

College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 15 december 2006, Uitreiken sigaren op horecavakbeurs



TABKSRECLAME

Uitreiken sigaren op vakbeurs

- [Uitreiken sigaren op vakbeurs is reclame](#)

Voor het College staat, op grond van hetgeen is vermeld in de stukken, voldoende vast dat appellanten op 28 januari 2004 tijdens de horecavakbeurzen “European Fine Food Fair 2004” en “Beer & Beverage Box 2004”, alwaar zij ieder met een stand vertegenwoordigd waren, aan verschillende personen al dan niet verpakte sigaren hebben uitgereikt, zonder daarbij om een vergoeding te vragen. De vraag of appellanten met deze gedraging het in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet neergelegde verbod hebben overtreden, beantwoordt het College bevestigend. Appellanten, althans de werknemers die hen vertegenwoordigden, hebben op evengenoemde vakbeurzen om niet sigaren uitgereikt met, naar zij hebben gesteld, het oogmerk in de horeca werkzame bezoekers van deze beurzen met een nieuwe, in Duitsland vervaardigde lijn sigaren kennis te laten maken teneinde hen ertoe te bewegen dit tabaksproduct in hun assortiment op te nemen. Deze activiteiten van appellanten moeten als het aanprijzen van een tabaksproduct worden gekwalificeerd. (...). Voorzover uitreiking van een tabaksproduct plaatsvindt in het kader van de verkoop ervan, wordt deze gedraging dus beheerst door het bepaalde in artikel 9, eerste lid, Tabakswet. Vindt deze plaats in het kader van het aanprijzen van een tabaksproduct, dan geldt het bepaalde in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet. Hierboven is al vastgesteld dat de activiteiten van appellanten als reclame zijn te kwalificeren. De gedragingen van appellanten vallen dan ook onder het verbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet.

- [Is geen mededeling die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd](#)

Wat betreft de reikwijdte van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet, kan het College het standpunt van appellanten, dat in dit geval de daarin gemaakte uitzondering van toepassing is evenmin onderschrijven. Het gratis uitreiken van sigaren is niet te beschouwen als een in genoemd artikelonderdeel bedoelde mededeling die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd is. Het bepaalde in meergenoemd artikelonderdeel heeft blijkens de Nota van Wijziging (TK 2000-2001, 26 472, nr. 7, p. 22) betrekking op vakbladen en verkoopinformatie sec van fabrikanten richting grossiers en detaillisten.

De overweging van de rechtbank dat uit de letter en strekking van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet blijkt dat onder handelsreclame het schriftelijk verstrekken van productinformatie moet worden verstaan, is niet onjuist. Het uitreiken van sigaren op een – niet alleen voor tabakshandelaren toegankelijke – horecavakbeurs is in elk geval niet als een dergelijke mededeling binnen de branche te beschouwen.

- [Vakbeurs is geen speciaalzaak](#)

Het beroep dat appellanten in dit verband hebben gedaan op de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet gemaakte uitzondering op de verpakkings-eis treft evenmin doel. Deze uitzondering geldt alleen voor tabaksspeciaalzaken. Een horecavakbeurs is geen tabaksspeciaalzaak. In tegenstelling tot hetgeen appellanten hebben gesteld, heeft de wetgever met het opnemen van deze uitzondering niet het belang van voelen, ruiken en proeven erkend. De wetgever heeft ingezien dat dit uiterst effectieve marketingmethoden zijn die in beginsel aan banden gelegd moeten worden. Verder dan een uitzondering voor sigaren, pijptabak en pruimtabak in tabaksspeciaalzaken heeft de wetgever niet willen gaan.

- [Uitreikverbod gerechtvaardigd ter bescherming volksgezondheid](#)

Naar het oordeel van het College is het uitreikverbod gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG genoemde belangen. Met de rechtbank is het College van oordeel dat een verbod op het gratis uitdelen van tabaksproducten is gerechtvaardigd door het daarmee te beschermen doel, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Hieraan doet niet af dat appellanten, naar zij hebben gesteld, met het uitreiken van tabaksproducten op vakbeurzen voornamelijk het oogmerk hebben handelsreclame binnen de branche te maken. Dat appellanten zich met een dergelijke, in de Tabakswet niet toegestane vorm van handelsreclame niet rechtstreeks tot consumenten wenden, laat onverlet dat de uiteindelijke doelstelling van deze vorm van handelsreclame – verhoging van de verkoop van het desbetreffende tabaksproduct – niet strookt met voornoemde doel van het uitreikverbod. Evenmin als de rechtbank vermag het College in te zien dat deze beperking niet bijdraagt tot het bevorderen van dat doel of dat dit op een minder ingrijpende wijze kan geschieden.

PROCESRECHT

Matiging boete

- [de wetgever heeft zich bij vaststelling van het aangewezen boetebedrag geen rekenschap gegeven van de mogelijkheid dat de omvang van de overtredende \(rechts\)persoon in relevante mate kan verschillen.](#)

In de gevallen van A en B acht het College voor de bepaling van de evenredigheid van de opgelegde boeten aan de vastgestelde overtredingen van artikel 5, vierde lid (oud) Tabakswet van belang dat, waar de wetgever bij introductie van de maximale boete en de verschil-

lende hiervoor bedoelde boeteregimes het oog heeft gehad op grote bedrijven en multinationale ondernemingen, de ondernemingen van beide appellanten – naar uit de stukken en het ter zitting verhandelde duidelijk is geworden – zich wat omzet en winst betreft daarmee niet op één lijn laten stellen. Uit de wetgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever zich bij vaststelling van het aangewezen boetebedrag rekenschap heeft gegeven van de mogelijkheid dat de omvang van de overtredende (rechts)persoon in relevante mate kan verschillen.

• [Voorts is van betekenis dat de overtredingen zien op het op betrekkelijk kleine schaal om niet uitreiken van sigaren op een op horeca-ondernemers gericht vakbeurs en niet om bijvoorbeeld grootschalig uitreiken van sigaretten aan bezoekers van een hoofdzakelijk op jongeren gericht evenement, in welk laatste geval de overtreding als wezenlijk ernstiger zou vallen aan te merken en een hoge boete gerechtvaardigd.](#)

Ook wat betreft deze in belangrijke mate voor de ernst van de overtreding van belang zijn de omstandigheden valt niet vast te stellen dat deze is verdisconteerd in de hoogte van het boetebedrag.

5.21 Gelet op het vorenstaande is het College van oordeel dat het in de bijlage bij de Tabakswet aangewezen boetebedrag van €45.000,- in de voorliggende gevallen niet in redelijke verhouding staat tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding van de Tabakswet. Mitsdien wordt geconcludeerd dat de Minister bij oplegging van de boete aanleiding had moeten zien toepassing te geven aan de in artikel 11b, derde lid, Tabakswet neergelegde matigingsbevoegdheid. Nu deze toepassing achterwege is gebleven om reden dat de Minister de omstandigheden van het geval niet zodanig achtte dat toepassing van dit artikellid mogelijk was, is het bestreden besluit genomen in strijd met deze bepaling. De aangevallen uitspraak, waarbij het standpunt van de Minister in dezen is gevolgd, kan derhalve geen stand houden. Mitsdien zal het College de uitspraak van de rechtbank vernietigen.

Vindplaatsen: LJN: [AZ5787](#)

College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 15 december 2006

(B. Verwayen, J.A. Hagen en J.L.W. Aerts)

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 06/42 15 december 2006

11100 Tabakswet

Uitspraak op het hoger beroep van:

1. A B.V., te X (hierna ook: A) en
2. B B.V., te Y (hierna ook: B), appellanten,
tegen de uitspraak van 28 november 2005 van de rechtbank te Rotterdam (hierna: rechtbank), met kenmerk BC 04/3893-FRC en BC 04/3895-FRC, in het geding tussen appellanten en
de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

Gemachtigde van appellanten: mr. drs. K.J. Defares, advocaat te Amsterdam,

Gemachtigde van de Minister: mr. L.A. Herpen, werkzaam bij de Voedsel en Waren Autoriteit.

1. De procedure

Op 13 januari 2006 heeft het College van appellanten een beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen de hiervoor vermelde, op 5 december 2005 aan partijen verzonden, uitspraak van de rechtbank.

Bij brief van 23 februari 2006 hebben appellanten het hoger beroep van gronden voorzien.

Bij brief van 5 april 2006 heeft de Minister de op de zaak betrekking hebbende stukken en een reactie op het beroepschrift ingediend.

Op 11 augustus 2006 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, alwaar partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten nader hebben toegelicht. Voorts zijn aan de zijde van appellanten verschenen mr. drs. M.M. Kaajan, advocaat te Amsterdam en C, algemeen directeur van A en B. Aan de zijde van de Minister zijn verder verschenen drs. B.M. Küstner, mr. N.D.R. Heijstek en mr. M. Tekfaoui, allen werkzaam bij de Voedsel en Waren Autoriteit.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG) bepaalt, voorzover hier van belang, het volgende:

“Artikel 28

Kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

(...)

Artikel 30

De bepalingen van de artikelen 28 en 29 vormen geen beletsel 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.”

Richtlijn 2003/33/EG 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 (Pb 2003, L 152) luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

“Artikel 1

Onderwerp en werkingssfeer

1. Deze richtlijn beoogt de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame voor tabaksproducten en de aanprijzing daarvan:

- a) in de pers en andere gedrukte publicaties;
- b) op de radio;
- c) in diensten van de informatiemaatschappij en

d) door middel van sponsoring van tabak, waaronder het om niet verspreiden van tabaksproducten.

2. Deze richtlijn beoogt het vrije verkeer van de betrokken media en aanverwante diensten te waarborgen en de belemmeringen voor de werking van de interne markt op te heffen.

Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) tabaksproducten: alle voor roken, snuiven, zuigen of pruimen bestemde producten die, al is het slechts ten dele, uit tabak bestaan;

b) reclame: elke vorm van commerciële mededeling die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft;

c) sponsoring: iedere vorm van openbare of particuliere bijdrage aan evenementen, activiteiten, of personen, die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft;

d) diensten van de informatiemaatschappij: diensten in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij.

(...)

Artikel 5

Sponsoring van evenementen

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, is verboden.

2. Iedere verspreiding om niet van tabaksproducten binnen de context van de in lid 1 bedoelde sponsoring van evenementen die de aanprijzing van dergelijke producten tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft, is verboden.

(...)

Artikel 7

Sancties en handhaving

De lidstaten stellen het stelsel van sancties, van toepassing op schendingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, vast en treffen alle nodige maatregelen om de tenuitvoerlegging van die sancties te waarborgen. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten stellen de commissie uiterlijk op de in artikel 10 genoemde datum in kennis van de desbetreffende bepalingen en delen haar alle latere wijzigingen ervan zo spoedig mogelijk mede.

(...)

Artikel 8

Vrij verkeer van producten en diensten

De lidstaten mogen het vrije verkeer van producten of diensten die aan deze richtlijn voldoen, niet verbieden of beperken.”

De Tabakswet luidde, voorzover en ten tijde hier 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 enig ander onderscheidend teken van een tabaksproduct;

g. sponsoring: elke openbare of particuliere economische bijdrage aan een activiteit of evenement, die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel tot gevolg heeft;

(...)

§ 3. Reclame- en sponsoringbeperkingen

(...)

Artikel 5

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

2. (...)

3. Het eerste lid geldt evenmin voor:

a. mededelingen die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd zijn;

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 tabaksverkooppunten, met dien verstande dat de verpakkingseis niet geldt voor sigaren, pijptabak en pruimtabak in een tabaksspecialzaak;

c. (...)

d. (...)

4. Iedere uitreiking om niet of tegen een symbolische vergoeding, die het aanprijzen van een tabaksproduct ten doel of tot rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft, is verboden.

5. (...)

(...)

§ 4. Verkoopbeperkingen

(...)

Artikel 9

1. Het is verboden bedrijfsmatig tabaksproducten gratis aan particulieren uit te reiken, toe te zenden of op enigerlei andere wijze beschikbaar te stellen.

2. Het is verboden bedrijfsmatig of anders dan om niet sigaretten aan particulieren te verstrekken of met dat doel aanwezig te hebben anders dan in een gesloten verpakking, die niet zonder kenbare beschadiging kan worden geopend.

3. (...)

4. (...)

(...)

§ 6. Bestuurlijke boeten

Artikel 11b

1. Ter zake van de in de bijlage omschreven overtredingen kan Onze Minister een boete opleggen aan de

natuurlijke of rechtspersoon aan welke de overtreding kan worden toegerekend.

2. De hoogte van de boete wordt 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 of 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. Onze Minister kan 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.

(...)"

De bijlage als bedoeld in artikel 11b inzake bestuurlijke boeten, bevattende de tarieven voor overtredingen als bedoeld in artikel 1, onderdeel d luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

"De overtredingen zijn ingedeeld in drie categorieën, te weten A, B en C.

Categorie A

Onder categorie A vallen de overtredingen door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten, alsmede eigenaren en exploitanten van tabaksverkooppunten, -speciaalzaken en tabakssautomaten met betrekking tot reclame, sponsoring, gratis uitreiking, lijsten en verklaringen inzake tabaksingrediënten, metingen en onderzoeken in laboratoria, erkenning van die laboratoria, aanduidingen op de verpakking, alsmede uitvoeringsvoorschriften dienaangaande gesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling, al dan niet ter uitvoering van een regeling krachtens het EU-verdrag.

Dit betreft in concreto:

(...)

- Artikel 5, vierde lid: overtreden van het verbod op uitreiking, om niet of tegen een symbolische vergoeding, die het aanprijzen van een tabaksproduct ten doel of tot rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft.

(...)

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, bij herhaling binnen een jaar een boete van €135 000, bij een tweede herhaling binnen drie jaar na de eerste overtreding een boete van €225 000 en bij een derde herhaling binnen vijf jaar na de eerste overtreding een boete van €450 000. Overtredingen van de artikelen 5 en 5a door anderen worden bestraft met een maximumboete van €4 500. Andere overtredingen behorend tot categorie A, door wie ook begaan, worden eveneens bestraft met een maximumboete van €4 500.

(...)"

Bij wet van 23 december 2004 (Stb. 2005, 38) is onder andere artikel 5 van de Tabakswet gewijzigd. Met ingang van 2 februari 2005 luidt deze bepaling als volgt:

"Artikel 5

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

2. (...)

3. Het eerste lid geldt evenmin voor:

a. 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:

1°. uitsluitend bestemd zijn voor personen die werkzaam zijn in de tabakshandel; of

2°. worden gedrukt en uitgegeven in, dan wel worden verleend vanuit landen buiten de Europese Unie, mits deze niet hoofdzakelijk voor landen binnen de Europese Unie bestemd zijn;

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 tabaksverkooppunten, met dien verstande dat de verpakkingseis niet geldt voor sigaren, pijptabak en pruimtabak in een tabaksspeciaalzaak;

c. (...)

4. In afwijking van het eerste lid is de sponsoring van radioprogramma's toegestaan, indien en voorzover dit geschiedt door ondernemingen waarvan de hoofdactiviteit niet wordt gevormd door de vervaardiging of de verkoop van tabaksproducten.

5. Iedere uitreiking om niet of tegen een symbolische vergoeding, die het aanprijzen van een tabaksproduct ten doel of tot rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft, is verboden.

6. (...)"

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Blijkens de processen-verbaal van bevindingen van 1 maart 2004 hebben twee buitengewoon opsporingsambtenaren van de Voedsel en Waren Autoriteit tijdens een controle op 28 januari 2004 in het beursgebouw MECC te Maastricht, alwaar de horecavakbeurzen "European Fine Food Fair 2004" en "Beer & Beverage Box 2004" plaatshadden, waargenomen dat medewerkers van A en B, die respectievelijk op eerstgenoemde en laatstgenoemde beurs met een stand vertegenwoordigd waren, aan diverse personen al dan niet verpakte sigaren hebben uitgereikt, zonder daarbij om een vergoeding te vragen.

- Naar aanleiding hiervan heeft de Minister bij besluiten van 16 juli 2004 aan zowel A als B een boete van €45.000,- opgelegd, omdat zij artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet hebben overtreden.

- Tegen deze besluiten hebben A en B bij brieven van 17 augustus 2004 bezwaar gemaakt.

- Bij besluiten van 22 november 2004 heeft de Minister de bezwaren van A en B ongegrond verklaard.

- Hiertegen hebben A en B ieder voor zich bij brieven van 29 december 2004 beroep ingesteld.

- De rechtbank heeft de beroepen gevoegd behandeld en deze bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

3. De uitspraak van de rechtbank

Voor de overwegingen van de rechtbank wordt verwezen naar het aangehechte afschrift van de uitspraak.

4. Het standpunt van appellanten in hoger beroep

Appellanten hebben in beroep, samengevat, het volgende aangevoerd.

4.1 Naar de mening van appellanten is ten onrechte het verwijt gemaakt dat zij artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet hebben overtreden. Deze bepaling ziet volgens appellanten niet op de verstrekking van tabaksproducten, maar op andere producten waarmee tabaksproducten worden aangeprezen. Een andere uitleg strookt niet met het systeem van de Tabakswet, omdat in artikel 9, eerste lid, van die wet het verbod is neergelegd om bedrijfsmatig tabaksproducten gratis aan particulieren uit te reiken, toe te zenden of op enigerlei wijze beschikbaar te stellen. Daarbij blijkt volgens appellanten uit artikel 3, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet dat het reclameverbod niet geldt voor diensten die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel tot gevolg hebben en die uitsluitend bestemd zijn voor personen die werkzaam zijn in de tabakhandel. Artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet ziet derhalve niet op het aanbieden van tabaksproducten, noch op het aanbieden aan personen die werkzaam zijn in de tabakhandel, aldus appellanten.

4.2 Ook zijn appellanten van mening dat in hun geval in strijd met het beginsel van rechtszekerheid is gehandeld. Nu de Minister aan het bepaalde in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet een uitleg geeft die niet strookt met de wettekst en de toelichting daarop en er ten tijde van de verweten gedraging bovendien geen sprake was van een helder en consistent (handhavings)beleid, was het voor appellanten niet duidelijk, en kon dit ook niet duidelijk zijn, dat de thans verweten gedraging een overtreding van dit artikel zou opleveren. Gelet op de onduidelijkheid ter zake van de reikwijdte van artikel 5, vierde lid (oud), en de verhouding tot artikel 9, eerste lid, Tabakswet is er volgens appellanten sprake van geen of verminderde verwijtbaarheid.

4.3 Daarnaast hebben appellanten gesteld dat de boeten niet konden worden opgelegd, omdat de verweten gedraging thans wél is toegestaan. Uit een brief van onbekende datum van MECC Maastricht gericht aan de heer Henderikx, ambtenaar werkzaam bij de Voedsel en Waren Autoriteit, naar aanleiding van een bespreking op 23 november 2005, blijkt volgens appellanten dat de Minister aan artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet inmiddels een uitleg geeft die erop neerkomt dat het op dit moment mogelijk is om tijdens een vakbeurs waar uitsluitend tabakverkopers, -bereiders en -importeurs aanwezig zijn sigaren aan te bieden ter kennisgeving en om te kunnen ruiken, proeven en voelen.

4.4 Tevens hebben appellanten zich op het standpunt gesteld dat het reclameverbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet in strijd is met Richtlijn 2003/33/EG. Deze richtlijn strekt tot uitputtende harmonisatie van de daarin geregelde onderwerpen. De lidstaten hebben enkel de bevoegdheid om afwijkende maatregelen te treffen voor onderwerpen en activiteiten zonder grens-

overschrijdend effect en activiteiten die niet in de richtlijn geregeld zijn. Nu de richtlijn de uitreiking om niet van tabaksproducten volledig regelt, mag de Nederlandse wetgever slechts bepalen dat de uitreiking om niet van tabaksproducten verboden is voorzover deze uitreiking een grensoverschrijdend effect heeft én voorzover de uitreiking plaatsvindt op culturele en/of sportieve evenementen, aldus appellanten.

4.5 Verder vormt het verbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet volgens appellanten een handelsbelemmerende maatregel als bedoeld in artikel 28 EG, waarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestaat als bedoeld in artikel 30 EG. Volgens appellanten behoren omtrent deze kwestie vragen aan het Hof van Justitie van de EG te worden gesteld.

4.6 Het verbod op het uitdelen van sigaren op vakbeurzen die uitsluitend bestemd zijn voor professionele afnemers van tabaksproducten is in de visie van appellanten ongeschikt en niet noodzakelijk voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Tabakswet. De in die wet opgenomen verboden hebben ten doel de volksgezondheid in het algemeen te beschermen en het roken door jeugdigen te voorkomen en terug te dringen. Niet aangetoond is dat een verbod op het geven van informatie aan potentiële verkopers van sigaren – een product dat jongeren overigens niet aanspreekt – op voor professionele afnemers bestemde vakbeurzen rechtstreeks aan de verwezenlijking van deze doelstellingen bijdraagt.

4.7 Ten slotte hebben appellanten gesteld dat bij het vaststellen van de bijlage als bedoeld in artikel 11b Tabakswet, noch bij het opleggen van de onderhavige boeten is gewogen of de hoogte van de boete evenredig is aan de aard en ernst van de overtreding en de omstandigheden van het geval.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Voor het College staat, op grond van hetgeen is vermeld in de stukken, voldoende vast dat appellanten op 28 januari 2004 tijdens de horecavakbeurzen “European Fine Food Fair 2004” en “Beer & Beverage Box 2004”, alwaar zij ieder met een stand vertegenwoordigd waren, aan verschillende personen al dan niet verpakte sigaren hebben uitgereikt, zonder daarbij om een vergoeding te vragen.

5.2.1 De vraag of appellanten met deze gedraging het in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet neergelegde verbod hebben overtreden, beantwoordt het College bevestigend. Appellanten, althans de werknemers die hen vertegenwoordigden, hebben op evengenoemde vakbeurzen om niet sigaren uitgereikt met, naar zij hebben gesteld, het oogmerk in de horeca werkzame bezoekers van deze beurzen met een nieuwe, in Duitsland vervaardigde lijn sigaren kennis te laten maken teneinde hen ertoe te bewegen dit tabaksproduct in hun assortiment op te nemen. Deze activiteiten van appellanten moeten als het aanprijzen van een tabaksproduct worden gekwalificeerd.

5.2.2 De opvatting van appellanten dat het in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet neergelegde verbod uitsluitend betrekking heeft op het uitreiken van andere producten en diensten dan tabaksproducten en dat het

verbod op het uitdelen van tabaksproducten is neergelegd in artikel 9, eerste lid, Tabakswet, vindt geen steun in de wet. Uit de systematiek van de Tabakswet, waarin uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen reclame- en sponsoringbeperkingen (§ 3) enerzijds en verkoopbeperkingen (§ 4) anderzijds, volgt dat het verbod van artikel 9, eerste lid, Tabakswet – opgenomen in § 4 van die wet – op het bedrijfsmatig gratis uitreiken, toezenden of op enigerlei wijze beschikbaar stellen van tabaksproducten aan particulieren in de context van de verkoop van tabaksproducten moet worden gelezen.

5.2.3 Artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet betreft daarentegen een reclamebeperking. De regering heeft in de Nota van Wijziging toegelicht:

“Het voorgestelde vierde lid is niet dubbelop ten opzichte van het in het wetsvoorstel voorgestelde artikel 9, eerste lid. Het gaat hier namelijk (ook) om een verbod op het gratis uitreiken van andere producten en diensten dan tabaksproducten, indien die uitreiking geschiedt vanuit een oogpunt van aanprijzing van tabaksproducten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het op het strand uitdelen van frisbees. De zinsnede “of tegen een symbolische vergoeding” is toegevoegd om te voorkomen dat “premiums” en dergelijke voor een geringere waarde dan de werkelijke waarde beschikbaar kunnen worden gesteld, waardoor de werking van deze bepaling zou worden uitgehouden.” (TK 2000-2001, 26 472, nr. 7, p.23).

5.2.4 Het College wijst er in het verlengde hiervan op dat het vierde lid van artikel 5 van de wet een aanmerkelijk ruimer bereik heeft dan artikel 9, eerste lid. Onder dit reclameverbod – in de ruime betekenis die daaraan, gelet op de in artikel 1 van de Tabakswet opgenomen definitie van reclame, moet worden toegekend – valt iedere verstrekking – inclusief tabaksproducten – om niet of tegen een symbolische vergoeding ter aanprijzing van een tabaksproduct door wie ook en – ingaand op de tegenwerping van appellanten dat de identiteit van de sigaren ontvangende bezoekers niet is vastgesteld – aan wie ook.

5.2.5 Voorzover uitreiking van een tabaksproduct plaatsvindt in het kader van de verkoop ervan, wordt deze gedraging dus beheerst door het bepaalde in artikel 9, eerste lid, Tabakswet. Vindt deze plaats in het kader van het aanprijzen van een tabaksproduct, dan geldt het bepaalde in artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet. Hierboven is al vastgesteld dat de activiteiten van appellanten als reclame zijn te kwalificeren. De gedragingen van appellanten vallen dan ook onder het verbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet.

5.3.1 Wat betreft de reikwijdte van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet, kan het College het standpunt van appellanten, dat in dit geval de daarin gemaakte uitzondering van toepassing is evenmin onderschrijven. Het gratis uitreiken van sigaren is niet te beschouwen als een in genoemd artikelonderdeel bedoelde mededeling die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd is. Het bepaalde in meergenoemd artikelonderdeel heeft blijkens de Nota van Wijziging (TK 2000-2001, 26 472, nr. 7, p. 22) betrekking op vakbladen en verkoopinformatie

sec van fabrikanten richting grossiers en detaillisten. De overweging van de rechtbank dat uit de letter en strekking van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet blijkt dat onder handelsreclame het schriftelijk verstrekken van productinformatie moet worden verstaan, is niet onjuist. Het uitreiken van sigaren op een – niet alleen voor tabakshandelaren toegankelijke – horecavakbeurs is in elk geval niet als een dergelijke mededeling binnen de branche te beschouwen.

5.3.2 Het beroep dat appellanten in dit verband hebben gedaan op de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder b, Tabakswet gemaakte uitzondering op de verpakkings-eis treft evenmin doel. Deze uitzondering geldt alleen voor tabaksspecialzaken. Een horecavakbeurs is geen tabaksspecialzaak. In tegenstelling tot hetgeen appellanten hebben gesteld, heeft de wetgever met het opnemen van deze uitzondering niet het belang van voelen, ruiken en proeven erkend. De wetgever heeft ingezien dat dit uiterst effectieve marketingmethoden zijn die in beginsel aan banden gelegd moeten worden. Verder dan een uitzondering voor sigaren, pijptabak en pruimtabak in tabaksspecialzaken heeft de wetgever niet willen gaan. Zoals ook in de Nota van Wijziging is gesteld:

“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.” (TK 2000-2001, 26 472, nr. 7, p. 19)

Dat appellanten het wenselijk vinden dat de Tabakswet de mogelijkheid biedt om handelsreclame te maken door hun product aan in de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten werkzame personen te laten proeven, doet aan het voorgaande niet af.

5.4 Het College volgt appellanten ook niet in de opvatting dat artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2003/33/EG valt. Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.4.1 Blijkens artikel 1, eerste lid, Richtlijn 2003/33/EG (hierna: Richtlijn) beoogt deze richtlijn de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame voor tabaksproducten en de aanprijzing daarvan in de pers en andere gedrukte publicaties, op de radio, in diensten van de informatiemaatschappij en door middel van sponsoring van tabak, waaronder het om niet verspreiden van tabaksproducten. Het College wijst er overigens op dat de zinsnede “door middel van sponsoring van tabak” voorkomt als een minder adequate weergave van het oogmerk van de Europese regelgever. Mede gelet op de Franse en Engelse taalversies van deze zinsnede, respectievelijk luidend “par le biais du parrainage dans le domaine du tabac” en “through tobacco related sponsorship”, en op de in artikel 2, onder c, gegeven definitie van het begrip sponsoring, moet het ervoor worden gehouden dat veeleer is bedoeld de

sponsoring van een evenement of activiteit, niet van tabak zelf.

5.4.2 Onder reclame in de zin van de Richtlijn wordt elke vorm van commerciële mededeling verstaan die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft. Het om niet uitreiken van sigaren op een horecavakbeurs is naar het oordeel van het College niet als een commerciële mededeling in de zin van de Richtlijn te beschouwen. Uit de Richtlijn blijkt dat daarmee wordt bedoeld op reclame in de pers en andere gedrukte media, reclame in diensten van de informatiemaatschappij en radioreclame.

5.4.3 Onder sponsoring in de zin van de Richtlijn wordt iedere vorm van openbare of particuliere bijdrage aan evenementen, activiteiten, of personen, begrepen, die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft. Artikel 5, tweede lid, Richtlijn verbiedt iedere verspreiding om niet van tabaksproducten binnen de context van sponsoring van evenementen of activiteiten met een grensoverschrijdend effect. In het voorliggende geval is de vraag of nu wel of geen sprake was van een evenement of activiteit met een grensoverschrijdend effect niet relevant. Van belang is, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, dat het uitdelen van sigaren in dit geval niet in het kader van sponsoring als bedoeld in evengenoemde bepaling uit de Richtlijn heeft plaatsgemaakt. Ter zitting van het College is gebleken dat partijen zelf ook ervan uitgaan dat er ten tijde in geding feitelijk van sponsoring geen sprake was. Het College ziet geen reden daar anders over te oordelen.

5.4.4 In de Richtlijn is verder geen bepaling opgenomen die op de aan de orde zijnde gedragingen van appellanten betrekking heeft, zodat zij in dit geval niet van toepassing is. De Richtlijn staat er bovendien niet aan in de weg om voor onderwerpen die daarin niet worden gereguleerd een nationale regeling te treffen. Zoals in de préambule van de Richtlijn (laatste zin van overweging 12) is overwogen: “Met inachtneming van het Verdrag, behouden de lidstaten de bevoegdheid om regelend op te treden voorzover zij dat ter bescherming van de volksgezondheid nodig achten.”

5.5 Vervolgens staat ter beantwoording de vraag of artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet als een handelsbelemmerende maatregel als bedoeld in artikel 28 EG moet worden aangemerkt. Ter zake van de bij nota van wijziging voorgestelde beperking van de reclame en sponsoring voor tabaksproducten is in die nota opgemerkt dat deze nota van wijziging in Europeesrechtelijke context een “handelsbelemmerende maatregel bevat als bedoeld in de artikelen 28 en 49 van het EG-verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen en het vrije verkeer van diensten.” (TK 2000-2001, 26 472, nr. 7, p. 8). Dit is echter aldaar niet verder toegelicht. Het College ziet evenwel geen reden daarover anders te oordelen, aangezien het voorstelbaar is dat een buitenlandse onderneming die als nieuwkomer met zijn tabaksproduct een aandeel op de Nederlandse tabaksmarkt tracht te verwerven van het uitreikverbod meer nadeel zal ondervinden dan een

reeds gevestigde en bij het publiek bekende onderneming.

5.6 Naar het oordeel van het College is het uitreikverbod gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG genoemde belangen. Met de rechtbank is het College van oordeel dat een verbod op het gratis uitdelen van tabaksproducten is gerechtvaardigd door het daarmee te beschermen doel, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Hieraan doet niet af dat appellanten, naar zij hebben gesteld, met het uitreiken van tabaksproducten op vakbeurzen voornamelijk het oogmerk hebben handelsreclame binnen de branche te maken. Dat appellanten zich met een dergelijke, in de Tabakswet niet toegestane vorm van handelsreclame niet rechtstreeks tot consumenten wenden, laat onverlet dat de uiteindelijke doelstelling van deze vorm van handelsreclame – verhoging van de verkoop van het desbetreffende tabaksproduct – niet strookt met voornoemde doel van het uitreikverbod. Evenmin als de rechtbank vermag het College in te zien dat deze beperking niet bijdraagt tot het bevorderen van dat doel of dat dit op een minder ingrijpende wijze kan geschieden.

5.7 Appellanten kan worden toegerekend dat zij op 28 januari 2004 op de beurzen in kwestie het verbod van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet hebben overtreden door aan bezoekers gratis sigaren uit te reiken. Appellanten konden weten dat zij daarmee de wet overtreden. De gevolgen van de Tabakswet voor de mogelijkheden om hun waar aan de man te brengen, zullen appellanten niet zijn ontgaan. De interpretatie die appellanten geven aan de brief van MECC Maastricht van onbekende datum, gericht aan de heer Henderikx van de Voedsel en Waren Autoriteit, deelt het College niet. Daaruit blijkt niet dat tegen het op vakbeurzen aan professionele afnemers om niet uitreiken van sigaren niet handhavend zal worden opgetreden. Als er in het kader van handhaving al bereidheid zou bestaan een lagere prioriteitstelling te overwegen, duidelijk is dat ook overtreding van het uitreikverbod niet zal worden toegestaan.

5.8 De Minister heeft zich naar het oordeel van het College dan ook terecht bevoegd geacht appellanten een boete op te leggen. Het College is bovendien niet gebleken van feiten of omstandigheden op grond waarvan de Minister bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

5.9 Aan de orde is vervolgens of de hoogte van de opgelegde boete – welke valt aan te merken als een punitieve sanctie en daarmee als 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) – evenredig is aan de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding. Het College zal in het onderstaande bezien of en zo ja in hoeverre de Tabakswet en de daarbij behorende bijlage mogelijk maken dat zodanige evenredigheidstoetsing binnen het gegeven wettelijke kader plaatsvindt.

5.10 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 gefixeerde boetebedragen naar gelang de aard en ernst van de overtreding, waarbij de verschillende overtredingen uit de Tabakswet over drie categorieën zijn verdeeld. Overigens is het in de bijlage onder categorie A genoemde artikel 5, vierde lid, ingaande 2 februari 2005 niet eveneens vernummerd tot artikel 5, vijfde lid. Dit is een kennelijke omissie. In de nieuwe tekst moet voor eerstgenoemde bepaling kennelijk laatstgenoemde bepaling worden gelezen.

5.11 Binnen categorie A worden twee boeteregimes onderscheiden: één voor fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten alsmede eigenaren en exploitanten van tabaksverkooppunten en – speciaalzaken en één uitsluitend voor fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten voorzover door hen de verboden neergelegd in de artikelen 5 en 5a worden overtreden. Blijkens de Nota van Toelichting bij het Besluit van 3 september 2002 tot wijziging van de bijlage bij de Tabakswet (Stb. 2002, 469) is dit een gevolg van de introductie van een maximale boete van € 450.000,- (f 1.000.000,-) voor overtreding van het in artikel 11b, tweede lid, onder a, Tabakswet gestelde verbod op reclame en sponsoring, indien begaan door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten.

5.12 Bij het bepalen van een maximale bestuurlijke boete van € 450.000,- (f 1.000.000,-) voor overtredingen van de in de Tabakswet voorziene beperkingen en voorschriften ten aanzien van tabaksreclame, indien en voorzover dergelijke overtredingen door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten worden begaan, hebben blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 18 april 2002 tot wijziging van de Tabakswet (Stb. 2002, 201) de volgende overwegingen een rol gespeeld:

“In de eerste plaats is dit maximum gerelateerd aan het in potentie te behalen voordeel door het begaan van een overtreding van de reclamebeperkingen of -voorschriften. De hoge boete kan behulpzaam zijn als preventief middel, vooral voor ondernemingen die overdrijven in het aftasten van grenzen. Daarbij is ook in ogenschouw genomen dat het hier gaat om grote internationale concerns. Ten tweede is de verwachting dat een hoge maximale bestuurlijke boete de naleving van de onderhavige bepalingen zal bevorderen. Aldus zal de handhaving door de Keuringsdienst van Waren naar verwachting geen onevenredige inspanning vergen. In de derde plaats heb ik mij gespiegeld aan de ter zake in België sinds 1 januari 1999 geldende maximale boete. Deze ligt in dezelfde orde van grootte; bovendien is daar voor dergelijke boetes een minimum ter hoogte van ongeveer f 100 000,- gesteld. Tenslotte zij vermeld dat het voorgestelde maximum voor de bestuurlijke boete zeker geen unicum is binnen de Nederlandse verhoudingen. Zo zijn er eveneens hoge maximale bestuurlijke boetes mogelijk in de sfeer van de wet- en regelgeving inzake de geneesmiddelenreclame, fiscale zaken en de mededinging.

Overigens wil ik benadrukken dat de maximale bestuurlijke boete van f 1 000 000,- niet gelijk na een eerste of tweede overtreding zal kunnen worden opgelegd. In dit verband verwijs ik korthedshalve naar de komende bijlage bij de Tabakswet, zoals voorzien in het onderhavige wetsvoorstel. Door middel van een te zijner tijd op te stellen algemene maatregel van bestuur krachtens het voorgestelde artikel 11c, tweede lid, zal ik de genoemde bijlage bij de Tabakswet zodanig wijzigen, dat ook voor overtredingen van de reclamebeperkingen en -voorschriften door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten – net zoals voor de andere overtredingen door andere partijen – een oplopende schaal gaat gelden voor de maximaal mogelijke bestuurlijke boetes, een en ander afhankelijk van het aantal overtredingen binnen een bepaalde periode door een en dezelfde onderneming. Aldus zal het niet lastig zijn om de sanctiehoogte in de praktijk te bepalen.”

(TK 2000-2001, 26 472, nr. 7, p. 26)

5.13 Aan de Memorie van Antwoord bij de wijziging van de Tabakswet (EK 2001-2002, 26 472, nr. 59a, p. 7-8) kan in dit verband nog het volgende worden ontleend:

“In antwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie over de maximale boetebedragen merk ik het volgende op. De maximale boete van f 1 000 000,- geldt uitsluitend voor overtredingen gepleegd door fabrikanten, groothandelaars of importeurs (kortweg: grote bedrijven), terwijl de boete maximaal f 10 000,- bedraagt voor overtredingen gepleegd door anderen (lees met name: winkeliers). Het bedrag van f 10 000,- is geheel in overeenstemming met de in het economisch straf- en ordeningsrecht en in het bestuursstrafrecht gehanteerde «maximumtarieven». De strafmaat is op het veel hogere bedrag van f 1 000 000,- gesteld voor de tabaksfabrikanten (veelal multinationals), omdat daar geen of onvoldoende afschrikkende werking uitgaat van een strafmaximum van f 10 000,-. Dit zou in extreme situaties zelfs vormen van «calculerend» gedrag in de hand kunnen werken. Denk aan het voorbeeld waarin een kwaadwillende tabaksfabrikant

– ondanks het bestaande verbod op tabaksreclame – een STER-spotje voor een tabaksproduct zou uitzenden. Op het totaal van de kosten van een dergelijk spotje en de promotionele winst zou een boete van ten hoogste f 10 000,- geen enkel afschrikwekkend effect sorteren.”

5.14 Het lijkt geen twijfel dat in het licht van de doelstellingen van de Tabakswet, te weten jeugdbescherming en volksgezondheid, het verbod op reclame en sponsoring voor tabaksproducten, gezien de invloed van deze vormen van aanprijzing op met name ook de jeugd, een belangrijk instrument is in het streven de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Het College begrijpt uit het bovenstaande dat met het vaststellen van een hoog maximaal boetebedrag voor fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten wordt beoogd te verzekeren dat de in de artikelen 5 en 5a Tabakswet neergelegde reclame- en sponsoringbeperkingen door deze specifieke groep daadwerkelijk worden nageleefd.

5.15 In aansluiting op het bepaalde in artikel 11b, tweede lid, aanhef en onder a, Tabakswet is in de bijlage bij de wet ten aanzien van categorie A voorzien in een schaal voor de ter zake van overtreding door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten van de verboden neergelegd in de artikelen 5 en 5a op te leggen boetes, beginnend met € 45.000,- voor een eerste overtreding oplopend tot € 450.000,- bij een derde herhaling binnen vijf jaar na de eerste overtreding. Overtredingen van de artikelen 5 en 5a door anderen dan fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten worden bestraft met een maximumboete van € 4.500,-. Welke overwegingen aan precies deze schaalindeling ten grondslag liggen, wordt in de Nota van Toelichting bij het besluit van 3 september 2002 niet duidelijk gemaakt. Vermeld wordt slechts dat ervan moet worden uitgegaan “dat de in de categorieën A en B opgenomen verboden en beperkingen binnen de branche zéér goed bekend zijn en dat aan overtredingen een bewust handelen ten grondslag ligt met als doel gewin te behalen.”

5.16 Uit het vorenstaande is duidelijk dat de wetgever met de hier aan de orde zijnde verbodsbepaling, gelezen in samenhang met de bijlage bij de Tabakswet, heeft voorzien in enige, zij het beperkte afstemming van de hoogte van de op te leggen boeten op de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding door in de bijlage bij de wet onderscheid te maken tussen enerzijds overtredingen door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten en anderzijds overtredingen door anderen dan dezen. Voorts is duidelijk dat de hoogte van de gefixeerde boeten voor eerstbedoelde categorie is ingegeven door de opvatting van de wetgever dat bij overtreding van de reclame- en sponsoringsverboden 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.

5.17 Verweerder en vervolgens de rechtbank hebben – op zich met juistheid – geconstateerd dat voor appellanten, beide behorend tot eerstbedoelde categorie, voor wie het gaat om een eerste geconstateerde overtreding van artikel 5, vierde lid (oud), Tabakswet, uit het hiervoor uiteengezette systeem van gefixeerde boeten een boete-oplegging van €45.000,- volgt. Voor matiging is geen grond gezien.

5.18 In artikel 11b, derde lid, Tabakswet is voorzien in een matigingsbevoegdheid van de Minister, indien de aangewezen boete in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog moet worden geacht. Blijkens de Memorie van toelichting op dit artikelonderdeel (TK 1998-1999, 26 472, nr. 3, p. 22-23), toen het wetsvoorstel nog een maximumboete van f 10.000,- noemde, heeft de wetgever daarbij het oog gehad op zeer uitzonderlijke situaties waarin bijvoorbeeld de overtreder geen enkel verwijt valt te maken met betrekking tot de door hem begane overtreding.

5.19 Hoewel de toelichting op dit artikellid aldus slechts een zeer beperkt gebruik daarvan voorstaat, sluit

de tekst van deze bepaling – zoals het College in zijn uitspraak van 29 april 2004 inzake AWB 03/600 (AB 2004, 317) ten aanzien van het vrijwel gelijklopende artikel 48d, vierde lid, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 heeft overwogen – niet uit dat binnen het kader van dit artikellid een evenredigheidstoets wordt voltrokken. Het College voegt daar in aanvulling op het in evenbedoelde uitspraak overwogene aan toe dat ook in de parlementaire behandeling van het op dit moment aanhangige wetsvoorstel Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht) lijkt te kunnen worden beluisterd dat bij de beoordeling of aanleiding bestaat gebruik te maken van de bevoegdheid tot matiging van een wettelijk voorgeschreven bestuurlijke boete een meer uitgebreide schakering aan omstandigheden van belang kan worden geacht. Dit wetsvoorstel voorziet in artikel 5.4.1.7 in een matigingsbevoegdheid van wettelijk voorgeschreven bestuurlijke boeten in geval van bijzondere omstandigheden, welke bevoegdheid in nagenoeg dezelfde bewoordingen is neergelegd als die in artikel 11b, derde lid, Tabakswet. In de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is onder andere neergelegd:

“Resumerend betekent dit, dat een door de wetgever voorgeschreven sanctie als regel wel evenredig is, maar dat niet kan worden uitgesloten dat deze sanctie in een concreet geval wegens bijzondere omstandigheden onbillijk uitwerkt. De afweging door de wetgever is nu eenmaal naar zijn aard een abstracte, waarbij niet altijd met alle bijzondere omstandigheden rekening kan worden gehouden. Voor dergelijke gevallen bevat het derde lid van artikel 5.4.1.7 een «anti-hardheidsclausule»: het bestuursorgaan is dan bevoegd een lagere boete op te leggen dan de wet voorschrijft. (...) Op deze wijze biedt de anti-hardheidsclausule voldoende ruimte om de mede door artikel 6 EVRM vereiste evenredigheid in concreto te waarborgen.”

(TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 143).

In de Nota naar aanleiding van het verslag is voorts vermeld:

“Onder welke omstandigheden sprake is van een bijzondere omstandigheid, als bedoeld in dit lid, valt op voorhand moeilijk te zeggen. Het zal in ieder geval om uitzonderlijke situaties moeten gaan, waarmee de wetgever bij het vaststellen van de boeteregeling geen rekening heeft gehouden.” (TK 2005-2006, 29 702, nr. 7, p. 53).

Naar het oordeel van het College vormt artikel 11b, derde lid, Tabakswet dan ook het kader waarbinnen kan en behoort te worden beoordeeld of de door de bijlage bij de Tabakswet voorgeschreven boete in het concrete geval evenredig is aan met name de aard en ernst van de geconstateerde overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en, zonodig, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. De omstandigheden die daarbij een rol kunnen spelen zijn die omstandigheden waarmee de wetgever niet reeds bij de vaststelling van het boetebedrag rekening heeft gehouden. Al naar gelang de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis wel of geen rekening heeft gehouden met bepaalde omstandigheden, zal – vergelijkbaar met

een systeem van communicerende vaten – minder of meer ruimte bestaan voor toepassing van de matigingsbevoegdheid op grond van die omstandigheden. Op deze wijze zal in de regel recht kunnen worden gedaan aan de vereiste evenredigheid in concreto tussen de hoogte van de boete en de aard en ernst van de geconstateerde overtreding.

5.20 In de gevallen van A en B acht het College voor de bepaling van de evenredigheid van de opgelegde boeten aan de vastgestelde overtredingen van artikel 5, vierde lid (oud) Tabakswet van belang dat, waar de wetgever bij introductie van de maximale boete en de verschillende hiervoor bedoelde boeteregimes het oog heeft gehad op grote bedrijven en multinationale ondernemingen, de ondernemingen van beide appellanten – naar uit de stukken en het ter zitting verhandelde duidelijk is geworden – zich wat omzet en winst betreft daarmee niet op één lijn laten stellen. Uit de wetgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever zich bij vaststelling van het aangewezen boetebedrag rekening heeft gegeven van de mogelijkheid dat de omvang van de overtredende (rechts)persoon in relevante mate kan verschillen. Voorts is van betekenis dat de overtredingen zien op het op betrekkelijk kleine schaal om niet uitreiken van sigaren op een op horeca-ondernemers gerichte vakbeurs en niet om bijvoorbeeld grootschalig uitreiken van sigaretten aan bezoekers van een hoofdzakelijk op jongeren gericht evenement, in welk laatste geval de overtreding als wezenlijk ernstiger zou vallen aan te merken en een hoge boete gerechtvaardigder. Ook wat betreft deze in belangrijke mate voor de ernst van de overtreding van belang zijnde omstandigheid valt niet vast te stellen dat deze is verdisconteerd in de hoogte van het boetebedrag.

5.21 Gelet op het vorenstaande is het College van oordeel dat het in de bijlage bij de Tabakswet aangewezen boetebedrag van €45.000,- in de voorliggende gevallen niet in redelijke verhouding staat tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding van de Tabakswet. Mitsdien wordt geconcludeerd dat de Minister bij oplegging van de boete aanleiding had moeten zien toepassing te geven aan de in artikel 11b, derde lid, Tabakswet neergelegde matigingsbevoegdheid. Nu deze toepassing achterwege is gebleven om reden dat de Minister de omstandigheden van het geval niet zodanig achtte dat toepassing van dit artikellid mogelijk was, is het bestreden besluit genomen in strijd met deze bepaling. De aangevallen uitspraak, waarbij het standpunt van de Minister in dezen is gevolgd, kan derhalve geen stand houden. Mitsdien zal het College de uitspraak van de rechtbank vernietigen.

5.22 Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal het College de beroepen van appellanten grond verklaren, de bestreden besluiten vernietigen en – zelf in de zaak voorzien – de boetebesluiten gedeeltelijk herroepen en de boetes lager vaststellen. In verband met dit laatste overweegt het College dat het in de omstandigheden van het geval, in het bijzonder gezien de hiervoor in § 5.20 vermelde omstandigheden, aanleiding ziet de opgelegde boete te matigen tot voor elk der appellanten afzonderlijk een bedrag van €

10.000,-, welk bedrag onder de bedoelde omstandigheden passend en geboden wordt geacht.

5.23 Het College acht termen aanwezig de Minister met toepassing van artikel 8:75 Awb te veroordelen in de door appellanten in beroep en hoger beroep gezamenlijk gemaakte proceskosten. Deze kosten worden op voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op €1.288,-, te weten 1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting van de rechtbank, 1 punt voor het indienen van een hoger beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting van het College, met een wegingsfactor 1, ad €322,- per punt. De beroepen bij de rechtbank zijn beschouwd als samenhangende zaken.

6. De beslissing

Het College

- verklaart het hoger beroep gegrond;
 - vernietigt de uitspraak van de rechtbank van 28 november 2005;
 - verklaart de beroepen van appellanten tegen de besluiten van de Minister van 22 november 2004 gegrond;
 - vernietigt de besluiten van 22 november 2004;
 - herroept de besluiten van 16 juli 2004 in zoverre dat aan elk der appellanten een boete van €10.000,- (zegge: tienduizend euro) wordt opgelegd;
 - veroordeelt de Minister in de door appellanten gezamenlijk in beroep en hoger beroep gemaakte kosten tot een bedrag van € 1.288,- (zegge: twaalfhonderdachtentachtig euro), onder aanwijzing van de Staat der Nederlanden als de rechtspersoon die deze kosten moet vergoeden;
 - bepaalt dat de Staat der Nederlanden de door appellanten betaalde griffierechten van twee maal €273,- in beroep en één maal €414,- in hoger beroep, derhalve in totaal €960,- (zegge: negenhonderdzestig euro) vergoedt.
- Aldus gewezen door mr. B. Verwayen, mr. J.A. Hagen en mr. J.L.W. Aerts, in tegenwoordigheid van mr. C.G.M. van Ede als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 15 december 2006.