

Hoe kan de gemeente in de APV een verbod op roken in of rond openbare gebieden regelen?

Voor een eventueel rookverbod op bepaalde plaatsen binnen een gemeente (bijv. speeltuinen en schoolpleinen en in een zone rond openbare gebouwen) kunnen de volgende stappen worden doorlopen:

1. Is er een volwaardig alternatief voor een rookverbod op bepaalde plaatsen?
2. Is een rookverbod op bepaalde plaatsen in strijd met de Tabaks- en rookwarenwet?
3. Zou het verbod leiden tot een ontoelaatbare inperking van het vrij verkeer van goederen?
4. Is een rookverbod op bepaalde plaatsen handhaafbaar?

1. Is er een volwaardig alternatief voor een rookverbod op bepaalde plaatsen?

Er zijn gemeenten die weliswaar geen gemeentelijk rookverbod hebben, maar bij beheerders en exploitanten actief aansturen op ontmoediging en – waar zij zelf beheerder zijn – ontmoedigingsbeleid voeren. Zie in dit verband ook artikel 6.2 van het Tabaks- en rookwarenbesluit: de beheerders en exploitanten, en niet de gemeente als zodanig, zijn verplicht respectievelijk bevoegd om maatregelen te treffen met het oog op de volksgezondheid. Ook de minister van VWS onderkent de meerwaarde van alternatieven voor een formeel rookverbod. In de toelichting op het voorstel tot wijziging van de Tabaks- en rookwarenwet om het reclameverbod aan te scherpen (TK 2019-2020, 35504, nr. 3) staat hierover het volgende:

Er kunnen verschillende maatregelen genomen worden om delen van de openbare buitenruimte rookvrij te maken, bijvoorbeeld door middel van het aanwijzen en instellen van rookvrije zones, al dan niet rondom een plek of gebouw die al rookvrij is. Hierbij is een onderscheid te maken tussen het instellen van rookvrije zones met feitelijke, informele maatregelen, het instellen van rookvrije zones met behulp van huisregels en het opnemen van rookverboden in decentrale verordeningen.

In de afgelopen jaren hebben beheerders van kinderboerderijen, sportverenigingen en speeltuinen allerlei plaatsen in de openbare ruimte «rookvrij verklaard» vanuit het streven naar een rookvrije generatie. Met duidelijke communicatie en het plaatsen van borden waarop is aangegeven dat een buitenruimte rookvrij is, kan op een informele wijze feitelijk een rookvrije zone worden ingesteld. De bebording geeft een aanleiding om een roker aan te spreken op zijn gedrag en hem te vragen of hij elders kan roken. Hierdoor ontstaat een rookvrije zone, die mogelijk leidt tot een nieuwe sociale norm. De handhaving van deze maatregel vindt eveneens informeel plaats.

Ook kan het huisrecht of eigendomsrecht als vertrekpunt gebruikt worden voor het instellen van rookvrije zones. Als de buitenruimte eigendom is van de provincie of de gemeente kan via een huisreglement een rookvrije zone ingesteld worden en kan dit vervolgens met bebording worden aangegeven. De handhaving van de huisregels bestaat bijvoorbeeld uit het aanspreken van rokers met het verzoek om niet in de aangegeven zone te roken of het ontzeggen van toegang tot die ruimte.

Bovendien is het de vraag welk publiek belang met een rookverbod op bepaalde plaatsen wordt gediend. Kritisch hierover is prof. mr. J.M.H.F. Teunissen in: Rookvrije gemeenten, Gst. 2018/119, 14-09-2018. Hij stelt:

Volgens het in 1859 door John Stuart Mill geformuleerde schadebeginsel – ook bekend als ‘anti-paternalisme beginsel’ – zijn gedragsbeperkingen alléén te rechtvaardigen als anderen schade ondervinden.

Roken op straat veroorzaakt hooguit kortstondige hinder voor passanten. Dan is een verbod op barbecueën en op houtkachelgebruik, die voor omwonenden overlast veroorzaakt die niet slechts

kortstondig is en waaraan omwonenden zich (in en bij hun eigen woning!) moeilijk kunnen onttrekken, beter te rechtvaardigen.

Maar weggegooide peuken veroorzaken toch troep? Dan is een verbod op het op straat nuttigen van frites en snacks en drinken uit drankblikjes e.d. en op het wandelen met een hond beter te rechtvaardigen. Achteloos weggegooid verpakkingen en niet-opgeruimde bolussen veroorzaken veel meer afval.

2. Is een rookverbod op bepaalde plaatsen in strijd met de Tabaks- en rookwarenwet?

Hierover zijn de meningen al langere tijd verdeeld. Bij het voorstel tot wijziging van de Tabaks- en rookwarenwet om het reclameverbod aan te scherpen (TK 2019-2020, 35504, nr. 3) heeft de Afdeling advisering van de Raad van State uiteengezet waarom gemeenten wel de bevoegdheid hebben om bij verordening regels te stellen over rookverboden. De minister van VWS heeft deze uitleg ten overvloede in de toelichting op het wetsvoorstel herhaald.

Uit de toelichting blijkt dat gemeenten een rookverbod op bepaalde plaatsen in de openbare ruimte kunnen instellen (bijvoorbeeld op een plein voor een ziekenhuis, voor zover dat openbare ruimte betreft) als aanvulling op de rookverboden bedoeld in artikel 10 van de Tabaks- en Rookwarenwet. Een gemeente kan echter niet het roken in de open lucht in of aan de gebouwen en inrichtingen die zijn genoemd in artikel 10 van de wet (bijvoorbeeld een dakterras) verbieden. Een dergelijke regeling zou artikel 10 van de wet in combinatie met artikel 6.2 van het Tabaks- en rookwarenbesluit doorkruisen.

De memorie van toelichting op het betrokken wetsvoorstel luidt als volgt:

Provincies en gemeenten zijn op grond van artikel 145 van de Provinciewet en artikel 149 van de Gemeentewet bevoegd regels te stellen inzake hun huishouding: de autonome verordenende bevoegdheid. Provinciale staten en de gemeenteraad stellen de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke verordeningen vast. Deze bevoegdheid is nadrukkelijk niet beperkt tot specifieke beleidsterreinen, maar is tegelijkertijd niet onbegrensd. Zo mogen provinciale en gemeentelijke verordeningen die zien op hetzelfde onderwerp als in een hogere regeling alleen worden vastgesteld indien die verordeningen niet in strijd zijn met die hogere regeling en die hogere regeling niet doorkruisen. Uit vaste jurisprudentie vloeit voort dat sprake is van strijd indien de hogere regeling de onderwerpen waarop die hogere regeling ziet uitputtend heeft beoogd te regelen.

De regering heeft met de Tabaks- en rookwarenwet en het onderliggende besluit de regels omtrent rookverboden – al dan niet in de openbare buitenruimte – niet uitputtend beoogd te regelen. Artikel 10, eerste lid, van de wet noemt in welke gebouwen, inrichtingen en vervoersmodaliteiten rookverboden moeten worden ingesteld, bijvoorbeeld om werknemers te beschermen. In artikel 10, tweede lid, is een grondslag gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur beperkingen en uitzonderingen te regelen. Artikel 6.2 van het besluit, dat gebaseerd is op artikel 10, tweede lid, van de wet, regelt dergelijke uitzonderingen. In artikel 6.2 van het besluit is ook «open lucht» genoemd als een uitzondering. Artikel 6.2 van het besluit dient in samenhang te worden gelezen met artikel 10 van de wet. Dat betekent dat de genoemde uitzonderingen terugslaan op de open lucht in of aan de gebouwen en inrichtingen die zijn genoemd in artikel 10 van de wet. Dit kan bijvoorbeeld een niet overdekt dakterras op een gebouw of een binnenplaats in een inrichting zijn. In die open lucht hoeft het rookverbod bedoeld in artikel 10 van de wet, niet te worden ingesteld.

Nu de «open lucht», genoemd in het besluit, enkel is geregeld voor zover die open lucht samenhangt met de gebouwen en inrichtingen waar een rookverbod moet gelden, is duidelijk dat de tabaks- en rookwarenregelgeving geen regels over de open lucht in het algemeen bevat, en daarmee ook geen regels over de open lucht in de openbare ruimte. Noch bevat het artikel een opsomming van plekken waar geen rookverbod zou mogen gelden. Artikel 10 van de wet is

daarmee niet uitputtend. Dat heeft twee gevolgen voor decentrale overheden: 1) Eventuele regels van decentrale overheden kunnen het roken in de buitenlucht bij een gebouw dat is genoemd in artikel 10 van de wet (bijvoorbeeld een dakterras) niet verbieden. Een dergelijke regeling zou artikel 10 van de wet in combinatie met artikel 6.2 van het besluit doorkruisen. 2) Regels van decentrale overheden die een plaatselijk rookverbod in de open lucht in de openbare ruimte inhouden (bijvoorbeeld op een plein voor een ziekenhuis, voor zover dat openbare ruimte betreft) kan een aanvulling zijn op de rookverboden als bedoeld in artikel 10 van de wet.

3. Zou het verbod leiden tot een ontoelaatbare inperking van het vrij verkeer van goederen?

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de verduidelijking van de rookverboden in de Tabakswet, met inbegrip van een algemeen rookverbod in de horeca (TK 2013-2014, 33791, nr. 3) stond over de maatregelen van de rijksoverheid al het volgende:

Artikel 34 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (hierna: 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 (een algemeen rookverbod in de horeca), zo die al handelsbelemmerend zou zijn, geschikt en gerechtvaardigd met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, een en ander overeenkomstig artikel 36 van het 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.

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.

Gemeenten dienen zelf te beoordelen en te motiveren waarom een eventueel rookverbod op bepaalde plaatsen ook niet in strijd zou zijn met het vrij verkeer van goederen (artikel 34 VWEU). Het gaat dan vooral om de vraag of een dergelijk verbod noodzakelijk en proportioneel is.

4. Is een rookverbod op bepaalde plaatsen handhaafbaar?

Gehandhaafd wordt het 'bij of krachtens een wettelijk voorschrift bepaalde'. Regelgeving wordt niet willekeurig, maar met een bepaald (beleids)doel opgesteld. Bij het opstellen van regels, is het voor de handhaving bevorderlijk om vooraf een handhaafbaarheidstoets uit te voeren. Een handhaafbaarheidstoets is een middel om bedoelde en onbedoelde gevolgen van het beleid en/of de regelgeving in kaart te brengen.

Specifiek voor de handhaving gaat het dan om het in kaart brengen van de aard en de aanwezige kennis van de doelgroep, de kans op 'spontane' naleving en de gevolgen van de ontwerpregelgeving voor de handhavingsinzet en de handhavingsbehoefte. Ook het oordeel van de uitvoerende diensten over uitvoerbaarheid en handhavingsmogelijkheden is van belang. Andere gevolgen, zoals het aantal te verwachten bezwaarschriften, moeten in kaart worden gebracht met daarbij een inschatting van de benodigde capaciteit.

Meer informatie over handhaving en handhaafbaarheid vindt u in onze handleiding '[Handhaving voor en door gemeenten](#)'.

VNG, 24 juli 2020