

Vergaderjaar 2013–2014

33 791

Verduidelijking van de rookverboden in de Tabakswet, met inbegrip van een algemeen rookverbod in de horeca

Nr. 3

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt / uitsluitend opmerkingen van redactionele aard bevat (artikel 26, vijfde lid, van de Wet op de Raad van State)

MEMORIE VAN TOELICHTING¹

Algemeen

1. Inleiding

Het voorliggende voorstel tot wijziging van de Tabakswet bevat twee kernen:

- a. een, inhoudelijk gezien, technische modernisering van paragraaf 5 inzake de rookverboden;
- b. een wettelijke verankering van het rookverbod in de horeca met daaruit voortvloeiend een schrapping van de uitzondering voor kleine cafés.

2. Inhoud en onderbouwing

De invoering van de rookvrije horeca met ingang van 1 juli 2008 is niet zonder beroering verlopen. Deze beroering culmineerde in juridisch opzicht in een aantal rechterlijke uitspraken in strafzaken². Uit deze uitspraken bleek verwarring over de bedoeling, de reikwijdte en de effecten van de rookverboden in § 5 van de Tabakswet in het algemeen en een bepaling in het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten over horeca-inrichtingen zonder personeel (hierna: Besluit uitvoering) in het bijzonder.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Rechtbank Groningen 20-02-2009, LJN: BH3578, rechtbank Breda 03-04-2009, LJN: BH9853, Hof Den Bosch 12-05-2009, LJN: BI3572, Hof Leeuwarden 03-07-2009, LJN: BJ1286 en uiteindelijk de Hoge Raad 23-02-2010, LJN: BK8210 en LJN: BK8211.

Het debat is langs diverse lijnen gevoerd, maar leek zich toe te spitsen op het antwoord op de vraag of artikel 11a, vierde lid, van de Tabakswet³ voldoende wettelijke grondslag biedt om in een uitvoeringsbesluit een rookverbod voor de horeca zonder personeel af te kondigen. Zoals bekend heeft de Hoge Raad uiteindelijk in hoogste instantie beslist dat de Tabakswet wel degelijk een toereikende wettelijke grondslag voor het afkondigen van een rookverbod voor de gehele horeca bood.⁴

Wat opviel was dat er in het debat een tamelijk brede consensus ontstond over het versnipperd karakter en het gebrek aan coherentie in de Tabakswet als het gaat om de rookverboden, alsook over de indirectheid en de gelaagdheid van de daarbij gebezigde constructies: op basis van de wetsartikelen 10, 11 en 11a is er steeds een uitvoeringsbesluit nodig om de plicht «zodanige maatregelen te nemen dat zonder hinder of overlast door tabaksrook» te concretiseren in datgene wat sedert 1984 steeds het belangrijkste beleidsinstrument ter bescherming van niet-rokers in (§ 5 van) de Tabakswet is geweest: het rookverbod. Door deze constructies wordt het zicht bemoeilijkt op de bedoeling, de reikwijdte en de effecten van de rookverboden. Naar het oordeel van de regering moet dat zicht worden verbeterd door het rookverbod rechtstreeks in de wet de prominente plaats te geven die hem altijd is toegedacht.

Doordat het wetsvoorstel – op het schrappen van de uitzondering voor de kleine cafés na – voornamelijk het binnen het tabaksonthoudingsbeleid sinds jaar en dag gevoerde rookverbod hercodificeert krijgt het in hoge mate een technisch karakter. Het is ook niet de bedoeling om ter zake nieuwe, brede of diepe ambities gestalte te geven of om grote wijzigingen te brengen in het thans bestaande beschermingsniveau tegen tabaksrook in de voor het publiek toegankelijke ruimte of op werkplekken. De wetswijziging is in beginsel uitsluitend bedoeld om de eerdere ambities duidelijker rechtstreeks in de wet te verankeren. Kort en goed: in de Tabakswet wordt helder opgenomen dat het rookverbod binnen het tabaksonthoudingsbeleid de hoofdregel voor de bescherming tegen tabaksrook vormt en dat daarvan slechts wordt afgeweken als andere methoden van voorkoming van blootstelling aan tabaksrook even effectief, toepasbaar en controleerbaar zijn gebleken.

Tot zover de modernisering, dan nu de wettelijke verankering van het rookverbod in de horeca, zonder uitzondering voor de kleine cafés.

De Tabakswet ziet op de bescherming van de volksgezondheid door het gebruik van tabak te beperken en, aldus de considerans van de wet, hinder voor hen die geen tabak gebruiken tegen te gaan. Uitgangspunt in de Tabakswet is sedert 1984 dat in openbare ruimten kan worden gewerkt en verbleven zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden. De Tabakswet spreekt op een aantal plaatsen in de wet over de verplichting van gebouwenbeheerders, werkgevers, etc. om binnen het gebied waarover zij zeggenschap hebben zodanige maatregelen te treffen dat gebruikers van dat gebied in staat worden gesteld hun bezigheden of werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden: zie de artikelen 10, 11 en 11a. De verplichting om maatregelen te treffen is een resultaatverplichting: de verantwoordelijke heeft er voor in te staan dat er zonder hinder of overlast

³ Art. 11a, vierde lid: Diegenen die – anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 of 11 – het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, voor zover die gebouwen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, zijn verplicht tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.

⁴ Zie de eerdergenoemde HR 23-02-2010, LJN: BK8210 en LJN: BK8211.

arbeid kan worden verricht of kan worden verbleven⁵. Daarbij is het niet relevant of werknemers of bezoekers al dan niet klagen over hinder of overlast als gevolg van blootstelling aan tabaksrook. De schadelijkheid van meeroken staat immers onomstotelijk vast. Het eenvoudige feit dat er blootstelling is, impliceert hinder of overlast en gezondheidsschade. De verplichting om hinder of overlast te voorkomen komt daarom neer op het voorkomen van blootstelling aan tabaksrook. In dit licht is steeds het uitgangspunt geweest dat alleen aan deze verplichting kan worden voldaan door het instellen en handhaven van een rookverbod. Deze aanname is congruent met de wetsgeschiedenis. Sedert het eerste voorstel voor een Tabakswet uit 1984 en in de gehele wetgeschiedenis nadien heeft de wetgever bij het gebruik van de woorden «zodanige maatregelen dat zonder hinder of overlast door roken» steeds eerst en vooral het oog gehad op het instellen en handhaven van een rookverbod.

In paragraaf 5 omtrent de rookverboden (de artikelen 10, 11 en 11a) worden naast de werkgevers ook steeds de beheerders van voor het publiek toegankelijke gebouwen verplicht tot het tegengaan van hinder voor werknemers, respectievelijk voor hen die de gebouwen bezoeken of gebruiken, door het afkondigen en handhaven van een rookverbod. Vertaald naar de horeca zijn dus zowel de gezondheidsbelangen van de werknemers in de horeca als die van bezoekers in het geding.

In 2008 is er, onder meer om concurrentievervalsing te voorkomen, vanuit de combinatie van eerdergenoemde 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 getracht een gelijk speelveld te creëren tussen horeca met en horeca zonder personeel, hetgeen ook de herkenbaarheid en de toegankelijkheid van de gehele branche accentueerde.

In 2011 is er een uitzondering aangebracht voor de zgn. kleine cafés. Hiermee trachtte de besluitwetgever tegemoet te komen aan de grote onvrede die kon worden waargenomen bij de exploitanten van (zeer) kleine cafés. Deze exploitanten stelden de facto niet de mogelijkheid te hebben om voor hun klanten een rookruimte in te richten, noch qua ruimte, noch qua (financiële) middelen en voelden zij zich door het algemene rookverbod uit 2008 ernstig in de kou gezet. Hiermee zou wellicht ook – zo was de verwachting – de naleving van het rookverbod in de horeca op een hoger niveau gebracht kunnen worden.

Sindsdien heeft het kabinet helaas moeten vaststellen dat de naleving niet substantieel verbeterd is. Cafés die (net iets) groter zijn dan de «kleintjes» blijven onder verwijzing naar de uitzondering zich beklagen over het begunstigend effect voor die categorie en persisteren in het rookgedrag van zichzelf en (een deel van) hun cliëntèle, zulks ten nadele van de gezondheidssituatie van hun personeel en/of het niet rokende deel van hun cliëntèle. Naar het oordeel van het kabinet is daarom thans een heroverweging ten aanzien van de uitzonderingspositie voor kleine cafés gewenst. Uitgangspunt is zoals steeds dat in voor publiek toegankelijke gebouwen kan worden gewerkt en verbleven zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden.

Meer dan voorheen wordt daarbij ingezet op het gezondheidsbelang van degenen die de horeca willen bezoeken.

⁵ Aldus ook de bestuursrechter: College van Beroep voor het Bedrijfsleven (C) 09-12-2008, LJN: BG8912 en de strafrechter: rechtbank Breda 03-04-2009, LJN: BH9853 in de eerdergenoemde strafzaak.

Jaarlijks overlijden immers circa 19.000 mensen aan de gevolgen van (actief) roken en enige duizenden mensen aan de gevolgen van meerroken. Daarnaast leidt (mee)roken tot vele gezondheidsaandoeningen en daarmee verband houdende zorgkosten. Verder gaat het om een vermijdbare doodsoorzaak. Als we de gezondheid van onze bevolking willen bevorderen dan heeft het terugdringen van het gebruik van tabak en de blootstelling aan tabaksrook zowel door de werknemer als de bezoeker hoge prioriteit omdat dit leidt tot minder ziekte en sterfte en daarmee tot gezondheidswinst. De Tabakswet heeft immers als doel de gezondheid van de niet-roker te beschermen en het roken, vooral onder minderjarigen, te ontmoedigen. Vertaald naar de horeca zijn dus zowel de gezondheidsbelangen van de werknemers in de horeca als die van bezoekers in het geding.

In het gevoerde debat hierover werd tevens herhaaldelijk gesteld dat horecaondernemers zonder personeel niet altijd de mogelijkheid hebben om in hun cafés rookruimtes in te richten en zo (gesteld) omzetverlies als gevolg van het rookverbod niet kunnen compenseren. Deze stelling kan evenmin standhouden. Allereerst heeft de wetgever geen minimum- of maximeisen gesteld aan de omvang van een rookruimte. Er hoeft dus geen sprake te zijn van een rookruimte met een vastgelegde minimum-omvang. Ten tweede is uit een tweetal onderzoeken van TNS NIPO naar de economische effecten van het rookverbod gebleken dat in 2008 en 2009 er geen verschil is tussen horecagelegenheden met en horecagelegenheden zonder rookvoorziening voor wat betreft ervaren omzetveranderingen. Ten derde staat, ook al zou sprake zijn van omzetverlies, dan nog niet het causaal verband tussen het rookverbod en de dalende omzetcijfers vast. Ook andere omstandigheden kunnen van bepalende invloed zijn, zoals de economische crisis, weersomstandigheden en veranderingen in prijzen, leefpatronen en bestedingsgedrag. Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat eventueel klantenverlies (al dan niet gedeeltelijk) kan worden opgevangen of zou kunnen verminderen door nieuwe bezoekers die voorheen in het roken een belemmering zagen om horecagelegenheden te bezoeken (zie bijv. Vrzng. Rb. 's-Gravenhage 9 juli 2008, LJN: BD6640). Tot slot merkt de regering op dat, voor zover de critici menen dat horecaondernemers die niet over voldoende oppervlakte beschikken om een rookruimte in te richten ongelijk worden behandeld ten opzichte van ondernemers die wel over voldoende oppervlakte beschikken om dit te kunnen doen, deze ongelijke behandeling gerechtvaardigd is vanwege het belang van de volksgezondheid dat met het rookverbod wordt gediend. Dit belang laat niet toe dat horecaondernemers die over weinig oppervlakte beschikken zouden worden vrijgesteld van het rookverbod. Juist zo'n vrijstelling zou een vorm van ongelijke behandeling opleveren die naar de mening van de regering ongerechtvaardigd en onaanvaardbaar is.

Ondertussen heeft ook Clean Air Nederland, een belangenorganisatie voor niet-rokers, een vordering tegen de Staat ingesteld om de uitzondering op het rookverbod voor de kleine horeca ongedaan te maken. Op 26 maart jl. heeft het Gerechtshof Den Haag de uitzondering op het rookverbod voor kleine cafés zonder personeel onverbindend en onrechtmatig verklaard. Het hof baseert zich hierbij op de directe werking van artikel 8, lid 2, van de Kaderovereenkomst van de Wereldgezondheidsorganisatie voor de bestrijding van tabaksgebruik (FCTC verdrag). Nederland is partij bij dit verdrag. De rechtbank had eerder geoordeeld dat van directe werking geen sprake was. Het kabinet had voor de uitspraak van het Gerechtshof al aangegeven de uitzondering op het rookverbod ongedaan te zullen maken. Desondanks is tegen dit arrest cassatie aangetekend, om definitieve duidelijkheid te krijgen over de al

dan niet directe werking van dit artikel van het FCTC verdrag. Dit doet derhalve niets af aan de onderhavige wetswijziging.

3. De uitwerking in de wet

De uitwerking in het voorstel van het rookverbod is tamelijk eenvoudig. Het rookverbod wordt in de aanhef van artikel 10, eerste lid, voorop gesteld, waarna alle thans bekende situaties waarin het rookverbod in enigerlei vorm geldt in herkenbare vorm worden opgesomd. Ook degene die voor het bieden van de vereiste bescherming verantwoordelijk is, blijft dezelfde als onder de huidige wet, ook al is hier en daar de aanduiding van die persoon verduidelijkt.

Op een beperkt aantal punten heeft het onderhavige voorstel iets meer te bieden dan de huidige wet. Anders dan in de huidige wet is een definitie van werkgever en werknemer opgenomen. Hiermee wordt het beschermingsniveau jegens uitzendkrachten, stagiaires en vrijwilligers en degene die voor het bieden van die bescherming verantwoordelijk is, beter geregeld. Door de voorgestelde definitie van werkgever is, anders dan nu, in een uitzendconstructie niet langer de uitzender degene die voor de bescherming moet zorg dragen, maar de inlener. De inlener is als feitelijke werkgever op de werkplek beter geëquipeerd dan de uitzender om ervoor te zorgen dat de uitzendkracht niet wordt blootgesteld aan tabaksrook. De bescherming van de stagiaire of vrijwilliger wordt voortaan op dezelfde wijze geregeld als voor (reguliere) werknemers. In de artikelsgewijze toelichting wordt hier nader op ingegaan.

4. Uitzonderingen op en alternatieven voor het rookverbod

Zoals eerder opgemerkt blijkt uit de wetsgeschiedenis dat daarin tot dusverre het uitgangspunt is geweest dat blootstelling aan tabaksrook alleen voorkomen kan worden door het instellen en handhaven van een rookverbod. Ook internationaal wordt deze opvatting gedeeld, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de «Guidelines on protection from exposure to tobacco smoke» die in 2007 zijn aangenomen door de Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control. Desalniettemin is het niet ondenkbaar dat nieuwe ontwikkelingen of innovaties aanleiding kunnen geven om te overwegen om naast of in plaats van een rookverbod andere maatregelen toe te staan. De delegatie van regelgevende bevoegdheden, geregeld in artikel 10, derde lid, biedt de besluitwetgever de mogelijkheid om relatief snel en flexibel in te spelen op dergelijke ontwikkelingen.

Als er aanleiding is om naast of in plaats van een rookverbod andere maatregelen voor te schrijven, toe te staan of om bepaalde uitzonderingen te accepteren, is er de mogelijkheid om te bepalen dat:

- in bepaalde gevallen het rookverbod niet geldt: denk hierbij aan de thans ook al geregelde uitzonderingen op het rookverbod in rookruimten, de open lucht en ruimten waarin geen inbreuk mag worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer;
- in bepaalde gevallen naast of in plaats van het rookverbod een of meer andere maatregelen moeten worden getroffen (imperatief) of mogen worden getroffen (facultatief) om blootstelling aan tabaksrook te voorkomen.

5. Toetsing aan het VWEU

Het schrappen van de bestaande uitzondering om te roken in de kleine cafés roept de vraag op of deze de toetsing aan artikel 34 VWEU kan doorstaan. Artikel 34 VWEU eist opheffing van iedere beperking van het

vrije verkeer van goederen, ook indien deze beperking zonder onderscheid geldt voor binnenlandse en buitenlandse producten. Alle maatregelen die de uitoefening van deze fundamentele vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken zijn – volgens vaste jurisprudentie – als een dergelijke beperking te beschouwen. Naar het oordeel van de regering is de hier voorgestelde maatregel, zo die al handelsbelemmerend zou zijn, geschikt en gerechtvaardigd met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, een en ander overeenkomstig artikel 36 VWEU.

Roken en meeroken leiden immers tot gezondheidsschade. Jaarlijks sterven ruim 19.000 Nederlanders aan ziekten die aan roken zijn gerelateerd. Daarbij gaat het vooral om longkanker en andere vormen van kanker, hart- en vaatziekten, astma en COPD. Bovendien sterven jaarlijks enkele duizenden Nederlanders als gevolg van blootstelling aan tabaksrook van anderen (meeroken).

Als we de gezondheid van onze bevolking willen bevorderen – en dat is een plicht die de Grondwet ons oplegt – dan heeft het voorkomen van gezondheidsschade door roken (van anderen) hoge prioriteit omdat dit leidt tot minder ziekte, sterfte en dus gezondheidswinst. Beleidsmaatregelen die resulteren in vermindering van het aantal plekken in de openbare ruimte waar men blootgesteld kan worden aan tabaksrook zijn derhalve gerechtvaardigd. De thans voorgestelde maatregelen zijn in het licht van de tabaksproblematiek relatief bescheiden van aard. De voorgestelde maatregel is al van kracht in het overgrote deel van de horeca, om nog maar te zwijgen van de rookverboden in de gehele (semi)overheidssector en op alle werkplekken. Bovendien zijn de hier geregelde rookverboden niet alomvattend en evenmin overal geldend. Er zijn en blijven uitzonderingen op de rookverboden: de roker kan nog steeds aan zijn trekken komen in privé-ruimten, de openlucht en speciaal daartoe bestemde rookruimten.

Uit de jurisprudentie van het EU-Hof volgt dat de lidstaten een grote beleidsvrijheid hebben op het gebied van de volksgezondheid. Lidstaten mogen zelfstandig hun niveau van bescherming bepalen. Mede in dat licht gaat de thans voorgestelde maatregel niet verder dan noodzakelijk. Eveneens kan het doel niet met minder vergaande middelen worden bereikt. Tevens past deze maatregel in het algemene beleid van de regering waarin preventie systematisch en coherent wordt nagestreefd. De beperkende maatregel strookt dan ook met de eis van evenredigheid in relatie tot de te beschermen volksgezondheidbelangen. Tegen deze achtergrond heeft de regering aanleiding om te concluderen dat deze maatregelen in het licht van het VWEU goed verdedigbaar en gerechtvaardigd zijn.

6. Notificatie

Het wetsvoorstel is 9 juli 2013 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 voorstel mogelijkwerwijs een technisch voorschrift bevat in de zin van richtlijn 98/34/EG. Te denken valt aan de voorschriften omtrent de rookverboden als omschreven in artikel 10 van het voorstel. Naar aanleiding hiervan zijn geen opmerkingen ontvangen.

7. Gevolgen voor uitvoering, handhaving en rechtspraak, alsmede de gevolgen voor burgers, bedrijfsleven (regeldruk), overheid en milieu

Het wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor (grote groepen) burgers, het milieu of het bedrijfsleven in brede zin. Hetzelfde geldt voor (nieuwe) administratieve lasten voor de hiervoor genoemde groepen.

Er zijn wel geringe gevolgen voor exploitanten van kleine cafés, die het rookverbod moeten gaan instellen, aanduiden en handhaven. De nalevingskosten die voortvloeien uit de maatregel zijn zeer beperkt: de voorgeschreven aanduidingen van het rookverbod – meestal in de vorm van stickers of borden – zijn snel en goedkoop aan te brengen en kosten gemiddeld € 10. Er is dus sprake van een eenmalige incidentele toename van nalevingskosten van ca. € 20.000. Uitgaande van een jaarlijks aantal van 100 nieuwe horecagelegenheden brengt het rookverbod daarnaast € 1.000 aan structurele nalevingskosten met zich mee.

De overige bedrijfseffecten voor deze categorie horecagelegenheden, bestaande uit circa 2.000 eenmanszaken, zijn minimaal. De wetgever besloot in 2008 dat voor kleine cafés geen uitzonderingen zouden moeten gelden, omdat anders sprake was van concurrentievervalsing. Dat belang woog zwaarder dan de problemen van kleine cafés bij de naleving van dit verbod. De rechter oordeelde destijds dat de wetgever die belangenafweging in redelijkheid kon maken. Die overweging is ook nu de uitzondering wordt ingetrokken weer van toepassing.

De wetswijziging heeft consequenties voor de handhaving. De NVWA zal op korte termijn extra inzet nodig hebben wanneer er ca. 2.000 horecagelegenheden bijkomen waar de naleving naar verwachting flink verhoogd moet worden, bovenop de huidige 8.000 cafés in Nederland die niet onder de huidige uitzondering vallen en waar de naleving ook nog onvoldoende is.

Gelet op de financiële middelen zijn er beperkte mogelijkheden om de capaciteit van de NVWA te vergroten. Met handhaving alleen kan bovendien nooit een volledig rookvrije horeca worden gerealiseerd, zeker niet op korte termijn.

De naleving van het rookverbod is sinds 2011 geleidelijk verbeterd. Volgens onderzoek en inspectiegegevens van de NVWA is de naleving van het rookverbod in cafés geleidelijk gestegen van 50% in het voorjaar 2011, naar 65% in het voorjaar 2013⁶. In gelegenheden waar ook gegeten wordt zoals restaurants en in hotels ligt de naleving op een hoog niveau (tegen de 100%).

Een verdere verbetering van de naleving van het rookverbod is echter van groot belang, nu de uitzondering voor de kleine cafés wordt opgeheven. Daarom zal de capaciteit van de NVWA worden vergroot met een speciaal jongeren toezichtsteam. Het gaat om een speciaal opgeleid team van ongeveer 45 jongere toezichthouders⁷. Dit jongeren toezichtsteam zal veel voorwerk doen voor de handhaving rookvrije horeca. De jongere toezichthouders kunnen onopvallend voor de NVWA-inspecteurs signaleren welke cafés en welke tabaksverkopers in overtreding zijn.

Daarnaast werkt de NVWA er aan om de handhaving zo effectief mogelijk vorm te geven. Zo werkt de NVWA volgens een nieuwe strategie, gericht op een hele gemeente, om te voorkomen dat kroegen het rookverbod niet naleven uit «concurrentieoverwegingen».

⁶ www.nvwa.nl

⁷ Het jongeren tabaksteam zal bestaan uit 17 fte (15 fte jongere toezichthouders, met daarbij een teamleider en een planner)

Overigens zal het rookverbod primair bestuurlijk worden gehandhaafd door het opleggen van bestuurlijke boetes en het OM zal pas na overleg met de NVWA overgaan tot strafrechtelijke handhaving.

Gevolgen voor de rechtspraak zijn niet te verwachten, hooguit dat door de vereenvoudiging van de wetgeving en het schrappen van de uitzondering minder vaak een beroep zal worden gedaan op de bestuursrechter om bestuursgeschillen te beslechten.

8. Consequenties voor de uitvoeringsvoorschriften

Verheffing van dit voorstel tot wet zal tot gevolg hebben dat een deel van de regels die nu vervat zijn in algemene maatregelen van bestuur gewijzigd of geschrapt kunnen worden. Zodra er uitzicht is op de verheffing tot wet zullen die aanpassingen ter hand genomen worden. Zoals gebruikelijk zullen die wijzigingen worden voorgehangen.

Artikelsgewijs

A

Begrippen werkgever, horeca-inrichting en rookverbod

Werkgever

De huidige Tabakswet bevat geen definitie van werkgever. Dat brengt mee dat als werkgever in beginsel moet worden gezien degene die volgens de regels van het Burgerlijk Wetboek (BW) krachtens een arbeidsovereenkomst in een gezagsverhouding tegen loonbetaling arbeid laat verrichten (tenzij uit een bijzondere wetsbepaling iets anders kan worden afgeleid⁸). Voor de meest voorkomende arbeidsverhoudingen is daarmee, althans bezien vanuit de Tabakswet, een adequaat beschermingsarrangement geboden. Voor vier groepen van werknemers is dat niet (helemaal) het geval, hetzij omdat de bescherming te kort schiet, hetzij omdat de bescherming te ver gaat. Om voor die groepen een adequaat niveau van bescherming door hun werkgever in het leven te roepen, dan wel ongewenste bescherming te beëindigen, is het beter om het werkgeversbegrip uit het BW te verlaten en als uitgangspunt te nemen het werkgeversbegrip uit de ook qua gezondheidsbescherming aangrenzende en vergelijkbare Arbeidsomstandighedenwet (hierna Arbowet). Het werkgeversbegrip in de Arbowet ziet blijkens artikel 1, eerste lid, onder a, van die wet op al diegenen die krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid laten verrichten.

Met een enkele modificatie is dat uitgangspunt goed bruikbaar voor de Tabakswet en met name voor de hier bedoelde groepen van werknemers: uitzendkrachten, stagiaires, vrijwilligers en thuiswerkers:

- uitzendkrachten: uitzendkrachten zijn formeel krachtens het BW in dienst van de uitzender (het uitzendbureau), niet van de inlener, de feitelijke werkgever. Dit kan onder omstandigheden problematisch zijn, omdat het recht op een rookvrije werkplek moet worden ingeroepen tegen de formele werkgever en niet tegen degene die als feitelijke werkgever de zeggenschap heeft over het reilen en zeilen op de arbeidsplaats. Het werkgeversbegrip uit de Arbowet ondervangt dit door te bepalen dat in een uitzendconstructie niet de uitzender, maar de inlener de werkgever is (artikel 1, eerste lid, onder a onder 2°);

⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 10 van de Tabakswet dat blijkens zijn bewoordingen duidelijk het oog heeft op overheidswerkgevers die in beginsel krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid laten verrichten.

- stagiaires: stagiaires (bijvoorbeeld vanuit horeca-opleidingen) verrichten wel arbeid, maar niet altijd tegen loon en evenmin krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling. Zij fungeren dus niet als wederpartij van een werkgever in de zin van het BW of artikel 1, eerste lid, onder a, van de Arbowet. Het werkgeversbegrip uit de Arbowet ondervangt dit door te bepalen dat ook werkgever is degene die zonder werknemer of werkgever in de zin van het artikel 1, eerste lid, te zijn, een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten (artikel 1, tweede lid, onder a, sub 1);
- vrijwilligers: ook vrijwilligers verrichten arbeid, maar doorgaans niet tegen loon en evenmin krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling. Ook zij fungeren dus niet als wederpartij van een werkgever in de zin van het BW of de Arbowet (zie ook artikel 1, tweede lid, onder b, Arbowet). Dat betekent dat zij het recht op een rookvrije werkplek moeten ontberen. Dit is niet alleen problematisch bezien vanuit hun gezondheidstoestand, maar kan evenzeer voor bepaalde werkgevers een aanmoediging vormen tot (poging tot) wetsontduiking door allerlei afhankelijke, in loondienst werkende werknemers ten onrechte als vrijwilligers te betitelen (mede) om hun recht op een rookvrije werkplek te omzeilen. Om dit te voorkomen wordt voorgesteld de definitie van werkgever in de Tabakswet uitdrukkelijk uit te breiden met diegene die in een arbeidsverhouding fungeert als de wederpartij van een vrijwilliger als bedoeld in de Arbowet;
- thuiswerkers: theoretisch zou door de samenloop van de huidige Tabakswet enerzijds en het BW of de Arbowet anderzijds een werkgever van een thuiswerker een rookvrije werkplek in de woning van die thuiswerker moeten afdwingen. De regering acht dit zoals bekend ongewenst. In algemene zin moet de beschermende werking van de Tabakswet zijn werk doen in de voor het publiek toegankelijke ruimte en in (het merendeel van de) arbeidsplaatsen. Die bescherming vindt zijn begrenzing in privé-ruimten. Dit is sinds jaar en dag de vaste beleidslijn vanuit de Tabakswet. In uitvoeringsbesluiten is dan ook altijd een uitzondering gemaakt op het principe van de rookvrije werkplek of rookvrije omgeving als daardoor de persoonlijke levenssfeer van een belanghebbende in het geding kwam. Denk aan thuiswerkers, alsmede personen die in de thuiszorg werken. Het afdwingen voor hen van een rookvrije werkplek zou een onevenredige inbreuk vormen op de persoonlijke levenssfeer van de thuiswerker, respectievelijk van degene die op thuiszorg is aangewezen. In beginsel wordt een thuiswerker tot de werknemers, bedoeld in de Arbowet, gerekend, omdat er krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht (artikel 1, eerste lid, onder a). Door in een algemene maatregel van bestuur ex artikel 10, tweede lid, wederom de sinds jaar en dag geldende uitzondering voor privé-ruimten op te nemen, wordt zeker gesteld dat de thuiswerker en de werker in de thuiszorg niet vallen onder de wettelijke regels krachtens de Tabakswet.

Als werkgever en thuiswerker het toch nodig vinden om rookvrij door het arbeidsleven te gaan – bijvoorbeeld om redenen van hygiëne – dan is het aan hen om dat onderling contractueel te regelen. Daarbij is voor de wetgever in beginsel geen taak weggelegd. Dit laat onverlet dat het vanuit het bredere perspectief van de arbeidsomstandighedenwetgeving wel degelijk wettelijke normen zijn c.q. kunnen worden gesteld aan de arbeidsomstandigheden van thuiswerkers en de wijze waarop thuiswerkers hun arbeid moeten verrichten. Echter dit gebeurt in het kader van de Arbowet, niet in het kader van de Tabakswet.

Horeca-inrichting

De huidige Tabakswet bevat geen definitie van «horeca-inrichting». Wel bevatten de uitvoeringsregels krachtens de Tabakswet een definitie, namelijk een definitie die verwijst naar de inschrijfplicht bij het Bedrijfschap Horeca en Catering⁹. Aan die definitie kleven geen grote gebreken, maar het is uit een oogpunt van harmonisatie gewenst de gangbare definitie uit artikel 1 van de Drank- en Horecawet als uitgangspunt te nemen: «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 harmonisatie worden ook de bestuurlijke en administratieve lasten fractioneel verminderd. Met het oog op een klein aantal gevallen blijft het nodig tevens de definitie die verwijst naar de inschrijfplicht bij de het Bedrijfschap Horeca en Catering te blijven gebruiken. Als voorbeeld kan genoemd worden de theetuin waar geen alcoholhoudende drank geschonken wordt. Voor de goede orde zij hieraan toegevoegd dat terrassen, hoewel deel uitmakend van de horeca-inrichting, niet bestreken worden door het rookverbod, zolang met recht kan worden gezegd dat die terrassen deel uitmaken van de open lucht. In de Drank- en Horecawet wordt in artikel 1, tweede lid, de definitie van «horeca-inrichting» beperkt: «onder een inrichting wordt niet verstaan een vervoermiddel voor het rondtrekkend uitoefenen van een bedrijf.» Deze beperking wordt in de Tabakswet niet overgenomen. In het kader van de bescherming van de werknemer tegen tabaksrook is het immers ongewenst als in een mobiele poffertjeskraam, oliebollenkraam, snackkar, ijscowagen, etc. gerookt zou worden. Roken is wel toegestaan in de open lucht.

Rookverbod

De begripsbepaling van «rookverbod» heeft slechts tot doel te onderstrepen dat de Tabakswet uitsluitend ziet op producten die geheel of gedeeltelijk uit tabak bestaan en het roken van die producten. Dus niet tevens (het roken van) producten die uitsluitend uit cannabis bestaan.

B

In de aanhef van het eerste lid van het nieuwe artikel 10 staat het rookverbod voorop. Voor het overige zijn de structuur en de begrippen die voorkomen in de huidige artikelen 10, 11 en 11a zoveel mogelijk intact gelaten: gebouwen, inrichtingen, Staat, openbare lichamen, bevoegde orgaan, de bekende opsomming van instellingen in de (gesubsidieerde) quartaire sector, middelen van personenvervoer, luchtvaartuigen, etc. etc. alle komen terug in het eerste lid van artikel 10. Op een enkele plaats is het meer functionele begrip «beheerder» om aan te wijzen op wie de verplichting rust om een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven vervangen door het in de context van de bepaling meer concrete begrip «exploitant» of «ondernemer». Dit is met name het geval in de onderdelen e en f.

Evenals in de huidige bepalingen (zie artikel 11, eerste lid, en 11a, vierde lid) wordt in de onderdelen b en d, onder verwijzing naar onderdeel a, een samenloopregel opgenomen voor het geval er naast een bevoegd orgaan ook een beheerder is van een bepaalde ruimte, gebouw of inrichting. Op

⁹ Artikel 1 Besluit uitvoering definieert horeca-inrichtingen als inrichtingen die worden geëxploiteerd door ondernemers of ondernemingen die inschrijfplichtig zijn bij het Bedrijfschap Horeca en Catering.

wie rusten dan de uit de wet voortvloeiende verplichtingen? In dergelijke samenloopgevallen – zo bepaalt de wet uitdrukkelijk – is het steeds het bevoegde orgaan dat verplicht is tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod en dus niet de beheerder.

Niet terug komt het begrippenpaar hinder of overlast. Het begrippenpaar wekt bij sommigen de indruk dat het gaat om de subjectieve beleving van personen in een rokerige omgeving. Dit is niet het geval. Vrij van hinder of overlast in deze context betekent, aldus het CBb in een tweetal uitspraken¹⁰ – vrij van blootstelling aan tabaksrook. En dat in objectieve zin, dus niet afhankelijk van de subjectieve waarneming, de instemming dan wel de wil van de werknemer of andere aanwezige personen. Het gaat derhalve om geobjectiveerde begrippen: datgene wat gewoonlijk (en veelal ook meetbaar) aan hinderlijke of schadelijke effecten merkbaar is.

Om dit beter tot uitdrukking te brengen wordt het begrippenpaar vervangen door het kortere en duidelijker begrip «blootstelling» (in artikel 10, derde lid). Blootstelling aan tabaksrook heeft zoals bekend verscheidene gevolgen: stankoverlast, prikkeling van de ogen en de luchtwegen, het inademen van allerlei giftige stoffen met gezondheidsschade als gevolg. Zo schatte de Gezondheidsraad in 2003 dat meerroken (of passief roken) in Nederland jaarlijks de oorzaak is van een tiental gevallen van wiegendood, enkele honderden sterfgevallen door longkanker, enkele duizenden sterfgevallen door hartaandoeningen en vele tienduizenden gevallen van (meer of minder ernstige) luchtwegaandoeningen bij kinderen¹¹.

De resultaatverplichting een rookverbod in te stellen en te handhaven en daarmee blootstelling aan tabaksrook te voorkomen rust als het gaat om gebouwen op de beheerder van het gebouw. Wie dat in concreto is, hangt af van de feitelijke omstandigheden van het geval. Het gaat immers in theorie om alle mogelijke soorten van gebouwen met een grote diversiteit aan casusposities.

Is de eigenaar van een gebouw zelf de enige gebruiker dan is aanstands duidelijk op wie de resultaatverplichting rust. Wordt een bepaalde ruimte gehuurd van een eigenaar van het bewuste gebouw, dan is de exploitant of de gebruiker van de gehuurde ruimte degene op wie de resultaatverplichting rust.

Het meest extreme voorbeeld is vermoedelijk het «verzamelgebouw» waarvan kleinere en grotere delen als kantoorruimte of winkelruimte door de eigenaar worden verhuurd aan zowel particulieren als overheidsinstanties. Als het gaat om de gemeenschappelijke delen (centraal trappenhuis, liften, e.d.) is de eigenaar degene op wie de verplichting rust. Voor het overige is iedere huurder gehouden zijn individuele deel van het gebouw te vrijwaren van tabaksrook.

Het gaat met andere woorden steeds om degene die de zeggenschap heeft over wat zich feitelijk afspeelt in de betrokken ruimte, het betrokken deel van het gebouw. In die zin is «beheerder» een functioneel «verzamelbegrip», waarmee de eindeloze variëteit aan casusposities het hoofd kan worden geboden.

In artikel 11a, vierde lid, van de Tabakswet en het daarop gebaseerde Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten wordt gesproken over «voor het publiek toegankelijke gebouwen» of «voor het publiek toegankelijke delen daarvan». Dat had betrekking op «horeca-

¹⁰ CBb 09-12-2008, LJN: BG8912 en 27-01-2009, LJN: BH5223.

¹¹ Gezondheidsraad, volksgezondheidsschade door passief roken, nr. 2003/21, Den Haag, 25 november 2003 (herziene versie).

inrichtingen, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel» en «overdekte winkelcentra, evenementenhallen, congrescentra en luchthavens». In dit wetsvoorstel komen de termen «voor het publiek toegankelijke gebouwen of delen daarvan» niet voor. Reden hiervoor is dat deze formulering de suggestie wekt dat in «niet voor publiek toegankelijke gebouwen of delen daarvan» het rookverbod niet zou gelden, hetgeen – zeker sinds de invoering van de rookvrije werkplek – zelden of nooit het geval is. Ook in gebouwen of delen daarvan die niet voor het publiek toegankelijk zijn, zoals bijvoorbeeld de keuken of kantoren in een horeca-inrichting, geldt de verplichting voor horecawerkgevers om een rookverbod in te stellen omdat daar werknemers hun werkzaamheden verrichten of gebruik van moeten maken. Het vervallen van de formulering «voor publiek toegankelijke gebouwen of delen daarvan» is dus in overeenstemming met de hedendaagse praktijk. Hierbij zij benadrukt dat het geenszins de bedoeling is om hiermee het rookverbod uit te strekken tot privé-ruimten, rookruimten of de open lucht. Die uitzonderingen blijven gehandhaafd.

De achtergronden van het tweede en derde lid zijn reeds toegelicht onder punt 2 van het algemeen deel van de toelichting.

Het eerste lid bepaalt de kring van normadressaten. Het kan voorkomen dat binnen een inrichting of gebouw meerder personen of organen zijn aan te wijzen op wie de verplichting rust tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Het vierde lid maakt duidelijk dat in geval van een horeca-inrichting het alsdan de exploitant van die horeca-inrichting is die aangesproken wordt op de naleving van het rookverbod in plaats van bijvoorbeeld de beheerder van de lokaliteit. Het is immers de exploitant die eerstverantwoordelijk is voor het instellen van het rookverbod en daarmee degene aan wie een eventuele overtreding kan worden aangerekend.

Het vijfde lid regelt dat ingeval er bij of krachtens het tweede lid andere maatregelen dan het rookverbod zijn getroffen de in de algemene maatregel van bestuur aangewezen personen hebben in te staan voor de effectiviteit ervan in de zin dat er in de ruimten, gebouwen, etc. waarvoor zij verantwoordelijk zijn geen blootstelling aan tabaksrook plaatsvindt. Overigens zullen dit in beginsel steeds dezelfde personen zijn als die in het eerste lid zijn aangewezen voor de handhaving van het rookverbod.

C

De huidige artikelen 11 en 11a zijn inhoudelijk volledig opgegaan in artikel 10 en kunnen dus geschrapt worden.

D en E

Door het vervallen van de artikelen 11 en 11a kunnen deze uit de opsommingen in artikel 11b, eerste lid, en 12 verwijderd worden, terwijl artikel 12 is aangevuld met artikel 10, zodat voortaan ook algemene maatregelen van bestuur krachtens dit artikel zullen worden voorgehangen bij beide kamers der Staten-Generaal.

Artikel II

Het schrappen van de artikelen 11 en 11a uit de Tabakswet brengt mee dat de artikelen ook geschrapt kunnen worden uit de Wet op de economische delicten.

Artikel III

Ingevolge artikel III treedt de wet in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Gezocht zal worden naar een zodanig tijdstip van inwerkingtreding dat de invoering van het rookverbod voor de kleine cafés zo soepel mogelijk verloopt. Dat hoeft niet per se op 1 juli of 1 januari te zijn, maar gestreefd wordt naar 1 juli 2014. Mogelijk zal worden afgeweken van de vaste verandermomenten. Mede uit oogpunt van helderheid in de handhaving is het gewenst de wijziging zo snel mogelijk in werking te laten treden. Om die reden is de mogelijkheid om af te wijken van de vaste verandermomenten opengelaten. In ieder geval zal er tussen de publicatie van de wet en de inwerkingtreding ten minste twee maanden gelegen zijn.

De Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
M.J. van Rijn