

Rb Rotterdam, 2 juli 2008, Ritmeester v Minister VWS



RECLAMERECHT

Stands op Horecava: tabaksreclame

Voor de rechtbank staat vast dat eiseres op 7 januari 2004 tijdens de Horecava 2004 met twee stands was vertegenwoordigd en dat in en rondom die stands door middel van een billboard met daarop een poster, een foto van verpakkingen, en een afbeelding van een beeldmerk, reclame werd gemaakt voor sigaren en dat deze reclame-uitingen ook zichtbaar waren voor elke bezoeker van de Horecava 2004.

De rechtbank is derhalve van oordeel dat deze gedragingen zijn aan te merken als reclame in de zin van Tabakswet. Niet is komen vast te staan dat sprake was van uitingen die uitsluitend bestemd waren voor de handel in tabaksproducten; immers de Horecava 2004 stond weliswaar niet open voor eenieder, maar was evenmin uitsluitend bestemd voor personen werkzaam in de tabaksbranche. Derhalve is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van de uitzondering als bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a (oud), Tabakswet.

Aanprijzing tabaksproducten

Voorts staat voor de rechtbank vast dat aan verschillende personen op de Horecava 2004 namens eiseres sigaren zijn uitgereikt zonder daarbij om een vergoeding te vragen.

De rechtbank is van oordeel dat eiseres met deze gedraging het in artikel 5, vierde lid, (oud) Tabakswet neergelegde (uitreik)verbod heeft overtreden. Namens eiseres zijn op Horecava 2004 om niet sigaren uitgereikt, naar eiseres heeft gesteld, met het oogmerk in de horeca werkzame bezoekers van deze beurzen met de in Duitsland vervaardigde sigaren kennis te laten maken teneinde hen ertoe te bewegen dit tabaksproduct in hun assortiment op te nemen. Deze activiteit van eiseres moet als het aanprijzen van een tabaksproduct worden gekwalificeerd. De rechtbank vindt voor dit standpunt steun in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van [15 december 2006, LJN AZ5787](#).

In navolging van deze uitspraak van het CBB overweegt de rechtbank dat in de Richtlijn geen bepaling is opgenomen die betrekking heeft op de gedragingen van eiseres terzake van het uitdelen van sigaren om niet. De rechtbank merkt op dat, zoals voorts door het CBB in vorenbedoelde uitspraak is overwogen, de Richtlijn er niet aan in de weg staat om voor onderwerpen die daarin niet worden gereguleerd een nationale regeling te treffen.

Voorts heeft het [CBB in de uitspraak van 15 december 2006](#) onderschreven dat artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet als een handelsbelemmerende maatregel als bedoeld in de artikelen 28 en 49 van het EG-verdrag dient te worden aangemerkt, maar dat deze beperking is gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG-Verdrag genoemde belangen, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Hieraan doet niet af dat het uitreiken van tabaksproducten op vakbeurzen voornamelijk het oogmerk heeft om handelsreclame binnen de branche te maken. Een dergelijke in de Tabakswet niet toegestane vorm van handelsreclame, die niet rechtstreeks is gericht op consumenten, laat onverlet dat de uiteindelijke doelstelling van deze vorm van handelsreclame “verhoging van de verkoop van het desbetreffende tabaksproduct” niet strookt met het voornoemde doel van het uitreikverbod. De rechtbank ziet in dit geval geen aanleiding anders te oordelen.

Vindplaatsen: LJN: [BD7544](#)

Rb Rotterdam, 2 juli 2008

(L.A.C. van Nifterick)

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht

Enkelvoudige kamer

Reg.nr.: BC 06/401-NIFT

Uitspraak in het geding tussen

Ritmeester B.V., gevestigd te Veenendaal, eiseres, gemachtigde mr. drs. K.J. Defares, advocaat te Amsterdam,

en

de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 22 december 2005 heeft verweerder het bezwaar van eiseres tegen het besluit van 5 augustus 2005, houdende de oplegging aan haar van een boete van € 45.000,- wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet en een boete van € 45.000,- wegens overtreding van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet, ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft de gemachtigde van eiseres bij brief van 27 januari 2006, aangevuld bij brief van 25 april 2006, beroep ingesteld. Verweerder heeft bij brief van 16 april 2008 een verweerschrift ingediend.

Namens eiseres is bij brief van 13 mei 2008 een reactie op het verweerschrift gegeven.

Het beroep is op de zitting van 23 mei 2008 gevoegd behandeld met het beroep bekend onder procedurenummer 06/400-NIFT. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door

mr. S.M. Goossens, kantoorgenoot van gemachtigde voornoemd. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. R. Bal.

2 Overwegingen

2.1 Wettelijk kader

Ingevolge artikel 28 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG-verdrag) zijn kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden.

In artikel 30 van het EG-verdrag is bepaald dat de bepalingen van de artikelen 28 en 29 van het EG-verdrag geen beletsel vormen voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

In de considerans van Richtlijn 2003/33/EEG (hierna: de Richtlijn) van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten zijn ondermeer de volgende overwegingen opgenomen:

“(7) De verspreiding om niet van tabaksproducten is in verscheidene lidstaten reeds aan beperkingen onderhevig, omdat de verslavende werking daarvan groot is. Er hebben zich gevallen van verspreiding om niet voorgedaan in het kader van de sponsoring van evenementen met grensoverschrijdend effect en deze moet daarom worden verboden.

(.../)

(12) Deze richtlijn reglementeert reclame voor tabaksproducten in andere media dan de televisie, namelijk in de pers en andere gedrukte publicaties, op de radio en via diensten van de informatiemaatschappij. Zij reglementeert ook de sponsoring door tabaksfirma's van radioprogramma's en van evenementen of activiteiten waarbij meer dan een lidstaat betrokken is of die in meer dan een lidstaat plaatsvinden, of die anderszins een grensoverschrijdend effect hebben, met inbegrip van het om niet of tegen verlaagde prijs verspreiden van tabaksproducten. Andere vormen van reclame, zoals indirecte reclame en sponsoring van evenementen of activiteiten zonder grensoverschrijdend effect, vallen buiten deze richtlijn. Met inachtneming van het verdrag, behouden de lidstaten de bevoegdheid om regelen op te treden voorzover zij dat ter waarborging van de bescherming van de volksgezondheid nodig achten.”

Blijkens artikel 1, eerste lid, aanhef en onder d, van de Richtlijn beoogt de Richtlijn de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame voor tabaksproducten en de aanprijzing daarvan door middel van sponsoring van tabak, waaronder het om niet verspreiden van tabaksproducten.

Ingevolge artikel 5 van de Richtlijn is verboden:

1. sponsoring van evenementen of activiteiten waarbij meer dan een lidstaat betrokken is of die in meer dan

een lidstaat plaatsvinden of die anderszins een grensoverschrijdend effect hebben;

2. iedere verspreiding om niet van tabaksproducten binnen de context van de in het eerste lid bedoelde sponsoring van evenementen die de aanprijzing van dergelijke producten tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft.

Artikel 5, eerste lid, Tabakswet luidt:

“1. Onverminderd artikel 4 is elke vorm van reclame en sponsoring verboden.”

Ingevolge artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet, zoals die bepaling tot 1 februari 2005 luidde, geldt het in het eerste lid van artikel 5 Tabakswet opgenomen verbod van reclame en sponsoring niet voor mededelingen die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd zijn.

Ingevolge artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, sub 1^o, Tabakswet, zoals die bepaling vanaf 1 februari 2005 luidt, geldt het verbod als bedoeld in het eerste lid van artikel 5 Tabakswet niet voor commerciële mededelingen in de pers en andere gedrukte publicaties, alsmede in diensten van de informatiemaatschappij, die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg hebben, en die uitsluitend bestemd zijn voor personen die werkzaam zijn in de tabakshandel.

Ingevolge artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet is iedere uitreiking om niet of tegen een symbolische vergoeding, die het aanprijzen van een tabaksproduct ten doel of rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft, verboden. Deze bepaling is met ingang van 2 februari 2005 vernummerd tot het vijfde lid.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, Tabakswet is het verboden bedrijfsmatig tabaksproducten gratis aan particulieren uit te reiken, toe te zenden of op enigerlei andere wijze beschikbaar te stellen.

Krachtens artikel 11b, eerste tot en met derde lid, Tabakswet - voor zover hier van belang:

1. kan verweerder ter zake van de in de bijlage omschreven overtredingen een boete opleggen aan de natuurlijke of rechtspersoon aan welke de overtreding kan worden toegerekend;

2. wordt de hoogte van de boete bepaald op de wijze als voorzien in de bijlage, met dien verstande dat de wegens een afzonderlijke overtreding te betalen geldsom ten hoogste:

a. € 450.000,-- bedraagt wegens overtreding van artikel 5 (en 5a), indien die overtreding is begaan door een fabrikant, groothandel of importeur van tabaksproducten;

b. € 4.500,-- bedraagt in andere dan de onder a bedoelde gevallen;

3. kan de Minister de boete lager stellen dan in de bijlage is bepaald, indien het bedrag van de boete in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog moet worden geacht.

Blijkens de bijlage bij de Tabakswet valt zowel de overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet als de overtreding van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet (het huidige artikel 5, vijfde lid, Tabakswet) onder categorie A, met dien verstande dat in die bijlage - voor zover hier van belang - is bepaald dat overtredingen

door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten van de verboden neergelegd in de artikelen 5 (en 5a) worden bestraft met een boete van € 45.000,- (voor zover geen sprake is van recidive), dat overtredingen van de artikelen 5 (en 5a) door anderen worden bestraft met een maximumboete van € 4.500,- en dat andere overtredingen behorend tot categorie A, door wie ook begaan, eveneens worden bestraft met een maximumboete van € 4.500,-

2.2 Feiten die als vaststaand worden aangenomen

Aan het proces-verbaal van twee buitengewoon opsporingsambtenaren van de Voedsel en Warenautoriteit (hierna: de ambtenaren) van 16 februari 2004 ontleent de rechtbank dat op 7 januari 2004 de ambtenaren zich voor een controle bevonden in het beursgebouw "de Rai" te Amsterdam, alwaar Horecava 2004, een vakbeurs voor ondernemers uit de horeca, werd georganiseerd.

Blijkens het proces-verbaal was eiseres op de Horecava 2004 vertegenwoordigd met een stand waarop stond "RITMEESTER QUALITY CIGARS" en een stand waarop stond "OUD KAMPEN". Eén van de ambtenaren heeft waargenomen dat naast de stand van Ritmeester een groot billboard stond met een poster met daarop de vermelding van de tekst: "MOOD: RUIKT GOED, SMAAKT GOED" en waarop tevens een foto stond van twee verpakkingen. Voorts is door één van de ambtenaren waargenomen dat er een balie aanwezig was en dat op de voorzijde van deze balie een afbeelding stond van het beeldmerk "RITMEESTER QUALITY CIGARS".

Voorts waren op de balie aanwezig twee standaards waarop een display stond waarin diverse 2-stuks verpakkingen van "RITMEESTER MOODS QUALITY CIGARILLOS" lagen. Achter de balie stond een persoon. Op de balie stonden twee asbakken en een doosje "RITMEESTER MOODS FILTERS". De ambtenaar heeft waargenomen dat dit doosje geopend was en dat de persoon achter de balie een filter sigaar in een hoesje deed waarop het beeldmerk van "RITMEESTER MOODS QUALITY CIGARILLOS" was vermeld.

Voorts heeft één van de ambtenaren waargenomen dat de persoon achter de balie 2-stuks verpakkingen uitdeelde aan diverse personen. Eén van de ambtenaren hoorde een persoon vragen: "Mag ik zo'n sigaar pakken?", of woorden van gelijke strekking. Deze ambtenaar hoorde dat de persoon achter de balie hierop bevestigend antwoordde; tevens zag deze ambtenaar dat de persoon achter de balie een 2-stuks verpakking pakte en aan de desbetreffende persoon gaf zonder dat er voor werd betaald. De ambtenaar heeft geconstateerd dat op de 2-stuks verpakking het beeldmerk van "RITMEESTER MOODS QUALITY CIGARILLOS" was vermeld en dat er in of bij de stand geen kassa stond.

Vervolgens heeft één van de ambtenaren waargenomen dat er een tweede stand van eiser op de Horecava 2004 stond met op de voor- en achterwand van de stand het beeldmerk van "OUD KAMPEN QUALITY CIGARS". Voorts is waargenomen dat er een man en vrouw bij de stand werkzaam waren en dat in de stand twee staantafels stonden; op één van deze tafels stond

een asbak en kistje met het deksel open stond. Eén van de ambtenaren heeft waargenomen dat op de binnenzijde van de deksel van het kistje en op de asbak het beeldmerk van "OUD KAMPEN QUALITY CIGARS" stond en dat het kistje was gevuld met diverse maten sigaren. Voorts is door een ambtenaar waargenomen dat op een kast tegen de achterwand van de stand een vitrinekast stond waarop was vermeld "CIGARS"; in deze vitrinekast stonden diverse doosjes sigaren en op alle doosjes stond alleen het beeldmerk van "OUD KAMPEN QUALITY CIGARS".

Voorts is waargenomen dat een vrouw die werkzaam was in de stand een sigaar uit vorengenoemd kistje haalde en deze aan een man gaf en vervolgens aanstak met een aansteker. Waargenomen werd dat er diverse personen naar de stand liepen en sigaren uit het kistje haalden en dat er niet voor die sigaren werd betaald. Ook was er geen kassa in of bij de stand.

Op 6 oktober 2004 is gemachtigde van eiseres gehoord. Van dit verhoor is op 8 april 2005 een proces-verbaal gemaakt.

Bij brief van 27 juni 2005 heeft verweerder aan eiseres het voornemen bekend gemaakt van het aan haar opleggen van een bestuurlijke boetes wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet en artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet.

Bij brief van 8 juli 2005 heeft de gemachtigde van eiseres de zienswijze van eiseres op verweerders voornemen kenbaar gemaakt.

Bij besluit van 5 augustus 2005 heeft verweerder eiseres per overtreding een boete van € 45.000,- opgelegd. Bij het bestreden besluit zijn de boetes gehandhaafd onder wijziging van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet in artikel 5, vijfde lid, Tabakswet.

2.3 Standpunt van eiseres

In aansluiting op de eerder ingediende zienswijze en bezwaren steunt het beroep van eiseres in essentie op de volgende gronden.

Het gratis uitdelen van tabakproducten valt niet onder het verbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet. Namens eiseres is verwezen naar de wetgeschiedenis en structuur van de Tabakswet die geen andere conclusie toelaten dan dat het betrokken verbod ziet op de uitreiking van andere producten en diensten dan tabaksproducten. Eiseres stelt zich dan ook op het standpunt dat artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet ziet op een verbod op het uitdelen van zogeheten "premiums", reclamevoorwerpen die met name, gelet op de parlementaire behandeling, jongeren aanspreken. Die bepaling kan immers slechts dan niet dubbelop ten opzichte van het verbod van artikel 9, eerste lid, Tabakswet zijn, indien artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet juist niet ziet op het uitdelen van tabaksproducten zelf, maar slechts op het uitdelen van andere producten met als doel de aanprijzing van tabaksproducten. Het door verweerder ingenomen standpunt dat het gratis uitdelen van tabaksproducten op een voor professionele afnemers bestemde beurs onder het toepassingsbereik van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet valt en daarom verboden is, is dan

ook onjuist, althans berust op een onjuiste interpretatie van de Tabakswet en de wetsgeschiedenis.

Door verweerder is ten onrechte overwogen dat de uitzonderingsbepalingen van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, sub 1^o, Tabakswet niet van toepassing is op de aan eiseres verweten gedragingen, te weten het maken van reclame door het tonen van beeldmerken en sigarenverpakkingen van "Ritmeester" en "Oude Kampen" en het gratis uitreiken van sigaren van deze merken. Eiseres heeft in dit verband gesteld dat zij voor de distributie en verkoop van haar in Duitsland geproduceerde tabaksproducten gebruik maakt van diverse kanalen, te weten grossiers, detaillisten, horeca-inrichtingen, supermarkten, en benzinestations. Op voor professionele afnemers bestemde vakbeurzen tracht eiseres wederverkopers van sigaren ertoe te bewegen haar tabaksproducten in hun assortiment op te nemen. Deze professionele afnemers bestaan niet alleen uit vertegenwoordigers van de tabakshandel, maar ook uit die van horeca-instellingen. Indien alleen mededelingen die bestemd zijn voor de tabakshandel onder de uitzondering vallen, zou artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, sub 1^o, Tabakswet voor de tabakshandel in feite zonder betekenis zijn. De gedragingen van eiseres op Horecava 2004, welke zagen op het verschaffen van verkoopinformatie aan c.q. het maken van handelsreclame voor (potentiële) wederverkopers van haar producten zijn daarom volledig in lijn met het doel en de strekking van de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, sub 1^o, Tabakswet geformuleerde uitzondering op het reclameverbod.

Het in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet vervatte uitreikverbod is in strijd met de Richtlijn De Richtlijn strekt tot uitputtende harmonisatie van de in die Richtlijn geregelde onderwerpen. Ten aanzien daarvan hebben de lidstaten derhalve geen bevoegdheid strengere of anderszins afwijkende normen vast te stellen. De lidstaten zijn uitsluitend bevoegd afwijkende maatregelen te treffen voor onderwerpen en activiteiten zonder grensoverschrijdend effect, en voor onderwerpen en activiteiten die niet geregeld zijn en die dus om die reden buiten de werkingsfeer van Richtlijn vallen. Het in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet geformuleerde reclameverbod is evenwel een specifiek en strenger voorschrift dan het voorschrift van artikel 5, tweede lid, van de Richtlijn. Het verbod treft immers niet alleen nationale tabaksproducten, maar is ook van toepassing op uit andere lidstaten ingevoerde sigaren.

Voorts heeft eiseres aangevoerd dat verweerder ten onrechte heeft overwogen dat sprake is van een gerechtvaardigde handelsbelemmerende maatregel. Namens eiseres is betoogd dat volgens vaste rechtspraak een uitzondering op artikel 30 EG-Verdrag restrictief dient te worden uitgelegd, aangezien zij een uitzondering vormt op het fundamenteel beginsel van het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap. In dit verband zal daarbij in elk concreet geval met wetenschappelijk bewijs moeten worden aangetoond dat de betrokken maatregel geschikt is om de bescherming van de volksgezondheid te waarborgen en deze noodzakelijk en proportioneel is, in die zin dat dit

doel niet kan worden bereikt met middelen die het intercommunautaire handelsverkeer minder beperken. Artikel 5 Tabakswet voldoet niet aan deze voorwaarde. Het handhavingsbeleid van verweerder terzake heeft niets te maken met bescherming van de volksgezondheid. Bovendien stelt eiseres vast dat het verbod van uitreiking van tabaksproducten aan het publiek met het oog op de bescherming van de volksgezondheid reeds adequaat in artikel 9, eerste lid, Tabakswet is geregeld. Namens eiseres is aangevoerd dat de hoedanigheid van personen die aanwezig waren op de Horecava 2004 wel van belang is, nu hiervoor uiteen is gezet dat het gratis uitreiken van sigaren niet valt onder de werking van het verbod van artikel 5, vierde lid (oud) Tabakswet. Bovendien is de hoedanigheid van de persoon voorts van belang voor de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepaling van artikel 5, derde lid, aanhef onder a, sub 1^o, Tabakswet.

Namens eiseres is betoogd dat de boetes onevenredig hoog zijn gelet op de aard en ernst van de verweten gedragingen en derhalve op nihil dienen te worden gesteld.

Het bestreden besluit is niet binnen een redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM genomen. In dit verband heeft eiseres aangevoerd dat de beweerdelijke overtredingen hebben plaatsgevonden op 7 januari 2004, terwijl eerst boetes zijn opgelegd bij besluit van 5 augustus 2005, derhalve 1 jaar en 7 maanden later. Dit klemt te meer nu verweerder op 16 juli 2004, derhalve meer dan een jaar eerder dan de datum waarop de gewraakte boetes zijn opgelegd, een boete aan eiseres heeft opgelegd wegens beweerdelijke overtreding van de Tabakswet, die is begaan na het beaan van de onderhavige overtredingen.

2.4 Standpunt van verweerder

De formulering "iedere uitreiking om niet" laat er geen misverstand over bestaan dat artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet mede ziet op de gratis uitreiking van tabaksproducten. Dit volgt ook uit hetgeen is overwogen in de toelichting bij de Nota van Wijziging van het wetsvoorstel tot wijziging van de Tabakswet. Uit die toelichting volgt tevens dat artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet niet dubbelop is ten opzichte van artikel 9, eerste lid, Tabakswet. In dit verband is van belang dat artikel 5 is opgenomen in het hoofdstuk Reclame en artikel 9 in het hoofdstuk Verkoopbeperkingen

Het in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet vervatte uitreikverbod om niet is niet in strijd met de Richtlijn. De Richtlijn beoogt niet onderhavige reclamevorm te regelen, terwijl het de lidstaten vrij staat om met inachtneming van de grenzen van het EG-recht en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) zelfstandig op te treden tegen onderhavige reclamevorm. Zowel artikel 28, in verbinding met artikel 30 van het EG-verdrag, als artikel 10 van het EVRM biedt de lidstaten expliciet ruimte om nadere voorschriften te stellen die extra beperkingen kunnen inhouden als deze nodig worden geacht in het belang van de volksgezondheid. Verweerder heeft hierbij verwezen naar hetgeen terzake is overwogen in de toelichting op de

nota van Wijziging van de Tabakswet (Kamerstukken II, 2000/01, 26 472, nr. 7, pag. 8 e.v.).

Niet relevant is dat de identiteit van de personen aan wie sigaren zijn uitgereikt niet is vastgesteld. Het verbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet ziet namelijk op het uitreiken van tabaksproducten om niet, ongeacht de hoedanigheid van de persoon aan wie die uitreiking plaatsvindt. De ambtenaren konden door eigen waarneming vaststellen dat de uitreiking van de sigaren om niet geschiedde. Eiseres heeft die bevindingen niet weerlegd. Het beroep op het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 12 december 2003 (arrestnummer 4364/03), waarbij de vraag speelde of de personen aan wie het product in kwestie werd verstrekt onmiskenbaar de leeftijd van zestien jaar hadden bereikt, kan derhalve niet slagen. Voorts heeft de rechtbank in haar uitspraak van 5 december 2005, bekend onder registratienummers 04/3893 en 04/3895, overwogen dat het niet van belang is dat de identiteit van de personen aan wie sigaren zijn uitgedeeld niet is vastgesteld, maar dat afdoende is als vast is komen te staan dat aan (diverse) deelnemers van beurzen sigaren zijn uitgedeeld.

Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat de onderhavige overtreden voorschriften voldoende concreet en vastomlijnd zijn, zodat er geen strijd is met het *lex certa*-beginsel.

In het besluit op bezwaar heeft verweerder aangegeven geen bijzondere omstandigheden aanwezig te achten op grond waarvan de opgelegde boetes op nihil dienen te worden gesteld dan wel dienen te worden gematigd. In het verweerschrift van 16 april 2008 heeft verweerder het standpunt ingenomen dat de boete wegens overtreding van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet, gelet op de [uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven \(hierna: CBB\) van 15 december 2006 LJN AZ5787](#), dient te worden gematigd tot € 10.000,--.

Voorts heeft verweerder overwogen dat de voortgang in de procedure weinig voortvarend is geweest, maar dat het tijdsverloop niet van zodanige aard is dat verweerder niet gehandeld heeft binnen een redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM, zodat er geen reden is om de boete op deze grond te matigen.

2.5. Beoordeling.

Met ingang van 1 februari 2005 is artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet vernummerd naar artikel 5, vijfde lid, Tabakswet. Met deze vernummering is geen sprake van een kwalificatiewijziging van de overtreding. De rechtbank zal bij de beoordeling van de kwalificatie uitgaan van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet zoals deze bepaling luidde ten tijde van het geding.

Voor de rechtbank staat vast dat eiseres op 7 januari 2004 tijdens de Horecava 2004 met twee stands was vertegenwoordigd en dat in en rondom die stands door middel van een billboard met daarop een poster, een foto van verpakkingen, en een afbeelding van een beeldmerk, reclame werd gemaakt voor sigaren en dat deze reclame-uitingen ook zichtbaar waren voor elke bezoeker van de Horecava 2004.

De rechtbank is derhalve van oordeel dat deze gedragingen zijn aan te merken als reclame in de zin van Tabakswet. Niet is komen vast te staan dat sprake was van uitingen die uitsluitend bestemd waren voor de handel in tabaksproducten; immers de Horecava 2004 stond weliswaar niet open voor eenieder, maar was evenmin uitsluitend bestemd voor personen werkzaam in de tabaksbranche. Derhalve is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van de uitzondering als bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a (oud), Tabakswet.

Indachtig de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (uitspraak van 20 december 2007, LJN BC2232, uitspraak van 22 mei 2008, AWB 07/168) overweegt de rechtbank in dit verband dat elke presentatie van tabaksproducten die buiten het beperkte kader van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, (oud) Tabakswet - en dat van de overige limitatief opgesomde uitzonderingen in dat lid -, treedt en binnen de, door de wetgever als alomvattend gekenschetste, definitie van "reclame" valt, moet worden geacht strijdig te zijn met het verbod op elke vorm van reclame van artikel 5, eerste lid, Tabakswet. De met ingang van 1 februari 2005 luidende bepaling ingevolge artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, sub 1^o, Tabakswet leidt niet tot een ander oordeel. De wetgever heeft met deze wijziging geen inhoudelijke wijziging van de kwalificatie beoogd.

Nu niet is gebleken dat sprake is van een uitzondering op het reclameverbod als bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, (oud), Tabakswet heeft eiseres met vorenvermelde gedragingen het reclameverbod ingevolge artikel 5, eerste lid, Tabakswet overtreden.

Voorts staat voor de rechtbank vast dat aan verschillende personen op de Horecava 2004 namens eiseres sigaren zijn uitgereikt zonder daarbij om een vergoeding te vragen. De rechtbank is van oordeel dat eiseres met deze gedraging het in artikel 5, vierde lid, (oud) Tabakswet neergelegde (uitreik)verbod heeft overtreden. Namens eiseres zijn op Horecava 2004 om niet sigaren uitgereikt, naar eiseres heeft gesteld, met het oogmerk in de horeca werkzame bezoekers van deze beurzen met de in Duitsland vervaardigde sigaren kennis te laten maken teneinde hen ertoe te bewegen dit tabaksproduct in hun assortiment op te nemen. Deze activiteit van eiseres moet als het aanprijzen van een tabaksproduct worden gekwalificeerd. De rechtbank vindt voor dit standpunt steun in de [uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven \(hierna: CBB\) van 15 december 2006, LJN AZ5787](#).

In navolging van deze uitspraak van het CBB overweegt de rechtbank dat in de Richtlijn geen bepaling is opgenomen die betrekking heeft op de gedragingen van eiseres terzake van het uitdelen van sigaren om niet. De rechtbank merkt op dat, zoals voorts door het CBB in vorenbedoelde uitspraak is overwogen, de Richtlijn er niet aan in de weg staat om voor onderwerpen die daarin niet worden gereguleerd een nationale regeling te treffen.

Voorts heeft het CBB in de uitspraak van 15 december 2006 onderschreven dat artikel 5, vierde lid (oud), Ta-

bakswet als een handelsbelemmerende maatregel als bedoeld in de artikelen 28 en 49 van het EG-verdrag dient te worden aangemerkt, maar dat deze beperking is gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG-Verdrag genoemde belangen, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Hieraan doet niet af dat het uitreiken van tabaksproducten op vakbeurzen voornamelijk het oogmerk heeft om handelsreclame binnen de branche te maken. Een dergelijke in de Tabakswet niet toegestane vorm van handelsreclame, die niet rechtstreeks is gericht op consumenten, laat onverlet dat de uiteindelijke doelstelling van deze vorm van handelsreclame “verhoging van de verkoop van het desbetreffende tabaksproduct” niet strookt met het voornoemde doel van het uitreikverbod. De rechtbank ziet in dit geval geen aanleiding anders te oordelen.

Met verweerder is de rechtbank dan ook van oordeel dat het gratis uitdelen van tabaksproducten op een voor horecaondernemers bestemde beurs onder het toepassingsbereik van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet valt en daarom verboden is. Eiseres heeft dan ook met het uitdelen van de sigaren om niet het uitreikverbod ingevolge artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet overtreden. Naar het oordeel van de rechtbank is op grond van de stukken voldoende komen vast te staan dat sigaren aan bezoekers van de beurs zijn uitgereikt. De hoedanigheid van de personen aan wie de sigaren zijn uitgereikt is daarbij niet van belang.

Gelet op het vorenstaande moeten (beide) overtredingen, nu deze namens haar of onder haar verantwoordelijkheid zijn begaan, aan eiseres worden toegerekend. De rechtbank is van oordeel dat zowel de overtreding van het reclameverbod, zoals bedoeld in artikel 5, eerste lid, Tabakswet als de overtreding van het uitreikverbod ingevolge artikel 5, vierde lid, (oud) Tabakswet voldoende concreet en bepaalbaar zijn, zodat eiseres kon weten dat zij met haar gedragingen de wet overtrad. Derhalve is er naar het oordeel van de rechtbank geen strijd met het lex certa-beginsel.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de rechtbank van oordeel dat verweerder zich terecht bevoegd heeft geacht eiseres boetes op te leggen wegens voornoemde overtredingen. De rechtbank is hierbij niet gebleken van feiten en omstandigheden op grond waarvan verweerder bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

De opgelegde boetes vallen aan te merken als een punitieve sanctie en daarmee een “criminal charge” als bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Beoordeeld dient te worden of de boetes evenredig zijn aan ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtredingen.

Verweerder heeft een boete opgelegd van € 45.000,- wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Voorts heeft verweerder een boete opgelegd van € 45.000,- wegens overtreding van artikel 5, vierde lid, (oud) Tabakswet. Verweerder heeft de hoogte van bei-

de boetes vastgesteld aan de hand van de bijlage als bedoeld in artikel 11b Tabakswet. Zowel voor de overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet als voor de overtreding van artikel 5 Tabakswet geldt uitsluitend voor fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten een boete van € 45.000,-.

De rechtbank ziet, gelet op recente jurisprudentie van de het CBB (onder meer de uitspraken van [15 december 2006, LJN AZ5787](#), [20 december 2007, LJN BC2232](#), 12 maart 2007, LJN BA 1577), aanleiding de opgelegde boetes te matigen.

De rechtbank laat hierbij wegen dat de wetgever bij de introductie van de maximale boete en de verschillende boeteregimes, zoals neergeld in de bijlage behorend bij artikel 18b, Tabakswet het oog heeft gehad op grote bedrijven en multinationale ondernemingen en dat de onderneming van eiseres zich wat omzet en winst betreft daarmee niet op één lijn laat stellen. Voorts heeft de rechtbank in ogenschouw genomen dat uitingen van reclame en het om niet uitreiken van sigaren heeft plaatsgevonden op een horecavakbeurs aan horecaondernemers, derhalve een selectieve groep van personen. Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat de in de bijlage bij de Tabakswet aangewezen boete van € 45.000,- per overtreding niet in redelijke verhouding staat tot de ernst en de mate van verwijtbaarheid van de geconstateerde overtredingen. Verweerder had bij oplegging van beide boetes aanleiding moeten zien toepassing te geven aan de in artikel 11b, derde lid, Tabakswet neergelegde matigingsbevoegdheid. Nu deze toepassing achterwege is gebleven om reden dat verweerder de omstandigheden van het geval niet zodanig achtte dat toepassing van dit artikel-lid mogelijk was, is het bestreden besluit in strijd met deze bepalingen genomen.

Met betrekking tot het antwoord op de vraag of de boetes moeten worden gematigd wegens overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM overweegt de rechtbank het volgende. Met inachtneming van de arresten van de Hoge Raad van 1 juli 1992, LJN ZC5028 en 22 april 2005, LJN AT4464 dient voor de vraag of sprake is van afdoening binnen een redelijke termijn als vuistregel te worden gehanteerd voor de berechting van de zaak in eerste aanleg als uitgangspunt heeft te gelden dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt indien de rechtbank niet binnen twee jaar nadat die termijn is aangevangen uitspraak doet, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. In deze termijn is de duur van de bezwaarfase derhalve inbegrepen.

Gerekend moet worden vanaf het moment dat door het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontnemen dat aan hem een boete zal worden opgelegd.

Daarbij heeft “voorzover hier van belang” te gelden dan een overschrijding van twee jaar onder omstandigheden geen overschrijding van de redelijke termijn oplevert, bijvoorbeeld wegens bewerkelijkheid van de zaak of ten gevolge van vertraging door toedoen van de belanghebbende is ontstaan.

Gelet hierop is van belang vast te stellen op welk moment een eerste “vervolgingshandeling” door verweerder is verricht. In casu is dat het moment waarop verweerder eiseres in kennis heeft gesteld van zijn voornemen een boete op te leggen (brief van 27 juni 2005). Tussen het voornemen en de uitspraak van de rechtbank ligt nagenoeg drie jaar. Derhalve is sprake van overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM. De rechtbank heeft hierbij betrokken dat de door het verzoek van eiseres om verdaging van de behandeling van het beroep ter zitting (brief van 15 januari 2007) een deel van de vertraging aan haar zelve valt toe te rekenen, maar dat niettemin de duur van de procedure langer dan twee jaren heeft geduurd en dat deze vertraging de overheid dient te worden toegerekend, zodat matiging van de boetes is geboden. Nu de termijn van overschrijding, rekening houdend met het aandeel van eiseres hierin, minder dan een jaar bedraagt, acht de rechtbank een vermindering van € 500,- per boete redelijk.

Gelet op het vorenstaande ziet de rechtbank aanleiding het beroep gegrond te verklaren en het bestreden besluit te vernietigen. Voorts ziet zij aanleiding om op de voet van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb het primaire boetebesluit van 5 augustus 2005 gedeeltelijk te herroepen en de boetes afzonderlijk te matigen. In verband hiermee overweegt de rechtbank dat zij in de omstandigheden van het geval, aanleiding ziet beide boetes te matigen tot een bedrag van € 10.000,-, en een matiging in verband met overschrijding van de redelijke termijn, met nog eens € 500,-, per overtreding, zodat een boetebedrag wordt vastgesteld van € 9.500,- per overtreding, welk bedrag onder de bedoelde omstandigheden passend en geboden wordt geacht.

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten op € 644,- aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

3 Beslissing

De rechtbank,
recht doende:

verklaart het beroep gegrond,
vernietigt het bestreden besluit,
bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit, hetgeen in dit geval inhoudt dat het bezwaar gegrond wordt verklaard en het primaire boetebesluit gedeeltelijk wordt herroepen,
bepaalt dat de boetes worden vastgesteld op €9.500,- per overtreding;
bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan eiseres het betaalde griffierecht van €276,- vergoedt,
veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 644,- en wijst de Staat der Nederlanden aan als de rechtspersoon die deze kosten aan eiseres moet vergoeden.

Aldus gedaan door mr. L.A.C. van Nifterick, rechter, en door deze en mr. A.J.J. van der Vlist, griffier, ondertekend.