

Kenmerk	W13.11.0070/III
Datum advies	29 april 2011
Vindplaats	Staatscourant 2011, nr. 13098

Volledige tekst

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten, met nota van toelichting.

Bij Kabinetsmissive van 7 maart 2011, no.11.000568, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, in overeenstemming met de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten, met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit beoogt in het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten een uitzondering op het rookverbod te creëren voor (zeer) kleine buurtcafés die geëxploiteerd worden door een zelfstandige zonder personeel.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de probleemanalyse, de zelfstandige zonder personeel, het rookverbod in het internationaal en Europees verband en het perspectief van de volksgezondheid. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het ontwerpbesluit wenselijk is.

1. Inleiding

Op 1 juli 2008 is het Besluit uitvoering rookvrije horeca werkplek, horeca en andere ruimten (hierna: het Besluit) in werking getreden. Met dit Besluit werd beoogd de horeca geheel rookvrij te maken.*(zie noot 1)* De Tabakswet biedt de mogelijkheid rookverboden in te stellen voor bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën gebouwen en zo nodig ook beperkingen daarop te formuleren.*(zie noot 2)* Voor zover horeca-inrichtingen worden geëxploiteerd door ondernemers met personeel, zijn werkgevers verplicht zodanige maatregelen te treffen dat hun werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden.*(zie noot 3)* De verplichting tot het instellen en handhaven van een rookverbod geldt ook voor horeca-inrichtingen waar geen personeel werkzaam is.*(zie noot 4)*

Hoewel bij het Besluit de reacties van maatschappelijke organisaties en marktpartijen zijn betrokken, heeft de uitvoering in de praktijk tot problemen geleid in gevallen waarin ondernemers zonder personeel zich niet gebonden achtten aan het tabaksverbod. Exploitanten van (zeer) kleine cafés stelden dat zij niet de mogelijkheid hadden om voor hun klanten een rookruimte in te richten, noch qua ruimte, noch qua financiële middelen. Deze opstelling heeft geleid tot een aantal gerechtelijke procedures.*(zie noot 5)*

Naar aanleiding van de uitspraken ontstond een dermate onduidelijke situatie dat de minister voornemens was het Besluit aan te passen met het doel om alle horeca-inrichtingen te verplichten zodanige maatregelen te treffen dat de werkzaamheden binnen een horeca-inrichting kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te

ondervinden. *(zie noot 6)* Een ontwerpbesluit met die inhoud is op 11 september 2009 aan de Tweede Kamer in het kader van een voorhangprocedure aangeboden. *(zie noot 7)*

Na de val van het kabinet-Balkenende IV heeft de Tweede Kamer het onderwerp van de rookvrije horeca controversieel verklaard en is bij brief van 17 december 2010 een nieuw ontwerpwijzigingsbesluit bij de Tweede Kamer voorgehangen. *(zie noot 8)* Met dit besluit werd uitvoering gegeven aan het voornemen uit het regeerakkoord om het huidige rookverbod voor de kleine cafés, waar geen personeel in dienst is, met minder dan 70m² bedrijfsruimte naar Duits voorbeeld vrij te stellen van het rookverbod.

Het eerder voorgehangen besluit is teruggenomen. Het nu voorliggende ontwerpbesluit is, behoudens artikel II, vrijwel gelijklopend aan de versie van 17 december 2010.

2. Probleemanalyse en instrumentkeuze

a. Probleemanalyse

Exploitanten van (zeer) kleine cafés hebben niet de mogelijkheid voor hun klanten een rookruimte in te richten, noch qua ruimte, noch qua financiële middelen. Grote cafés hebben die ruimte en middelen wel en kunnen hun rokende bezoekers een alternatief aanbieden, aldus de toelichting. *(zie noot 9)* Dit heeft er in de praktijk toe geleid dat het rookverbod in deze kleine horecalokaleiteiten niet (voldoende) wordt nageleefd.

De toelichting maakt niet inzichtelijk hoe groot het percentage is van de gevallen waarin het rookverbod onontkoombaar zal leiden of reeds heeft geleid tot significant omzetverlies. *(zie noot 10)* Voor de hele sector lijkt de recessie meer invloed te hebben gehad op de omzet dan de invoering van het rookverbod, hetgeen ook wordt bevestigd door de horecaondernemers zelf. *(zie noot 11)*

De Afdeling adviseert toe te lichten dat het omzetverlies voor de kleine horeca als gevolg van het in 2008 ingevoerde rookverbod van dien aard is dat zulks een uitzondering rechtvaardigt. Voorts dient de proportionaliteit van het middel om de kleine horeca uit te zonderen in het licht van de doelstellingen van de Tabakswet, te weten het beperken van het tabaksgebruik en het tegengaan van hinder voor degenen die geen tabak gebruiken, aangetoond te worden.

b. Motivering van instrumentkeuze

De heroverweging van het oorspronkelijk ingenomen standpunt om kleine horeca niet uit te zonderen steunt op een aantal argumenten, te weten:

- a. de keuze voor terughoudendheid van de overheid op dit terrein;
- b. het ontbreken van personeel, waardoor er geen noodzaak tot bescherming is;
- c. de sociale functie.

Kleine buurtkroegjes vervullen immers een sociale functie vergelijkbaar met die van een huiskamer in een huisgezin. Roken in de huiskamer is een aangelegenheid waar de overheid zich niet mee bemoeit. Zo is ook het al of niet roken in een buurtkroegje een zaak van de ondernemer zelf. Verder behoeven er geen werknemers beschermd te worden, aldus de toelichting. *(zie noot 12)*

Het ontbreken van personeel is geen toereikend argument. Weliswaar staan de gezondheidsbelangen van de werknemers in de horeca centraal, maar in het verlengde daarvan zijn ook de gezondheidsbelangen van bezoekers meegenomen, zoals ook de toelichting opmerkt. *(zie noot 13)* Dit is ook in overeenstemming met de doelstelling van de Tabakswet en in lijn met de in punt 5 genoemde Aanbeveling dat iedereen tegen tabaksrook moet worden beschermd.

Voorts kan de grootte van een klein café overeenkomen met een huiskamer. Vanwege het openbare karakter van de ruimte schiet de parallel met de huiskamer evenwel te kort. Die parallel zou er slechts zijn indien deze kroegjes een besloten karakter hebben en derhalve

niet voor iedereen toegankelijk zijn.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling de keuze toereikend te motiveren.

3. Zelfstandige zonder personeel

Om de (zeer) kleine (buurt)cafés uit te zonderen moet naast een beperkte oppervlakte worden voldaan aan het criterium van "een zelfstandige zonder personeel" (hierna: zzp-er). Ingevolge artikel 1, onderdeel d (nieuw), wordt hiermee aangeduid een persoon die voor de toepassing van de Wet inkomstenbelasting 2001 ondernemer is en geen personeel in dienst heeft. Blijkens de toelichting is met deze definitie aangesloten bij de definitie uit het advies van de SER, getiteld Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel. (zie noot 14)

De definitie in het ontwerpbesluit brengt mee dat de directeur-grotaandeelhouder (dga) geen zzp-er is en derhalve niet onder de uitzondering van het rookverbod valt. (zie noot 15) Hoewel dga's mogelijk materieel vergelijkbaar zijn met ondernemers zonder personeel, geldt dat voor een groot deel nadrukkelijk niet, aldus de SER. (zie noot 16) Het al dan niet van toepassing zijn van de onderhavige regeling wordt hierdoor afhankelijk van de juridische vorm waarin het café wordt gedreven, terwijl de feitelijke situatie doorslaggevend zou moeten zijn.

Nu niet valt uit te sluiten dat met de voorgestelde definitie de doelstelling van het ontwerpbesluit niet wordt bereikt, adviseert de Afdeling niet aan te sluiten bij het zzp-begrip. De Afdeling geeft in overweging in plaats daarvan, uitsluitend binnen de context van de Tabakswet en de daarop berustende regelingen, voor de vrijstelling van het rookverbod als criterium te hanteren een caféhouder die zonder personeel zijn horecabedrijf exploiteert.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 1, onderdeel d, aan te passen.

4. Het rookverbod in internationaal en in Europees verband

In het kader van de notificatieprocedure heeft de Europese Commissie de regering erop gewezen dat door een uitzondering op het rookverbod in te voeren voor kleine cafés zonder personeel, de aangemelde maatregel in strijd is met de Aanbeveling van de Raad van de Europese Unie van 30 november 2009 betreffende rookvrije ruimten (hierna: de Aanbeveling (zie noot 17)), die om effectieve bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in afgesloten werkplekken en afgesloten openbare ruimten vraagt. Hoewel deze Aanbeveling niet bindend is, wordt de regering verzocht hiermee rekening te houden, aldus het antwoord van de Europese Commissie in het kader van de notificatieprocedure.

De Aanbeveling verwijst in overweging 20 en in artikel 1 naar artikel 8 van de Kaderovereenkomst van de Wereldgezondheidsorganisatie voor de bestrijding van tabaksgebruik (zie noot 18), dat de partijen een wettelijke verplichting oplegt tot het vaststellen en uitvoeren van doelmatige wetgevende, uitvoerende, bestuurlijke en/of overige maatregelen om te voorzien in bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook op afgesloten werkplekken, in het openbaar vervoer, in afgesloten openbare gelegenheden en waar van toepassing in andere openbare ruimten. De bij dit verdrag behorende richtsnoeren betreffende de uitvoering daarvan geven nadere uitleg aan dit artikel en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen.

De toelichting gaat niet in op de reactie van de Europese Commissie op de notificatie, noch op de Aanbeveling, noch op artikel 8 van de Kaderovereenkomst.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en daarbij ook aandacht te besteden aan de afwijking van het tabaksontmoedigingsbeleid die het voorstel met zich brengt en aan de signaalwerking die deze afwijking kan betekenen.

5. Perspectief van de volksgezondheid

Uit onderzoeken die de minister in de periode vóór en na de invoering van de rookvrije horeca heeft laten uitvoeren, kan geconcludeerd worden, dat op het vlak van de

luchtkwaliteit en de volksgezondheid een aanzienlijke verbetering van de luchtkwaliteit in horecagelegenheden en daarmee een daling van de blootstelling aan tabaksrook kan worden waargenomen, hetgeen overeenkomt met bevindingen in andere landen. Op basis van gegevens uit het buitenland en de kennis over de schadelijkheid van meerroken kan voorzichtig geconcludeerd worden dat de rookvrije horeca positieve effecten heeft op het aantal luchtwegklachten, het aantal vaatziekten en de levensverwachting, aldus de minister in zijn brief van 1 december 2009 aan de Tweede Kamer. (zie noot 19)

Op dit moment is de door de minister toegezegde Preventienota nog niet verschenen en is dan ook niet te zeggen op welke wijze het ontwerpbesluit aansluit bij de voornemens op dit punt van het kabinet. (zie noot 20)

De Afdeling adviseert de toelichting op dit onderdeel aan te vullen en daarbij aandacht te besteden aan de voorgestelde maatregel in het licht van het tabaksontmoedigingsbeleid en de gevolgen voor de volksgezondheid.

6. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W13.11.0070/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In de aanhef de verwijzing naar artikel 11, eerste lid, van de Tabakswet achterwege laten.
- In artikel 1 omwille van de duidelijkheid en de leesbaarheid de begripsomschrijvingen volledig uitschrijven en niet volstaan met verwijzingen naar de Drank- en Horecawet.
- In artikel 3, eerste lid, van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten, na "artikel 11a" invoegen: , eerste tot en met derde lid.
- In de toelichting de passage over de notificatie aanvullen met eventuele reacties en waartoe deze hebben geleid (aanwijzing 261b van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar)).
- In de toelichting aandacht besteden aan de opmerkingen die in de fase van de totstandkoming van de regeling naar voren zijn gekomen (aanwijzing 213 Ar).

Nader rapport (reactie op het advies) van 1 juni 2011

De Afdeling advisering heeft een aantal opmerkingen gemaakt, waarop hieronder puntsgewijs zal worden ingegaan.

1. Zoals de Afdeling terecht opmerkt is het voorliggende besluit, behoudens artikel II inzake de verhoging van de boetes, vrijwel gelijklopend aan de versie die op 17 december 2010 bij de Tweede Kamer werd voorgehangen.
2. Het advies van de Afdeling lijkt (onbedoeld) de suggestie te bevatten dat de hier getroffen uitzondering wordt ingegeven door en slechts kan worden gerechtvaardigd door het omzetverlies dat de kleine horeca als gevolg van het in 2008 ingevoerde rookverbod zou hebben geleden. Die suggestie strookt naar het oordeel van ondergetekende niet met de

toelichting en de feiten. Zoals de Afdeling zelf ook citeert lijkt voor de hele sector, inclusief de kleine horeca, de (wereldwijde) recessie veel meer van invloed op het geleden omzetverlies dan de invoering van het rookverbod. In ieder geval is tot op heden uit de cijfers van het CBS nimmer een significant verband tussen het rookverbod en het omzetverlies aannemelijk geworden. De uitzondering die gemaakt wordt op het uitgangspunt van een rookvrije horeca is, zoals ook aangegeven op p. 1, 2 en 3 van de toelichting, veeleer ingegeven door de wens van kleinere cafés om hun rokende bezoeker ook een alternatief te kunnen bieden, zoals grotere cafés dat nu met het creëren van een rookruimte ook kunnen.

Ook de conclusie van de Afdeling als zou de keuze voor een uitzondering voor kleine caféhouders zonder personeel ontoereikend gemotiveerd zijn, kan door mij niet gedeeld worden. In de toelichting op het voorgestelde besluit wordt vooropgesteld dat de gezondheidsbelangen van de werknemer centraal staan. De uitzondering is zeer beperkt vormgegeven, waarmee in principe de gezondheidsbelangen van bezoekers voor het overgrote deel gewaarborgd blijven en daarmee nog steeds ten volle recht wordt gedaan aan de doelstellingen van de Tabakswet en de door de Afdeling genoemde internationale regelingen.

3. Het creëren van een uitzondering op een wettelijke verplichting draagt altijd het risico in zich dat justitiabelen de feitelijke constellatie anders gaan presenteren om van de uitzondering te profiteren. Dat risico is hier uiteraard ook aanwezig, reden waarom gezocht is naar een definitiebepaling die het risico van oneigenlijk gebruik zoveel mogelijk beperkt. Het regeerakkoord van najaar 2010 stipuleert dat er een uitzondering op het rookverbod moet komen voor zzp'ers die een cafébedrijf kleiner dan 70m² exploiteren. In diezelfde periode heeft de Sociaal Economische Raad een advies uitgebracht over het begrip zzp'er (Zzp'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel; SER 29-09-2010). De SER beoogde hiermee een praktisch hanteerbare definitie voor alle relevante rechtsgebieden te geven, namelijk een zzp'er is iemand die voor de inkomstenbelasting als ondernemer telt en geen personeel in dienst heeft. Deze definitie oriënteert zich net als het voorstel van de Afdeling op de feitelijke constellatie, maar heeft daarmee vergeleken het voordeel dat de definitie fiscaal is ingebed. Daarmee is naar het oordeel van het kabinet het risico van oneigenlijk gebruik van de uitzondering zoveel mogelijk beperkt en de effectiviteit van de handhaving zoveel mogelijk gewaarborgd.

4. Overeenkomstig het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld met een passage die ingaat op de reactie van de Europese Commissie op de notificatie en de daarin vermelde Aanbeveling en de relatie met artikel 8 van het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging. De strekking van die passage is dat de Aanbeveling, zoals in de benaming al besloten ligt, niet bindend is, terwijl ook artikel 8 van het WHO-Kaderverdrag ruimte biedt om uitzonderingen te maken op rookvrij te maken openbare plaatsen.

5. Overeenkomstig het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld met een passage over de voorgestelde maatregel in het licht van het tabaksontmoedigingsbeleid en de gevolgen voor de volksgezondheid.

6. De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt.

Los van het advies van de Afdeling is het nieuwe tarief in artikel II, onder 4, in overeenstemming gebracht met artikel 11b, tweede lid, onder b, van de Tabakswet.

Ik moge U hierbij, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

- (1) In combinatie met de intrekking van het Besluit uitzonderingen rookvrije horeca.
- (2) Artikel 11a, vierde en vijfde lid, Tabakswet.
- (3) Artikel 11a, eerste lid, Tabakswet.
- (4) Artikel 11a, vierde lid, Tabakswet en Stb. 2008, 122, blz. 4.
- (5) Rb. Groningen 20-02-2009, LJN: BM3578; Rb. Breda 03-04-2009, LJN: BH9853; Hof Den Bosch 12-05-2009, LJN: BI3572; Hof Leeuwarden 03-07-2009, LJN: BJ1286; Hof Arnhem 17-06-2010 LJN: BM8103/8105 en Hoge Raad 23-02-2010 LJN: BK8211.
- (6) Kamerstukken II 2008/09, 32 011, nr. 1, blz. 2.
- (7) Kamerstukken II 2008/09, 32 011, nr. 2.
- (8) Kamerstukken II 2010/11, 32 011, nr. 9.
- (9) Toelichting algemeen, tweede alinea.
- (10) Uit het overleg met de Tweede kamer kunnen geen concrete aantallen worden afgeleid. Op de opmerking vanuit de Tweede Kamer dat de maatregel in 95% van de gevallen goed werkt, antwoordde de minister dat haar andere signalen hadden bereikt, maar zij gaf geen aantallen of percentages.
- (11) Kamerstukken II 2009/10, 32 011, nr. 3, blz. 3 en 5.
- (12) Toelichting, paragraaf Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.
- (13) Paragraaf Algemeen, eerste alinea.
- (14) Advies nr. 2010/04 van 15 oktober 2010.
- (15) Toelichting op artikel 1.
- (16) De directeur-groootaandeelhouder is de aandeelhouder en enige werknemer van een aansprakelijke rechtsvorm. Alhoewel dga's mogelijk materieel vergelijkbaar zijn met ondernemers zonder personeel, geldt dat voor een groot deel nadrukkelijk niet. Belangrijker is dat de dga niet handelt voor eigen rekening en risico, maar voor rekening van de bv. Daarnaast is de bv in veel gevallen een vehikel voor deelname aan een maatschap. De dga is in dat geval weliswaar de enige werknemer van zijn bv, maar hij participeert via deze bv in een maatschap en is daarmee participant in een (groot) bedrijf en zeker niet aan te merken als zzp'er (advies SER, blz. 55/56).
- (17) 2009/C 296/02.
- (18) Trb. 2003, 127.
- (19) Kamerstukken II 2009/10, 32 011, nr. 3. De rookvrije horeca heeft mede bijgedragen aan een daling van het roken onder jongeren, die naar verwachting blijvend is (kamerstukken II 2009/10, 32 011, nr. 5, blz. 4).
- (20) Kamerstukken II 2010/11, 32 011, nr. 15, blz. 29.

[Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting \(pdf, 75 kB\)](#)