

Hof Den Haag, 22 december 2009, De Staat v Agio c.s.



TABAKSRECLAME

Dispenser valt onder reclameverbod

- [Hoe neutraal de dispensers ook mogen zijn, de enkele verpakking van de doosjes sigaren daarin valt al onder het reclameverbod.](#)

In afwijking van dat verbod mogen doosjes sigaren worden getoond, zolang de presentatie niet verder gaat dan voor het te koop aanbieden noodzakelijk is. Naar het oordeel van het hof gaat de presentatie in dispensers op de toonbank van benzinstations onder de bijzondere omstandigheden van het geval verder dan noodzakelijk is voor het te koop aanbieden van de onderhavige tabaksproducten.

Gerechtigde beperking vrij verkeer

- [Ten aanzien van de gestelde strijd met artikel 28 EG oordeelt het hof dat het onderhavige reclameverbod op de voet van artikel 30 EG is gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen.](#)

De Staat heeft in dit geding genoegzaam aangetoond dat het reclameverbod, dat onderdeel uitmaakt van een pakket van maatregelen, bijdraagt aan de ontmoediging van de tabaksconsumptie van de bevolking in het algemeen en van jeugdigen in het bijzonder, en dat de beperking van de reclame voor tabaksproducten een bijdrage kan leveren aan het bevorderen van de volksgezondheid. In dit licht kan niet worden geoordeeld dat het reclameverbod niet noodzakelijk en niet geschikt is, noch dat het niet proportioneel is. Na het voorgaande kan in het midden blijven of het onderhavige reclameverbod aangemerkt kan worden als een "verkoopmodaliteit" (in de zin van het arrest van het HvJ EG van 24 november 1993 in de gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, Jur. 1993, p. I-6126) en het om die reden buiten de werkingssfeer van artikel 28 EG valt

Vindplaatsen: LJN: [BK9361](#)

Hof Den Haag, 22 december 2009

(A.V. van den Berg, W.A.J. van Lierop en J. Kramer)
Sector handel

Zaaknummer : 105.007.483/01

Rolnummer (oud) : 08/0073

Zaak- /rolnummer rechtbank : 247743 / HA ZA 05-2394

Arrest van de eerste civiele kamer d.d. 22 december 2009

inzake

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),
zetelend te 's-Gravenhage,
appellant,

hierna te noemen: de Staat,

advocaat: mr. A.B. van Rijn te 's-Gravenhage,

tegen

1. AGIO SIGARENFABRIEKEN N.V., gevestigd te Duizel,

2. BRITISH AMERICAN TOBACCO THE NETHERLANDS B.V., gevestigd te Amsterdam, thans onderdeel van [...] B.V., gevestigd te Eersel,

3. RITMEESTER B.V., gevestigd te Veenendaal, en

4. SWEDISH MATCH CIGARS B.V., gevestigd te Valkenswaard,

geïntimeerden,

hierna gezamenlijk te noemen: Agio c.s.,

advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage.

De loop van het geding

Bij exploit van 8 januari 2008 heeft de Staat hoger beroep ingesteld tegen het tussen partijen gewezen [vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 oktober 2007](#). De Staat heeft bij memorie van grieven (met productie) vijf grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd. Agio c.s. hebben bij memorie van antwoord (met producties) de grieven bestreden.

Op 16 november 2009 hebben partijen de zaak voor het hof doen bepleiten, de Staat door mr. Van Rijn voornoemd en Agio c.s. door mr. K.J. Defares, advocaat te Amsterdam, die beiden pleitnotities hebben overgelegd. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De in het bestreden vonnis in rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.6 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet betwist, zodat ook het hof daarvan uitgaat.

1.1 Het gaat in dit geding – kort samengevat – om het volgende.

(i) Agio c.s. zijn tabaksproducenten, die voor de distributie en verkoop van sigaren onder meer gebruik maken van benzinstations. Daartoe hebben zij met eigenaren en exploitanten van benzinstations overeenkomsten gesloten om tegen een financiële vergoeding in benzinstations op de toonbank dispensers te mogen opstellen waarin doosjes sigaren worden uitgesteld.

(ii) Agio Sigarenfabrieken N.V., hierna: Agio, heeft met Gebr. Jongste B.V. te Capelle aan den IJssel, exploitant van een aantal benzinstations, een dergelijke overeenkomst gesloten.

(iii) Bij beschikking van 18 februari 2005 heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voornoemde exploitant een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, van de Tabakswet (hierna: Tbw), dat – kort gezegd – een reclameverbod voor tabaksproducten bevat. Het namens Gebr. Jongste B.V. en Agio tegen deze beschikking ingediende bezwaarschrift is bij beslissing van 11 augustus 2005 ongegrond verklaard voor wat betreft de bezwaren van Gebr. Jongste B.V. en niet-ontvankelijk voor wat be-

treft de bezwaren van Agio. Het tegen deze beslissing bij de rechtbank Rotterdam ingestelde beroep door respectievelijk Gebr. Jongste B.V. en Agio is later ingetrokken.

(iv) Agio c.s. hebben in een civiele procedure voor de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage – samengevat – gevorderd de Staat te bevelen zijn handhavingspraktijk terzake van artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, van de Tbw jegens hen niet toe passen, voor zover deze praktijk het hun niet toestaat hun tabaksproducten in benzinestations uit te stallen dan wel te doen uitstallen in dispensers, en door zijn ambtenaren niet te doen toepassen in het bijzonder met betrekking tot inspectie, onderzoek, vervolging en sanctionering, totdat daarover door de (bestuurs)rechter onherroepelijk is beslist. De voorzieningenrechter heeft deze vordering van Agio c.s. bij vonnis van 13 juni 2005 toegewezen. Bij arrest van 10 november 2005 heeft het hof in hoger beroep het vonnis van de voorzieningenrechter grotendeels bekrachtigd, onder bepaling dat het gegeven bevel voortduurt totdat de bestuursrechter in een door een pomphouder aangespannen administratieve procedure, dan wel totdat de civiele bodemrechter in een door Agio c.s. aangespannen procedure, over de kwestie heeft beslist.

2. In deze bodemprocedure hebben Agio c.s. in eerste aanleg na wijziging van eis – kort samengevat – gevorderd dat de rechtbank de procedure schorst om aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van artikel 28 EG, alsmede voor recht verklaart:

- dat het uitstallen van tabaksproducten in benzinestations in dispensers op een wijze die niet afwijkt van de manier waarop Agio c.s. vóór de inwerkingtreding van het reclameverbod in de Tbw op 7 november 2002 hun tabaksproducten in benzinestations in dispensers uitstalden en de afgelopen jaren gebruikelijk was, niet strijdig is met artikel 5, eerste lid, van de Tbw, en
- dat de uitleg door en de handhavingspraktijk van de Staat van het uitstalverbod jegens Agio c.s. onjuist en onrechtmatig is en buiten toepassing moet worden gelaten, met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

3. In het **bestreden vonnis** heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de uitstalling van doosjes sigaren in sobere dispensers op de toonbank van benzinestations een vorm van ‘reguliere presentatie’ is als bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, van de Tbw, en dat de handhaving van het verbod van artikel 5, eerste lid, van de Tbw bij Gebr. Jongste B.V., zoals in het dictum van het vonnis bepaald, onrechtmatig is jegens Agio, met proceskostenveroordeling van de Staat.

4. In hoger beroep komt de Staat met grief 1 op tegen de in rechtsoverweging 4.5 van het vonnis gegeven uitleg van het begrip reguliere presentatie in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, van de Tbw en in het bijzonder aan de in de wetsgeschiedenis opgenomen zinsnede ‘zoals te doen gebruikelijk in de afgelopen jaren’. Grief 2 klaagt over de rechtsoverwegingen 4.6, 4.7 en 4.8, waarin de rechtbank volgens de Staat een onjuiste uitleg aan de uitzonderingsbepaling van artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, van de Tbw heeft gege-

ven en ten onrechte de wijze van presenteren van tabaksproducten die in de onderhavige procedure in het geding is onder die bepaling heeft gebracht. Grievens 3 en 4 richten zich tegen de verklaring voor recht ten aanzien van de handhavingspraktijk. Grief 5 ten slotte bestrijdt de verklaring voor recht dat de handhaving van het reclameverbod bij Gebr. Jongste onrechtmatig is jegens Agio. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5. De Tbw luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

“ Artikel 1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt 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 een ander onderscheidend teken van een tabaksproduct; (...)

h. tabaksverkoop punt: iedere plaats waar tabaksproducten aanwezig zijn voor het bedrijfsmatig of anders dan om niet verstrekken; (...)

Artikel 5.

1. Onverminderd artikel 4 is elke vorm van reclame en sponsoring verboden. (...)

3. Het eerste lid geldt evenmin voor: (...)

b. 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 tabaksverkoop punten (...).”

6. In de Nota van Wijziging (Kamerstukken II, 2000-2001, 26 472, nr. 7 p. 19-22) wordt het volgende naar voren gebracht:

“Nu het zaak is een vergaande beperking van de tabaksmarketing, -reclame, -promotie en -sponsoring in te voeren, heb ik gemeend er verstandig aan te doen in de onderdelen f en g van artikel 1 van de Tabakswet definities van reclame en sponsoring op te nemen. Daarbij is gebruik gemaakt van internationaal ontwikkelde concepten. Hier zij benadrukt dat beide definities in de meest brede zin des woords moeten worden begrepen. Ter illustratie diene dat bijvoorbeeld alle (bestaande of nieuwe) vormen van “direct marketing”, “sales promotion”, beurzen en tentoonstellingen, “direct mail” (...), alle tabaksmarketing, -reclame, -promotie en -sponsoring via het Internet, mondelinge reclame (...) hieronder vallen. Deze uitleg van de definities van reclame en sponsoring strookt met hetgeen de regering beoogt, te weten een allesomvattende definitie ter zake. De voorgaande opsomming heeft overigens geenszins de pretentie noch de bedoeling uitputtend te zijn en mag ook niet als zodanig worden beschouwd. Zo zullen bijvoorbeeld ook alle opkomende nieuwe media en nu nog niet bestaan-

de, toekomstige marketingmethoden en promotietechnieken onder het verbod vallen. Kortom, slechts de expliciet bepaalde uitzonderingen in het voorgestelde derde lid van artikel 5 beperken de reikwijdte en werkingssfeer van beide begrippen enigszins. Met andere woorden: alle marketing, reclame, promotie en sponsoring voor tabaksproducten wordt verboden, behalve als het bepaalde in lid 3 van artikel 5 van toepassing is. Nog anders gesteld: er zal na de inwerkingtreding van de nieuwe Tabakswet geen marketing, reclame, promotie noch sponsoring voor tabaksproducten zijn toegestaan die niet valt onder de uitzonderingen, zoals die zijn bepaald in het derde lid van artikel 5, op de werkingssfeer van de beperkingen. (...) In het voorgestelde derde lid zijn vijf uitzonderingen op de beperking van de tabaksreclame opgenomen. Die uitzonderingen zijn uit een oogpunt van rechtszekerheid en handhaving zo concreet mogelijk verwoord en spreken als zodanig alle vijf voor zich. Ter toelichting zij toch het volgende opgemerkt. (...) De ratio van onderdeel b is dat de verpakking van tabaksproducten op zichzelf onder de definitie van reclame in artikel 1, onderdeel f, valt, maar het niet de bedoeling kan zijn die verpakkingen te verbieden. Vandaar deze uitzondering op de reclamebeperking. "Reguliere presentatie" betekent zoals te doen gebruikelijk in de afgelopen jaren; rare stuntachtige uitstalmethoden kunnen hiermee worden voorkomen. Onder "reguliere presentatie" wordt ook begrepen het tonen van afbeeldingen van verpakkingen van tabaksproducten bij de bedieningsknoppen van tabaksautomaten, mits deze afbeeldingen niets anders tonen dan en niet groter zijn dan de verpakkingen zelf van die tabaksproducten en er uitsluitend toe dienen om duidelijk te maken wat de inhoud van de automaat is. (...) Ook een normale prijsaanduiding op verkooppunten moet mogelijk blijven. Het kan echter niet zo zijn dat de tabaksfabrikanten in samenspraak met de tabaksdetailhandel na de inwerkingtreding van de nieuwe Tabakswet tot een zodanige presentatie of prijsaanduiding van te koop aangeboden tabaksproducten komen dat deze presentatie of prijsaanduiding op zichzelf als reclame of verkoopbevorderend zou gaan werken, althans niet meer dan in de afgelopen jaren het geval was. "

7. In geschil is de betekenis van de zinsnede "reguliere presentatie" in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, van de Tbw. Agio c.s. stellen zich op het standpunt dat de presentatie van doosjes sigaren in dispensers, die een volstrekt neutraal karakter hebben, op toonbanken van benzinstations een sobere (zelfs soberder dan vóór 7 november 2002) uitstalling van verpakkingen betreft, die toont welk tabaksproduct voor welke prijs wordt verkocht. De Staat bestrijdt dit standpunt en acht ook deze wijze van presentatie in strijd met het reclameverbod.

8. Uit de wetsgeschiedenis blijkt naar het oordeel van het hof onmiskenbaar dat de wetgever met onderdeel b van voornoemd artikellid een beperkte uitzondering op het verbod van tabaksreclame op het oog heeft gehad. Uit de Nota van Wijziging blijkt expliciet dat de minister heeft onderkend dat de definitie van reclame in de

Tbw zodanig vergaand en alomvattend is, dat zelfs het enkele tonen van de verpakking van tabaksreclame als ongeoorloofde reclame kan worden aangemerkt terwijl het volgens hem niet de bedoeling kan zijn die verpakkingen te verbieden. Hoewel naast reclamebeperkingen tevens verkoopbeperkingen zijn ingesteld, heeft de wet immers niet ten doel de verkoop van tabaksproducten onmogelijk te maken. Tegen deze achtergrond heeft de wetgever de onderhavige uitzondering op het verbod van tabaksreclame in de wet opgenomen. Bedoeld is een belemmering voor de verkoop van tabaksproducten weg te nemen die door de ruime en alomvattende definitie van reclame in verbinding met het verbod op elke vorm van reclame wordt opgeworpen. Uit de toelichting op de desbetreffende bepaling blijkt dat uitsluitend is voorzien in de mogelijkheid in tabaksverkooppunten de verpakking van te koop aangeboden tabaksproducten voorzien van een prijs te tonen op de in de afgelopen jaren gebruikelijke wijze. Met de voor de reguliere presentatie gemaakte uitzondering is de reikwijdte van het reclameverbod enigszins beperkt, immers voor zover het tonen van de verpakking van tabaksproducten en de prijs daarvan in tabaksverkooppunten (noodzakelijkerwijs) plaatsvinden in het kader van de verkoop van deze producten. De toelichting in de Nota van Wijziging op het begrip "reguliere presentatie" zoals hiervoor in rechtsoverweging 4 weergegeven, moet worden beschouwd binnen de context van de bepaling waarop zij betrekking heeft. In afwijking van het verbod op tabaksreclame in tabaksverkooppunten mag de verpakking met een neutrale prijsaanduiding worden getoond, zolang deze presentatie niet verder gaat dan voor het te koop aanbieden noodzakelijk is. De verwijzing in de toelichting heeft dan ook betrekking op hetgeen binnen dat beperkte kader te doen gebruikelijk was en niet om meer of een verderstrekkende uitzondering(en) op het reclameverbod mogelijk te maken.

9. In het onderhavige geval beogen Agio c.s. door het sluiten van een overeenkomst tegen een financiële vergoeding plaatsing te bewerkstelligen van dispensers met doosjes sigaren op de toonbank van benzinstations. Niet gesteld noch gebleken is dat dit niet een (ten opzichte van andere of soortgelijke tabaksproducten of andere tabaksproducenten) bijzonder karakter heeft, juist ook tegen de achtergrond van de gesloten overeenkomst. Hoe neutraal de dispensers ook mogen zijn, de enkele verpakking van de doosjes sigaren daarin valt al onder het reclameverbod. In afwijking van dat verbod mogen doosjes sigaren worden getoond, zolang de presentatie niet verder gaat dan voor het te koop aanbieden noodzakelijk is. Naar het oordeel van het hof gaat de presentatie in dispensers op de toonbank van benzinstations onder de bijzondere omstandigheden van het geval verder dan noodzakelijk is voor het te koop aanbieden van de onderhavige tabaksproducten.

10. Agio c.s. kunnen voor steun voor hun standpunt geen beroep doen op de brief van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 12 december 2002 (productie 15 bij de inleidende dagvaarding), aangezien deze enerzijds ziet op blanco dispensers,

maar in de vorm van kasten/rekken zonder tabaksmerken of reclame er op, en anderzijds een omschrijving geeft van reguliere presentatie als "zichtbaar aanwezig hebben van tabaksproducten voor verkoop".

11. De grieven 1 en 2 van de Staat treffen dus doel en in het verlengde daarvan de grieven 3, 4 en 5. Het bestreden vonnis komt dan ook voor vernietiging in aanmerking.

12. Agio c.s. hebben nog betoogd dat de uitlegging die de Staat geeft aan de hiervoor genoemde (onderdelen van) artikelliden en de daarop gebaseerde handhavingspraktijk in strijd zijn met het in artikel 28 EG gewaarborgde vrije verkeer van goederen en het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van diensten neergelegd in artikel 49 EG. Zij stellen hiertoe dat deze uitlegging en handhavingspraktijk niet noodzakelijk, niet geschikt en niet proportioneel zijn voor de bescherming van de volksgezondheid en het terugdringen en voorkomen van jeugdroken in het bijzonder.

13. Het hof verwierpt het betoog van Agio c.s. Voorop wordt gesteld dat Agio c.s. niet hebben toegelicht waarom sprake is van strijd met artikel 49 EG en dat zij in hun processtukken na de conclusie van antwoord in eerste aanleg deze verdragsbepaling ook niet meer noemen. In zoverre worden de stellingen van Agio c.s. als onvoldoende toegelicht gepasseerd. Ten aanzien van de gestelde strijd met artikel 28 EG oordeelt het hof dat het onderhavige reclameverbod op de voet van artikel 30 EG is gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen. De Staat heeft in dit geding genoegzaam aangetoond dat het reclameverbod, dat onderdeel uitmaakt van een pakket van maatregelen, bijdraagt aan de ontmoediging van de tabaksconsumptie van de bevolking in het algemeen en van jeugdigen in het bijzonder, en dat de beperking van de reclame voor tabaksproducten een bijdrage kan leveren aan het bevorderen van de volksgezondheid. In dit licht kan niet worden geoordeeld dat het reclameverbod niet noodzakelijk en niet geschikt is, noch dat het niet proportioneel is. Na het voorgaande kan in het midden blijven of het onderhavige reclameverbod aangemerkt kan worden als een "verkoopmodaliteit" (in de zin van het arrest van het HvJ EG van 24 november 1993 in de gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, Jur. 1993, p. I-6126) en het om die reden buiten de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.

14. Het hof acht na het voorgaande geen termen aanwezig om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG.

15. Nu er van tegenstrijdigheid tussen de tekst van de Tbw, de toelichting daarop, en de uitvoeringspraktijk niet is gebleken, kan niet staande worden gehouden dat de toepassing van de wet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, dan wel rechtsonzekerheid scheidt, en evenmin dat zij niet voldoet aan de in het EVRM neergelegde eisen van rechtsbescherming en van behoorlijk bestuur.

16. De vorderingen van Agio c.s. dienen te worden afgewezen.

17. Agio c.s. zullen als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het bestreden vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 oktober 2007; en opnieuw rechtdoende:

- wijst de vorderingen van Agio c.s. af;

- veroordeelt Agio c.s. in de kosten van het geding in eerste aanleg aan de zijde van de Staat begroot op € 244,- aan verschotten en € 904,- aan salaris van de advocaat, alsmede van het geding in hoger beroep aan de zijde van de Staat begroot op € 371,80 aan verschotten en € 2.682,- aan salaris van de advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de veroordeling tot betaling van de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.V. van den Berg, W.A.J. van Lierop en J. Kramer en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 december 2009 in aanwezigheid van de griffier.