

Rb Rotterdam, 20 februari 2009, Marlboro Beachpop



TABAKSRECLAME

Verboden tabaksreclame op evenement

- dat de tabaksproducten zodanig zijn gepresenteerd dat deze presentatie als geheel op met het reclameverbod onverenigbare wijze de aandacht van het aanwezige publiek op de te koop aangeboden tabaksproducten vestigt

Voor de rechtbank staat vast - en door eiseres niet bestreden - dat eiseres op 27 juni 2004 met een tijdelijk verkooppunt van tabaksproducten vertegenwoordigd was op het evenement 'Beachpop' te Bloemendaal en tijdens het evenement aan het publiek via de verkoopbalie tabaksproducten van haar merken Marlboro, Chesterfield, L&M en Philip Morris te koop aanbood. Aan de linkerkant van de stand was in rode letters vermeld "Cigarettes". De stand was geheel rood. De kleding van het meisje in de verkoopstand was rood en zilver en maakte onderdeel uit de verkooppresentatie. De rechtbank is van oordeel dat eiseres met de wijze waarop zij tijdens het evenement 'Beachpop' de tabaksproducten te koop heeft aangeboden het verbod van elke vorm van tabaksreclame heeft overtreden. De rechtbank overweegt dienaangaande dat de tabaksproducten zodanig zijn gepresenteerd dat deze presentatie als geheel op met het reclameverbod onverenigbare wijze de aandacht van het aanwezige publiek op de te koop aangeboden tabaksproducten vestigt. De in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet geformuleerde uitzondering op de beperking van tabaksreclame is naar het oordeel van de rechtbank niet van toepas-

sing. De rechtbank verwijst voor haar standpunt naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 16 september 2008, LJN: BG1604.

Boete € 40.500

- De rechtbank zijn geen feiten en omstandigheden gebleken die leiden tot de conclusie dat het boetebedrag van € 40.500,- in het voorliggende geval niet in redelijke verhouding staat tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding van de Tabakswet.

Vindplaatsen: LJN: [BH5909](#)

Rb Rotterdam, 20 februari 2009

(L.A.C. van Niflerick)

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht

Enkelvoudige kamer

Reg.nr.: AWB 08/1548 BC-T2

Uitspraak in het geding tussen

Philip Morris Holland B.V., gevestigd te Bergen op Zoom, eiseres,

gemachtigde mr. V.H. Affourtit, advocaat te Amsterdam,

en

de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 14 oktober 2005 heeft verweerder eiseres een bestuurlijke boete van €45.000,- opgelegd wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Tegen dit besluit heeft de gemachtigde van eiseres bij brief van 23 november 2005 bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 26 februari 2008 heeft verweerder, onder aanvulling van de motivering, het bezwaar gegrond verklaard, in zoverre dat de boete wegens tijdsverloop is gematigd met 10% tot €40.500,-. Voor het overige heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft de gemachtigde van eiseres bij brief van 8 april 2008 beroep ingesteld. De gronden van het beroep zijn bij brief van 20 mei 2008 aangevuld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 8 januari 2009 heeft de gemachtigde van eiseres bericht een deel van de gronden van het beroep niet langer te handhaven.

Het beroep is gevoegd behandeld met de beroepen bekend onder registratienummers AWB 08/1547 BC-T2 en AWB 08/1589 BC-T2. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 23 januari 2009. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. drs. D.J. Dernison en mr. R. Bal.

2 Overwegingen

2.1 Feiten en omstandigheden die als vaststaand worden aangenomen

De controleambtenaar van de Voedsel en Warenautoriteit heeft blijkens diens proces-verbaal van 9 augustus 2004 op 27 juni 2004 het evenement 'Beachpop' op het

strand van Bloemendaal bezocht. In het vorengenoemde proces-verbaal is het volgende vermeld.

“Omstreeks 17:50 uur bevond ik mij op het evenementterrein aangrenzend aan strandpaviljoen Lido. Ik zag daar een stand waarop ik met grote rode letters zag geschreven “Cigarettes”. Ik zag dat de stand geheel rood was. Ik zag dat er op de toonbank een display stond met zilverkleurige pakken. Ik zag dat het pakken Marlboro special edition waren zijnde een tabaksproduct, zoals bedoeld in artikel 1, onder a, van de Tabakswet.

Ik zag dat er een meisje achter de toonbank zat, gekleed in de kleuren rood en zilver. Ik zag dat de bovenkant van de toonbank doorzichtig was en dat er daaronder pakken sigaretten lagen van de merken Marlboro, Chesterfield, L&M en Phillip Morris, zijnde tabaksproducten, zoals bedoeld in artikel 1 onder a van de Tabakswet. Alle merken zijn door Philip Morris geproduceerd. Ik zag personen die bij de stand sigaretten kregen tegen betaling.”

In het aanvullend proces-verbaal van 10 maart 2005 is door de controleambtenaar vermeld

“Ik, verbalisant, zag dat tabaksproducten van het merk “Marlboro” gepresenteerd werden, door middel van een display met pakken “Marlboro special edition”. Ik zag dat de kleur rood van de stand en de letters “Cigarettes” alsmede de kleuren rood en zilver van de kleding die het meisje werkzaam acht de toonbank droeg, onderdeel uitmaakte van de presentatie van tabaksproducten. Ik zag namelijk dat de kleuren rood en zilver ook de kleuren van de pakken “Marlboro” en “Marlboro special edition” sigaretten waren.”

2.2 Wettelijk kader

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder f en h, Tabakswet wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

f. reclame: elke handeling in de economische sfeer met als doel de verkoop van tabaksproducten te bevorderen en elke vorm van commerciële mededeling die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft, met inbegrip van reclame waarmee, zonder het tabaksproduct rechtstreeks te noemen, wordt getracht het reclameverbod te omzeilen door gebruik te maken van een naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken van een tabaksproduct;

h. tabaksverkooppunt: iedere plaats waar tabaksproducten aanwezig zijn voor het bedrijfsmatig of anders dan om niet verstrekken.”

Ingevolge artikel 5, eerste lid, Tabakswet is, onverminderd artikel 4 Tabakswet, elke vorm van reclame en sponsoring verboden.

In artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet is bepaald dat het eerste lid niet geldt voor de reguliere presentatie van te koop aangeboden tabaksproducten door middel van het tonen daarvan in een gesloten verpakking tegen een neutrale achtergrond en de normale prijsaanduiding daarvan in tabaksverkooppunten, met dien verstande dat de verpakkingseis niet geldt voor sigaren, pijptabak en pruimtabak in een tabaksspeciaalzaak.

Krachtens artikel 11b, eerste tot en met het 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, 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 de overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet onder categorie A, met dien verstande dat in die bijlage - voor zover hier van belang - is bepaald dat overtreding door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten van het verbod neergelegd in artikel 5 wordt bestraft met een boete van €45.000,-- (voor zover geen sprake is van recidive), dat overtreding van artikel 5 door anderen wordt 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,--.

2.3 Standpunt van eiseres

Eiseres heeft zich op het standpunt gesteld dat verweerder bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid aan haar een boete heeft kunnen opleggen van €40.500,--. Eiseres heeft betoogd dat de door verweerder gevoerde handhavingspraktijk ten aanzien van overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet willekeurig en onvoldoende consistent is, omdat daaruit voor eiseres geen richtlijnen zijn af te leiden aan welke (uiterlijke) voorwaarden haar tijdelijke verkooppunten dienen te voldoen om overtreding van het reclameverbod te voorkomen. De wettekst biedt op dit punt onvoldoende houvast. Verweerder heeft bij de inwerkingtreding van de Tabakswet geen beleid kenbaar gemaakt. Verweerder acht steeds op wisselende en soms zelfs tegenstrijdige gronden een verkooppunt ontoelaatbaar.

Namens eiseres is ter zitting gesteld dat haar tijdelijke verkooppunten de afgelopen jaren in vormgeving zijn versoberd, juist met het oog op het doel van de Tabakswet. Ook worden de tabaksproducten in het verkooppunt op reguliere wijze aangeboden, namelijk in een gesloten verpakking. De achtergrond waartegen de producten in het onderhavige geval werden getoond was neutraal. Voor eiseres is het onduidelijk welke kleurstelling van het verkooppunt bepalend is voor verweerder om een uitzonderingssituatie als bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet aan te nemen. Voorts heeft eiseres betoogd dat uit de handhavingspraktijk van verweerder is af te leiden dat een

schap of een rek achter een balie de enige toegestane vorm van reguliere presentatie is. Een balie met een schap is een typisch vaste winkelopstelling en is – en was voor de inwerkingtreding van de Tabakswet – dan ook niet de gebruikelijke vorm voor tijdelijke verkooppunten. Eiseres merkt op dat een ‘eventselling’ zich naar aard in relevante mate onderscheidt van hetgeen in andere tabaksverkooppunten gebruikelijk is.

Eiseres acht de aan haar opgelegde boete ten bedrage van €40.500,-- onevenredig en disproportioneel gelet op de ernst van de overtreding. Eiseres heeft gesteld dat verweerder bij vaststelling van de hoogte van de boete er onvoldoende rekening mee heeft gehouden dat eiseres met het tijdelijk verkooppunt niet bewust commercieel gewin heeft willen behalen en dat van het aanprijzen van tabaksproducten geen sprake is geweest. Zo eiseres enig commercieel voordeel zou hebben genoten van het tijdelijk verkooppunt, hetgeen eiseres bestrijdt, staat dat in geen verhouding tot de hoogte van de boete.

Voorts heeft verweerder volgens eiseres ten onrechte afgezien de aan haar opgelegde boete verdergaand te matigen en op nihil vast te stellen wegens overschrijding van de redelijke termijn; eiseres wijst erop dat eerst vier jaar na de datum van de overtreding de opgelegde sanctie kan worden voorgelegd aan de onafhankelijke rechter.

2.4 Standpunt van verweerder

Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat eiseres terecht een boete is opgelegd wegens overtreding van het reclameverbod als bedoeld in artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Verweerder heeft vermeld dat onderhavige boete niet de eerste boete is die aan eiseres is opgelegd wegens overtreding van het reclameverbod en evenmin de eerste boete is die eiseres in beroep aanvecht, zodat zij bekend kan zijn met de eisen waaraan een tijdelijk verkooppunt dient te voldoen.

Ter zitting is namens verweerder aangegeven dat verweerder terzake van overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet een consistente handhavingpraktijk voert die gebaseerd is op interne richtlijnen en werkvoorschriften. Overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet wordt als ernstig gekwalificeerd en leidt tot het opleggen van een boete. Verweerder hanteert geen richtlijnen en ziet ook geen aanleiding deze op te stellen met betrekking tot (uiterlijke) eisen die aan een tijdelijk verkooppunt zouden moeten worden gesteld waardoor sprake is van een reguliere presentatie van het te koop aanbieden van tabaksproducten.

Ter zitting is door de gemachtigde van verweerder toegelicht dat verweerder hiervoor geen (algemene) richtlijnen heeft vastgesteld, omdat de vraag of een tijdelijk verkooppunt binnen de uitzondering van artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet valt, dient te worden beoordeeld aan de hand van verschillende factoren zoals uitstraling, kleurstelling en omvang van een tijdelijk verkooppunt, hetgeen met zich brengt dat elk geval aan de hand van de combinatie van vorenvermelde factoren afzonderlijk dient te worden beoordeeld.

Verweerder ziet geen aanleiding de boete verdergaand te matigen dan reeds bij het bestreden besluit is ge-

beurd. Verweerder heeft verwezen naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 16 september 2008, LJN: BG1604, waarin uitspraak is gedaan in vergelijkbare zaken waarbij eiseres partij was.

2.5 Beoordeling

Voor de rechtbank staat vast - en door eiseres niet bestreden - dat eiseres op 27 juni 2004 met een tijdelijk verkooppunt van tabaksproducten vertegenwoordigd was op het evenement ‘Beachpop’ te Bloemendaal en tijdens het evenement aan het publiek via de verkoopbalie tabaksproducten van haar merken Marlboro, Chesterfield, L&M en Philip Morris te koop aanbood. Aan de linkerkzijde van de stand was in rode letters vermeld “Cigarettes”. De stand was geheel rood. De kleding van het meisje in de verkoopstand was rood en zilver en maakte onderdeel uit de verkooppresentatie.

De rechtbank is van oordeel dat eiseres met de wijze waarop zij tijdens het evenement ‘Beachpop’ de tabaksproducten te koop heeft aangeboden het verbod van elke vorm van tabaksreclame heeft overtreden. De rechtbank overweegt dienaangaande dat de tabaksproducten zodanig zijn gepresenteerd dat deze presentatie als geheel op met het reclameverbod onverenigbare wijze de aandacht van het aanwezige publiek op de te koop aangeboden tabaksproducten vestigt. De in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet geformuleerde uitzondering op de beperking van tabaksreclame is naar het oordeel van de rechtbank niet van toepassing. De rechtbank verwijst voor haar standpunt naar de [uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 16 september 2008, LJN: BG1604](#).

De rechtbank is van oordeel dat de overtreding van het reclameverbod aan eiseres is toe te rekenen. De rechtbank acht de verbodsnorm van artikel 5, eerste lid, Tabakswet voldoende bepaalbaar, zodat geen strijd is met het lex certa-beginsel.

De in het boeterapport vermelde feiten en omstandigheden kunnen de conclusie van verweerder dragen dat in dit geval sprake is van een ernstige overtreding. Verweerder was derhalve bevoegd eiseres terzake een boete op te leggen.

Namens eiseres is het standpunt ingenomen dat verweerdere handhavingsbeleid ten aanzien van het opleggen van een boete wegens overtreding van het reclameverbod als bedoeld in artikel 5, eerste lid, Tabakswet in het geval in een tijdelijk verkooppunt tabaksproducten te koop worden aangeboden niet consistent en willekeurig is.

De rechtbank stelt voorop dat het bestuursorgaan gehouden is tot het voeren van een stelselmatig en consistent bestuurlijk handhavingsbeleid. De rechtbank overweegt dienaangaande dat verweerder onder verwijzing naar interne richtlijnen en werkvoorschriften voldoende heeft toegelicht dat indien de presentatie van een tijdelijk verkooppunt niet kan worden aangemerkt als een reguliere presentatie van het te koop aanbieden van tabaksproducten, niet wordt voldaan aan de uitzonderingssituatie van artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet op het reclameverbod. In dat geval is sprake van overtreding van artikel 5, eerste lid, Ta-

bakswet, hetgeen dient te leiden tot het opleggen van een boete aan de overtreder. Verweerder heeft hier aangegeven dat de beoordeling of een tijdelijk verkooppunt valt onder artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet wordt bepaald aan de hand van een combinatie van factoren.

Naar het oordeel van de rechtbank is er geen wettelijk voorschrift op grond waarvan verweerder gehouden is tot het (verdergaand) formuleren van richtlijnen en werkvoorschriften die zien op de eisen die verweerder in het licht van artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet stelt aan de presentatie van een tijdelijk verkooppunt. De rechtbank is niet gebleken dat verweerder op dit punt in het kader van handhaving vergelijkbare gevallen ongelijk behandelt. De rechtbank acht verweerd anderszins handhavingpraktijk terzake stelselmatig en consistent.

Niet gezegd kan worden dat verweerder bij afweging van alle bij het besluit betrokken belangen niet in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van de bevoegdheid om eiseres een boete op te leggen.

De opgelegde boete valt 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 (hierna: EVRM). Beoordeeld dient te worden of de boete evenredig is aan ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtredingen.

De Tabakswet schrijft voor dat het bedrag van de boete wordt bepaald als voorzien in de bijlage als bedoeld in artikel 11b van de wet. Deze bijlage bevat een systeem van maximale gefixeerde boetebedragen al naar gelang de aard en de ernst van de overtreding, waarbij verschillende overtredingen uit de Tabakswet over drie categorieën zijn verdeeld. Daarbij heeft de wetgever onderscheid gemaakt tussen enerzijds overtredingen die zijn begaan door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten en anderzijds overtredingen die zijn begaan door anderen dan dezen. De hoogte van de (gefixeerde) boeten voor de eerstbedoelde categorie is ingegeven door de opvatting van de wetgever dat bij overtreding van het reclameverbod vooral moet worden gedacht aan doelbewust handelende multinationals en grote bedrijven, waarvoor volgens de wetgever in voorkomende gevallen slechts de dreiging van een hoge boete voldoende afschrikwekkend zou kunnen werken.

De rechtbank stelt vast dat verweerder in eerste instantie een boete van €45.000,- aan eiseres heeft opgelegd wegens het overtreeden van het reclameverbod ingevolge artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Verweerder is bij vaststelling van de boete uitgegaan van de omstandigheid dat eiseres behoort tot de in de bijlage van artikel 11b Tabakswet vermelde categorie A van fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten. In verband met de duur van de procesgang in bezwaar heeft verweerder de opgelegde boete gematigd met 10% tot €40.500,-.

De rechtbank zijn geen feiten en omstandigheden gebleken die leiden tot de conclusie dat het boetebedrag van €40.500,- in het voorliggende geval niet in redelij-

ke verhouding staat tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding van de Tabakswet.

De rechtbank laat hierbij wegen dat eiseres behoort tot de multinationale ondernemingen waarop de wetgever bij introductie van de hoge maximale boete en de verschillende hiervoor bedoelde boeteregimes het oog heeft gehad en waarvoor in beginsel een maximale boete geldt van €45.000,-. Het al dan niet bewuste commerciële gewin door eiseres van een tijdelijk verkooppunt, zoals door eiseres is aangevoerd, acht de rechtbank geen omstandigheid die noopt tot matiging van de boete. Voorts overweegt de rechtbank dat de overtreding heeft plaatsgevonden op een evenement dat bezocht werd bezocht door onder meer jongeren, zodat hierin evenmin een grond is gelegen tot matiging.

De rechtbank ziet in het voorliggende geval evenmin aanleiding, gelet op de jurisprudentie terzake (o.m. Hoge Raad van 22 april 2005, LJN: AT4464), om de boete wegens tijdsverloop verdergaand dan door verweerder te matigen. De rechtbank merkt hierbij op dat voor vaststelling of sprake is van overschrijding van de redelijke termijn uitgegaan dient te worden gegaan van de duur van de procedure vanaf het moment waarop eiseres rekening diende te houden met het opleggen van een boete tot aan de uitspraak van de rechtbank. Bij brief van 21 maart 2005 heeft verweerder eiseres medegedeeld voornemens te zijn haar een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Vanaf dat moment diende eiseres er rekening mee te houden dat verweerder aan haar een boete zou opleggen. Vanaf deze datum tot aan de datum van deze uitspraak heeft de procedure (in eerste aanleg) bijna vier jaar geduurd. Het aandeel van de rechtbank in de duur van de behandeling is vast te stellen op minder dan een jaar, het aandeel van het bestuursorgaan is vast te stellen op meer dan drie jaar. De rechtbank acht, in de lijn van haar eerdere uitspraken, een matiging van de boete van 10% door verweerder wegens vertraging in tijdsverloop afdoende.

Uit het vorenstaande volgt dat het beroep van eiseres ongegrond dient te worden verklaard.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de rechtbank geen aanleiding.

3 Beslissing

De rechtbank,
recht doende:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door mr. L.A.C. van Nifterick, rechter, in tegenwoordigheid van mr. A.J.J. van der Vlist, griffier.

De griffier: De rechter:

Uitgesproken in het openbaar op: 20 februari 2009.