

uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Enkelvoudige kamer

Reg.nr.: AWB 10/4519 BC-T2

Uitspraak in het geding tussen

de stichting **Stichting Het Ketelhuis**, gevestigd te Amsterdam, eiseres,
gemachtigde mr. J.R. Spauwen, advocaat te Amsterdam,

en

de **minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport**, verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 30 september 2010 (hierna: het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres tegen het besluit van 4 december 2009 (hierna: het primaire besluit), waarbij aan eiseres een bestuurlijke boete van € 450,00 is opgelegd, ongegrond verklaard.

Tegen het bestreden besluit heeft eiseres beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 mei 2011. Namens eiseres zijn verschenen haar gemachtigde en haar directeur A. de Ronde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. I.L. de Graaf, werkzaam bij de Voedsel- en Waren Autoriteit (hierna: VWA).

2 Overwegingen

2.1 Volgens het daartoe door een controleur van de VWA opgemaakte proces-verbaal, dat deel uitmaakt van het door de VWA opgemaakte boeterapport van 13 oktober 2009, is tijdens een herinspectie bij bioscoop Het Ketelhuis, gevestigd aan de Pazzanistraat 13 te Amsterdam, op 31 juli 2009 het volgende geconstateerd:

“Tijdens de inspectie van 15 april 2009 is gebleken dat er een onderscheidend teken werd gebruikt op promotiemateriaal. Dit onderscheidende teken werd al gebruikt voor “Lucky Strike” sigaretten en shag, zijnde tabaksproducten. Dit is een overtreding van artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet. Hiervoor is toen een schriftelijke waarschuwing opgemaakt (...).

Voordat ik het bedrijf betrad zag ik reeds achter de deuropening een poster hangen (...) Ik (...) zag op deze poster in het midden een cirkel met daarin de tekst: “Bioscoop Het Ketelhuis”. Deze cirkel vertoont een sterke gelijkenis met het logo van “Lucky Strike” sigaretten en shag. “Lucky Strike” sigaretten en shag zijn tabaksproducten zoals bedoeld in artikel 1, onder a, van de Tabakswet (...)

Tevens zag ik (...) aan de onderzijde van de poster een zwart omliggende tekst. De wijze waarop deze tekst werd gepresenteerd lijkt zeer sterk op de wijze waarop de

gezondheidswaarschuwing op een pakje sigaretten wordt afgedrukt. (...)
Daarnaast viel het mij (...) op dat de gehele bovengenoemde poster grote gelijkenis vertoonde met een pakje "Lucky Strike" sigaretten. (...)"

2.2 Artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet luidt:

"Het is verboden voor producten of diensten, die na de datum van inwerkingtreding van het in artikel 5, eerste lid, bedoelde verbod op de markt worden gebracht, een naam, merk, symbool of een ander onderscheidend teken te gebruiken dat eerder al voor een tabaksproduct werd gebruikt, tenzij de naam, het merk, het symbool of het andere onderscheidende teken van het product of de dienst in een duidelijk andere vorm dan die van het tabaksproduct wordt gepresenteerd."

2.3 Bij het bestreden besluit heeft verweerder het bezwaar van eiseres tegen het primaire besluit, waarbij aan eiseres een boete van € 450,00 is opgelegd wegens overtreding van artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet, ongegrond verklaard. Daartoe heeft verweerder aangevoerd dat het verboden is voor producten of diensten een naam, merk, symbool of een ander onderscheidend teken te gebruiken dat eerder al voor een tabaksproduct werd gebruikt. Volgens verweerder dient onder reclame volgens de in artikel 1, aanhef en onder f, van de Tabakswet opgenomen definitie daarvan elke vorm van een commerciële mededeling te worden verstaan die het bekendheid geven aan of de aanprijzing van een tabaksproduct rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft. De door eiseres gemaakte reclame op de poster valt daar volgens verweerder onder en daaraan doet zijns inziens niet af dat het een parodie is, nu gebruik is gemaakt van de vorm en het ontwerp van het sigarettapakje van Lucky Strike (hierna: het sigarettapakje). Hoewel de grootte van de poster anders is dan de omvang van het sigarettapakje en de tekst ook niet gelijk is aan die op het sigarettapakje, zijn deze afwijkingen volgens verweerder niet dusdanig groot en onderscheidend dat sprake is van een presentatie in een duidelijk andere vorm dan die van het onderhavige tabaksproduct, zodat er sprake is van sluikreclame, aldus nog steeds verweerder.

2.4 Eiseres heeft hiertegen aangevoerd dat

- zij niet in strijd met artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet heeft gehandeld;
- de Tabakswet niet bedoeld is om een uiting als de onderhavige te verbieden, en
- de haar opgelegde boete een ongerechtvaardigde beperking van haar vrijheid van meningsuiting vormt en dat deze boete-oplegging dus strijdig is met het bepaalde in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Ter adstructie van deze beroepsgronden heeft eiseres gesteld dat het bestreden besluit in strijd met de Tabakswet is, nu met die wet niet is beoogd een dergelijke uiting als gebruikt op de poster - een parodie - te reguleren. Eiseres stelt met de poster geen (indirecte) reclame voor tabaksproducten te maken en een onderscheidend teken in een duidelijk andere vorm gebruikt te hebben, zodat volgens haar geen sprake is van overtreding van de Tabakswet. Voorts heeft verweerder naar de mening van eiseres ten onrechte de grondslag van het bestreden besluit aangevuld door te stellen dat ook andere onderdelen van de poster dan het kenmerkende teken/logo, zoals de gezondheidswaarschuwing en de vorm van de poster, moeten worden meegewogen bij de toets van artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet. Daarnaast is het bestreden besluit, door de definitie van reclame zoals opgenomen in artikel 1 van de Tabakswet aan het bestreden besluit ten grondslag te leggen, terwijl dit begrip geen bestanddeel is van de verbodsbepaling, naar de mening van eiseres eveneens in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Tot slot vormt in de opvatting van eiseres het

toepassen van artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet - het opleggen van de boete – in dit geval een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10 van het EVRM.

2.5 De rechtbank oordeelt als volgt.

2.5.1 De rechtbank stelt voorop dat het door eiseres overgelegde exemplaar van het bestreden besluit op het originele briefpapier van verweerder is vermeld. Dit maakt aannemelijk dat dit exemplaar op 30 september 2010 aan haar is toegezonden. Het beroepschrift van eiseres is op 8 november 2010 door de rechtbank ontvangen. Nu het beroepschrift binnen de in artikel 6:7 van de Algemene wet bestuursrecht bepaalde termijn van zes weken door de rechtbank is ontvangen, acht zij het beroep tijdig ingediend. De rechtbank ziet, gelet op hetgeen verweerder daaromtrent in het verweerschrift heeft aangevoerd, geen aanleiding om aan te nemen dat het bestreden besluit eerder dan 30 september 2010 aan eiseres bekend is gemaakt. Ook overigens is de rechtbank niet gebleken van enige reden om het beroep niet-ontvankelijk te achten.

2.5.2 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerder bevoegd was de boete van € 450,00 aan eiseres op te leggen.

2.5.3 Tussen partijen is in geschil of eiseres artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet heeft overtreden door het gebruik van een naam, merk, symbool of een andere onderscheidend teken dat eerder al voor een tabaksproduct werd gebruikt.

2.5.4 Met betrekking tot de strekking van dit artikellid vermeldt de Nota van wijziging bij de Wijziging van de Tabakswet (vergaderjaar 2000-2001, 26472, nr. 7, p. 23/24), voor zover van belang, het volgende:

“Ingevolge het tweede lid is het verboden het reclame- en sponsoringsverbod van artikel 5, eerste lid, te omzeilen door voor een product (of dienst) dat na de datum van inwerkingtreding van laatstgenoemd verbod op de markt te koop wordt aangeboden, een naam, merk, symbool of een ander onderscheidend teken te gebruiken dat eerder al voor een tabaksproduct werd gebruikt, tenzij de naam, het merk, het symbool of het andere onderscheidende teken van het product of de dienst in een duidelijk andere vorm dan die van het tabaksproduct wordt gepresenteerd. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan Marlboro Classics kleding, Camel Boots, Camel Trophy artikelen, Van Nelle Trading producten, Peter Stuyvesant Travel en diverse andere bestaande producten en diensten onder de naam van een bekend tabaksmerk. Voor alle duidelijkheid zij benadrukt dat de onderhavige bepaling betrekking heeft op de namen, merken, symbolen en andere onderscheidende tekens van de producten en diensten zélf; dit in tegenstelling tot artikel 5, tweede lid, waar het gaat om reclame voor andere producten en diensten dan tabaksproducten.

Verder valt in dit verband te denken aan mogelijk nieuw te introduceren producten of diensten, zoals bijvoorbeeld het op de markt brengen van snoepgoed of een ander kindvriendelijk product, die de naam dragen van of eruit zien als een populair tabaksmerk ten einde op die manier de Tabaksreclamebeperving te omzeilen. Maar zeker ook moet in dit verband worden gedacht aan productintroducties ten behoeve van verhulde tabakspromotie gericht op tieners. Overigens is de werking van het tweede lid algemeen en heeft het natuurlijk ook betrekking op producten en diensten voor volwassenen. Kortom, deze bepaling strekt er dus toe het omzeilen van de reclamebepervingen te voorkómen.”

De bedoeling van de wetgever is dus om met artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet het omzeilen van de bij de Tabakswet gestelde reclame- en sponsorbeperkingen te voorkomen. Hoewel de poster, in het bijzonder de rode cirkel waarin de tekst "Bioscoop Het Ketelhuis" staat vermeld, een duidelijke gelijkenis vertoont met de cirkel die wordt gebruikt in het beeldmerk van Lucky Strike, is deze poster naar het oordeel van de rechtbank niet aan te merken als een commerciële uiting waarmee de reclame- dan wel sponsorbeperkingen worden omzeild (sluikreclame) en is de Tabakswet ook niet bedoeld om dit soort uitingen te verbieden. Daartoe acht de rechtbank, in tegenstelling tot hetgeen verweerder heeft aangevoerd, mede van belang dat het niet de bedoeling van eiseres is geweest om enige vorm van tabaksreclame te maken, maar om met de poster haar bioscoop en de Nederlandse film te promoten door middel van een - voor de objectieve waarnemer duidelijk als zodanig te herkennen - parodie op (de gezondheidswaarschuwing op) een sigarettenpakje.

2.5.5 Op grond van hiervan is de rechtbank van oordeel dat eiseres artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet niet heeft overtreden, zodat verweerder niet bevoegd was een boete op te leggen. Het bestreden besluit kan daarom geen standhouden en komt voor vernietiging in aanmerking. Het beroep is gegrond.

2.6 Nu het bestreden besluit reeds wordt vernietigd omdat verweerder niet de bevoegdheid toekomt om eiseres een boete op te leggen, komt de rechtbank niet toe aan beoordeling van de overige beroepsgronden.

2.7 De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling in bezwaar en in beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt deze kosten op € 1.748,00 aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (1 punt voor het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, alle met wegingsfactor 1 en een waarde per punt van € 437,00) en op € 66,40 aan reiskosten, in totaal dus op € 1.814,40.

3 Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep gegrond,

vernietigt het bestreden besluit,

herroept het primaire besluit,

bepaalt dat verweerder aan eiseres het betaalde griffierecht van € 298,00 vergoedt,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 1.814,40, te betalen aan eiseres.

Aldus gedaan door mr. E.F.C. Francken, rechter, in tegenwoordigheid van mr. B.M. van der Kuil, griffier.

De griffier:



De rechter:



Uitgesproken in het openbaar op: 14 juli 2011.

Een belanghebbende - onder wie in elk geval eiseres wordt begrepen - en verweerder kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift is zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

Afschrift verzonden op:

15 JULI 2011

