

MEMO

AAN : Jord Bodewitz
VAN : Merel Copier
DATUM : 11 maart 2024
BETREFT : Voorbereidingsbesluit Tabaksspeciaalzaken

Geachte heer Bodewitz,

U heeft mij gevraagd om een memo te schrijven over het 'Voorbereidingsbesluit Tabaksspeciaalzaken' (hierna: *'het voorbereidingsbesluit'*). Het voorbereidingsbesluit is op 8 juni 2023 vastgesteld en luidt:

De raad besluit:

1. Te verklaren dat een bestemmingsplan wordt voorbereid, zoals bedoeld in artikel 3.7, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening ('Voorbereidingsbesluit'), voor de gronden die zijn aangegeven op de kaart met de IMRO-identificatienaam NL.IMRO.0344.VBTABAKSPECZAAK23-VA01;
2. Te bepalen dat het verboden is het feitelijke gebruik van de onder beslispunt 1 aangewezen gronden en bouwwerken met een bestemming of functie die detailhandel toestaat te wijzigen in een tabaksspeciaalzaak;
3. Te bepalen dat het besluit, zoals vervat in de beslispunten 1 en 2, in werking treedt daags na het raadsbesluit.

Het voorbereidingsbesluit heeft betrekking op het hele grondgebied van de gemeente Utrecht en verbiedt het om het feitelijk gebruik van gronden en bouwwerken met een bestemming of functie die detailhandel toestaat te wijzigen in een tabaksspeciaalzaak.

Uit de toelichting op het voorbereidingsbesluit blijkt dat de gemeente Utrecht de vestiging van tabaksspeciaalzaken wil uitsluiten om 'een dienst die nadelig is voor de gezondheid van de inwoners van Utrecht' tegen te houden. Met het voorbereidingsbesluit wordt, blijkens de toelichting daarop, vooruitgelopen op nieuwe landelijke wetgeving. De landelijke wetgeving is er, kort gezegd, mede op gericht dat tabaks- en aanverwante producten steeds minder te koop aangeboden mogen worden: uiteindelijk alleen nog maar in tabaksspeciaalzaken. Er wordt momenteel gestreefd naar een verbod voor supermarkten en horeca-inrichtingen om tabak te verkopen, dat ingaat op 1 juli 2024. Bovendien is in maart 2023 een tweetal moties door de Tweede Kamer aangenomen, waarin het kabinet wordt gevraagd te bezien of, simpel gezegd, gemeenten de mogelijkheid geboden kan worden regels te stellen over tabaksverkooppunten. Zie de volgende passage uit de motie van 8 maart 2023¹:

¹ Kamerstukken II 2022-2023, 32793, nr. 658.

verzoekt de regering een vergunningplicht voor verkooppunten van tabak uit te werken waarbij de gemeente een maximaal aantal verkooppunten per wijk kan hanteren, en de Kamer hierover voor 2024 te informeren,

En de volgende passage uit een andere motie van 8 maart 2023²:

constaterende dat het kabinet wel bereid is om gemeenten handvatten te geven om een gezonde voedselomgeving te creëren, doordat gemeenten in het omgevingsplan regels kunnen gaan stellen om de vestiging van nieuwe ongezonde voedselaanbieders te beperken;

verzoekt het kabinet te onderzoeken op welke manier een optionele bevoegdheid voor gemeenten de vestiging van nieuwe tabakszaken kan beperken en de Kamer hierover te informeren,

In de 'Brief van de staatssecretaris van volksgezondheid, welzijn en sport' van 25 oktober 2023 geeft de staatssecretaris aan eventuele besluiten over aanvullende maatregelen in het licht van de moties aan een volgend kabinet over te laten (in verband met de demissionaire status van het kabinet).

Er wordt gevreesd voor een sterke groei van het aantal tabaksspeciaalzaken als tabak niet meer in (onder andere) supermarkten verkocht mag worden. Met het voorbereidingsbesluit wordt, volgens de toelichting daarop, beoogd te voorkomen dat nieuwe tabaksspeciaalzaken worden geopend en dat supermarkten het verbod om tabakswaaren te verkopen omzeilen door een tabaksspeciaalzaak te openen op een locatie waar detailhandel is toegestaan.

Tegen de achtergrond van het voorgaande wilt u een antwoord op de volgende vragen:

- a. Bieden de Wet ruimtelijke ordening (oud) en de Crisis- en herstelwet (oud) een grondslag om de verkoop van tabak te reguleren?
- b. Hoe zit dat onder de Omgevingswet?
- c. Biedt het voorbereidingsbesluit een handhavingsgrondslag, mede in het licht van het stilvallen van de stappen die het rijk heeft gezet om gemeenten een juridisch instrumentarium te bieden om de verkoop van tabak te reguleren?
- d. Is het verstandig om een nieuw voorbereidingsbesluit te nemen?
- e. Wat moet er op nationaal niveau geregeld worden zodat de gemeente Utrecht de mogelijkheid heeft om tabaksspeciaalzaken te verbieden?

Hierna tref je mijn bevindingen aan.

² Kamerstukken II 2022-2023, 32793, nr. 667.

a. Regulering tabaksspeciaalzaken met Wro- en Chw-instrumentarium

Volgens de inmiddels vervallen Wet ruimtelijke ordening (hierna: 'de Wro') stelt de gemeenteraad ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening bestemmingsplannen vast. Dat stond in artikel 3.1 lid 1 van de Wro (oud):

"De gemeenteraad stelt voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Deze regels betreffen in elk geval regels omtrent het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken. Deze regels kunnen tevens strekken ten behoeve van de uitvoerbaarheid van in het plan opgenomen bestemmingen, met dien verstande dat deze regels ten aanzien van woningbouwcategorieën uitsluitend betrekking hebben op percentages gerelateerd aan het plangebied." [onderstreping MC]

Uit het criterium van een goede ruimtelijke ordening werd afgeleid dat in het bestemmingsplan alleen maar ruimtelijk relevante regels mochten worden vastgelegd. Regels die niet nodig zijn in het belang van een goede ruimtelijke ordening en derhalve niet ruimtelijk relevant zijn, zijn niet toegelaten.³ In het algemeen geldt in het bestuursrecht dat een bestuursorgaan een bevoegdheid alleen mag aanwenden met het oog op het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven.⁴

In een voorbereidingsbesluit verklaart de gemeenteraad dat een bestemmingsplan wordt voorbereid (artikel 3.7 lid 1 van de Wro). Een voorbereidingsbesluit voorkomt dat, vooruitlopend op de inwerkingtreding van een bestemmingsplan, het gebied waarop het betrekking heeft minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van de bestemming(en) die het vast te stellen bestemmingsplan aan het betreffende gebied toekent. In het voorbereidingsbesluit kan een gebruiksverbod vastgelegd worden (artikel 3.7 lid 4 van de Wro), waarmee wordt voorkomen dat gebruik wordt aangevangen dat onder het nieuwe planologische regime niet gewenst is.

De hamvraag is of een regel inhoudende een verbod op de vestiging van tabaksspeciaalzaken nodig is in verband met een goede ruimtelijke ordening en dus ruimtelijk relevant is.

Op zichzelf is het toelaten of verbieden van specifieke detailhandelsfuncties ruimtelijk relevant, zodat daarover een regeling in het bestemmingsplan getroffen kon worden.⁵ De ene detailhandelsfunctie is immers de andere niet wat betreft de daarmee gepaard gaande ruimtelijke gevolgen. Zo wijs ik er ter illustratie op dat een supermarkt een (veel) hogere parkeerbehoefte en dus verkeersgeneratie genereert dan een bakkerij. Vanwege dat verschil in ruimtelijke gevolgen kan het vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening gewenst zijn om een

³ Zie bijvoorbeeld: AbRS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:705. Zie voor veel meer voorbeelden: Tekst & Commentaar bij artikel 3.1 van de Wro.

⁴ Zie artikel 3:3 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁵ Zie recentelijk bijvoorbeeld: AbRS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:182.

supermarkt op een bepaalde locatie te verbieden. Een bakkerij kan op diezelfde locatie goed ruimtelijk inpasbaar zijn. Ook valt te denken aan het gemeentebreed verbieden van flitsbezorgdiensten, vanwege de daarmee gepaard gaande ongewenste ruimtelijke gevolgen.⁶

Wel is bij het beperken van detailhandelsvormen in het bestemmingsplan sprake van een brancheringsregeling, waarbij aan de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt zal moeten worden voldaan.⁷ Deze eisen houden in dat de planregeling niet in strijd met het discriminatieverbod mag zijn, en dat moet worden voldaan aan de voorwaarden van noodzakelijkheid en evenredigheid.⁸

Op zich is het uitsluiten van tabaksspeciaalzaken in het bestemmingsplan dus niet ondenkbaar. De reden voor het uitsluiten van tabaksspeciaalzaken moet echter wel grondslag vinden in de goede ruimtelijke ordening (bijvoorbeeld vanwege de met tabaksspeciaalzaken gepaarde ruimtelijke gevolgen is het ongewenst om deze zaken overal toe te laten). Als ik de toelichting op het voorbereidingsbesluit van de gemeente Utrecht lees, dan lijkt het motief van het besluit niet de regulering met het oog op een goede ruimtelijke ordening te zijn, maar regulering met het oog op de bevordering van de volksgezondheid. Ik lees niets over het tegengaan van de ongewenste ruimtelijke gevolgen die gepaard gaan met het realiseren van tabaksspeciaalzaken. Uit de toelichting blijkt juist dat is beoogd een dienst die nadelig is voor de gezondheid van de inwoners van Utrecht tegen te houden. Daarvoor is het met het oog op het in procedure van een bestemmingsplan genomen voorbereidingsbesluit in mijn optiek niet bedoeld. Onder de werking van de (ook vervallen) Crisis- en herstelwet (hierna: 'de Chw') lag dit niet anders.

De volksgezondheid is wel een element dat relevant in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Daarover bestaat jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak:

"4.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2215), is het effect dat nabijgelegen veehouderijen op de volksgezondheid kunnen hebben een mee te wegen belang bij de vaststelling van een bestemmingsplan. De raad dient in het kader van een goede ruimtelijke ordening te onderzoeken of een plan niet zulke risico's voor de volksgezondheid meebrengt dat het woon- en leefklimaat onaanvaardbaar verslechtert.

Verder is, zoals de Afdeling heeft geoordeeld in de uitspraak van 25 juli 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2395), niet met een eenduidige wettelijke regeling bepaald op welke wijze bestuursorganen de mogelijke gevolgen van de emissie van endotoxinen bij veehouderijen in hun besluitvorming moeten betrekken. Het is aan het bestuursorgaan om bij het besluit over

⁶ Zie bijvoorbeeld het 'Voorbereidingsbesluit regulering flitsbezorgdiensten 2023' van de gemeente Groningen of het 'Voorbereidingsbesluit flitsbezorgers met darkstores' van de gemeente Tilburg.

⁷ Zie bijvoorbeeld AbRS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:182, r.o. 6.4.

⁸ Zie artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.

*vergunningverlening te bepalen welke maatregelen bij endotoxinen in het belang van de bescherming van het milieu nodig zijn, waarbij het bestuursorgaan beoordelingsruimte heeft. Eenzelfde ruimte komt de raad in het kader van een goede ruimtelijke ordening toe bij de vaststelling van een bestemmingsplan.*⁹

In dit kader is ook de uitspraak van de Afdeling van 29 juni 2022 van belang.¹⁰ In die zaak oordeelt de Afdeling ten aanzien van dierziekten dat de aspecten van volksgezondheid een bij de vaststelling van een bestemmingsplan mee te wegen belang zijn. De bestrijding van deze dierziekten vindt zijn regeling echter primair in andere regelgeving. De Afdeling oordeelt als volgt:

*"4.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak van 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3335, zijn aspecten van volksgezondheid, zoals de mogelijke besmetting van dierziekten vanwege nabijgelegen agrarische bedrijven, een bij de vaststelling van een bestemmingsplan mee te wegen belang. De bestrijding van besmettelijke dierziekten vindt zijn regeling primair in andere regelgeving. Voorts kunnen aan te verlenen omgevingsvergunningen voorschriften worden verbonden om de gevolgen voor de volksgezondheid te voorkomen dan wel te beperken. Hieruit volgt dat de mogelijke besmetting met dierziekten een ruimtelijk relevant belang is. Voorts volgt uit het voorgaande dat de Wet ruimtelijke ordening in dit kader een aanvullend karakter heeft, waarbij het aan de raad is op welke wijze hij de gevolgen voor de gezondheid betreft (vergelijk ook de uitspraak van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2391)."*¹¹

b. Regulering tabaksspeciaalzaken onder de Omgevingswet

Op 1 januari 2024 zijn de Wro en de Chw vervallen en is de Omgevingswet in werking getreden. De figuur van het bestemmingsplan is in de Omgevingswet vervangen door het omgevingsplan.

In het omgevingsplan kunnen met het oog op de doelen van de Omgevingswet regels worden gesteld over activiteiten die gevolgen (kunnen) hebben voor de fysieke leefomgeving (artikel 4.1 lid 1 van de Ow). Voor het omgevingsplan geldt verder niet het criterium van 'een goede ruimtelijke ordening' maar het criterium van 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (artikel 4.2 lid 1 van de Ow). Dit criterium stelt in mijn optiek vergelijkbare eisen aan (de motivering van) een omgevingsplan als het toetscriterium van de goede ruimtelijke ordening aan een bestemmingsplan. Weliswaar wordt in artikel 1.3 onder a van de Omgevingswet het bereiken en het in stand houden van een 'gezonde fysieke leefomgeving' als onderdeel van het doel van de Omgevingswet genoemd, maar het gaat hier om de gezondheid van de mens in de context van het leefmilieu. De memorie van toelichting bij de Omgevingswet bevestigt dit. In de memorie van toelichting staat hierover het volgende:

⁹ AbRS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1591, r.o. 4.1.

¹⁰ AbRS 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1854.

¹¹ AbRS 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1854, r.o. 4.1.

*""Het instrumentarium van de Omgevingswet is ook gericht op het bereiken en in stand houden van een gezonde fysieke leefomgeving. De gezondheid van de mens wordt in de praktijk bepaald door vier factoren: erfelijkheid, leefstijl, de gezondheidszorg en het leefmilieu. Het wetsvoorstel is gericht op deze laatste factor, zoals op dit moment de Wro, de Wabo en de Wet milieubeheer, maar ook bijvoorbeeld de Wegenverkeerswet 1994 doen."*¹²
[onderstreping MC]

Hieruit volgt uitdrukkelijk dat de wetgever van oordeel is dat de Omgevingswet ziet op een gezonde fysieke leefomgeving, en niet op een gezonde leefstijl. Verder staat in de memorie van toelichting weliswaar dat de Omgevingswet is gericht op de gezondheid van de mens, maar dat het daarbij gaat om de bescherming tegen invloeden vanuit het milieu.¹³ Het gaat dan bijvoorbeeld om geluid of luchtverontreiniging. De conclusie van onderdeel a van dit memo is onder de Omgevingswet dus niet anders.

Ook wijs ik op de Gastcolumn van Nijmeijer (hoogleraar omgevingsrecht aan de Radboud Universiteit en staatsraad advocaat-generaal in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) in het tijdschrift TBR:

"Met een voorbereidingsbesluit als bedoeld in art. 3.7 van de Wro, verklaarde de gemeenteraad dat een bestemmingsplan werd voorbereid. Sinds de inwerkingtreding van de Omgevingswet (1 januari 2024) heeft iedere gemeente één omgevingsplan.⁸ Het Utrechtse voorbereidingsbesluit roept de vraag op of de vestiging van tabakspeciaalzaken in het omgevingsplan kan worden gereguleerd. Voor een bevestigend antwoord op die vraag is in ieder geval nodig dat zo'n planregeling betrekking heeft op (de gevolgen van) locatiegebonden activiteiten in de fysieke leefomgeving. De verkoop van tabakswaaren, of welke andere vorm van detailhandel dan ook, is dat zeker. Maar niet iedere locatiegebonden activiteit kan zomaar in het omgevingsplan worden genormeerd. Nodig is ook dat het motief voor de planregeling is gelegen in het benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving, met het oog op de maatschappelijke doelen die in art. 1.3 van de Omgevingswet worden genoemd. En daar wringt de schoen. Weliswaar wordt in art. 1.3, onder a, van de Omgevingswet het bereiken en het in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving als doelstelling genoemd, maar gezondheid is in relatie tot de planologische regulering van tabakspeciaalzaken in een ander opzicht aan de orde. Het gaat niet om het leven in een gezonde fysieke leefomgeving, maar om het leven in een gezond lichaam. Het doel van een planregeling met betrekking tot de vestiging van tabakspeciaalzaken, is het bevorderen van een gezonde levensstijl door het zoveel mogelijk terugdringen van roken. Dit wordt ook wel 'tabaksontmoedigingsbeleid' genoemd. De effectuering van dit beleid is de werkelijke reden voor het Utrechtse voorbereidingsbesluit. In de toelichting van dat voorbereidingsbesluit valt onder meer te lezen: (...)

Hoe verstandig het tabaksontmoedigingsbeleid vanuit het oogpunt van maatschappelijke kosten en volksgezondheid ook is, de keuzes die het individu maakt ten aanzien van de eigen levensstijl en de eigen gezondheid, zijn geen object van regeling van het omgevingsplan zolang die keuzes geen waarneembare gevolgen

¹² Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 283.

¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 63-64.

hebben voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving.⁹ Enkel het kopen van tabakswaaren, heeft geen effect op de kwaliteit van de fysieke leefomgeving. Het gebruiken van de gekochte tabakswaaren heeft dat effect wél, als het roken tenminste gebeurt op een plek waar anderen via de lucht geconfronteerd worden met de rook.¹⁰ Maar dat is als gezegd niet de reden om het aantal tabaksverkooppunten in het omgevingsplan te willen reguleren. Althans, niet de voornáámste reden.”¹⁴

c. Handhaving

In het voorbereidingsbesluit is een verbod vastgelegd om het feitelijk gebruik van gronden en bouwwerken met een bestemming of functie die detailhandel toestaat te wijzigen in een tabaksspecialzaak. Als dit verbod wordt overtreden, bestaat er in principe een grondslag om daartegen handhavend op te treden. In het kader van een handhavingprocedure kan de rechtmatigheid van het voorbereidingsbesluit aan de orde gesteld worden. Zoals uit paragrafen a en b van dit memo blijkt, plaats ik vraagtekens bij de rechtmatigheid van het voorbereidingsbesluit. Het is de daarom de vraag of een eventueel handhavingbesluit stand zal houden. Is dat niet zo, dan loopt gemeente bovendien het risico om aansprakelijk gesteld te worden vanwege geleden schade.

d. Nemen nieuw voorbereidingsbesluit?

In het licht van wat ik paragrafen a en b van dit memo schreef, vraag ik mij af of het verstandig is een nieuw voorbereidingsbesluit te nemen. Kiest de gemeente ervoor een nieuw voorbereidingsbesluit te nemen of het omgevingsplan te wijzigen met regels die tabaksspecialzaken verbieden, dan zullen daar steekhoudende, ruimtelijk relevante argumenten aan ten grondslag gelegd moeten worden.

Om die reden is het raadzaam om te onderzoeken of het voorbereidingsbesluit in de lucht moet worden houden. Ik wijs in dat verband op de aansprakelijkheidsrisico's die de gemeente mijns inziens loopt. Deze aansprakelijkheidsrisico's zouden bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn als er ten onrechte wordt gehandhaafd op basis van het voorbereidingsbesluit of ten onrechte een omgevingsvergunning voor het realiseren van een tabaksspecialzaak wordt geweigerd.

Ik wijs er volledigheidshalve op dat, zou het gemeentebestuur willen dat, eventueel vooruitlopend op een omgevingsplanwijziging, de van het voorbereidingsbesluit uitgaande voorbereidingsbescherming in stand blijft, het nemen van een nieuw voorbereidingsbesluit voorlopig ook niet nodig is. Het voorbereidingsbesluit geldt vanaf 1 januari 2024 nog één jaar en zes maanden, vanwege het overgangsrecht in de Invoeringswet Omgevingswet. Ik licht dat kort toe.

Bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet is voorzien in overgangsrecht voor voorbereidingsbesluiten die op grond van de Wro zijn genomen. Deze besluiten kunnen nog geruime tijd na inwerkingtreding van de Omgevingswet blijven gelden. Is het ontwerp van het bestemmingsplan waarvoor het voorbereidingsbesluit is

¹⁴ A.G.A. Nijmeijer, 'Rookvrije generatie in een gezonde fysieke leefomgeving', in: *TBR* 2024/11.

genomen, niet voor inwerkingtreding van de Omgevingswet ter inzage gelegd (wat in dit geval zo is), dan wordt het Wro-voorbereidingsbesluit gelijk gesteld met het voorbereidingsbesluit in de zin van de Omgevingswet. Zo is een voorbereidingsbesluit dat op grond van artikel 3.7 van de Wro is genomen, gelijkgesteld met een voorbereidingsbesluit als bedoeld in artikel 4.14 lid 1 van de Omgevingswet.¹⁵ In dat geval is de vervaldatum van de voorbereidingsbescherming uiterlijk een jaar en zes maanden vanaf de datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet, of zoveel eerder als het gewijzigde omgevingsplan in werking is getreden of vernietigd.¹⁶

e. Nationale regelgeving

Het Rijk heeft landelijke wetgeving aangekondigd die gemeenten in staat zou kunnen stellen om verkooppunten van tabak te reguleren. Is het motief het bevorderen van de volksgezondheid, dan vraag ik mij af of de wetgeving een plek zou moeten (kunnen) krijgen in de Omgevingswet. De Omgevingswet gaat immers over het benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving, met het oog op de maatschappelijke doelen die in artikel 1.3 van de Omgevingswet worden genoemd. Het zou om die reden logischer zijn als de wetgever de Tabaks- en rookwarenwet zou aanpassen.

Ik ga ervan uit u hiermee voor dit moment voldoende geïnformeerd te hebben. Neemt u desgewenst contact met mij op om de inhoud van dit advies te bespreken?

Met vriendelijke groeten,

Merel Copier

¹⁵ Artikel 4.103 lid 2 van de Invoeringswet Omgevingswet.

¹⁶ Artikel 4.103 lid 2 van de Invoeringswet Omgevingswet.