

uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Enkelvoudige kamer

Reg.nr.: AWB 09/1762 BC-T2-BRG

Uitspraak in het geding tussen

R.R. Sannes, wonende te Groningen, eiser, en de stichting **Stichting Red de Kleine Horeca Ondernemer**, statutair gevestigd te Amsterdam, eiseres,
hierna gezamenlijk te noemen: eisers,
gemachtigde mr. J.A. Tempelman, advocaat te Amsterdam,

en

de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, hierna te noemen: verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Verweerder heeft bij besluit van 23 april 2009 (hierna: het bestreden besluit) het bezwaar, voor zover het was ingediend namens eiseres, niet-ontvankelijk verklaard en het bezwaar, voor zover het namens eiser was ingediend, ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit is door de gemachtigde van eisers bij brief van 2 juni 2009 beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 juni 2010. Aanwezig waren eisers gemachtigde, zijn broer J.G. Sannes en zijn vader G. Sannes, alsmede namens verweerder mr. A.B. van Rijn, mr. J.C. Dekker en mr. R. Bal.

2 Overwegingen

2.1 Op 30 oktober 2008 heeft een controleambtenaar van de Voedsel en Waren Autoriteit Café Kagchel te Groningen bezocht in verband met een herinspectie op naleving van bepalingen bij of krachtens de Tabakswet.

2.2 De controleambtenaar heeft geconstateerd dat door eiser en J.G. Sannes, zijn broer en mede-vennoot van V.o.f. SanSan handelend onder de naam Café Kagchel, niet zodanige maatregelen waren getroffen dat werknemers in staat werden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden.

2.3 Naar aanleiding daarvan heeft verweerder bij besluit van 9 januari 2009 eiser een boete van € 300,- opgelegd wegens overtreding van artikel 11a, vierde lid, van de Tabakswet.

2.4 Tegen dit besluit heeft de gemachtigde bij brief van 2 februari 2009 bezwaar gemaakt. Bij het bestreden besluit heeft verweerder zich, samengevat, op het standpunt gesteld dat eiseres niet als belanghebbende kan worden aangemerkt en dat aan eiser terecht een boete van € 300,- is opgelegd.

2.5 Het beroep strekt tot vernietiging van het bestreden besluit, ontvankelijkverklaring in het bezwaar van eiseres en vernietiging van de boetebeschikking wegens – samengevat – strijd met de wet, het legaliteitsbeginsel, het lex certa-beginsel en het gelijkheidsbeginsel. Ter zitting hebben eisers verklaard de beroepsgrond dat het bestreden besluit een wettelijke grondslag mist in te trekken voor zover het bestreden besluit is gebaseerd op het oordeel van de Hoge Raad in het arrest van 23 februari 2010 (LJN BK8211), maar te handhaven wat betreft het lex certa-beginsel.

De rechtbank oordeelt als volgt.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van eiseres

2.6 Een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, komt daarmee op voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt (aldus de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, hierna: de Afdeling, in haar uitspraak van 23 augustus 2006, LJN AY6762). Gelet op artikel 2 van de statuten van eiseres, is het belang van de ondernemers in Nederland, met name het midden- en kleinbedrijf, waarvoor eiseres in deze procedure opkomt, een belang dat zij in het bijzonder behartigt. Eiseres kan dan ook worden aangemerkt als belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, in samenhang met het derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bij de onderhavige boetebeschikking. Dit betekent dat verweerder het bezwaar van eiseres ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Het beroep van eiseres is in zoverre gegrond. Voor het geval aldus geoordeeld zou worden, heeft verweerder ter zitting desgevraagd verklaard dat hij ten aanzien van eiseres inhoudelijk het zelfde besluit op bezwaar zou hebben genomen als hij ten aanzien van eiser heeft gedaan.

Ten aanzien van de opgelegde boete

2.7 De Tabakswet luidt - voor zover hier van belang - als volgt:

"§ 5. Rookverboden

Artikel 10

1. Voor de instellingen, diensten en bedrijven die door de Staat en de openbare lichamen worden beheerd, worden door het bevoegde orgaan zodanige maatregelen getroffen, dat van de daardoor geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden.
2. Tot de maatregelen, bedoeld in het eerste lid, behoort in ieder geval het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod in ruimten, behorende tot bij algemene maatregel van bestuur, aangewezen categorieën. Op het verbod kunnen, overeenkomstig bij de algemene maatregel van bestuur gestelde regelen, beperkingen worden aangebracht.

Artikel 11

1. Bij algemene maatregel van bestuur kan aan degenen die - anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 - het beheer hebben over gebouwen of inrichtingen voor gezondheidszorg, welzijn, maatschappelijke dienstverlening, kunst en cultuur, sport, sociaal-cultureel werk of onderwijs, voor zover die gebouwen of inrichtingen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, de verplichting worden opgelegd tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.
2. Artikel 10, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 11a

1. Werkgevers zijn verplicht zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld

hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden.

(...)

4. 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.

5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen op de in dit artikel bedoelde verplichtingen beperkingen worden aangebracht. Zo kan worden bepaald dat de verplichtingen, bedoeld in het eerste lid, niet gelden voor bij die maatregel aangewezen:

- a. categorieën van werkgevers;
- b. ruimten in gebouwen;
- c. andere plaatsen waar werkzaamheden worden verricht.

Daarbij kunnen nadere regels worden gesteld."

2.8 Artikel 2 van het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

"1. Als categorieën van ruimten waarin ingevolge artikel 10, tweede lid, van de Tabakswet, een rookverbod ingesteld en gehandhaafd dient te worden, worden aangewezen:

(...)

- j. overige ruimten, voor zover deze voor het publiek toegankelijk zijn."

2.9 Artikel 3 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

"1. Degene die het beheer heeft over een van de volgende gebouwen is verplicht in de voor het publiek toegankelijke delen daarvan een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven:

- a. horeca-inrichtingen, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel;
- b. overdekte winkelcentra, evenementenhallen, congrescentra en luchthavens.

2. De verplichting geldt niet:

- a. in ruimten waar geen inbreuk mag worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer;
- b. in afsluitbare, voor het roken van tabaksproducten aangewezen en als zodanig aangeduide ruimten;
- c. in de open lucht."

2.10 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 23 februari 2010 (LJN BK8211) – in een strafrechtelijke procedure – overwogen dat de tekst van artikel 10 Tabakswet erop duidt dat in de eerste volzin van het tweede lid in algemene zin een nadere specificatie van het eerste lid is opgenomen, zodat het tweede lid zo nauw is verbonden met het in het eerste lid geregelde dat het eerste lid steeds in samenhang met het tweede lid moet worden gelezen. Dat impliceert dat artikel 11a, vierde lid, dat eveneens is opgenomen in paragraaf 5 van de Tabakswet onder het kopje 'Rookverboden', aan de daar bedoelde (rechts)personen die het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, de verplichting oplegt tot het treffen van zodanige maatregelen dat van die gebouwen en van de daarin geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden, en dat die maatregelen in ieder geval behelzen het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. De totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen bevat geen duidelijke aanknopingspunten voor een ander oordeel. Dat artikel 11, tweede lid, Tabakswet wel verwijst naar het tweede lid van artikel 10 Tabakswet, doet hieraan niet af, ook al komt dat de duidelijkheid van de regeling als geheel wellicht niet ten goede, aldus de Hoge Raad.

2.11 Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat artikel 11a van de Tabakswet een toereikende en voldoende duidelijke wettelijke grondslag vormt voor de in artikel 3 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten neergelegde verplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. De beroepen van eisers op strijd met de wet, het legaliteitsbeginsel en het lex certa-beginsel stuiten hierop af.

2.12 Ten aanzien van het al of niet bestaan van een ongelijke behandeling van horecaondernemers met en zonder personeel, heeft het Gerechtshof Arnhem (hierna: het Hof) in zijn arrest van 17 juni 2010 (LJN BM8105), onder 6.2, geconstateerd dat de formuleringen in de wet van de verplichtingen voor zaken met werknemers en zaken zonder werknemers niet woordelijk met elkaar overeen komen. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat aangenomen moet worden dat de wetgever zich daarvan bewust was toen hij – mede uit een oogpunt van voorkoming van concurrentievervalsing – de regeling voor zaken zonder werknemers in het leven riep en dat deze omstandigheid er reeds op duidt dat er in de ogen van de wetgever praktisch gesproken geen relevant verschil werd gezien tussen de verschillende verplichtingen. Dit zou verband kunnen houden met de inschatting van de wetgever dat als effectieve maatregel tegen hinder en overlast door roken praktisch gesproken (nagenoeg) alleen een rookverbod in aanmerking zou kunnen komen en met ventilatiemechanismen blootstelling aan rook niet te voorkomen valt. Ook in de uitvoeringspraktijk blijkt niet anders en het standpunt is ook na de vaststelling van de regeling consequent ingenomen, aldus het Hof. Het Hof heeft verder geoordeeld dat de omstandigheid dat aan het standpunt van de wetgever mogelijk mede bepaalde inschattingen van technische mogelijkheden en van de bewijsbaarheid van de verschillend geformuleerde verplichtingen ten grondslag hebben gelegen die bij de huidige kennis of bij nader onderzoek niet (geheel) juist zouden blijken te zijn, aan het voorgaande niet afdoet, omdat het bij deze stand van zaken aan de wetgever is om eventueel te bezien of een heroverweging van de regeling(en) noodzakelijk is. De rechtbank neemt deze overwegingen over, hetgeen ertoe leidt het betoog van eisers dat het rookverbod voor horecaondernemers zonder personeel in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en de daaraan ten grondslag liggende grondwettelijke en verdragsrechtelijke discriminatieverboden moet worden verworpen.

2.13 Ten aanzien van het al of niet bestaan van een ongelijke behandeling van kleine en grote horecaondernemers heeft het Hof in genoemd arrest overwogen dat het hierbij gaat om mogelijke consequenties van de maatregelen van de wetgever die door deze onder ogen zijn gezien. Niet gezegd kan worden, aldus het Hof, dat de wetgever bij afweging van de belangen - waaronder het belang van de volksgezondheid en het economisch belang van ondernemers, onder wie ondernemers met een kleinere inrichting - op grond van het verbod van discriminatie niet tot het vaststellen van de onderhavige regeling heeft kunnen komen. Dat aan die afweging mogelijk mede inschattingen van gevolgen ten grondslag hebben gelegen die bij de huidige kennis of bij nader onderzoek niet (geheel) juist zouden blijken te zijn, doet daaraan niet af. Het is bij deze stand van zaken ook in dit opzicht aan de wetgever om eventueel te bezien of een heroverweging noodzakelijk is, aldus het Hof. Ook op dit punt volgt de rechtbank de overwegingen van het Hof. Daaraan voegt zij nog toe dat 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. De omstandigheid dat aan een grote horecaondernemer op praktische gronden – zoals: meer ruimte in de onderneming – mogelijk alternatieven voor het instellen van een rookverbod ter beschikking (komen te) staan, die een kleine horecaondernemer niet heeft, is geen gevolg van de regelgeving als zodanig, maar van de keuze van de ondernemer voor de schaalgrootte van zijn onderneming. Die

keuze, met de daaraan verbonden voor- en nadelen, komt uit de aard der zaak voor rekening van de ondernemer. Het betoog van eisers dat het rookverbod voor kleine horeca-ondernemers in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en de daaraan ten grondslag liggende grondwettelijke en verdragsrechtelijke discriminatieverboden moet in het licht van het voorgaande daarom worden verworpen.

2.14 Nu ten slotte vaststaat dat eiser geen rookverbod heeft ingesteld, aangeduid en gehandhaafd als bedoeld in artikel 3 van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten, moet worden geconcludeerd dat eiser artikel 1 1a, eerste lid, van de Tabakswet heeft overtreden. Niet is gebleken van omstandigheden op grond waarvan geoordeeld moet worden dat verweerder niet in redelijkheid tot boeteoplegging heeft kunnen overgaan of dat de hoogte van de boete onevenredig is. Dit betekent dat het beroep van eiser ongegrond is en dat de rechtbank, met gebruikmaking van haar daartoe strekkende bevoegdheid ingevolge artikel 8:72, vierde lid, van de Awb, ten aanzien van eiseres zal bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het te vernietigen deel van de beslissing op het bezwaar, als na te melden.

2.15 De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken, begroot op € 322,--. Daarbij wordt overwogen dat de standpunten van beide eisers in zowel het beroepschrift als ter zitting tegelijk naar voren zijn gebracht, waarbij de ontvankelijkheid van eiseres slechts één van de beroepsgronden vormde, en dat het beroep ook zou zijn ingesteld als het bezwaar van eiseres wel ontvankelijk, doch ongegrond zou zijn verklaard.

3 Beslissing

De rechtbank,

recht doende,

verklaart het beroep van eiser ongegrond,

verklaart het beroep van eiseres gegrond,

vernietigt het bestreden besluit voor zover daarin het bezwaar van eiseres niet ontvankelijk is verklaard,

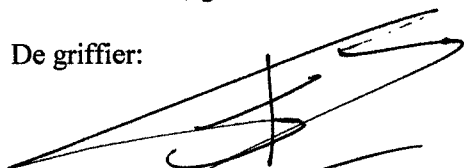
bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van het bestreden besluit, hetgeen in dit geval inhoudt dat het bezwaar van eiseres ongegrond wordt verklaard,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 322,--, te betalen aan eiseres,

bepaalt dat verweerder aan eisers het betaalde griffierecht van € 150,-- vergoedt.

Aldus gedaan door mr. dr. P.G.J. van den Berg, rechter, in tegenwoordigheid van mr. F.R. Lader, griffier.

De griffier:



De rechter:



Uitgesproken in het openbaar op 23 september 2010.

Een belanghebbende - onder wie in elk geval eisers worden begrepen - en verweerder kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift is zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

Afschrift verzonden op: 5 OKT 2010

