

ECLI:NL:CBB:2013:65

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	18-07-2013
Datum publicatie	18-07-2013
Zaaknummer	AWB 11/682
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet beoogt om het omzeilen van het reclame- en sponsoringsverbod te voorkomen. De poster van Het Ketelhuis is geen sluikeclame voor een sigarettenmerk. Met de poster beoogt Het Ketelhuis reclame te maken voor haar zelf en de Nederlandse film. De poster vormt een parodie op tabaksreclame. Het ontbreken van de intentie om het reclameverbod te omzeilen is een element dat voor de beoordeling van de onderhavige zaak mede van belang is.
Wetsverwijzingen	Tabakswet, geldigheid: 2013-07-18
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 11/68218 juli 2013

Uitspraak op het hoger beroep van:

de **minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport**, te Den Haag, appellant (hierna: de minister),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 14 juli 2011, met kenmerk AWB 10/4519 BC-T2, in het geding tussen

Stichting Het Ketelhuis, gevestigd te Amsterdam (hierna: Het Ketelhuis)

en
de minister.

Gemachtigde van de minister: mr. I.C.M. Nijland, werkzaam bij de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit.

Gemachtigde van Het Ketelhuis: mr. J.R. Spauwen, advocaat te Amsterdam.

1 Het procesverloop in hoger beroep

De minister heeft bij brief van 23 augustus 2011, bij het College binnengekomen op

25 augustus 2011, hoger beroep ingesteld tegen voormelde, op 15 juli 2011 verzonden uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank).

Bij brief van 30 september 2011 heeft de minister de gronden van het hoger beroep aangevuld.

Bij brief van 22 november 2011 heeft Het Ketelhuis een reactie op het hoger beroepschrift ingediend.

Op 20 juni 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Partijen zijn verschenen bij hun gemachtigden. Voor Het Ketelhuis was tevens aanwezig haar directeur, [A].

2 De grondslag van het geschil

2.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

2.2 De Tabakswet luidt, voor zover hier van belang:

" Artikel 1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

d. 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 (...).

Artikel 5

1. Elke vorm van reclame of sponsoring is verboden.

(...)

Artikel 5a

(...)

2. 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 besluit van 4 december 2009 heeft de minister Het Ketelhuis een boete opgelegd van € 450,- wegens overtreding van artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet. Deze boete is opgelegd vanwege de aanwezigheid, op 31 juli 2009, in het gebouw van Het Ketelhuis van posters van Het Ketelhuis, waarop onder meer een cirkel is afgebeeld die, volgens de in het boeterapport van 12 oktober 2009 omschreven bevindingen, een sterke gelijkenis vertoont met het logo van "Lucky Strike" sigaretten en shag.

Deze posters zagen er als volgt uit:



2.4 Bij besluit van 30 september 2010, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft verweerder het bezwaar tegen het besluit van 4 december 2009 ongegrond verklaard.

3 De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd en het primaire besluit herroepen. Zij heeft, onder verwijzing naar de Nota van wijziging bij de Wijziging van de Tabakswet (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 26 472, nr.7, blz. 23 en 24), daartoe het volgende overwogen:

" 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 sigarettenspakje."

4 De standpunten van partijen in hoger beroep

- 4.1 De minister kan zich niet vinden in de overwegingen van de rechtbank. Hij wijst erop dat artikel 5, eerste lid, van de Tabakswet een algemeen verbod behelst en dat de in de overige leden van dat artikel voorziene uitzonderingen restrictief moeten worden uitgelegd. Artikel 5a van de Tabakswet breidt volgens de minister de werking van het reclameverbod nog verder uit. In de tekst van dit artikel wordt niet expliciet als uitzondering genoemd het parodiërende gebruik van een naam, merk, symbool of een ander onderscheidend teken. De rechtbank miskent dat de parodie op 'the white package' uit 1942 van Raymond Loewy nog altijd reclame blijft voor sigaretten van het wereldberoemde werk. Gelet op de objectiverende formulering van het begrip 'reclame' in artikel 1, onder d, van de Tabakswet kan de intentie van de gebruiker van de filmposter niet afdoen aan het reclamekarakter van de commerciële mededeling. Artikel 5a van de Tabakswet bevat uitsluitend objectieve bestanddelen, zodat de intentie om het reclameverbod te omzeilen niet bewezen hoeft te worden. De parodieconstructie van de rechtbank zou de handhaving van het reclameverbod onmogelijk maken en bijgevolg het verbod zelf tot een dode letter. De gelijkenis van de filmposter met een pakje van het wereldbekende merk gaat verder dan de rechtbank aanneemt.
- 4.2 Het Ketelhuis verwijst in hoger beroep naar haar beroepsgronden in eerste aanleg. Zij voert, samengevat, aan dat het bewerkte logo op de poster een duidelijk andere vorm heeft dan dat van het merk "Lucky Strike", dat de poster ook in zijn geheel een duidelijk andere vorm heeft, dat het boetesluit – mede gelet op het doel van de verbodsbepaling van artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet – in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en ten slotte dat het boetesluit een ongerechtvaardigde inbreuk vormt op de vrijheid van meningsuiting, zoals omschreven in artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM).

5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

- 5.1 In de hiervoor reeds genoemde Nota van wijziging bij de Wijziging van de Tabakswet is ten aanzien van artikel 5a, tweede lid, van die wet het volgende vermeld (blz. 25):
- " 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 Tabaksreclamebeperking te omzeilen. Maar zeker ook moet in dit verband worden gedacht aan productintroductions ten behoeve van verholde 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 reclamebeperkingen te voorkómen."
- 5.2 Het College is met de rechtbank van oordeel dat uit de hiervoor aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet beoogt om het omzeilen van het reclame- en sponsoringverbod te voorkomen. Mede gelet op de door de wetgever uitdrukkelijk genoemde voorbeelden van producten die onder het verbod van de wetbepaling vallen, acht ook het College de poster van Het Ketelhuis geen sluikreclame voor "Lucky Strike" sigaretten en shag, dan wel voor tabaksproducten meer in het algemeen. Met de poster beoogt Het Ketelhuis reclame te maken voor haar zelf en de Nederlandse film. De poster vormt – gelet op de rode, met ringen omgeven cirkel, de zwarte waarschuwingsstempel en de verdere opmaak – een parodie op tabaksreclame. Het College kan de minister niet volgen in zijn, niet nader toegelichte en onderbouwde, stellingen dat de poster onvermijdelijk de behoefte aan het roken van sigaretten van het merk "Lucky Strike" stimuleert, en dat het oordeel van de rechtbank de handhaving van het reclameverbod onmogelijk maakt en daarmee het verbod tot een dode letter. De rechtbank heeft eveneens op goede gronden ook aandacht besteed aan de omstandigheid dat het niet de bedoeling van Het Ketelhuis is geweest om enige vorm van tabaksreclame te maken. Alhoewel, zoals de minister terecht heeft opgemerkt, de intentie om het reclameverbod te omzeilen niet bewezen hoeft te worden, vormt het ontbreken van deze intentie, in het licht van hetgeen de wetgever met artikel 5a, tweede lid, van de Tabakswet heeft beoogd, een element dat voor de beoordeling van de onderhavige zaak mede van belang is.
- 5.3 De slotsom luidt dat de uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd. Hetgeen overigens door partijen is aangevoerd – met name ten aanzien van de vraag of in dit geval sprake is van een duidelijk andere vorm, zoals bedoeld in het slot van artikel 5a, tweede lid, Tabakswet, en van de vraag of de boete in strijd is met artikel 10 EVRM – behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.
- 5.4 Het College ziet aanleiding voor een veroordeling van de minister in de proceskosten van Het Ketelhuis in verband met beroepsmatig door een derde verleende rechtsbijstand. Deze kosten worden voor de behandeling van het hoger beroep vastgesteld op € 472,-- (1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde van € 472,-- en een wegingsfactor van 1).

5.5 Op de voet van artikel 24, derde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, dat ingevolge het bij de Wet aanpassing bestuursrecht behorende overgangsrecht op dit geding van toepassing is gebleven, wordt van de minister een griffierecht van € 454,-- geheven.

6 De beslissing

Het College:

- bevestigt de aangevallen uitspraak;
- veroordeelt de minister tot betaling van de proceskosten van Het Ketelhuis in hoger beroep ten bedrage van € 472,-- (zegge: vierhonderdentweeënzeventig euro);
- verstaat dat door de griffier van het College van de minister een griffierecht wordt geheven van € 454,-- (zegge: vierhonderdenvierenvijftig euro).

Aldus gewezen door mr. W.A.J. van Lierop, in tegenwoordigheid van mr. S.D.M. Michael als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 18 juli 2013.

w.g. W.A.J. van Lierop w.g. S.D.M. Michael