

CBB, 22 december 2008, Lucky Strike advertentie**RECLAMERECHT****Reclame**

- Beide mededelingen zijn vormgegeven op een wijze die, meer dan nodig zou zijn om enkel het feit van de wijziging van de merknaam en/of de verpakking van het product ter kennis van de lezer te brengen, de aandacht op het desbetreffende tabaksproduct vestigt

Zowel de advertentie, waarin A de lezer attent maakt op de gewijzigde omschrijving van de merken 'Lucky Strike Filters' en 'Lucky Strike Lights' en van de wijziging van de verpakking van het merk 'Lucky Strike Lights', als de advertentie, waarin zij onder de aandacht van de lezer brengt dat de sigaretten van het merk 'Peter Stuyvesant' tijdelijk in een bij de feestmaand december passende verpakking zijn gestoken, is naar het oordeel van het College een commerciële mededeling die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft.

Mededelingen niet uitsluitend bestemd voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten

- Duidelijk is dat de wetgever bij deze exceptie slechts mededelingen binnen de besloten kring van de tabaksbranche op het oog had. 'Misset Horeca', dat blijktens haar colofon een vakblad is voor personen die in de horeca werkzaam zijn of daarmee in verband staan, kan niet tot die kring worden gerekend.

Het College is van oordeel dat de twee gewraakte advertenties in 'Misset Horeca' niet zijn aan te merken als in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakwet bedoelde mededelingen die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd zijn. Anders dan A, is het College van oordeel dat de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet geformuleerde norm voldoende concreet duidelijk maakt in welk geval reclame voor tabaksproducten nog is toegestaan - en daarmee tevens welke gedragingen niet onder deze uitzondering op het in het eerste lid van dat artikel vervatte reclameverbod vallen - en dat deze norm degene tot wie zij is gericht voldoende in staat stelt zijn gedrag daarop af te stemmen. Bedoelde uitzondering op de beperking van de tabaksreclame heeft blijkens de

wetsgeschiedenis betrekking op 'vakbladen en verkoopinformatie sec van fabrikanten richting grossiers en detaillisten' (TK 2000-2001, 26472, nr. 7, p. 22). Duidelijk is dat de wetgever bij deze exceptie slechts mededelingen binnen de besloten kring van de tabaksbranche op het oog had. 'Misset Horeca', dat blijkens haar colofon een vakblad is voor personen die in de horeca werkzaam zijn of daarmee in verband staan, kan niet tot die kring worden gerekend. Dit periodiek richt zich niet alleen op een andere bedrijfstak, maar heeft bovendien een ruimere doelgroep dan alleen de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten en de daarin werkzame personen. De omstandigheid dat horecaondernemers tevens tabaksproducten verkopen, maakt 'Misset Horeca' niet tot een vakblad bestemd voor de besloten kring van de tabaksbranche. Van het zonder omhaal geven van verkoopinformatie aan louter grossiers en detaillisten is evenmin sprake.

Matiging boete van € 45.000 naar € 22.500

- Gelet op het vorenstaande is het College van oordeel dat de aan A opgelegde boetes ter hoogte van elk € 45.000,- in dit concrete geval niet in redelijke verhouding staan tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtredingen van de Tabakswet.

Anders dan de rechtbank, is het College van oordeel dat de minister aanleiding had moeten zien toepassing te geven aan de in artikel 11b, derde lid, Tabakswet neergelegde matigingsbevoegdheid. Nu dit achterwege is gebleven om reden dat de minister de omstandigheden van het geval niet zodanig achtte dat toepassing van dit artikellid mogelijk was, heeft de rechtbank het bestreden besluit van 10 november 2005, waarbij de twee boetebesluiten van 11 februari 2005 zijn gehandhaafd, ten onrechte in stand gelaten.

Vindplaatsen: LJN: [BG8869](#)

College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 22 december 2008

(E.R. Eggeraat, J.L.W. Aerts en H.A.B. van Dorst-Tatomir)

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 07/48 22 december 2008

11100 Tabakswet

Uitspraak op het hoger beroep van:

A B.V., te B (hierna: A),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: rechtbank) van 18 december 2006, met kenmerk BC 05/6175-KRD, in het geding tussen A en de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: minister).

Gemachtigde van A: mr. A. van Rossem, advocaat te Amsterdam.

Gemachtigden van de minister: mr. drs. D.J. Dernison en mr. I.L. de Graaf, beiden werkzaam bij de Voedsel en Waren Autoriteit (hierna: VWA).

1. Het procesverloop in hoger beroep

Op 23 januari 2007 heeft het College van A een beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt

ingesteld tegen de hiervoor vermelde, op 19 december 2006 aan partijen verzonden, uitspraak van de rechtbank.

Bij brief van 22 maart 2007 heeft A de gronden van het hoger beroep ingediend en bij brief van 15 mei 2007 heeft de minister op het beroepschrift gereageerd.

Op 9 september 2008 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. A is bij haar gemachtigde verschenen. Van de zijde van A is tevens verschenen A. Lievendag, werkzaam als bedrijfsjurist bij A. De minister werd vertegenwoordigd door zijn gemachtigden.

2. De grondslag van het geschil in hoger beroep

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, voorzover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak (, LJN AZ6088). Het College volstaat met het volgende.

2.2 Blijkens een op 15 april 2004 op ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal heeft een controleambtenaar van de VWA op 23 oktober 2003 het tijdschrift 'Misset Horeca', nummer 39 van 26 september 2003, gecontroleerd op naleving van de Tabakswet. Het proces-verbaal vermeldt, voorzover hier van belang, het volgende:

'Ik zag een advertentie staan in het horeca-vakblad Misset Horeca, no. 39 van 26 september 2003. Deze advertentie was voor Lucky Strike sigaretten, een merk van het bedrijf A BV.

In het nummer 39 van het horeca-vakblad Misset Horeca van 26 september 2003 zag ik op bladzijde 52 een advertentie staan (zie bijlage 1).

In deze advertentie zag ik dat er voor het sigarettenmerk 'Lucky Strike' reclame gemaakt werd. Ik zag namelijk dat er in de bewuste advertentie geschreven stond:

'Insights,

#1 filters ? Red', waaronder de afbeelding van twee pakjes sigaretten, waarbij de opschriften 'Luckies; Lucky Strike Filters; Roken is dodelijk' respectievelijk 'Luckies, Lucky Strike Red; Roken is dodelijk' zichtbaar waren.

#2 lights ? Silver', waaronder de afbeelding van twee pakjes sigaretten, waarbij de opschriften 'Luckies; Lucky Strike Lights; Roken is dodelijk' respectievelijk 'Luckies, Lucky Strike Silver; Roken is dodelijk' zichtbaar waren.

'Vanaf half augustus zijn de omschrijvingen van Lucky Strike Filters en Lucky Strike Lights gewijzigd. De omschrijving Filters is vervangen door Red en die van Lights door Silver. Tevens is ook de verpakking van Lucky Strike Lights gewijzigd en is de gouden kleur op de pakjes en sloffen vervangen door zilver. U kunt uw voorraad Lucky Strike Filters en Lights gewoon uitverkopen.

Voor meer informatie kunt u contact opnemen met de afdeling Customer Service: * (gratis)'.
(...)

De hierboven weergegeven uitingen kunnen worden beschouwd als reclame, gelet op de definitie van reclame in de Tabakswet:

(...)

Ik zag dat de mededelingen in de hierboven weergegeven advertentie commerciële mededelingen waren in de zin van de Tabakswet, die tot gevolg hadden dat rechtstreeks danwel onrechtstreeks bekendheid wordt gegeven aan de tabaksproducten van A BV, zowel door het vermelden van de sigarettenmerken Lucky Strike Filters, Lucky Strike red; Lucky Strike Lights als Lucky Strike Silver, als door het plaatsen van het logo / beeldmerk van Lucky Strike Sigaretten.

Ik, verbalisant, zag verder dat geen van de uitzonderingsbepalingen uit de Tabakswet van toepassing waren.

Ik zag namelijk dat deze mededeling niet uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd was, zoals de uitzonderingsbepaling in artikel 5 derde lid onder a van de Tabakswet stelt. In het magazine 'Misset Horeca' uitgegeven door de Uitgeefgroep Horeca en Catering van Reed Business Information BV, las ik namelijk geen doelgroep omschreven waaruit afgeleid kon worden dat dit vakblad uitsluitend voor de 'handel in tabaksartikelen' bestemd zou zijn. Kennelijk is dit een tijdschrift voor horeca- en cateringondernemers'. Verder stond er in de colofon onder andere te lezen:

'Abonnementen....studenten: 42,50'.

Daaruit bleek mij, verbalisant, dat dit tijdschrift voor meer lezers bestemd was, dan voor de 'bedrijfstak van de handel in tabaksproducten', want slechts een beperkt deel van de horecaondernemers verkoopt tabaksproducten, en studenten verkopen (in de regel) evenmin tabaksproducten.

Vervolgens heb ik de website van de uitgever van Misset Horeca bekeken, zijnde Reed Business. Op de website www.reedbusiness.nl las ik nadere informatie over dit vakblad en de beoogde doelgroep (zie bijlage 2).

Op deze site stond vermeld 'Misset Horeca is een wekelijks verschijnend vakblad voor hoteliers, restaurateurs, café-eigenaren en chef-koks. De redactie beoog[t] informatie voor de horecabranche te brengen, trends te duiden en aandacht te besteden aan aspecten van het zelfstandig ondernemerschap in de horeca. Dit gebeurt onafhankelijk van brancheorganisaties, adverteerders en andere partijen in de markt.

Voor wie bestemd: Alle beslissers in horeca: ondernemers, bedrijfsleiders, chefkoks, hotelmanagers, afdelingshoofden etc. Daarnaast studenten, docenten, leveranciers, overheden en organisaties in horeca en toerisme'

Daaruit bleek mij, verbalisant, wederom dat dit tijdschrift voor meer lezers bestemd was, dan voor de 'bedrijfstak van de handel in tabaksproducten'

Vervolgens heb ik via e-mail contact opgenomen met de uitgever van Misset horeca, zijnde Reed Business Information BV. Uit het antwoord op mijn vragen bleek dat A uit C de opdrachtgever voor de bewuste advertentie was. (zie bijlage 3).'

2.3 Blijkens een op ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal, eveneens gedagtekend op 15 april 2004, heeft een controleambtenaar van de VWA op 3 december 2003 het tijdschrift 'Misset Horeca', nummer 48 van 28

november 2003, gecontroleerd op naleving van de Tabakswet. Het proces-verbaal vermeldt, voorzover hier van belang, het volgende:

‘Ik zag een advertentie staan in het horeca-vakblad *Misset Horeca*, no. 48 van 28 november 2003 op bladzijde 93 voor sigaretten van Peter Stuyvesant. Ik zag in die advertentie dat er reclame gemaakt werd voor dit merk door een afbeelding te tonen van drie pakjes sigaretten en de zin ‘Spetterende pakjes voor een wereldse feestmaand’ alsmede de woorden in beeldlogo ‘Peter Stuyvesant’.

(zie bijlage 1).

De hierboven weergegeven uitingen kunnen worden beschouwd als reclame, gelet op de definitie van reclame in de Tabakswet:

(...)

Ik zag dat de mededelingen in hierboven weergegeven advertentie commerciële mededelingen waren in de zin van de Tabakswet, die tot gevolg hadden dat rechtstreeks dan wel onrechtstreeks bekendheid wordt gegeven aan de tabaksproducten van A BV, zowel door het vermelden van het sigarettenmerk Peter Stuyvesant, als door het plaatsen van afbeeldingen van de verpakkingen van Peter Stuyvesant sigaretten.

Ik, verbalisant, zag verder dat geen van de uitzonderingsbepalingen uit de Tabakswet van toepassing waren.

(...)

2.4 Uit twee processen-verbaal van verhoor, beide gedagtekend op 15 april 2004, blijkt dat op 29 januari 2004 de heer D, procuratiehouder van A, omtrent beide verdenkingen van overtreding van het reclameverbod is gehoord. Deze verklaarde het volgende:

‘Ik heb er geen andere behoefte aan, dan te stellen dat dit reclame uitingen van A BV zijn. Deze advertentie is door onze organisatie geplaatst, niet door een ander. Sinds we bemerkten dat dit niet in orde was, hebben dergelijke advertenties niet meer geplaatst in dit blad. Naar ons oordeel was dit een vergissing, we dachten dat deze reclame onder de uitzonderingsgevallen zou vallen in de Tabakswet, namelijk vakbladen voor de tabaksspecialzaken. Op basis van voortschrijdend inzicht is ons gebleken dat dit echter niet zo is. Daarom zijn we meteen gestopt met deze advertenties.’

3. De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft ongegrond verklaard het beroep van A tegen het besluit op bezwaar van 10 november 2005, waarbij de minister heeft gehandhaafd zijn twee besluiten van 11 februari 2005, houdende oplegging aan A van boetes van elk

€ 45.000,- wegens het door haar overtreden van het reclameverbod van artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Daartoe heeft de rechtbank, samengevat, overwogen dat beide advertenties onder de definitie van het begrip “reclame” vallen. Deze term, noch de strekking van de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet gestelde norm - de uitzondering op het reclameverbod voor mededelingen die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd zijn - acht de rechtbank onduidelijk. De plaatsing van de advertenties in het blad ‘Misset Horeca’ valt

volgens de rechtbank niet onder deze uitzondering, omdat de doelgroep van dit blad veel ruimer is dan personen die werkzaam zijn in de tabakshandel of de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten. Voor het antwoord op de vraag of de boete in zijn algemeenheid in een evenredige verhouding staat tot de ernst van de gedraging vormt voor de rechtbank de keuze van de wetgever voor het vaststellen van een vast (niet relatief laag) boetetarief als hier aan de orde een belangrijk aanknopingspunt. De gebruikmaking van de hem toekomende bevoegdheid een boete op te leggen, acht de rechtbank in het onderhavige geval niet onredelijk, noch in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het ten volle gebruikmaken van de bevoegdheid twee boetes op te leggen acht de rechtbank evenmin in strijd met het hier aan te leggen toetsingskader. De omstandigheid dat de ‘Lucky Strike’-advertentie tot de verkoper lijkt te zijn gericht, maakt naar het oordeel van de rechtbank niet dat sprake is van een dermate verminderde verwijtbaarheid en ernst van de overtreding dat de motieven van de wetgever voor het vaststellen van het hoge vaste boetetarief niet langer ten volle opgaan. Van financiële hardheid die aan beboeting van beide overtredingen naar het volle tarief in de weg zou staan, is de rechtbank niet gebleken.

4. Het standpunt van A in hoger beroep

Naar de mening van A was voor haar niet voorzienbaar dat zij met het in het tijdschrift ‘Misset Horeca’ laten plaatsen van de twee advertenties zich schuldig zou maken aan overtreding van het reclameverbod vervat in artikel 5, eerste lid, Tabakswet. Het opleggen van de twee boetes is volgens A dan ook in strijd met het *lex certa*-beginsel. Voor A was niet voorzienbaar dat de minister het begrip “tabakshandel”, bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet, dat geen wettelijk gedefinieerd begrip is, zodanig zou interpreteren dat tabaksspecialzaken tot de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten worden gerekend, maar de horeca niet. Dit terwijl in beide gevallen handel in tabaksproducten plaatsvindt. Ook was niet voorzienbaar dat een advertentie in het blad ‘Tabak & Gemak’, dat niet alleen onder tabaksspecialzaken wordt verspreid, naar de minister in bezwaar heeft gesteld, zou zijn toegestaan, maar een advertentie in ‘Misset Horeca’ niet. Zowel de doelgroep als de verspreiding van beide tijdschriften zijn ruimer dan enkel tabaksspecialzaken en toch beperkt tot de tabakshandel. Het gebrek aan voorzienbaarheid doet bovendien geheel, althans grotendeels af aan de verwijtbaarheid van de overtreding. Tevens is de rechtbank er volgens A aan voorbij gegaan dat de door de minister gegeven uitleg ertoe leidt dat de facto geen enkel blad in Nederland onder de uitzondering op het reclameverbod valt. A vindt dat zij ervan mocht uitgaan dat die uitzondering betrekking heeft op reële situaties, niet louter op theoretische situaties.

Daarnaast is A van mening dat er redenen bestaan de hoogte van de opgelegde boetes op nihil te stellen althans aanzienlijk te matigen. A vindt dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan de bijzondere omstandigheid dat zij slechts een opdracht voor de

plaatsing van de twee bewuste advertenties heeft verstrekt en bovendien dat A, zodra zij op de hoogte was van het standpunt van de minister ten aanzien van de eerste advertentie, heeft getracht de tweede advertentie in te trekken, hetgeen niet mogelijk bleek. Aangezien de twee advertenties het gevolg waren van een handeling is het opleggen van twee boetes onevenredig en onredelijk. Eveneens is voorbij gegaan aan de bijzondere omstandigheid dat de impact van de advertenties laag is, omdat 'Misset Horeca' op horecaondernemers is gericht en niet op consumenten, en het blad slechts een gering aantal personen buiten de horeca zal bereiken. Bovendien heeft de rechtbank ten onrechte geen betekenis toegekend aan de geringe ernst van de overtreding. De advertenties hadden geen wervend, maar een informatief karakter. Dergelijke louter op verkopers van tabaksproducten gerichte advertenties heeft de wetgever niet beoogd te verbieden.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Ter beoordeling van het College staat of de aangevallen uitspraak, waarbij de rechtbank heeft geconcludeerd dat A het in artikel 5, eerste lid, Tabakswet, neergelegde verbod op reclame heeft overtreden en dat de minister haar terecht twee boetes van elk € 45.000,- heeft opgelegd, in rechte stand kan houden.

5.2 Naar het oordeel van het College heeft A met zowel de advertentie in 'Misset Horeca' van 26 september 2003 met betrekking tot het sigarettenmerk 'Lucky Strike' als de advertentie in datzelfde blad van 28 november 2003 met betrekking tot het sigarettenmerk 'Peter Stuyvesant' het verbod van artikel 5, eerste lid, Tabakswet op elke vorm van tabaksreclame overtreden. In beide gevallen is sprake van reclame als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder f, Tabakswet, terwijl geen van de in de Tabakswet voorziene uitzonderingen op het reclameverbod van toepassing is.

5.3 Zowel de advertentie, waarin A de lezer attent maakt op de gewijzigde omschrijving van de merken 'Lucky Strike Filters' en 'Lucky Strike Lights' en van de wijziging van de verpakking van het merk 'Lucky Strike Lights', als de advertentie, waarin zij onder de aandacht van de lezer brengt dat de sigaretten van het merk 'Peter Stuyvesant' tijdelijk in een bij de feestmaand december passende verpakking zijn gestoken, is naar het oordeel van het College een commerciële mededeling die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft. Beide mededelingen zijn vormgegeven op een wijze die, meer dan nodig zou zijn om enkel het feit van de wijziging van de merknaam en/of de verpakking van het product ter kennis van de lezer te brengen, de aandacht op het desbetreffende tabaksproduct vestigt.

5.4 Voorzover A heeft betoogd dat de minister slechts gerechtigd is een boete op te leggen, omdat zij slechts een opdracht tot het plaatsen van de advertenties heeft gegeven, overweegt het College dat de in de voorliggende zaak geconstateerde overtredingen van het reclameverbod zien op het doen van commerciële mededelingen die het bekendheid geven aan of het

aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg hebben. Duidelijk is dat het hier gaat om twee mededelingen bestaande in van elkaar te onderscheiden advertenties in twee afleveringen van het vakblad 'Misset Horeca'. Of aan deze mededelingen een of meerdere opdrachten ten grondslag liggen, is voor de vaststelling van het aantal overtredingen dan ook niet relevant. Gelet op het vorenstaande heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat het hier gaat om twee afzonderlijke overtredingen die elk voor zich tot het opleggen van een boete kunnen leiden.

5.5 Het College is van oordeel dat de twee gewraakte advertenties in 'Misset Horeca' niet zijn aan te merken als in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet bedoelde mededelingen die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd zijn. Anders dan A, is het College van oordeel dat de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet geformuleerde norm voldoende concreet duidelijk maakt in welk geval reclame voor tabaksproducten nog is toegestaan - en daarmee tevens welke gedragingen niet onder deze uitzondering op het in het eerste lid van dat artikel vervatte reclameverbod vallen - en dat deze norm degene tot wie zij is gericht voldoende in staat stelt zijn gedrag daarop af te stemmen. Bedoelde uitzondering op de beperking van de tabaksreclame heeft blijkens de wetsgeschiedenis betrekking op 'vakbladen en verkoopinformatie sec van fabrikanten richting grossiers en detaillisten' (TK 2000-2001, 26472, nr. 7, p. 22). Duidelijk is dat de wetgever bij deze exceptie slechts mededelingen binnen de besloten kring van de tabaksbranche op het oog had. 'Misset Horeca', dat blijkens haar colofon een vakblad is voor personen die in de horeca werkzaam zijn of daarmee in verband staan, kan niet tot die kring worden gerekend. Dit periodiek richt zich niet alleen op een andere bedrijfstak, maar heeft bovendien een ruimere doelgroep dan alleen de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten en de daarin werkzame personen. De omstandigheid dat horecaondernemers tevens tabaksproducten verkopen, maakt 'Misset Horeca' niet tot een vakblad bestemd voor de besloten kring van de tabaksbranche. Van het zonder omhaal geven van verkoopinformatie aan louter grossiers en detaillisten is evenmin sprake.

5.6 Naar het oordeel van het College was de minister derhalve bevoegd A voor overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet een boete op te leggen.

5.7 Wat betreft de vraag of de minister bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid van zijn bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken, overweegt het College dat de geconstateerde overtreding A kan worden toegerekend. Immers, A heeft moeten of kunnen weten welke gedragingen in het licht van de reclamebeperking nog zijn geoorloofd en dat het laten publiceren van advertenties, waarin aan een tabaksproduct bekendheid wordt gegeven, in een op de bedrijfstak van de horeca gericht vakblad een overtreding van het verbod op tabaksreclame vormt.

5.8 Voorts acht het College de door de VWA gehanteerde gedragslijn, dat overtreding van het verbod

bedoeld in artikel 5, eerste lid, Tabakswet door fabrikanten, groothandelaren en importeurs als een ernstige overtreding wordt beschouwd, hetgeen betekent dat bij de eerst geconstateerde overtreding meteen een boete wordt opgelegd, niet onredelijk.

5.9 Voorzover A zich heeft beroepen op het antwoord van de gemachtigde van de minister ter zitting van de rechtbank dat adverteerders in het blad 'Tabak & Gemak', een uitgave van Stichting Promotie Tabaksdetailhandel, geen boete hoeven te vrezen, stelt het College vast dat de minister ter zitting van het College heeft verklaard dat, gezien de doelgroep van dit blad, bij nader inzien alsnog zal moeten worden beoordeeld of een advertentie met betrekking tot tabaksproducten in dit blad wel kan worden aangemerkt als een mededeling als bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet. Het College ziet gelet op het vorenstaande geen grond voor het oordeel dat de minister ook in het geval van A had moeten afzien van het opleggen van een boete.

5.10 Ook overigens zijn het College geen feiten of omstandigheden gebleken op grond waarvan de minister bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot het opleggen van een boete gebruik heeft kunnen maken.

5.11 Aan de orde is vervolgens of de hoogte van elke opgelegde boete - die valt aan te merken als een punitieve sanctie en daarmee als een 'criminal charge' als bedoeld in artikel 6 EVRM - evenredig is aan de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding. Te dien aanzien overweegt het College als volgt.

5.12 Vastgesteld wordt dat A behoort tot de categorie van fabrikanten voor wie het gaat om eerste geconstateerde overtredingen van artikel 5, eerste lid, Tabakswet door plaatsing van een advertentie in een blad. Uit het in de bijlage bij de Tabakswet neergelegde systeem van gefixeerde boeten volgt voor A een boeteplegging van € 45.000,- per overtreding. Voor matiging heeft de minister geen grond gezien.

5.13 Naar het [College reeds eerder heeft geoordeeld \(verwezen zij naar de uitspraak van 15 december 2006, AWB 06/42, , LJN AZ5787\)](#) vormt artikel 11b, derde lid, Tabakswet 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.

5.14 In zijn [uitspraak van 22 mei 2008 \(AWB 07/168, , LJN BD2542\)](#) heeft het College hieraan toegevoegd dat de wetgever, door in de Bijlage bij de Tabakswet wat betreft overtreding van de artikelen 5 en 5a van die wet onderscheid aan te brengen tussen enerzijds de overtredingen door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten en anderzijds overtredingen door anderen dan dezen, heeft voorzien in enige, zij het beperkte afstemming van de hoogte van de boete op de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding. Daarbij heeft het College erop gewezen dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever zich bij vaststelling van de in het systeem van gefixeerde boeten met een oplopende schaal aangewezen tarieven rekenschap heeft gegeven van het feit dat de alomvattendheid van het verbod op elke vorm van reclame betekent dat deze norm het gehele spectrum van mogelijke overtredingen bestrijkt, van zeer licht vergrijp tot en met uiterst ernstige, doelbewuste overtreding. Overtreding van het reclameverbod door tabaksfabrikanten, groothandelaren en importeurs wordt op grond van dit systeem in beginsel met een boetetarief bestraft, ongeacht de zwaarte van de overtreding. De oplopende schaal brengt slechts de ernst en verwijtbaarheid van herhaling van een overtreding tot uitdrukking; deze is niet het resultaat van een weging vooraf van de hoogte van de op te leggen boete naar gelang de ernst en verwijtbaarheid van een en dezelfde overtreding.

5.15 Hoewel A met de gewraakte advertenties ontegenzeggelijk het in artikel 5, eerste lid, Tabakswet neergelegde reclameverbod heeft overtreden, is het College van oordeel dat de overtredingen niet van dien aard zijn geweest dat daarmee in verregaande mate is getreden buiten de grenzen van hetgeen is toegestaan. Daartoe heeft het College mede in aanmerking genomen dat het bereik van het medium waarvan A zich bij het maken van reclame heeft bediend - het vakblad 'Misset Horeca' - zowel in kwalitatieve als kwantitatieve zin beperkt is. Bedoeld blad is niet op consumenten gericht, maar op een selectief lezerspubliek, met name horecaondernemers en anderen die om professionele redenen belangstelling hebben voor de ontwikkelingen in de horecabranche. Voorts heeft 'Misset Horeca' slechts een bescheiden oplage van om en nabij 18.500 exemplaren. Het College heeft niet kunnen vaststellen dat deze in belangrijke mate voor de evenredigheid van belang zijnde omstandigheden zijn verdisconteerd in de hoogte van het boetebedrag.

5.16 Gelet op het vorenstaande is het College van oordeel dat de aan A opgelegde boetes ter hoogte van elk € 45.000,- in dit concrete geval niet in redelijke verhouding staan tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtredingen van de Tabakswet. Anders dan de rechtbank, is het College van oordeel dat de minister aanleiding had moeten zien toepassing te geven aan de in artikel 11b, derde lid, Tabakswet neergelegde matigingsbevoegdheid. Nu dit achterwege is gebleven om reden dat de minister de omstandighe-

den van het geval niet zodanig achtte dat toepassing van dit artikellid mogelijk was, heeft de rechtbank het bestreden besluit van 10 november 2005, waarbij de twee boetebesluiten van 11 februari 2005 zijn gehandhaafd, ten onrechte in stand gelaten.

5.17 Het College zal de aangevallen uitspraak vernietigen en, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het bij de rechtbank ingestelde beroep van A gegrond verklaren en het bestreden besluit van 10 november 2005 vernietigen. Zelf in de zaak voorziend, zal het College de twee boetebesluiten van 11 februari 2005 gedeeltelijk herroepen en de beide 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 Â§ 5.15 vermelde omstandigheden, aanleiding ziet elk van de opgelegde boetes te matigen tot een bedrag van € 22.500,-, welk boetebedrag onder de bedoelde omstandigheden - mede in verband met de beoogde afschrikwekkendheid - passend en geboden wordt geacht.

5.18 Bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld gelegen in de duur van de procesgang in zijn geheel, die tot nadere matiging van deze boetes zouden moeten nopen, zijn het College niet gebleken.

5.19 Het College acht voorts termen aanwezig de minister met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de door A in beroep en hoger beroep 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 een 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, tegen een waarde van € 322,- per punt, met een wegingsfactor 1 bij een zaak van gemiddeld gewicht.

6. De beslissing

Het College

- vernietigt de uitspraak van de rechtbank van 18 december 2006;

- verklaart het beroep van A tegen het besluit van de minister van 10 november 2005 gegrond;

- vernietigt het besluit van 10 november 2005;

- herroept de twee primaire besluiten van 11 februari 2005 in zoverre dat aan A voor elk der overtredingen een boete van

€ 22.500,- (zegge: tweentwintigduizendvijfhonderd euro) wordt opgelegd (derhalve voor beide overtredingen tezamen

€ 45.000,- (zegge: vijfenveertigduizend euro)) en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit van

10 november 2005;

- veroordeelt de minister in de door A in zowel hoger beroep als 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 het door A betaalde griffierecht van € 276,- in beroep en € 422,- in hoger beroep,

derhalve in totaal € 698,- (zegge: zeshonderdachtennegentig euro), vergoedt;

Aldus gewezen door mr. E.R. Eggeraat, mr. J.L.W. Aerts en mr. H.A.B. van Dorst-Tatomir, in tegenwoordigheid van mr. C.G.M. van Ede als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 22 december 2008.