
337

Besluit van 14 juni 2011, houdende wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 1 maart 2011, kenmerk VGP/GL 3050801, gedaan in overeenstemming met Onze Minister van Veiligheid en Justitie;

Gelet op de artikelen 11a, vierde en vijfde lid, en 11c, tweede lid, van de Tabakswet;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van 29 april 2011, No. W13.11.0070/III);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 1 juni 2011, VGP/GL 3064837 uitgebracht in overeenstemming met Onze Minister van Veiligheid en Justitie;

Hebben goedgevonden en verstaan:

ARTIKEL I

Het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 1 komt te luiden:

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

a. *horeca-inrichting*:

1° de lokaliteiten waarin het slijtersbedrijf of het horecabedrijf wordt uitgeoefend, met de daarbij behorende terrassen voor zover die terrassen in ieder geval bestemd zijn voor het verstrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse, welke lokaliteiten al dan niet onderdeel uitmaken van een andere besloten ruimte;

2° een inrichting die wordt geëxploiteerd door een onderneming of ondernemer die verplicht is zich in te schrijven bij het Bedrijfschap Horeca en Catering;

b. *horecabedrijf*: een bedrijf waarin de bedrijfsactiviteiten vrijwel uitsluitend bestaan uit het bedrijfsmatig of anders dan om niet verstrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse;

c. *horecalokaliteit*: een van een afsluitbare toegang voorziene lokaliteit, onderdeel uitmakend van een inrichting waarin het horecabedrijf wordt uitgeoefend, in ieder geval bestemd voor het vertrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse;

d. *zelfstandige zonder personeel*: een persoon die voor de toepassing van de Wet inkomstenbelasting 2001 ondernemer is en geen personeel in dienst heeft.

B

Artikel 2 wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding «1.» geplaatst.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. In een ruimte als bedoeld in het eerste lid, onder b, geldt onverkort het recht op bescherming tegen tabaksrook dat een werknemer aan de voorschriften bij of krachtens artikel 11a van de Tabakswet kan ontlenuen.

C

Artikel 3 komt te luiden:

Artikel 3

1. Degene die het beheer heeft over een van de volgende gebouwen, anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10, 11 of 11a, eerste tot en met derde lid, van de Tabakswet, is verplicht daarin een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven:

a. horeca-inrichtingen;

b. overdekte winkelcentra, evenementenhallen, congrescentra en luchthavens.

2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet voor de zelfstandige zonder personeel die een horecabedrijf exploiteert met daarin één enkele horecalokaliteit die blijkens de hem krachtens artikel 3 van de Drank- en Horecawet verleende vergunning een vloeroppervlak heeft van minder dan 70m².

3. Artikel 2 is van overeenkomstige toepassing.

4. Al naar gelang in een ruimte als genoemd in dit artikel een wettelijk rookverbod van kracht is, of geen wettelijk rookverbod van kracht is, maar door de daartoe bevoegde vrijwillig is besloten dat daarin roken verboden is, dan wel roken wettelijk is toegestaan, geldt dat zulks aan of bij de toegang wordt aangeduid met de goed leesbare tekst «roken verboden», respectievelijk «roken toegestaan», dan wel met een begrijpelijke aanduiding, anders dan in letters, met dezelfde betekenis.

ARTIKEL II

In de bijlage, bedoeld in artikel 11b, tweede lid, van de Tabakswet wordt in categorie C:

1. € 300 vervangen door: € 600;

2. € 600 vervangen door: € 1200;

3. € 1200 vervangen door: € 2400;

4. € 2400 vervangen door: € 4500.

ARTIKEL III

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst, met uitzondering van artikel II dat inwerking treedt acht weken na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin dit besluit wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 14 juni 2011

Beatrix

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
E. I. Schippers

Uitgegeven de *vijfde* juli 2011

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt met de daarbij behorende stukken openbaar gemaakt door publicatie in de Staatscourant.

NOTA VAN TOELICHTING

Algemeen

Het rookverbod in de horeca heeft sedert zijn invoering medio 2008 roerige tijden gekend. Bij de invoering van de rookvrije horeca in 2008 stonden de gezondheidsbelangen van de werknemers in de horeca centraal. Meer in het verlengde daarvan werden ook de gezondheidsbelangen van bezoekers in de horeca meegenomen. Onder meer om concurrentievervalsing te voorkomen, is er toen vanuit die combinatie van belangen voor gekozen ook horecaondernemers zonder personeel onder de werking van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten (hierna Besluit uitvoering) te brengen. Aldus werd een gelijk speelveld gecreëerd tussen horeca met en horeca zonder personeel, hetgeen ook de herkenbaarheid en de toegankelijkheid van de gehele branche accentueerde.

Inmiddels is gebleken dat de norm van een rookvrije horeca niet in elke horecagelegenheid even goed gerespecteerd werd of op veel sympathie kon rekenen. Grote onvrede kon worden waargenomen bij de exploitanten van (zeer) kleine cafés die stelden de facto niet de mogelijkheid te hebben om voor hun klanten een rookruimte in te richten, noch qua ruimte, noch qua (financiële) middelen. Grote cafés hadden die ruimte en die middelen wel en beschikten daarmee naar hun zeggen wel over de mogelijkheid om hun rokende bezoekers een alternatief te bieden. De exploitanten van (zeer) kleine cafés voelden zich hierdoor ernstig in de kou gezet.

Om aan deze gevoelens en praktische (on)mogelijkheden tegemoet te komen, heeft het kabinet overwogen een uitzondering op de rookvrije horeca te creëren.

Een belangrijke randvoorwaarde hierbij was dat de gezondheidsbelangen van degenen die als personeel in de horeca werken, gewaarborgd zouden worden.

Uitgangspunt is namelijk nog steeds dat in voor publiek toegankelijke gebouwen kan worden gewerkt en verbleven zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden. Gezien dit alles heeft het kabinet gemeend een uitzondering te moeten creëren voor (zeer) kleine (buurt)cafés – met een horecalokaliteit kleiner dan 70m² – die geëxploiteerd worden door een zelfstandige zonder personeel (zzp'er). Het kabinet kiest daarmee vanuit een formele benadering van het gelijke speelveld, voor een iets meer praktische uitvoering van dit beginsel.

Met deze keuze wordt bovendien recht gedaan aan de keuzevrijheid van de consument. Door van de ondernemer die het roken mag en wil toestaan een aankondiging bij de ingang van het établissement te vragen, kan de consument zelf een gewogen keuze maken tussen een rokerscafé of een rookvrij café. Bovendien wordt ook de ondernemer van een kleine buurtkroeg nu meer keuzevrijheid geboden. De ondernemer die aanspraak kan maken op de uitzondering, behoudt uiteraard de vrijheid er zelf voor te kiezen zijn horecagelegenheid rookvrij te houden of toch een rookruimte in te richten.

Het kabinet realiseert zich dat met deze uitzondering in het licht van het tabaksontmoedigingsbeleid en de gevolgen voor de volksgezondheid een kleine toegeving wordt gedaan die de gezondheidsbelangen van bezoekers van deze kroegjes raakt. Die toegeving mag niet gezien worden als een eerste stap in de richting van minder tabaksontmoediging, integendeel die inspanningen worden onverminderd voortgezet. Door de minimale vormgeving van deze uitzondering zullen de effecten voor de volksgezondheid naar verwachting gering zijn.

Het voorgaande wordt nog onderstreept doordat de handhaving van het rookverbod in de overige horecasectoren, zoals de grote cafés en aangrenzende sectoren als de fastfoodsector en eetcafés met kracht wordt voortgezet. In deze sectoren functioneert het rookverbod naar behoren en is de naleving hoog. Ook in hotels en restaurants lijkt noch bij uitbaters, noch bij publiek enige behoefte te bestaan aan versoepeling van het rookverbod. Voor al deze (deel)sectoren blijft het rookverbod dan ook onverkort van kracht. Bovendien verwacht het kabinet met deze uitzondering in combinatie met een verhoging van de boetes dat de naleving aanzienlijk zal verbeteren. Met deze beslissing hoopt het kabinet een einde te maken aan de discussie over dit onderwerp, mede gezien de hierna te noemen rechtspraak.

Immers niet alleen in de politiek en in de media hield het onderwerp de gemoederen bezig, ook de rechter werd een aantal malen om een oordeel gevraagd over diverse aspecten aan de rookvrije horeca¹. Als (voorlopige) eindbeslissingen kunnen genoemd worden de arresten van de Hoge Raad en het Hof Arnhem in het afgelopen jaar. De Hoge Raad bepaalde in zijn arrest van 23 februari 2010 dat de artikelen 10 en 11a van de Tabakswet voldoende grondslag bieden voor de verplichting tot het instellen van een rookverbod in de horeca-inrichtingen die genoemd worden in art. 3 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten, waaronder het café zonder personeel. Vervolgens bepaalde het Hof Arnhem op 17 juni 2010 in een tweetal arresten dat het rookverbod in horecazaken zonder personeel niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), het gelijkheidsbeginsel en de artikelen 28 en 30 van het EG-Verdrag. Hieruit blijkt dat een rookverbod in de hele horeca juridisch houdbaar is.

Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel

Onderscheid maken is op zichzelf niet verboden. Onderscheid maken op gronden die dat onderscheid niet kunnen rechtvaardigen daarentegen wel. In deze context kan de vraag opgeworpen worden of het maken van onderscheid tussen de hier uitgezonderde cafés – horecalokaliteiten kleiner dan 70m², zzp'er en cafés die groter zijn en/of met behulp van personeel uitgebaat worden – gerechtvaardigd kan worden. De rechtbank Rotterdam heeft op 6 oktober 2010 in een bestuursrechtelijke zaak tegen een opgelegde bestuurlijke boete al voorzichtig haar licht laten schijnen over deze vraag (rb. Rotterdam, AWB 09/1762 BC-T2-BRG). Na te hebben overwogen dat een rookverbod voor kleine cafés is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de daaraan ten grondslag liggende grondwettelijke en verdragsrechtelijke discriminatieverboden – een en ander in overeenstemming met en onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad en het Gerechtshof Arnhem – overwoog de rechtbank nog het volgende:

«juist wanneer voor kleine horecaondernemers geen en voor grote horecaondernemers wel een rookverbod zou gelden, de gelijkheid van en concurrentie tussen kleine en grote horecaondernemers ernstig lijkt te worden verstoord.»

Gezien de toenmalige stand van de regelgeving – een rookverbod voor de gehele horeca – en de discussie daarover kan het kabinet zich geheel vinden in deze uitspraak. Het was namelijk een enigszins ongestructureerde discussie over groot tegenover klein, zonder dat genormeerd was wat begrippen als groot en klein in deze context eigenlijk betekenen. Er was veel aandacht voor de vraag of kleine cafés wel ruimte hebben om een rookruimte in te richten, maar er werd daarentegen heel weinig aandacht geschonken aan de sociale functie van een bepaald soort kleine

¹ Rb. Groningen 20-02-2009, LJN: BH3578, 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 23-2-2010 LJN: BK8211.

buurtkroegjes. De voorliggende regel – lokaliteit kleiner dan 70m² zonder personeel – houdt naar het oordeel van het kabinet met al deze aspecten rekening.

Ook een klein café is een openbare gelegenheid en valt daarmee onder het regime van de Tabakswet. De Tabakswet verplicht beheerders van openbaar toegankelijke gebouwen tot het instellen en handhaven van een rookverbod. De wet biedt de mogelijkheid om categorieën gebouwen uit te zonderen. De wetgever heeft in 2008 besloten dat voor kleine cafés geen uitzonderingen zouden moeten gelden, omdat anders sprake zou zijn van concurrentievervalsing. Dat belang woog zwaarder dan de problemen van kleine cafés bij de naleving van dit verbod.

De rechter heeft geoordeeld dat de wetgever die belangenafweging in redelijkheid kon maken en dat dit geen indirect onderscheid voor kleine cafés oplevert. Daarbij heeft de rechtbank Rotterdam in de hierboven aangehaalde uitspraak in overweging 2.13 opgemerkt dat het aan de wetgever is om te bezien of een heroverweging noodzakelijk is. Naar het oordeel van de regering is thans een heroverweging wenselijk voor kleine cafés. Daarbij zijn van belang (a) de keuze voor terughoudendheid van de overheid op dit terrein, (b) het ontbreken van personeel, waardoor er geen noodzaak tot bescherming is en (c) de sociale functie van kleine cafés.

Met behoud van het beginsel van de rookvrije werkplek voor werknemers in de horeca wordt aldus bewerkstelligd dat in (zeer) kleine buurtkroegjes, waar de kroeg een sociale functie vervult vergelijkbaar met die van de huiskamer in een huisgezin, roken wel mogelijk wordt gemaakt. Met het terugtreden van de regulering voor deze ruimten versterkt de wetgever de gedachte dat roken in de huiskamer niet een aangelegenheid is waar de overheid zich mee bemoeit. Het is een zaak voor de uitbater zelf, die zich daarbij ongetwijfeld mede zal laten leiden door datgene wat de klanten daarover te berde brengen. Het herstel van deze keuzevrijheid voor de zzp'er zal er naar verwachting ook toe leiden dat de normering ten aanzien van de rookvrije horeca in het algemeen beter dan tot nu toe geaccepteerd zal worden.

Vrees voor concurrentievervalsing is naar het oordeel van het kabinet ongegrond. Het valt niet te verwachten dat door de uitzondering die hier voor (zeer) kleine cafés zonder personeel wordt aangebracht veel effect zal hebben op de omzet of de werkgelegenheid, noch voor die cafés zelf, noch voor cafés die niet vallen onder de uitzondering. De meergenoemde sociale functie vergelijkbaar met die van een huiskamer maakt het aannemelijk dat het klantenbestand van de hier uitgezonderde cafeetjes een hoge mate van continuïteit kent met een (zeer) grote kern van stamgasten.

Voorhang: verdubbeling bestuurlijke boeten

De ontwerpversie van het onderhavige besluit is op 17 december 2010 voorgehangen bij de Tweede Kamer. Tijdens deze voorhang bleek dat er veel steun was voor de opvatting dat de huidige boete van € 300 veel te laag is om indruk te maken. Het rookverbod wordt doelbewust, willens en wetens massaal overtreden. Exploitanten van horeca-ondernemingen zien een opgelegde boete teveel als een normale onkostenpost, waar desnoods met behulp van een «boetenpotje» op de bar een mouw wordt aan gepast. Om aan deze ongewenste situatie een einde te maken zijn de boeten voor de overtreding van het rookverbod verdubbeld van € 300 naar € 600, zulks vergezeld van een navenante verhoging van de boeten bij (herhaalde) recidive. Hiermee heeft de boete aan overtuigingskracht en afschrikkende werking gewonnen. Voor een uitvoeriger toelichting zij verwezen naar de toelichting op artikel II.

Notificatie bij Europese Commissie (richtlijn 98/34/EG)

Het ontwerpbesluit is op 10 december 2010 gemeld aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen, ter voldoening aan artikel 8, eerste lid, van richtlijn nr. 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (Pb EG L 204), zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 98/48/EG. De notificatie bij de Europese Commissie is noodzakelijk, aangezien het ontwerpbesluit technische voorschriften bevat in de zin van richtlijn 98/34/EG.

Bij brief van 6 april 2011 reageerde de Commissie. Daarin werd gewezen op Aanbeveling van de raad betreffende rookvrije ruimten (2009/C 296/02) van 30 november 2009. Zoals de benaming al aangeeft, betreft het een Aanbeveling die niet bindend is voor lidstaten. Bovendien voldoet de Nederlandse tabakswetgeving in algemene zin aan datgene wat de Aanbeveling voor ogen heeft. In de Aanbeveling worden een aantal randvoorwaarden gesteld voor een eventuele vrijstelling op de bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in openbare ruimten. Deze randvoorwaarden houden in dat een eventuele vrijstelling niet mag worden gerechtvaardigd op basis van juridische of gezondheidsgerelateerde argumenten. Als een vrijstelling wordt overwogen, dient deze bovendien zo minimaal als mogelijk vormgegeven te worden. Er moge op worden gewezen dat de onderhavige uitzondering slechts een vrijstelling bevat voor een heel klein, specifiek groepje caféhouders, dat in aantal, omzet en economische impact slechts een zeer beperkt aandeel heeft tegenover al diegenen die de onder hen ressorterende (openbare) ruimten, werkplekken, instellingen en plaatsen rookvrij dienen te maken. Voor de redenen om hier te komen tot deze heel specifieke uitzondering zij verwezen naar de hierboven op pag. 1, 2 en 3 opgenomen toelichting.

In dit verband kan tevens gewezen worden op het World Health Organization (WHO) Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging uit 2003. Dit verdrag beoogt, zoals de benaming al aangeeft, de verdragsluitende partijen een kader te bieden voor het treffen van maatregelen ter ontmoediging van tabaksgebruik. Ook dit verdrag, meer speciaal artikel 8 over het rookvrij maken van (openbare) ruimten, gebouwen en plaatsen, biedt ruimte om uitzonderingen te maken op het rookvrij maken van (openbare) plaatsen.

Administratieve lasten en bedrijfseffecten

Administratieve lasten

Met betrekking tot de vraag of het onderhavige besluit administratieve lasten voor burgers of bedrijfsleven met zich mee zal brengen, kan worden opgemerkt dat dit nagenoeg niet het geval is. Afgezien van de verplichting die voortvloeit uit artikel 3, vierde of vijfde lid – aanduiding van het rookregime – vloeien er noch voor de burger, noch voor het bedrijfsleven informatieverplichtingen voort uit het onderhavige besluit.

Bedrijfseffecten uitzondering rookvrije horeca

Zoals hierboven onder «Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel» al is opgemerkt valt niet te verwachten dat door de uitzondering die hier voor (zeer) kleine cafés zonder personeel wordt aangebracht, effect zal hebben op de omzet of de werkgelegenheid, noch voor die cafés zelf, noch voor cafés die niet vallen onder de uitzondering.

Artikelsgewijs

Artikel I

A (artikel 1)

Inrichting, horecabedrijf en horecalokaliteit

Dit begrippentrio speelt een centrale rol in de horecawetgeving. Het begrip inrichting wordt in artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet (DHW) gedefinieerd als «de lokaliteiten waarin het slijtersbedrijf of het horecabedrijf wordt uitgeoefend, met de daarbij behorende terrassen voor zover die terrassen in ieder geval bestemd zijn voor het verstrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse, welke lokaliteiten al dan niet onderdeel uitmaken van een andere besloten ruimte». Het begrip omvat dus – huiselijk gezegd – naast slijterijen de zogenaamde natte horeca, omdat in het begrip uitdrukkelijk is opgenomen dat in die inrichting het horecabedrijf wordt uitgeoefend. En van uitoefening van het horecabedrijf is sprake als er bedrijfsmatig of anders dan om niet in ieder geval alcoholhoudende drank wordt verstrekt voor gebruik ter plaatse.

Verder kennen we het begrip «horecalokaliteit» in artikel 1, eerste lid, DHW: een van een afsluitbare toegang voorziene lokaliteit, onderdeel uitmakend van een inrichting waarin het horecabedrijf wordt uitgeoefend, in ieder geval bestemd voor het verstrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse.

Voor de toepassing van het onderhavige besluit wordt één bijzonderheid aangebracht in de omschrijving van het begrip «horecabedrijf» ten opzichte van de Drank- en Horecawet, namelijk niet dat het moet gaan om bedrijf dat in ieder geval alcoholhoudende drank verstrekt, maar om een bedrijf waarin de bedrijfsactiviteiten vrijwel uitsluitend bestaan uit het verstrekken van alcoholhoudende drank. Dit brengt mee dat de uitzondering, geregeld in artikel 3, tweede lid, uitsluitend ziet op kleine café's en niet tevens op restaurants, snackbars, coffeeshops, eetcafés, cafétaria's, hotels, etc. die (ook) een vergunningplichtig horecabedrijf als bedoeld in artikel 3 van de Drank- en Horecawet hebben of omvatten.

De Tabakswet bevat geen van deze definities. Wel bevatte artikel 1 van het Besluit uitvoering, een enkelvoudige definitie van het begrip horeca-inrichting. Deze verwees naar de inschrijfplicht bij het Bedrijfschap Horeca en Catering. Daar gaat het om de hele branche die taalkundig tot de horeca wordt gerekend, namelijk hotel, restaurant en café. Aan die definitie kleven geen echte gebreken, met name niet in situaties waarin de wetgever een regel heeft willen stellen die de hele horeca in taalkundige zin op het oog heeft. Voor het formuleren van een uitzondering die slechts een beperkt deel van de horeca op het oog heeft – namelijk dat deel waarin op commerciële basis voornamelijk alcohol wordt geschonken – is het echter duidelijker aansluiting te zoeken bij de gangbare definities uit artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet. Zoals gezegd zijn dat «de lokaliteiten waarin het slijtersbedrijf of het horecabedrijf wordt uitgeoefend, met de daarbij behorende terrassen voor zover die terrassen in ieder geval bestemd zijn voor het verstrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse, welke lokaliteiten al dan niet onderdeel uitmaken van een andere besloten ruimte». Door deze aansluiting kan tevens rechtstreeks een verband gelegd worden met de twee andere begrippen uit de Drank- en Horecawet, het horecabedrijf en de horecalokaliteit.

Een horecalokaliteit in de hier gebezigde betekenis maakt dus deel uit van een inrichting waarin het horecabedrijf wordt uitgeoefend, dat vrijwel uitsluitend alcoholhoudende drank schenkt; de horecalokaliteit omvat uitsluitend de ruimte waar dat schenken plaatsvindt, de kern van het

cafébedrijf, namelijk de ruimte waar de bar staat. De enkelvoudige ruimte waar de bar staat, uitsluitend daarop heeft het vloeroppervlakcriterium van minder dan 70m² betrekking. De voorportalen, de garderobes, de verkeersruimten, de keukens, de toiletten e.d. worden dus niet meegeteld. Hiermee wordt de zgn. huiskamerkroeg vrijgesteld van de verplichting bescherming te bieden tegen tabaksrook.

Zelfstandige zonder personeel

Dit begrip is rechtstreeks ontleend aan de recente definitie van zzp'er, zoals ontwikkeld door de Sociaal Economische Raad (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: een zzp'er is iemand die voor de inkomstenbelasting als ondernemer telt en geen personeel in dienst heeft. De keuze voor deze definitie brengt mee dat de directeur-groootaandeelhouder (dga) niet onder de uitzondering valt. Een dga is immers geen zzp'er. Hij is aandeelhouder en enig werknemer van een aansprakelijke rechtspersoon. Daarmee is de dga geen ondernemer in de zin van de inkomstenbelasting, omdat de dga (als persoon) niet handelt voor eigen rekening en risico, maar voor rekening en risico van de besloten vennootschap.

Over wat onder personeel in de context van dit besluit wordt verstaan zij het volgende opgemerkt. De tabakswetgeving beoogt onder meer bescherming tegen tabaksrook te bieden, ongeacht of die bescherming gericht is op gebruikers van bepaalde ruimten of op personen die die ruimten heel functioneel benutten, namelijk om daarin arbeid te verrichten (zie bijvoorbeeld de ruime redactie van artikel 10 van de Tabakswet: in een ruimte arbeid verrichten). Zo beschouwd raakt de tabakswetgeving aan de arbeidsomstandigheden van hen die arbeid verrichten. Gezien die beschermende functie moeten begrippen in de tabakswetgeving als werknemer, werkgever, personeel e.d. ruim worden uitgelegd, in die zin dat uitgegaan wordt van de ruimere betekenis van die begrippen in de Arbeidsomstandighedenwet in plaats van de meer beperkte betekenis in het Burgerlijk Wetboek. In het geval van dit besluit gaat het steeds om de personen die krachtens overeenkomst arbeid verrichten in het horecabedrijf. De aard van de overeenkomst – arbeids-overeenkomst, uitzendovereenkomst, stageovereenkomst of vrijwilligers-overeenkomst – doet daarbij niet ter zake. Als de wederpartij van de café-exploitant (de werknemer, de uitzendkracht, de stagiaire of de vrijwilliger) krachtens mondelinge of schriftelijke overeenkomst gehouden is de instructies van die exploitant op te volgen bij het uitoefenen van werkzaamheden in het horecabedrijf en dus in een (zekere) ondergeschiktheidsrelatie staat tot laatstgenoemde, verdient de werknemer bescherming tegen tabaksrook. De precieze aard van zijn werkzaamheden in het horecabedrijf – tappen, glazen spoelen, glazen ophalen, etc. – doet daarbij evenmin ter zake. In deze gevallen kan dus geen beroep gedaan worden op de uitzondering.

Het voorgaande brengt overigens ook mee dat geen personeelsleden van een café-exploitant zijn (en dus geen bescherming tegen tabaksrook genieten) degenen die geen (directe) rol spelen bij de werkzaamheden in het horecabedrijf of waar een (zekere) ondergeschiktheidsrelatie ontbreekt. Hierbij kan gedacht worden aan de boekhouder die langskomt om de boekhouding te verzorgen. Een dergelijk persoon werkt krachtens een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 e.v. van het Burgerlijk Wetboek, zonder ondergeschiktheidsrelatie met de zzp'er.

Over echtelieden en zij die een geregistreerd partnerschap met elkaar hebben zij nog het volgende opgemerkt. Strikt genomen is het – anders dan voorheen – niet verboden dat echtelieden een arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan. Voor het aanwezig zijn van een arbeidsrelatie zijn vereist (1) arbeid, (2) loon en (3) gezagsverhouding. (7:610 BW). Een en ander moet blijken uit de feitelijke omstandigheden, als er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is. Vaak zal de meewerkende echtgenoot geen (vaste) betaling voor de werkzaamheden krijgen, maar komen de inkomsten aan beide echtgenoten ten goede. Een gezagsverhouding kan worden afgeleid uit de verdeling van de werkzaamheden. Van degene die alleen maar ondersteuning verleent (bijv. de assistent die met een arts is getrouwd) wordt vaker aangenomen dat het gaat om een werknemer. Bij het exploiteren van een café zal een meewerkende echtgenoot vaak dezelfde werkzaamheden verrichten (tappen, afrekenen, schoonmaken). Dat maakt het bestaan van een gezagsverhouding niet of minder aannemelijk. Het is dus in beginsel mogelijk dat de zelfstandige zonder personeel zich bij het uitbaten van het café laat bijstaan door zijn echtgenote of zijn geregistreerde partner. Dit is niet bezwaarlijk, zeker niet als dat bijstaan beperkt blijft tot het verlenen van hand- en spandiensten en de uitbater als een zzp'er wordt aangemerkt.

B (artikel 2)

Hier en daar wordt de opvatting gehuldigd dat de huidige redactie van artikel 2 meebrengt dat een werknemer, ondanks zijn wettelijke bescherming tegen tabaksrook, tegen zijn zin gedwongen zou kunnen worden om een rookruimte te betreden. Gezien de wetsgeschiedenis, de bewoordingen van de aanhef en de context en bedoelingen van die bewoordingen, deelt het kabinet deze opvatting niet. Niettemin acht het kabinet het gewenst aan deze discussie een einde te maken. Het toegevoegde tweede lid beoogt duidelijk te maken dat het recht op bescherming tegen tabaksrook van werknemers altijd wordt geëerbiedigd.

C (artikel 3)

In het eerste lid zijn twee zinsneden geschrapt. De eerste had betrekking op de voor het publiek toegankelijke delen van een gebouw. Daardoor ontstond in de praktijk het misverstand dat personeel werkzaam in een niet voor het publiek toegankelijke keuken geen bescherming tegen tabaksrook zou genieten. Dit was onjuist en zeker niet de bedoeling van de bepaling, reden waarom zij is geschrapt. De afgrenzing naar ruimten waar geen bescherming tegen tabaksrook geldt omdat in die ruimten de persoonlijke levenssfeer moet worden geëerbiedigd, is afdoende geregeld in artikel 2. De tweede zinsnede verwees naar horeca-ondernemers zonder personeel. De verwijzing naar «zonder personeel» is geschrapt, omdat de hier geïntroduceerde uitzondering voor zzp'ers in de horeca nu afzonderlijk geregeld wordt in het tweede lid. Het eerste lid bepaalt dat er een rookverbod moet worden ingesteld en gehandhaafd in de horeca, dit is het begrip horeca in ruime, taalkundige zin, dus hotel, restaurant en café, waaronder in deze betekenis ook vallen sportkantines, hamburgertenten, snackbars, buurthuizen, popcentra, poffertjeskramen, etc. De tussenzin die begint met «anders dan in een hoedanigheid ...» beoogt een samenloop met andere beschermende verplichtingen uit de Tabakswet te voorkomen. Tenslotte bevat het eerste lid een herhaling van het reeds bestaande rookverbod voor overdekte winkelcentra, evenementenhallen, congresscentra en luchthavens.

Het tweede lid bevat de kern van het onderhavige wijzigingsbesluit: de uitzondering op het rookverbod voor horecalokaliteiten met een vloeroppervlak van minder dan 70m². De eis dat de horeca-inrichting slechts één

enkele horecalokaliteit mag bevatten doet recht aan de bedoeling dat uitsluitend «huiskamerkroegen» worden uitgezonderd. Bovendien voorkomt het dat grote horecalokaliteiten worden «verknijpt» tot een aantal kleinere met minder dan 70m² vloeroppervlak om zodoende onder de uitzondering te vallen.

De maat van 70m² is niet geheel toevallig gekozen: het is precies tweemaal het absolute minimum van 35m² dat een horecalokaliteit groot moet zijn op grond van de horecawetgeving. De grens is hiermee vergelijkbaar met die voor kleine cafés in enkele Duitse deelstaten (75m²).

Of voldaan wordt aan de oppervlakenorm kan eenvoudig afgelezen worden van de horecaverunning die de zelfstandige zonder personeel op grond van artikel 3 van de Drank- en Horecawet verkregen heeft.

Gemeenten zijn op grond van artikel 29 van de Drank- en Horecawet verplicht om de situering en de oppervlakten van de o.a. de horecalokaliteit op de vergunning te vermelden.

Gemeenten plegen het meten van het oppervlak zorgvuldig te doen en daarbij Bouw- en Woningtoezicht in te schakelen. Als naar het oordeel van de ondernemer de meting, c.q. de vermelding op zijn vergunning niet klopt, kan hij de gemeente uiteraard om rectificatie vragen.

Het derde lid regelt dat de bekende uitzonderingen op de rookvrije ruimte (privéruimten, rookruimten en open lucht) ook hier gelden.

Het vierde lid regelt dat bij de ingang van een horeca-inrichting door middel van bordjes met tekst of symbolen voor bezoekers duidelijk te zien moet zijn dat roken verboden is of is toegestaan. Ook als de zzp'er zonder personeel die valt onder de uitzondering van het tweede lid op vrijwillige basis besluit dat in zijn bedrijf roken verboden is, dient hij dat zichtbaar te maken. Hiermee wordt één lijn getrokken voor alle voor het publiek toegankelijke ruimten, zoals overheidsgebouwen, zorg- en onderwijsinstellingen, horeca, etc. etc., namelijk dat bezoekers bij de ingang geattendeerd worden op het binnen geldende rookregime.

Artikel II

Boeten zijn punitieve sancties en daarmee te beschouwen als een «criminal charge» in de zin van artikel 6 van het EVRM. Dit brengt mee dat geconstateerde overtredingen aan de dader moeten kunnen worden toegerekend en dat de hoogte van de opgelegde boeten evenredig is aan de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding, zo nodig rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd moet van de hoogte van de boete ook een afschrikkende en norminprentende werking uitgaan. De boete moet er toe leiden dat de overtreder norm als het ware nogmaals wordt ingescherpt. Als het gaat om het rookverbod in met name de horeca kan al enkele jaren geconstateerd worden dat de boete van € 300 veel te laag is om indruk te maken. Het rookverbod wordt massaal willens en wetens overtreden. Exploitanten zien een opgelegde boete teveel als een normale onkostenpost, waar desnoods met behulp van een «boetenpotje» op de bar een mouw aan wordt gepast. Om aan deze ongewenste situatie een einde te maken zijn de boeten voor de overtreding van het rookverbod verdubbeld. Hiermee heeft de boete meer overtuigingskracht en afschrikkende werking en is de hoogte meer in overeenstemming met de aard, de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Het is namelijk algemeen bekend dat (mee)roken bijzonder gezondheidschadend is en ook dat element mag zwaar wegen in de vraag welke boete hier in het algemeen de juiste is. De verdubbeling van de boeten geldt eveneens voor de tarieven bij recidive. Bij de derde recidive (dus de vierde overtreding in totaal) is het tarief niet gesteld op € 4800, de rekenkundige verdubbeling, maar op € 4500, het wettelijk maximum overeenkomstig artikel 11b, tweede lid, onder b, van de Tabakswet.

Artikel III

Hier is afgeweken van de gewoonte om wijzigingen in besluiten op de vaste verandermomenten 1 januari of 1 juli in werking te laten treden. Mede uit een oogpunt van helderheid in de handhaving is het gewenst de wijziging zo snel mogelijk in werking te laten treden. Dat geldt niet voor artikel III inzake de verhoging van de bestuurlijke boeten. Dat artikel treedt in werking acht weken na publicatie in het Staatsblad, een en ander overeenkomstig artikel 11c, derde lid, van de Tabakswet.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
E. I. Schippers