijke bepalingen gaan hier specifiek over, maar de werkgever is wel verplicht om de gezondheid en veiligheid van zijn werknemer te waarborgen. De overheid gaat mijn inziens ver genoeg in het beleid om niet-rokers tegen rokers te beschermen. Werknemers hebben nu recht op rookvrije werkplekken en ook op andere openbare plaatsen, zoals cafés en restaurants, mag niet meer worden gerookt. Het beleid gaat daarmee ver genoeg. Het is aan de werkgever zelf te bepalen hoe hij verder inkleuring geeft aan het rookbeleid, zodat hij maatwerk creëert voor zijn eigen onderneming. Hij kan op deze manier zelf de behoeften van hem en zijn werknemers invullen. Hiermee kan hij rekening houden met de aard van zijn onderneming, de cultuur van de onderneming, het draagvlak onder zijn werknemers etc.

6.2 Aansprakelijkheid werkgever

Een andere plicht van de werkgever is om schade te vergoeden indien een werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De werknemer die door het meerroken op de werkvloer gezondheidsschade heeft opgelopen kan de werkgever hiervoor aansprakelijk stellen. Het aansprakelijkheidsrecht is een ingewikkeld leerstuk. De werknemer heeft verschillende grondslagen waarop hij zich kan beroepen.

6.2.1 Aansprakelijkheid ingevolge artikel 7:658 BW

De meest voor de hand liggende grondslag is artikel 7:658, eerste lid, BW. Dit artikel verplicht de werkgever zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, zodat wordt voorkomen dat zij schade lijden in de uitoefening van hun werkzaamheden. Het artikel is geen risico-aansprakelijkheid maar bevat wel een vergaande zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer. Indien de werkgever tekort schiet in zijn zorgplicht, dan is hij jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De plicht om schade te vergoeden, vervalt op grond van artikel 7:658, tweede lid, BW indien de werkgever aantoont dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of aantoont dat er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. Het betreft daarmee een schuldaansprakelijkheid van de werkgever.

Meeroken op de werkvloer is vaak slechts één van de oorzaken die hebben geleid tot de gezondheidsklachten. Ook in de privésfeer kan een werknemer worden blootgesteld aan tabaksrook. Indien dit het geval is, is er sprake van een onzeker causaal verband en zal de werkgever slechts deels aansprakelijk zijn voor de geleden schade. Dit blijkt uit het arrest *Nefalit/Karamus*.

Voorafgaand aan de invoering van het recht op een rookvrije werkplek zijn er rechtszaken gevoerd waarbij werknemers een beroep op artikel 7:658 BW deden. De rechtbank oordeelde in de uitspraak *Nooijen/PTT post* dat de werkgever ingevolge artikel 7:658 BW, artikel 3 Arbowet en artikel 4.9 Arbobesluit (oud) verplicht is om te waarborgen dat niet-rokende werknemers zich tijdens hun werkzaamheden en pauzes bevinden in een omgeving die geheel vrij is van tabaksrook. Ook achtte de Hoge Raad in het arrest *Riphagen/Isala* de vordering tot schadevergoeding van Riphagen ex artikel 7:658 BW gegrond wegens het schenden van de zorgplicht door haar werkgever. Werkneemster had benauwdheidsklachten wegens blootstelling aan sigarettenrook door twee rokende artsen op haar werkplek. Na de invoering van het recht op een rookvrije werkplek is de kantonrechter te Groningen een andere mening toegedaan in de uitspraak *Meins/Holland Casino*. De

kantonrechter is van mening dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg beoogt te bieden tegen gezondheidsschade op de werkplek. Dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de aard van de werkzaamheden. In dit geval achtte de rechter toewijzing van de vordering dermate ingrijpend voor Holland Casino dat gelet op alle omstandigheden van het geval het belang van werknemer moet wijken. In de *Meins/Holland Casino* wordt het toetsingskader gemarginaliseerd door de verplichtingen uit de Tabakswet en de uitzonderingen in het Besluit uitzondering rookvrije werkplek.

6.2.2 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

De werkgever kan ook aansprakelijk worden gesteld wegens een onrechtmatige daad van een van zijn ondergeschikten ex artikel 6:170, eerste lid, BW. Ingevolge artikel 6:162, tweede lid, BW kan een onrechtmatige daad worden omschreven als een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met de wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt. Artikel 6:170 BW is, in tegenstelling tot artikel 7:658 BW, een risicoaansprakelijkheid voor de werkgever. Uit het artikel blijkt dat het moet gaan om een 'fout' van de ondergeschikte. Als dit het geval is, heeft de werknemer twee personen die hij kan aanspreken voor het verhalen van zijn schade; zijn werkgever en zijn collega. Tussen de fout van de ondergeschikte (hierna: werknemer) enerzijds en de taak die hem door de werkgever is opgedragen anderzijds moet voldoende verband bestaan. Het eerste lid van artikel 6:170 BW stelt hieraan twee voorwaarden. Ten eerste moet er sprake zijn van kansvergroting en ten tweede van zeggenschap.

Art. 7:658 BW heeft de oude (contractuele) 7A:1638x-aansprakelijkheid van de werkgever vervangen door middel van een strenge zorgplicht voor de veiligheid in verband met het werk. Hierdoor lijkt artikel 7:658 BW een betere grondslag in geval een werknemer gezondheidsschade lijdt door rokende collega's dan wel in aanraking komt met gevaarlijke stoffen. Artikel 6:170 BW spreekt over een 'fout' waarmee een toerekenbare onrechtmatige daad wordt bedoeld. Artikel 7:658 BW doelt concreet op de Arbowet. In de rechtspraak wordt in geval van opgelopen gezondheidsschade tijdens de werkzaamheden derhalve een beroep gedaan op artikel 7:658 BW en niet op artikel 6:170 BW.

6.2.3 Aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid

Artikel 7:658 en 6:170 BW missen in beginsel toepassing, wanneer de werkgever geen zeggenschap over de werkplek heeft en de bevoegdheid om aanwijzingen over de uitoefening van de werkzaamheden ontbreekt. Artikel 7:611 BW en artikel 6:248 BW bieden in sommige gevallen de mogelijkheid om toch de geleden schade vergoed te krijgen als het via artikel 7:658 en 6:170 BW niet lukt. In het arrest *De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf* uit 1989 heeft de Hoge Raad overwogen dat indien de werkgever niet tekort is geschoten in de nakoming van de in art. 1638x lid 1 genoemde verplichtingen er geen plaats is voor een vergoeding ingevolge redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap. Een dergelijke verplichting acht de Hoge Raad onaanvaardbaar omdat de werkgever dan aansprakelijk zou zijn, terwijl er geen tekortkoming is van zijn kant. Gezien de jurisprudentie houdt het arrest nog steeds stand. De uitspraken waarbij de rechter de vordering tot schadevergoeding op grond van goed werkgeverschap toewees waren uitzonderlijke gevallen waarbij de werkgever een tekortkoming kon worden verweten. Het ging hier om ongevallen waarbij de werkgever geen zeggenschap had en de aansprakelijkheid om die reden niet onder het bereik van artikel 7:658 BW viel.

Gezien de jurisprudentie is de kans erg klein dat een werknemer die schade heeft geleden of lijdt door het meeroken een geslaagde vordering instelt tegen de werkgever op grond van goed werkgeverschap. Het gaat bij meeroken op de werkvloer over een situatie waarbij de werkgever zeggenschap heeft en dit valt binnen het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW. Gezien de jurisprudentie uit 1989, die nog steeds geldend is, kan de werknemer, die gezondheidsschade heeft opgelopen, geen geslaagde vordering instellen op grond van artikel 7:611 BW als de werkgever heeft voldaan aan zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW. De werknemer kan dan niet alsnog via artikel 7:611 BW zijn schade vergoed krijgen. Artikel 7:611 BW kan alleen als vangnet dienen indien het ongeval plaatsvond buiten het gezagsveld van de werkgever en daarmee buiten het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW valt.

6.2.4 Verjaringstermijnen

Het is mogelijk dat werkgevers worden geconfronteerd met schadeclaims van ziek geworden ex-werknemers doordat zij vóór de invoering van het wettelijk rookverbod op hun werkvloer niet uit zichzelf tot een stringent rookbeleid op de werkvloer zijn overgegaan of doordat zij zich niet houden aan de wettelijke verplichting van rookvrije werkplekken.

Verjaring is geregeld in Boek 3 van het BW. Indien het gaat om een rechtsvordering tot vergoeding van schade is de verjaringstermijn in beginsel vijf jaar op grond van artikel 3:310, eerste lid, BW. Deze termijn kan oplopen tot twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Indien gevaarlijke stoffen in het spel zijn, verjaart de rechtsvordering pas na dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, aldus artikel 3:310, tweede lid, BW. In de jurisprudentie zijn een paar uitspraken te vinden waarin de rechter zich heeft uitgelaten over de vraag of tabak een gevaarlijke stof als bedoeld in artikel 6:175 BW is. De Rechtbank in Assen oordeelt in een uitspraak van 25 april 2000 dat tabak geen stof is die een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert in de zin van artikel 6:175 BW. Acht jaar later dacht de rechtbank Amsterdam anders over de vraag of tabaksrook als gevaarlijk kan worden gekwalificeerd. De Rechtbank merkte sigaretten en sigarettenrook wel als gevaarlijke stoffen aan waardoor de verjaringstermijn van dertig jaar van toepassing werd verklaard. Belangrijk argument van de rechtbank is de Europeesrechtelijke kwalificatie van verscheidene bestanddelen van het tabaksproduct als gevaarlijke stof.

In het arrest *Van Hese/De Schelde* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de termijn van dertig jaren in beginsel een objectief en absoluut karakter heeft in verband met het belang van rechtszekerheid. Echter, in uitzonderlijke gevallen kan strikte toepassing van de verjaringsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:2 BW onaanvaardbaar zijn. De lange verjaringstermijn van artikel 3:310, tweede lid, BW kan dan worden doorbroken, waardoor het absolute karakter is gerelativeerd. Of de verjaringstermijn van dertig jaar inderdaad kan worden doorbroken is afhankelijk van alle omstandigheden van het concrete geval.

6.3 Het anti-rookbeleid en de grenzen hiervan

Een werkgever doet er verstandig aan om een rookbeleid te voeren met betrekking tot de rokende werknemer. Omdat voorschriften van een rookbeleid als ordevoorschriften kunnen worden gekwalificeerd, is op grond van artikel 7:660 BW geen instemming van de werknemer nodig. Voldoende is instemming ex artikel 27, eerste lid, onder d, WOR van de OR met betrekking tot de

regeling. Voor de werkgever is het voeren van een rookbeleid van belang, omdat zo de werknemer weet welke de regels binnen de onderneming worden gehanteerd. Het voeren van een rookbeleid heeft pas nut als het beleid helder is en consistent wordt toegepast.

De werkgever heeft een zekere vrijheid bij het bepalen van de inhoud van een rookbeleid. Wel is de werkgever verplicht om te zorgen voor rookvrije werkplekken. Als werkgever is het ook mogelijk om te zorgen dat werknemers helemaal niet meer roken binnen het bedrijf. De inhoud van een rookbeleid richt zich naar de situatie in de onderneming en is maatwerk. Zowel de grootte en de aard van het bedrijf of bedrijfs onderdeel, als de wensen van de werknemers spelen hierbij een rol. De werkgever zal ook rekening moeten houden met de bedrijfscultuur. Ieder bedrijf heeft zijn eigen cultuur. Een rookbeleid wordt opgesteld aan de hand van de waarden van de werkgever. Hij behoort, als goed werkgever zijnde, daarbij ook rekening te houden met de waarden van zijn werknemers. Uit deze waarden volgen concrete gedragsregels waar iedereen binnen het bedrijf zich aan behoort te houden en naar dient te gedragen.

Het is niet eenvoudig vast te stellen of een bepaling uit een rookbeleid wel of niet door de beugel kan zonder naar de concrete situatie te hebben gekeken. Het zal per onderneming verschillend zijn of een bepaling wel of geen inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Het spreekt voor zich dat in een bedrijf waar gewerkt wordt met gevaarlijke stoffen er strengere regels gelden dan bijvoorbeeld een bedrijf in de financiële sector. Steeds zullen de belangen van de werkgever en werknemer tegen elkaar moet worden afgewogen en zal rekening moeten worden gehouden met de algemene bepalingen redelijkheid en billijkheid, goed werkgeverschap, maar ook met de grondrechten. De proportionaliteitstoets speelt een belangrijke rol in de belangenafweging met betrekking tot de vraag of een bepaling in het anti-rookbeleid proportioneel is. Bij elke bepaling moet de werkgever zich afvragen of de bepaling evenredig is in verhouding tot het te bereiken doel.

In de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman* en *Mammoet/Stoof* heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over het wijzigen van arbeidsvoorwaarden in combinatie met goed werkgeverschap. Een rookbeleid ziet niet toe op arbeidsvoorwaarden, maar op arbeidsomstandigheden. Artikel 7:613 BW, wat enkel ziet op arbeidsvoorwaarden, is derhalve niet van toepassing. Echter, uit de strekking van bovengenoemde arresten kun je opmaken dat van de werkgever mag worden verlangd dat hij redelijke bepalingen opneemt in zijn rookbeleid en dat de werknemer deze redelijke bepalingen ook naleeft. De werkgever dient bij het opstellen van bepalingen rekening te houden met de soort onderneming die hij voert en de belangen van hem en zijn werknemers. Zoals gezegd dient de rechter bij de toetsing of er sprake is van een redelijk beleid alle omstandigheden van het geval in ogenschouw te nemen én de aan de werkgever toekomende beoordelingsvrijheid. De werkgever kan vanuit het oogpunt van veiligheid en gezondheid mijns inziens ver gaan in het voeren van een anti-rookbeleid. Daarnaast komen anti-rookbepalingen tegemoet aan de wensen van de overheid om een gezonde en veilige werkplek te creëren.

Op grond van de Arbeidstijdenwet heeft de werknemer recht op pauze. Echter, dit is vaak te weinig om in de behoefte van een rokende werknemer te voorzien. Niet onredelijk is het als de werkgever van de rokende werknemers verlangt om langer door te werken indien zij veelvuldig roken en de wettelijke pauzes daarmee overschrijden. Het is echter niet zo eenvoudig als het lijkt. Uitgangspunt in het arbeidsrecht is inderdaad geen arbeid, geen loon ingevolge artikel 7:627 BW. Echter, in geval

van een oorzaak die in redelijkheid voor de werkgever komt, dient de werkgever gewoon het loon van de werknemer door te betalen ex artikel 7:628, eerste lid, BW. De werkgever kan dus op grond van redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap er toch voor kiezen om de rokende werknemer die buiten zijn wettelijke pauzes rookt (een deel van zijn) loon door te betalen.

In plaats dat de werkgever aan de werknemer vraagt om langer door te werken voor de uren die hij kwijt is aan het roken, is het ook een optie dat de rokende werknemer twee (of meer) vakantiedagen inlevert. Wel dient de werkgever goed te bekijken hoeveel de rokende werknemer aan uren moet compenseren. De werkgever kan bijvoorbeeld toestaan dat zijn rokende werknemers 's morgens en 's middags een sigaretje roken. Hiermee haal je niet gelijk de rokers op je hals en toon je sympathie jegens de rokers. Het totaal laten compenseren van de gerookte uren door werknemers kan onrust opleveren in het bedrijf en dat is ook niet goed voor de productiviteit en sfeer. Daarnaast kan het zo zijn dat iemand die elk uur een sigaretje rookt productiever is dan iemand die helemaal niet rookt.

Van belang is dat de werkgever hierin een balans vindt. Het kan namelijk zo zijn dat een niet roker regelmatig koffie drinkt bij de automaat en daar een gezellig praatje maakt met een collega. De werkgever moet van te voren nadenken over de consequenties van het voeren van een dergelijk beleid en zal moeten kijken naar het gemiddelde rookgedrag. Aan de hand daarvan dient de werkgever een pauzebeleid op te stellen. Van belang is daarbij dat het pauzebeleid concreet aangeeft hoe de werkgever met de rokende werknemer omgaat. Het is daarbij niet onredelijk als de werkgever van de rokende werknemers verlangt om langer door te werken indien zij veelvuldig roken en de wettelijke pauzes daarmee overschrijden. Voor de goede orde van de onderneming doet de werkgever er verstandig aan om alle rokers gelijk te behandelen. Dit is ook een grondrecht ingevolge artikel 1 van de Grondwet. Gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden en discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan.

6.4 Sancties bij overtreding

Er zijn vele sancties welke de werkgever kan opleggen voor het overtreden van bepalingen uit het rookbeleid. Welke sanctie de werkgever in een concrete situatie moet opleggen is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Voor een ontslag op staande voet is een dringende reden vereist. Bij de beoordeling of er sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW moeten alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in aanmerking worden genomen. Het gaat daarbij niet alleen om de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt, maar ook om bijvoorbeeld de aard en de duur van de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, persoonlijke omstandigheden van de werknemer en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem hebben. Dit zijn allemaal omstandigheden die de werkgever bij het nemen van zijn besluit moet meewegen. Daarnaast staat de werkgever sterker indien in de arbeidsovereenkomst van de werknemer, het arbeidsreglement of in de cao verplichtingen staan omtrent het houden aan het rookbeleid dan wel het rookverbod. De werkgever doet er goed aan de sancties duidelijk te maken in verband met het rechtszekerheidsbeginsel.

Het Gerechtshof in Den Haag stelde de werkgever in het gelijk door een werknemer op staande voet te ontslaan, omdat hij tijdens zijn werkzaamheden – het lossen van een partij natronloog in de

Petroleumhaven te Veendam – heeft gerookt. De rechter is het met de werkgever eens dat de werknemer in strijd met de veiligheidsvoorschriften heeft gehandeld en dat deze hem bekend waren. Daarnaast was de werknemer op de hoogte dat ontslag op staande voet een mogelijkheid is bij overtreding van het rookverbod.

Naast het ontslag van de werknemer zijn er minder ingrijpende sancties die de werkgever kan opleggen om duidelijk te maken dat hij bepaald gedrag niet tolereert. Het opleggen van een disciplinaire maatregel dan wel sanctie vindt zijn rechtsgrondslag in de arbeidsovereenkomst of cao. Hierin wordt vaak verwezen naar de in de onderneming geldende regels. Mocht dit niet het geval zijn, dan kan het arbeidstuchtrecht gelegitimeerd worden door de gesloten arbeidsovereenkomst. De werknemer staat onder gezag van de werkgever en staat daarmee onder het instructierecht van artikel 7:660 BW. De werkgever kan naast ontslag overgaan tot berisping, degradatie dan wel overplaatsing, het niet toekennen van een gratificatie, schorsing en het opleggen van een boete. Het opleggen van een boete is in artikel 7:650 BW geregeld.

7. Bronvermelding

Literatuur

Achterberg 2007

J.W. Achterberg, 'Als de rookwolken zijn opgetrokken', *Bedrijfsjuridische Berichten* 2007/58.

Admiraal 1998

M.F. Admiraal, 'Roken op de werkplek', *ArbeidsRecht* 1998, 15.

Alblas & Wijsman 2005

G. Alblas & E. Wijsman, *Gedrag in organisaties*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2005.

Van Drongelen & Fase 2011

J. van Drongelen & Fase, *De overeenkomst tot het verrichten van arbeid | vakantie en verlof*, Individueel arbeidsrecht deel 1, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van Drongelen & Hofsteenge 2007

J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, *Actualiteiten sociaal recht: De wijziging van de Arbowet*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2013.

J. van Drongelen, S. Klingeman & A.D.M. Van Rijs, *Het ontslagrecht in de praktijk*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

Van Drongelen e.a. 2011

J. van Drongelen e.a., *Bijzondere bedingen, aansprakelijkheid, gelijke behandeling, overgang van onderneming*, Individueel arbeidsrecht deel 2, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van Drongelen e.a. 2012

J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht*, Individueel arbeidsrecht deel 3, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

Van Drongelen (red.) 2011a

J. van Drongelen (red.), *Arbeidsomstandighedenrecht: Arbeidstijden gebundeld*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van Drongelen & Van Rijs 2012

J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van het UWV*, Deventer: Kluwer 2012.

Groothoff 2013

D. Groothoff, *Is een ontslag wegens ongezonde levensstijl mogelijk en tot hoever gaat de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de levensstijl van de werknemer?*, Tilburg University 2013, p. 21.

Hartkamp 2012

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2012.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Heerma van Voss 2007

G.J.J. Heerma van Voss, 'Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2007/8/9.

Hendriks 2008

A.J. Hendriks, 'De invloed van de werkgever op de levensstijl van diens werknemers', *Praktisch Procederen* 2008-6.

Hendriks & Krijnen 2009

A.C. Hendriks & B. Krijnen, 'Het recht op zorg op verschillende manieren geregeld - maar jegens wie heeft de zorgconsument nu eigenlijk rechten?', *NJB* 2009, 964.

Hoekzema 2000

J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Hofkens 1992-1993

J. Hofkens, "Roken in de onderneming – mogelijkheid en wenselijkheid van een anti-rookbeleid", *Jura Falc* 1992-1993.

Jacobs, Massuger & Plessen 2009

A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger & W.G.M. Plessen, *Monografieën BW: De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.

Jacobs 2013

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Keirse 2006

A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid bij blootstelling aan asbestvezels en tabaksrook', *TVP* 2006, nr. 3.

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'De meerokende of uitgerookte werknemer en zijn kansen in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2010, 42.

Koevoets 2006

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Kötter 2011

R.F. Kötter, 'De rechtspositie van de sollicitant', *ArbeidsRecht* 2011/40.

Krom 2012

P. de Krom (staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Vragen van het lid Heerma (CDA) aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over het bericht IHC Merwede: Boete voor roken buiten pauze, 1 november 2012.

De Laat & De Vries 2012

I. de Laat & H. de Vries, 'De digitale werknemer: van grondrechten tot vergetelheid in de cloud', *ArbeidsRecht* 2012/35.

De Lange 2008

R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008.

Lankhorst 2013,

G.H. Lankhorst, T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 170 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (via Kluwer Portal).

Loonstra 2005

C.J. Loonstra, 'Snijden in het ontslagrecht', *NJB* (80) 2005-6, p. 290-297.

Loonstra & Zondag 2012

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 2012 (T&C BW) artikel 7:660 BW.

Popma 2008

J.R. Popma (red.), *Het recht op een veilige, gezonde en waardige arbeid; arbeidsbescherming tussen publiekrecht en privaatrecht*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing 2008.

Pouderoijen 2007

G. Pouderoijen, 'Rookbeleid volgens de Tabakswet: peuken en sigaren in de ban', *ArboMagazine* 2007/23, nr. 10.

Roozendaal 2011

W.L. Roozendaal, *Werk en privé: de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Sanders & Neuijen 2005

G. Sanders & B. Neuijen, *Bedrijfscultuur: diagnose en beïnvloeding*, Assen: Van Gorcum 2005.

Schepel & Harenberg 2003

P.F. Schepel & W.L. Harenberg, 'Als de rook om je hoofd is verdwenen', *ArbeidsRecht* 2003, 42.

Schein 2000

E.H. Schein, *De bedrijfscultuur als ziel van de onderneming: zin en onzin over cultuurverandering*, Schiedam: Scriptum 2000.

Smits 2009

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Spier e.a. 2009

J. Spier, *Verbinden uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

STAR 2001

Stichting van de Arbeid, *"De lucht geklaard; een aanbeveling over een rookbeleid van ondernemingen*, Den Haag: 14 maart 2001, Publicatienummer 3/01.

STAR 1999

Stichting van de Arbeid, *"Met alle respect! Over bedrijfscultuur en omgangsvormen op de werkplek"*, Den Haag: 14 december 1999, Publicatienummer 7/99.

STIVORO 2013

STIVORO, *Kerncijfers roken in Nederland 2012: een overzicht van recente Nederlandse basisgegevens over rookgedrag*, STIVORO, Den Haag: 2013.

Veendrick 2013

L.L. Veendrick, "De arbeidsrechtelijke omkeringsregel aangescherpt en verduidelijkt", *Bedrijfsjuridische Berichten* 2013/56.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1997.

Verhulp & Zondag 2008

E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

Verhulp 2013

E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, commentaar op artikel 658 en 660 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (via kluwer portal).

Vlemminx 2002

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Willems & Teuben 2011

P.W.H.M. Willems & K. Teuben, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 en 7:611 BW: een overzicht van de stand van zaken', *ArbeidsRecht* 2011/30.

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën sociaal recht, nr. 44, Deventer: Kluwer 2007.

Zeegers 2005

T.M.C.E. Zeegers, *Tabaksrook in de werkomgeving: Resultaten van het PARA-meter onderzoek onder werknemers*, Den Haag: STIVORO 2005, p. 4.

Zivkovic 2007

D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid voor de blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek', *TVP* 2007, nr. 2

Elektronische bronnen

www.nos.nl, ('zoek op: *Geldstraf voor sigaretje roken*'), geraadpleegd op 13 oktober 2012.

www.nvp-plaza.nl, ('zoek op: *Sollicitatiecode*'), geraadpleegd op 1 september 2013.

www.stivoro.nl, ('zoek op: *Factsheet voor bedrijven*'), geraadpleegd op 13 oktober 2012.

www.letselschade-kenniscentrum.nl, ('zoek op: *Verhouding tussen artikel 7:658 en artikel 7:611 BW*'), geraadpleegd op 5 september 2009.

www.metronieuws.nl, ('zoek op: *Baas is roken in werktijd vaker zat*'), geraadpleegd op 27 juli 2013.

www.rijksoverheid.nl, ('zoek op: *Mag ik roken op mijn werkplek*'), geraadpleegd op 20 augustus 2013.

Jurisprudentie

- EHRM 7 december 1976, Series A Vol. 24-A (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*).
- EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m. nt. EAA (*Barthold*).
- EHRM 16 december 1992, NJ 1993/400 (*Niemietz*).
- EHRM 23 september 1994, NJCM-Bulletin 1995 (*Jersild*).
- EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (*Halford*).
- EHRM 30 april 2007, NJ 2007, 617 (*Copland*).

- HR 23 december 1955, *NJ* 1956, 283.
- HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.
- HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951.
- HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (*Harmonisatiewet-arrest*).
- HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 (*De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf BV*).
- HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (*Woesthoff/Intershow*).
- HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (*Haaglanden-Nuts/Hofman*).
- HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (*Schothorst/Jonker Veendam*).
- HR 28 september 1993, *NJ* 1984, 92.
- HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*).
- HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 611.
- HR 26 juni 1998, *JAR* 1988/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).
- HR 22 januari 1999, *JAR* 1999/44 (*S./Reclassering*).
- HR 22 februari 2002, *JAR* 2000/45 (*P/Hema*).
- HR 28 april 2000, *JAR* 2000/122 (*Van Hese/De Schelde*).
- HR 3 november 2000, *NJ* 2001, 108.
- HR 17 november 2000, *JAR* 2000/261 (*Unilever/Dikmans*).
- HR 16 november 2001, *JAR* 2001, 258.
- HR 15 december 2001, *JAR* 2001, 13.
- HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (*Van der Gulik/Vissers*).
- HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115.
- HR 27 februari 2006, *RvdW* 2006, 204.
- HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Erven Karamus*).
- HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354 (*Havermans/Luyckx*).
- Zie bijv. Hof Amsterdam 30 oktober 2007, *JAR* 2008/11
- HR 11 april 2008, *JAR* 2008/78.
- HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Mammoet/Stoof*).
- HR 9 januari 2009, *JAR* 2009/39 (*Riphagen/Isala*).

- CBb 9 december 2008, *LJN* BG8912.
- CBb 27 januari 2009, *LJN* BH5223.

- Hof 's-Gravenhage 11 februari 2005, *JAR* 2005/114.
- Hof Arnhem 14 augustus 2012, *LJN* BX6556 en *JAR* 2012/257.

- Rb. Breda 25 april 2000, *JAR* 2000/115 en *KG* 2000, 119 (*Nooijen/PTT Post*).
- Rb. Assen 25 april 2000, *LJN* AA4626.
- Rb. Groningen 27 juni 2003, *LJN* AH9008.
- Rb. Middelburg 11 april 2006, *LJN* AW0721.
- Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BG7225.
- Rb. Groningen 15 september 2011, *LJN* BT1646 en *PRG* 2011, 272.
- Rb. Middelburg 2 mei 2012, *LJN* BY0083.

- Ktr. Utrecht 6 juli 2005, *JAR* 2005/240 (*Kooijman/Susam*).
- Ktr. Haarlem 1 november 2006, *JIN* 2006/474 m. nt. Zondag.
- Ktr. Groningen 15 mei 2007, *JAR* 2007, 133 (*Meins/Holland Casino*).

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3 (MvT).

- *Kamerstukken II* 1994/94, 23 438, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 552, nr. 3 (MvT).
- Staatsblad 1997, 365.
- Staatsblad 2002, 201.
- Staatsblad 2003, 495.
- Staatsblad 2003, 561.
- Staatsblad 2006, 632.
- Staatsblad 2006, 673.
- Staatsblad 2006, 674.
- Staatsblad 2011, 337.
- Staatsblad 2012, 604.
- Staatscourant 1998, 238.

Wet- en regelgeving

- Algemene wet bestuursrecht
 - Arbeidsomstandighedenwet
 - Arbeidsomstandighedenbesluit
 - Arbeidstijdenrichtlijn 2003
 - Arbeidstijdenwet
 - Besluit Aanstellingskeuringen
 - Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten
 - Burgerlijk Wetboek
 - Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
 - Grondwet
 - NVP-Sollicitatiecode
 - Richtlijn 67/548/EEG van de Raad van 27 juni 1967 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de indeling, de verpakking en het kenmerken van gevaarlijke stoffen
 - Tabakswet
 - Uitvoeringsbesluit aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging
 - Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
 - Wet op de economische delicten
 - Wet op de Medische Keuring
 - Wet Milieubeheer
-