

1. Introductie

In april 2018 is de 'Notitie rookvrije openbare ruimte' opgesteld door Van Benthem & Keulen*. Het wettelijk instrumentarium voor gemeenten om de openbare ruimte rookvrij te maken is sindsdien nauwelijks veranderd. Deze geactualiseerde notitie volgt dan ook dezelfde lijnen als de notitie uit 2018. Wel heeft zich sindsdien een aantal ontwikkelingen voorgedaan. In paragraaf 3 gaan wij in op deze ontwikkelingen. Vervolgens bespreken wij het huidige, geactualiseerd instrumentarium (paragraaf 4) en het toekomstig instrumentarium na inwerkingtreding van de Omgevingswet (paragraaf 5). In een apart document beantwoorden wij de veelgestelde vragen.

2. Het onderscheid tussen rookverboden en rookvrije zones

Voor deze notitie is het van belang een onderscheid te maken tussen de begrippen 'rookverbod' en 'rookvrije zone'. Beiden maken het mogelijk om delen van de openbare (buiten)ruimte rookvrij te maken.

Met een **rookverbod** wordt een wetmatige maatregel bedoeld, waarvan de handhaving op formele wijze plaatsvindt.

Een **rookvrije zone** wordt (feitelijk) op informele wijze ingesteld. Hierbij kan gedacht worden aan duidelijke communicatie en het plaatsen van borden waarop is aangegeven dat een buitenruimte rookvrij is. De bebording geeft 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. Ook de handhaving van de maatregel vindt dus informeel plaats.

3. Ontwikkelingen

Op 23 november 2018 is tussen de Rijksoverheid en een zeventigtal maatschappelijke organisaties het Nationaal Preventieakkoord gesloten.¹ In het Nationaal Preventieakkoord staan maatregelen voor een rookvrije generatie in 2040. Deze maatregelen houden onder meer in dat vanaf het schooljaar 2020/2021 alle schoolterreinen rookvrij zijn, in 2020 alle kinderboerderijen, kinderopvanglocaties en speeltuinen en in 2025 alle zorginstellingen en (nagenoeg) alle sportverenigingen.

Voor schoolterreinen geldt inmiddels – per 22 juni 2020² – een rookverbod (artikel 10, lid 1, sub d, Tabaks- en rookwarenwet (hierna: 'Tabakswet') en artikel 6.4, lid 1, Tabaks- en rookwarenbesluit, (hierna: 'Tabaksbesluit')).

Daarnaast is de Tabakswet en aanverwante regelgeving na 2018 op enkele punten aangescherpt. In 2020 is bijvoorbeeld de definitie van 'rookverbod' uitgebreid (zoals is opgenomen in artikel 1 Tabakswet en als bedoeld is in artikel 10 Tabakswet). Onder 'rookverbod' valt nu ook de e-sigaret en tabaksproducten die anders dan door roken worden geconsumeerd.³ Sinds 1 juli 2021 zijn de rookruimtes in (semi-)publieke en openbare gebouwen bovendien verboden.⁴ Deze waren eerder als uitzondering op het rookverbod toegestaan. Met ingang van 1 januari 2022 geldt dit verbod ook voor rookruimtes in het bedrijfsleven (artikel 7.3 van het Tabaksbesluit).⁵ Rookruimtes in de horeca werden naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad van 27 september 2019⁶ per direct verboden.⁷

Tot slot heeft de wetgever in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot 'wijziging van de Tabaks- en rookwarenwet om het reclameverbod aan te scherpen' de bevoegdheden van decentrale overheden voor rookverboden duidelijker omschreven.⁸ Dit is relevant voor gemeenten bij het instellen van rookvrije openbare ruimtes. Onder paragraaf 3.1 gaan wij hier nader op in.

* Advocatenkantoor Van Benthem & Keulen leverde de juridische inhoud voor deze notitie.

1: Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/convenanten/2018/11/23/nationaal-preventieakkoord>. En: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2018/2019, 32793, nr. 339

2: *Stb.* 2020, 218

3: *Stb.* 2020, 154 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2019/2020, 35321, nr. 3

4: *Stb.* 2021, 25. Zo is artikel 6.2, lid 1, sub b Tabaksbesluit gewijzigd vastgesteld en zijn de artikelen 6.2 en 6.3 Tabaksbesluit vervallen. Het gewijzigde artikel 7.3 Tabaksbesluit vormt tot 1 januari 2022 een uitzondering voor de gevallen als bedoeld in artikel 10, lid 1, sub c Tabakswet

5: Zie ook: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/10/06/aanbiedingsbrief-ontwerpbesluit-wijziging-tabaks-en-rookwarenbesluit-rookruimtes>

6: HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, O&A 2019/70 (*Clean Air Nederland/Staat*)

7: Handhaving van het rookverbod in de horeca zou starten per 1 april 2020, maar de inspecties daarop door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) zijn vanwege de sluiting van de horeca als gevolg van het coronavirus tot nader order uitgesteld

8: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2019-2020, 35504, nrs. 2 en 3

4. Huidig instrumentarium

Wij zien vier instrumenten waarmee gemeenten op dit moment invloed kunnen uitoefenen op roken in de openbare ruimte, namelijk de gemeentelijke verordening (paragraaf 4.1), subsidiebeleid (paragraaf 4.2), bestemmingsplanologie (paragraaf 4.3) en eigenaarschap (paragraaf 4.4).

4.1 Gemeentelijke verordening

De overheid gaat over de inrichting, het beheer en het gebruik van de openbare ruimte. Hierover kan de gemeenteraad regels vastleggen in een gemeentelijke verordening, als de gemeente deze regels in het belang van de gemeente nodig oordeelt. Een voorbeeld is de Algemene Plaatselijke Verordening (hierna: 'APV') (artikel 147 lid 1 en 149 Gemeentewet). Wel zijn er grenzen aan de mogelijkheid van een gemeente om verbodsbepalingen in een gemeentelijke verordening op te nemen. Wij benoemen deze grenzen hieronder.

- **Private sfeer.** Wanneer een regel onnodig ingrijpt in de private sfeer, kan de rechter de betreffende bepaling uit de verordening onverbindend verklaren. Tot dit oordeel kwam de Hoge Raad bij een bepaling uit de verordening van de gemeente Wilnis, dat over een verbod op vissen in openbare wateren ging.⁹
- **Hogere wet- of regelgeving.** Indien een bepaling in een hogere wet uitputtend is bedoeld, hebben gemeenten niet de bevoegdheid deze bepaling door middel van regels in een gemeentelijke verordening aan te vullen. Is de bepaling in de hogere wet niet uitputtend bedoeld, dan is er voor gemeenten wel ruimte om bij gemeentelijke verordening de hogere wet aan te vullen. Een voorwaarde is wel dat de gemeentelijke verordening de hogere wet niet mag doorkruisen.¹⁰ Met andere woorden: gemeenten kunnen in de gemeentelijke verordening regels stellen voor onderwerpen waarin hogere wet- of regelgeving niet al uitputtend in voorziet (zoals de [Tabakswet](#) of een provinciale verordening), maar die regels mogen niet in strijd zijn met deze hogere wet- of regelgeving (artikel 121 Gemeentewet).

Er is sprake van dezelfde onderwerpen als zowel de genormeerde gedraging als het motief van de regeling gelijk zijn. In de rechtspraak is bepaald dat zolang een regel in de APV een ander motief heeft dan de hogere wet, er in principe geen sprake is van strijdigheid met de hogere wet.¹¹

In een gemeentelijke verordening is geen ruimte voor verbods- en strafbepalingen die voorschriften uit een hogere wet herhalen. Het maakt niet uit welk motief hieraan ten grondslag ligt. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak) in 2011 dat de gemeente Amsterdam een plaatselijk blowverbod niet via de APV mag regelen, omdat het verbod al in een hogere formele wet (de Opiumwet) is geregeld.¹²

Hoe zit dit met de [Tabakswet](#) en aanverwante regelingen? In artikel 10 Tabakswet is een rookverbod opgenomen voor gebouwen, inrichtingen en vervoersmodaliteiten genoemd in het eerste lid. De buitenruimte, ofwel 'open lucht' behorend tot gebouwen, inrichtingen en vervoersmodaliteiten, valt daar niet onder (bepaalt het tweede lid in combinatie met artikel 6.2, lid 1, sub b Tabaksbesluit.¹³). De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling advisering) bevestigt in haar advies op 14 mei 2020 op het wetsvoorstel tot 'wijziging van de Tabaks- en rookwarenwet om het reclameverbod aan te scherpen, dat artikel 10 Tabakswet niet uitputtend is bedoeld.¹⁴ Kortom, in een gemeentelijke verordening kunnen de rookverbodenuit artikel 10 Tabakswet worden aangevuld. Tevens geeft de Afdeling advisering aan dat de Tabakswet geen regels stelt over het roken in de openbare ruimte en daar ook niet uit blijkt dat restricties aan roken in de openbare ruimte ontoelaatbaar zijn.

9: HR 13 februari 1922, NJ 1922 (*Wilnisser Visser*). In dit arrest werd door de Hoge Raad geoordeeld dat een verbod op vissen in openbare wateren niet in de gemeentelijke verordeningsoverbevoegdheid past.

10: Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1980, NJ 1981, 171 (*APV Schiermonnikoog*) waarin de Hoge Raad overwoog dat dezelfde regel van toepassing is voor een later ingevoerde verordeningsoverbevoegdheid. In de laatstgenoemde zaak oordeelde de Hoge Raad dat de verordeningsoverbevoegdheid de hogere wet doorkruist.

11: Zie bijvoorbeeld HR 4 maart 1952, NJ 1952, 356 (*Emmense Baliekluiers*). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de (eerder ingevoerde) lagere verordeningsoverbevoegdheid niet komt te vervallen indien de gemeentelijke wetgever met deze bepaling een ander motief beoogt dan de (later ingevoerde) hogere regelgeving. Zie ook ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY7985, *M en R* 2013/106, m.nt. C.J. Bastmeijer (*Landschapsmonument De Biltse Duinen*), r.o. 6.1 en 6.2.

12: ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, r.o. 2.3.

13: Artikel 10, lid 2a, Tabakswet bevat de uitzondering op deze hoofdregel. Bij AMvB is het mogelijk om een rookverbod te verplichten op terreinen rond onderwijsinstellingen.

14: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2019-2020, 35504, nr. 4, p. 5 e.v.

Juridische notitie rookvrije openbare ruimtes

Daardoor is er met een gemeentelijk rookverbod in de openbare ruimte vooropgesteld geen sprake van dezelfde genormeerde gedraging. Ook kan er geen sprake zijn van doorkruising van de hogere Tabakswet. Tot slot geeft de Afdeling advisering aan dat lokale rookverboden op gemeenteniveau meer voor de hand liggen dan rookverboden in provinciale verordeningen.

De [Tabakswet](#) laat dus ruimte voor de gemeenteraad om rookverboden in de openbare ruimte via een gemeentelijke verordening in te stellen, zolang deze rookverboden niet de locaties betreffen waar de Tabakswet en aanverwante regelgeving al rookverboden regelen. Hierbij dient de gemeente rekening te houden met juridische randvoorwaarden: in het bijzonder moet een dergelijk rookverbod proportioneel zijn.¹⁵ Het bevoegd gezag dient dit bij het nemen van het besluit te motiveren.

Voorbeelden

De gemeenteraad van **Groningen** heeft in 2018 in haar APV opgenomen dat de gemeente binnen haar gemeentegrenzen openbare zones kan aanwijzen waar een verbod geldt 'hinderlijke rookgassen te verspreiden'.¹⁶ Een rechthebbende van een gebouw met een publieke/openbare functie kan vervolgens een verzoek indienen bij het college van burgemeester en wethouders tot het aanwijzen van een dergelijke zone. Op deze manier zijn al de hoofdingang van het Universitair Medisch Centrum Groningen (UMCG), het plein voor de Hanzehogeschool en bij het Alfa-college als rookvrije zones aangewezen.

De gemeente vindt de bepaling in de APV niet in strijd met de Tabakswet, omdat de bepaling niet hetzelfde onderwerp regelt als artikel 10 Tabakswet. Ten eerste richt het verbod zich op 'hinderlijke rookgassen', daaronder vallen ook uitlaatgassen van bijvoorbeeld scooters, en niet alleen op het tegengaan van tabaksrook. Ten tweede is het motief van de bepaling 'hinder' in plaats van 'gezondheid', wat het geval is bij artikel 10 Tabakswet.¹⁷ Op deze manier reguleert de bepaling een andere genormeerde gedraging en heeft het een ander motief dan artikel 10 Tabakswet.

Ook de gemeente **Leiderdorp** heeft een verbod op de verspreiding van hinderlijke rookgassen in aangewezen gebieden opgenomen in haar APV.¹⁸ De gemeente Leiderdorp heeft daarbij ook opgenomen dat het 'verboden [is] te roken op schoolpleinen, kinderspeelplaatsen en andere door het college aan te wijzen plaatsen'. Sinds 22 juni 2020¹⁹ geldt een landelijk rookverbod voor schoolpleinen (artikel 10, lid 1, sub d, Tabakswet jo. artikel 6.4, lid 1, Tabaksbesluit). Dit heeft tot gevolg dat gemeenten hierover geen eigen regels meer kunnen opstellen.

De gemeente **Dordrecht** heeft in haar APV opgenomen dat het verboden is te roken in de open lucht op een openbare plaats die op minder dan twee meter afstand is gelegen van het terrein van een speeltuin of van een school.²⁰ Met deze bepaling wordt voorkomen dat direct buiten het hek en bij de ingang van het schoolterrein of de speeltuin wordt gerookt. Deze bepaling doorkruist de Tabakswet niet, doordat het ziet op plaatsen waarover de Tabakswet geen regels stelt. In het tweede lid van het artikel is opgenomen dat het verbod niet van toepassing is op gevallen waarin de Tabakswet voorziet.

De gemeente **Schouwen-Duiveland** heeft een stuk openbaar strand nabij Renesse rookvrij gemaakt. Het gaat hier om een bewustwordingscampagne door middel van borden en onderlinge controle. Het streven van de gemeente is om het verbod formeel te regelen in de APV.

¹⁵: Daarnaast moet het rookverbod handhaafbaar zijn. Overigens: het bevoegd gezag is verplicht het rookverbod te handhaven, ook al is handhaven niet gemakkelijk. Zie: CBb 4 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:629, Gst. 2019/104 (rookverbod overdekt winkelcentrum Liesveld)

¹⁶: Artikel 2:51 APV Groningen 2021 (zie: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR646003>)

¹⁷: Zie de toelichting bij het raadsvoorstel: <https://rookvrijgeneratie.nl/wp-content/uploads/2019/02/Wijziging-APV-Verbodrookgassen.pdf>

¹⁸: Artikel 2:48b APV Leiderdorp 2020 (zie: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR647349/1>)

¹⁹: Stb. 2020, 218

²⁰: Artikel 5:37A APV Dordrecht (zie: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR337918/13>)

4.2 Subsidiebeleid

Gemeenten kunnen als subsidieverstrekker onder omstandigheden en voor bepaalde subsidieverstrekkings in principe ook voorwaarden aan een subsidieverlening verbinden. Dit houdt in dat de subsidieontvanger een bepaald (anti)rookbeleid voert. In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat subsidievoorwaarden moeten voldoen aan de vereisten uit de artikelen 4:37 tot en met 4:39 Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb'). Zo kan de subsidieverstrekker de ontvanger alleen verplichtingen opleggen die verband houden met de in de Awb genoemde doelstellingen in artikel 4:37, lid 1, sub a tot en met h. Denk hierbij aan de aard en omvang van de activiteit waarvoor de subsidie wordt verleend (artikel 4:37, lid 1, sub a Awb). De subsidieverstrekker kan de subsidieontvanger ook andere verplichtingen opleggen om het subsidiedoel te realiseren (artikel 4:38, lid 1, Awb). De verplichtingen die het realiseren van het subsidiedoel tot gevolg hebben, kunnen alleen aan de subsidie worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald (artikel 4:39, lid 1, Awb).

Voor een antirookvoorwaarde kan discussie ontstaan over de aanvaardbaarheid van de voorwaarde als het gaat om (bovenvermelde) eisen die de Awb daaraan stelt. Toch zien wij ook hier ruimte voor het stellen van dergelijke voorwaarden als het gaat om subsidies die de inrichting van de openbare ruimte raken (zoals subsidies voor het realiseren van trapveldjes, speeltuinen, etc.).

Voorbeelden

Een voorbeeld van het realiseren van een anti-rookbeleid via subsidievoorwaarden zien we in de gemeente **Amsterdam**, die scholen een subsidie verstrekt heeft voor het inrichten van nieuwe schoolpleinen, onder de voorwaarde dat het schoolplein rookvrij wordt gehouden.²¹ Er is ons tot op heden niets bekend waaruit blijkt dat het stellen van subsidievoorwaarden bij deze categorieën van subsidieverleningen onrechtmatig of onaanvaardbaar is.

De gemeente **Helmond** verstrekt een zogenoemde waarderingssubsidie (eenmalige cheque van 1.000 euro) voor rookvrije sportparken, speeltuinen en wijkhuizen.²² Eén van de voorwaarden voor het verkrijgen van de subsidie is dat het volledige terrein rookvrij is, inclusief (voor) de ingang van de accommodatie.

De gemeente **Utrecht** onderzoekt of via subsidieverstrekkings aandacht kan worden gevraagd voor het rookvrij laten opgroeien van kinderen.²³ Op dit moment dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag aan te geven hoe omgegaan wordt met rookvrij spelen in de beheerde speeltuin.²⁴

21: Zie: https://www.amsterdam.nl/veelgevraagd/?productid=%7BCC5C2410-DDF4-48BF-91AE-662DF7443914%7D#case_%7BB97CF210-47B9-4C46-8FFC-CECEA2DF4EDC%7D

22: Zie: <https://www.helmond.nl/subsidie-rookvrij>

23: Zie: <https://www.utrecht.nl/nieuws/nieuwsbericht-gemeente-utrecht/terreinen-utrechtse-zwembaden-rookvrij/>

24: Zie: <https://pki.utrecht.nl/Loket/product/74bebdfa489879f49c5414f8f6e17aca>

4.3 Bestemmingsplanologie

Gezondheid is een belang dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan kan worden meegewogen.²⁵

Voorwaarde is dat een link kan worden gelegd naar de ruimtelijke relevantie. Een gemeente kan op de volgende manieren een anti-rookbeleid realiseren in het bestemmingsplan:

- **Verbodsbepaling.** De gemeente kan in een bestemmingsplan een verbodsbepaling opnemen. Dit betekent dat er op de plek van de aangeduide bestemmingen niet mag worden gerookt. Dit onder de voorwaarde dat de verbodsbepaling ruimtelijk relevant is (artikel 3.1 lid 1 Wet ruimtelijke ordening).²⁶ De gemeenteraad bezit beleidsvrijheid bij zijn afweging om tot de invulling van een bestemming te komen. Wanneer er beroepsgronden tegen het planonderdeel worden aangevoerd, bestaat het risico dat de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt stelt dat het plan voor de goede ruimtelijke ordening strekt.²⁷ Dit risico bestaat ook voor planonderdelen waarbij alleen gezondheidsmotieven een rol spelen. Het komt neer op de motivering van het planonderdeel: vanwege geluidsoverlast kan een zware horecacategorie wel worden geweerd; vanwege alleen een gezondheidsargument lijkt daarvoor minder snel ruimte.
- **Voorwaardelijke verplichting.** Het bestemmingsplan mag alleen verbodsbepalingen en geen gebodsbepalingen bevatten. Een voorwaardelijke verplichting behoort wel tot de mogelijkheden: de vergunninghouder mag een bestemming alleen realiseren wanneer de geformuleerde maatregel wordt opgevolgd, zoals het verbieden van roken.²⁸ Een dergelijke verplichting moet dan wel in het leven geroepen worden in het kader van een goede ruimtelijke ordening (artikel 3.1, lid 1, Wro). Voor het opleggen van een voorwaardelijke verplichting gelden dus dezelfde kanttekeningen als voor de verbodsbepaling.
- **Grenswaarden.** Geur- en luchtkwaliteit zijn onderwerpen die het bestemmingsplan ook reguleert. Deze onderwerpen kunnen een ingang vormen om de negatieve gevolgen van passief roken bij het bestemmingsplan te betrekken. Voor deze onderwerpen zijn normen opgenomen in bijvoorbeeld het Activiteitenbesluit. Een voorbeeld: het Activiteitenbesluit bevat grenswaarden voor benzeen, koolmonoxide en lood: stoffen die vrijkomen tijdens het roken. Het is goed verdedigbaar dat gemeenten in dit kader ook rekening moeten houden met de gevolgen van het vrijkomen van tabaksrook, aangezien dit gevolgen heeft voor (de overschrijding van) betreffende grenswaarden.²⁹ Wel zijn de gevolgen van het vrijkomen van tabaksrook in intensiteit en duur zeer beperkt. De vraag is of en in hoeverre dit gevolgen heeft voor een mogelijke overschrijding. Toch kan worden betoogd dat gemeenten hiernaar onderzoek moeten verrichten bij het opstellen van een bestemmingsplan (artikel 3.1.6, lid 1, sub d Besluit ruimtelijke ordening jo. artikel 3:2 Awb).
- **Aanvaardbaar woon- en leefklimaat.** Naast het voldoen aan de grenswaarden, dient de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan altijd een aanvaardbaar woon- en leefklimaat en een goede ruimtelijke ordening te waarborgen (artikel 3.1, lid 1, Wro).³⁰ Er is in de rechtspraak een ontwikkeling waarneembaar waarbij gezondheid in toenemende mate een rol speelt bij de vraag of er sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat.

²⁵: H. Doornhof en J.C. van Oosten, 'Ontwikkelingen ruimtelijk ordeningsrecht 2015', BR 2016/26. Zie ook: ABRvS 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3335 (*Buitengebied Bernheze*), r.o. 5.4

²⁶: Zie JM 2014/910, waaruit blijkt dat de lijn van de Afdeling over het algemeen is dat zij, in het kader van veehouderijen in relatie tot volksgezondheidsaspecten in het bestemmingsplan, vasthoudt aan de aanvullende rol van de ruimtelijke ordening bij volksgezondheidsbelangen

²⁷: Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:85, waarin de Afdeling een planvoorschrift, inhoudende een voorwaardelijke verplichting tot het toepassen van een certificeringssysteem voor duurzame veehouderij bij stallen, vernietigde omdat zij dit niet ruimtelijk relevant achtte

²⁸: Zie JM 2014/910 waarin de auteur betoogt dat het mogelijk is om in een bestemmingsplan regels op te nemen in het belang van volksgezondheid. Dit zou een planregel kunnen zijn in de vorm van een verbodsbepaling, maar onder omstandigheden ook een planregel in de vorm van een voorwaardelijke verplichting

²⁹: Zie <https://www.trimbos.nl/actueel/blogs/blog/rookvrije-treinperrons-zijn-het-volgende-station-op-weg-naar-een-rookvrijesamenleving>

³⁰: Zie bijvoorbeeld de uitspraak ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1601

Juridische notitie rookvrije openbare ruimtes

Dit blijkt bijvoorbeeld uit de volgende twee uitspraken van de Afdeling:

- In 2016 oordeelde de Afdeling dat *'niet gebleken [is] dat de raad in het licht van een goede ruimtelijke ordening onvoldoende gewicht heeft toegekend aan het belang van de volksgezondheid'*.³¹ Negatieve effecten op de gezondheid van omwonenden hebben dus invloed op het woon- en leefklimaat en kunnen in dat opzicht ruimtelijk relevant zijn.³² Er bestaat dus mogelijk ook ruimte om regels over roken in het bestemmingsplan op te nemen.
- De Afdeling oordeelde in 2014 dat het laten voortbestaan van een bestaande historisch gegroeide situatie, onder omstandigheden in strijd kan zijn met een goede ruimtelijke ordening. *'Dit is met name het geval indien de gezondheid van omwonenden niet kan worden gegarandeerd'*.³³ De verwachting is dat de bestuursrechter het criterium aanvaardbaar woon- en leefklimaat, anticiperend op de Ow, ruimer gaat uitleggen.

Samenvattend zien wij reële mogelijkheden om via bestemmingsplanologie anti-rookbeleid te voeren. Het is in ieder geval verdedigbaar dit aspect onder het criterium aanvaardbaar woon- en leefklimaat te laten vallen. In de toekomst zien wij onder de nieuwe Omgevingswet ruimere mogelijkheden.

4.4 Eigenaarschap

De overheid is eigenaar van veel (openbare) ruimte, grond en vastgoed. Vanuit die rechtspositie is een eigenaar in principe vrij van zijn of haar eigendom gebruik te maken en voor anderen te bepalen hoe zijn of haar eigendom wordt gebruikt (artikel 5:1, lid 1, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW)). De eigenaar kan vanuit die positie overgaan tot het instellen van een rookverbod. Dit kan de eigenaar bijvoorbeeld realiseren door in de huur-/erfpacht-/opstalovereenkomst een voorwaarde op te nemen dat roken op het terrein niet is toegestaan, bijvoorbeeld bij een sportvereniging.

De gemeente heeft echter ook een bijzondere positie in het privaatrecht. Het rookvrij maken van de openbare ruimte via het privaatrecht kent voor haar een aantal beperkingen:

- **Onaanvaardbare doorkruising.** Het realiseren van antirookbeleidsdoelstellingen via het privaatrecht mag geen onaanvaardbare doorkruising opleveren van het publiekrecht. Wanneer niet in een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid is voorzien, kan de privaatrechtelijke weg de enige mogelijkheid zijn om een gewenst resultaat te bereiken.³⁴ In paragraaf 3.1 tot en met 3.3 is geconstateerd dat wij in principe drie publiekrechtelijke instrumenten zien waarmee gemeenten antirookbeleidsdoelstellingen kunnen realiseren. Tegelijkertijd kan met het publiekrecht niet in alle gevallen hetzelfde resultaat worden bereikt als met het privaatrecht. Ook de [Tabakswet](#) kent geen verbodsbepaling voor roken in de openbare ruimte.

Wij zien op voorhand geen onaanvaardbare doorkruising, indien de gemeente gebruikmaakt van haar privaatrechtelijke mogelijkheden als eigenaresse van (openbare) grond en/of vastgoed.

Wel is van belang dat de gemeente bij het gebruik van deze privaatrechtelijke mogelijkheden ook de beginselen van behoorlijk bestuur moet volgen (artikel 3:1, lid 2, Awb jo. artikel 3:14 BW). Met name het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatoir handelen vormen hier een relevant aandachtspunt.

Voorbeelden

De gemeente **Den Haag** geeft aan de huurovereenkomsten met sportverenigingen (in het vervolg) aan te passen zodat daarin is opgenomen dat de sportvereniging rookvrij is.³⁵

31: ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1794, r.o. 9.3, m.nt. D. Roelands-Fransen (StAB 2016/4.14). In haar noot betoogt D. Roelands-Fransen dat het onderwerp gezondheid op steeds meer belangstelling mag rekenen in het omgevingsrecht

32: JM 2014/910

33: ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1085, r.o. 12.4

34: HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, r.o. 3.4 (Windmill)

35: Zie: <https://www.denhaag.nl/nl/in-de-stad/nieuws/pers/haagse-sportverenigingen-en-sportparken-rookvrij-vanaf-1-juli.htm>

5. Toekomstig instrumentarium: Omgevingswet

De verwachting is dat de Omgevingswet (hierna: 'Ow') op 1 juli 2022 in werking treedt. De Ow bevat verschillende aanknopingspunten om het aspect gezondheid te regelen³⁶ en daarmee een rookvrije openbare ruimte te realiseren:

- Als maatschappelijk doel van de wet wordt geformuleerd het *"bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving"* (artikel 1.3, sub a, Ow). Een rookverbod in de openbare ruimte draagt daaraan bij. Het omgevingsplan beperkt zich niet tot ruimtelijk relevante eisen, waardoor het makkelijker is om regels te stellen met het oog op de volksgezondheid.³⁷
- Artikel 1.2, lid 3, sub c Ow bepaalt dat als gevolgen voor de fysieke leefomgeving ook worden aangemerkt *"activiteiten waardoor emissies, hinder of risico's worden veroorzaakt"*. Lid 4 van dit artikel bepaalt dat ook als gevolgen voor de fysieke leefomgeving worden aangemerkt *"gevolgen voor de mens, voor zover deze kan worden beïnvloed door of via onderdelen van de fysieke leefomgeving"*.
- Bij de evenwichtige toedeling van functies aan locaties wordt in ieder geval rekening gehouden met het belang van de bescherming van de gezondheid (artikel 2.1, lid 4, Ow).
- Het Rijk is verplicht bij algemene maatregel van bestuur (hierna: 'AMvB') omgevingswaarden te stellen over het beschermen van de gezondheid en het milieu (artikel 2.15, lid 1, aanhef en onder sub a Ow). Afdeling 2.2 van het ontwerp Besluit kwaliteit leefomgeving (hierna: 'Bkl') bevat omgevingswaarden over het beschermen van de gezondheid en het milieu en meer specifiek over de kwaliteit van de buitenlucht (paragraaf 2.2.1).
- Het Rijk moet voor het omgevingsplan verplicht instructieregels stellen over het beschermen van de gezondheid (artikel 2.24 jo. 2.28, lid 1, sub c Ow). Deze instructieregels zijn te vinden in het Bkl en richten zich bijvoorbeeld op gemeenten die deze vervolgens in het omgevingsplan moeten opnemen. Het Bkl bevat geen instructieregels over (het terugdringen van) tabaksrook. Wel benoemt het Rijk in de toelichting op het Bkl dat 13% van de totale ziektelast wordt veroorzaakt door roken.³⁸ Ook worden er instructieregels gesteld over luchtkwaliteit, een aspect waar tabaksrook invloed op heeft (paragraaf 5.1.4.1 Bkl).
- De gemeenteraad dient onder de Ow een omgevingsvisie op te stellen (artikel 3.1, lid 1, Ow). Hierin moet ook aandacht worden besteed aan het aspect gezondheid.³⁹
- De gemeenteraad legt in het omgevingsplan regels vast over de fysieke leefomgeving (artikel 4.1, lid 1, Ow). Het in de Ow gehanteerde begrip 'fysieke leefomgeving' is ruimer dan het in de huidige wet gehanteerde criterium 'goede ruimtelijke ordening' (artikel 3.1, lid 1, Wro; zie paragraaf 3.3). Dat heeft naar verwachting tot gevolg dat de gemeenteraad in de toekomst over meer onderwerpen en situaties regels in het omgevingsplan kan opnemen. Bijvoorbeeld over het aspect gezondheid: een aspect dat bovendien expliciet in de wet genoemd wordt.
- Op grond van artikel 4.2 Ow kunnen 'andere regels' worden gesteld met het oog op een evenwichtige functietoedeling. Zo kan roken bij een ziekenhuis worden verboden, omdat de functietoedeling anders niet evenwichtig is. Ook gezien de doelstelling van de Omgevingswet.

Conclusie

De Ow bevat verschillende aanknopingspunten om het aspect gezondheid te regelen en daarmee een rookvrije openbare ruimte te realiseren. Zo wordt als maatschappelijk doel van de wet genoemd het 'in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving' (artikel 1.3, sub a, Ow). Een rookverbod in de openbare ruimte kan daaraan bijdragen. Het omgevingsplan beperkt zich niet tot ruimtelijk relevante eisen, waardoor het mogelijk wordt om regels te stellen met het oog op de volksgezondheid.

36: Kamerstukken II 2013/14, 33 962, 3, p. 283

37: J.R. van Angeren, 'Het omgevingsplan in de Omgevingswet', TO 2016/12

38: NvT Ontwerp Bkl, p. 58

39: NvT Ontwerp Bkl, p. 59