

College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 28 mei 2009, Philip Morris v VWS - Publicatie



RECLAMERECHT

Geen mededeling uitsluitend voor bedrijfstak

- Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bedoelde uitzondering op de beperking van de tabaksreclame betrekking heeft op “vakbladen en verkoopinformatie sec van fabrikanten richting grossiers en detaillisten” (Kamerstukken II, 26472, nr. 7, blz. 22). Duidelijk is dat de wetgever bij deze uitzondering 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, richt zich niet tot die besloten kring.

Gerechtvaardigde beperking vrij verkeer

- beperking gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG genoemde belangen, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen.

5.8 Met betrekking tot de stelling van X dat verbod op reclame in de Tabakswet wegens strijd met het EG-verdrag buiten toepassing dient te worden gelaten, is het College allereerst van oordeel dat in dit geval van een handelsbelemmerende maatregel als bedoeld in artikel 28 EG geen sprake is, omdat hier geen handel tussen lidstaten aan de orde is. Echter, ook indien het tegendeel zou worden aangenomen, acht het College die beperking gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG genoemde belangen, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Hoewel wellicht zou kunnen worden gemeend dat dit oogmerk effectiever kan worden bereikt door een verbod van tabaksproducten brengt dit niet mee dat sprake is van een middel tot willekeurige discriminatie. Het is immers aan de lidstaten te bepalen welk beschermingsniveau zij nastreven. 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. In het midden kan blijven in hoeverre het verbod op reclame voor tabaksproducten kan worden aangemerkt als een niet door artikel 28 EG verboden verkoopmodaliteit (arrest van het Hof van Justitie van 24 november 1993, Keck en Mithouard, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Jur. Blz. I-6097).

Geen strijd met vrijheid van meningsuiting

- Het College onderschrijft eveneens het oordeel van de rechtbank dat artikel 10 EVRM weliswaar strekt tot bescherming van de vrijheid van meningsuiting, doch dat inbreuk hierop in het onderhavige geval is gerechtvaardigd om reden van bescherming van de volksgezondheid.

Matiging boete van € 45.000 tot € 20.250

- dat de overtreding niet van dien aard is geweest dat daarmee in vergaande mate is getreden buiten de grenzen van hetgeen is toegestaan.

5.20 Hoewel X met de gewraakte advertentie ontegenzeggelijk het in artikel 5, eerste lid, Tabakswet neergelegde reclameverbod heeft overtreden, is het College van oordeel dat de overtreding niet van dien aard is geweest dat daarmee in vergaande 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 X 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 relatief 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.

Vindplaatsen: LJN: [BK4860](#)

College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 mei 2009

(E.R. Eggeraat, M.A. van der Ham en H.A.B. van Dorst-Tatomir)

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 07/775

28 mei 2009

11100 Tabakswet

Uitspraak op het hoger beroep van:

XY B.V., te B (hierna: X),

tegen de uitspraak van de [rechtbank Rotterdam \(hierna: rechtbank\) van 31 augustus 2007, met kenmerk BC 06/4174-KRD](#), in het geding tussen X en

de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: minister).

Gemachtigde van X: mr. V.H. Affourtit, advocaat te Amsterdam.

Gemachtigden van de minister: mr. drs. D.J. Dernison en ir. C.A. Dekker-Kunst, beiden werkzaam bij de Voedsel en Waren Autoriteit (hierna: VWA).

1. Het procesverloop in hoger beroep

Op 17 oktober 2007 heeft het College van X een beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen de hiervoor vermelde, op 6 september

2007 aan partijen verzonden, uitspraak van de recht-bank.

Bij brief van 11 februari 2008 heeft X de gronden van het hoger beroep ingediend.

Bij brief van 28 februari 2008 heeft de minister een reactie op het beroepschrift ingediend.

Op 7 oktober 2008 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. De zaak is gevoegd behandeld met de zaken AWB 07/778, AWB 07/779 en AWB 07/780. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun 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 BB4596](#)).

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, omstreeks 14:06 uur, een onderzoek uitgevoerd naar reclame voor tabaksproducten. Het proces-verbaal vermeldt, voorzover hier van belang, het volgende:

“Ik zag een advertentie staan in het horeca-vakblad Misset Horeca, no 24 van 13 juni 2003. Deze advertentie was voor, danwel van XY BV. In deze advertentie las ik een citaat, dat kennelijk afkomstig was van C, algemeen directeur. Ik las in die advertentie dat de sigarettenmerken X, D en M genoemd werden.

In het nummer 24 van het horeca-vakblad Misset Horeca van 13 juni 2003, zag ik op bladzijde 30 een advertentie staan (...). In deze advertentie zag ik dat er voor merken van XY BV reclame gemaakt werd. Ik zag namelijk dat er in de bewuste advertentie geschreven stond:

“In onze fabriek staan de mensen centraal”

“De sigarettenmerken van XY voor de Nederlandse markt komen uit de fabriek in B, de grootste fabriek van XZ buiten de Verenigde Staten. Jaarlijks produceren we hier ruim 90 miljard sigaretten, waaronder de topmerken M, D en X. En daarvan zijn er ongeveer zes miljard bestemd voor de Nederlandse markt.

Het maken van sigaretten vereist uiterst geavanceerde productiemethoden. Om niets aan het toeval over te laten, loopt de kwaliteitscontrole als een rode draad door het productieproces. Onze handelspartners en volwassen rokers moeten immers kunnen vertrouwen op een constante kwaliteit.

Maar zelfs onze modernste machines zouden niets zijn zonder onze mensen. Zij zijn ons belangrijkste kapitaal en daarom is een plezierige werksfeer de sleutel tot succes. Want als onze medewerkers gemotiveerd zijn, dan leiden hun inspanningen tot het beste resultaat. We doen er dan ook alles aan om ervoor te zorgen dat onze medewerkers met plezier werken. Voorop staan daarbij onze kernvoorwaarden: openheid, respect, integriteit en het beste geven dat je hebt. Om nog beter inzicht te krijgen in onze werkwijze, bezoeken veel mensen onze fabriek. Tijdens de rondleidingen kunnen ze het hele proces van tabaksblad tot sigaret ervaren. Ook voor u

staan onze deuren open, een bezoek regelt u via uw contactpersoon bij XY. Dan kunt u met uw eigen ogen zien hoe het komt dat onze fabriek in B geldt als een modelfabriek voor XZ. Iets waar ik absoluut trots op ben.”

Ik zag dat hierbij tevens het logo / beeldmerk van X was geplaatst.

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 tabaksproducten van XY BV, zowel door het vermelden van de sigarettenmerken X, D en M als door het plaatsen van het logo / beeldmerk van X.

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 (...).

Op deze site stond vermeld “Misset Horeca is een wettelijk verschijnend vakblad voor hoteliers, restaurateurs, café-eigenaren en chef-koks. De redactie beoogt 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, cheffokks, 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 XY BV uit B de opdrachtgever voor de bewuste advertentie was. (...).

Uit bovenstaande feiten en omstandigheden bleek mij dat er een vorm van reclame voor tabaksproduct werd waargenomen, waardoor gehandeld werd in strijd met het bepaalde in artikel 5, eerste lid, van de Tabakswet, hetgeen gelet op artikel 11b, eerste lid, van de Tabakswet, een overtreding is als genoemd in de Bijlage onder Categorie A, van de Tabakswet.”

2.3 Blijkens een proces-verbaal van verhoor, eveneens gedagtekend 15 april 2004, is op 16 februari 2004 de director corporate affairs van X omtrent bovenstaande bevindingen gehoord. Deze verklaarde, onder meer, het volgende:

“Ik ben, zoals u zojuist gehoord heeft, door onze directeur dhr. C, aangewezen om een verklaring namens het bedrijf af te leggen. In deze verklaring zal ik me grotendeels beperken tot een verwijzing naar de correspondentie die ik reeds met u gevoerd heb over dit onderwerp. Ik overweeg nog te reageren middels de zienswijze die aan het bedrijf gevraagd wordt, verderop in de procedure.

Ik wil verder opmerken dat er een antwoord gevraagd is per aangetekende brief gedateerd 22 januari 2003 aan de Keuringsdienst van Waren, inzake het gebruik van ons bedrijfslogo. Daarop hebben wij nooit een antwoord gehad. Wel hebben we het bedrijfslogo aangepast, door de toevoeging van “Y BV” aan dit logo, alsmede door wijziging van het beeldmerk, teneinde zichtbaar onderscheid te maken tussen het bedrijfslogo en het merklogo of productlogo. Daar wil ik het voor nu bij laten.”

2.4 Naar aanleiding van de in bovengenoemd proces-verbaal neergelegde bevindingen, en met kennisneming van de door X bekendgemaakte zienswijze omtrent het bij brief van 4 augustus 2004 meegedeelde voornemen daartoe, heeft de minister bij besluit van 29 april 2005 aan X een boete van € 45.000,- opgelegd voor overtreding van het verbod op tabaksreclame van artikel 5, eerste lid, Tabakswet.

2.5 Bij besluit van 8 september 2006, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft de minister het tegen het besluit van 29 april 2005 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

3. De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft in de inbreuk op het recht van X op behandeling van haar zaak binnen een redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) aanleiding gezien het beroep van X gegrond te verklaren en het bestreden besluit op bezwaar van 8 september 2006 te vernietigen, voorzover dit betrekking heeft op de opgelegde boete. Voorts heeft zij aanleiding gezien het boetebesluit van 29 april 2005 te herroepen voorzover daarin aan X wegens overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet een boete is opgelegd van € 45.000,- en de opgelegde boete met 10% verlaagd tot € 40.500,-.

Voor het overige heeft de rechtbank de gronden die X tegen de handhaving van de haar opgelegde boete heeft aangevoerd, verworpen. De desbetreffende overwegingen van de rechtbank zijn neergelegd in rubriek 2.5 van de uitspraak waarnaar wordt verwezen.

4. Het standpunt van X in hoger beroep

4.1 X is van mening dat de hier aan de orde zijnde advertentie niet meer bevat dan zakelijke informatie over het bedrijf. X presenteert zich daarin aan haar handelspartners als een open bedrijf, gericht op wederzijdse communicatie, dat veel belang hecht aan het bieden van een goede werkomgeving aan haar werknemers en nodigt haar handelspartners uit zelf in de fabriek te komen kijken teneinde dit te beoordelen. Er wordt in de advertentie geen wervende beschrijving van de tabaksproducten gegeven. De tabaksproducten worden slechts genoemd om X als bedrijf te kunnen duiden en in het kader van de beschrijving van hetgeen in de fabriek te B gebeurt. Op geen enkele wijze brengt de advertentie een positief beeld over welk tabaksproduct dan ook naar voren. Als van de advertentie al een wervend effect uitgaat, dan werft X geen consumenten maar werknemers en/of handelspartners. Advertenties als hier in geding zijn voor X van belang om haar doelstelling - uitgroeien tot maatschappelijk verantwoordelijke onderneming - te bereiken. Hierin een overtreding van het reclameverbod zien, schiet volgens X het doel van het wettelijke kader volledig voorbij en belemmert X juist in die gedragingen die daaraan een bijdrage kunnen leveren. X is voorstander van wet- en regelgeving die duidelijk grenzen stelt en tot gevolg heeft dat consumenten op geen enkele wijze tot roken worden aangemoedigd. Binnen een dergelijk wettelijk kader wil X opereren, maar dan moet wel duidelijk zijn wat dit kader inhoudt.

4.2 X stelt dat de inhoud noch het doel van de Tabakswet eraan in de weg staan om, indien zij, zoals in dit geval, door middel van advertenties in vakbladen haar handelspartners informeert, ter verduidelijking een aantal bekende merknamen te noemen en daarbij haar eigen bedrijfsnaam en/of -logo weer te geven. Mocht haar standpunt ter zake niet worden gevolgd, dan mag de minister volgens X desondanks geen boete opleggen, aangezien voor X niet duidelijk kon zijn welke gedragingen toelaatbaar worden geacht en de minister over de invulling van zowel zijn beoordelingsvrijheid als zijn beleidsvrijheid geen duidelijkheid heeft willen verschaffen.

4.3 X bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat het begrip ‘reclame’, gedefinieerd in artikel 1, aanhef en onder f, Tabakswet, geenszins onduidelijk is. Zij wijst erop dat de VWA in antwoord op de bij brief van 22 januari 2003 door X gestelde vragen inzake het gebruik van haar nieuwe bedrijfslogo heeft aangegeven dat het antwoord op de vraag of is toegestaan dat X in een advertentie haar bedrijfsnaam en/of -logo afbeeldt, en merknamen vermeldt, afhangt van de omstandigheden van het geval. Ook in een procedure omtrent een boete opgelegd naar aanleiding van een personeelsadvertentie is gebleken dat de invulling van het begrip ‘reclame’ contextafhankelijk is. Echter, volgens X weigert de mi-

nister aan te geven hoe hij met die afhankelijkheid omgaat. Uit de bestreden beslissing noch uit de aangevallen uitspraak blijkt dat met de context waarin de bedrijfsnaam en het -logo zijn gebruikt rekening is gehouden. Het enkele gebruik van de naam en het logo lijkt al voldoende om het bestaan van reclame aan te nemen. Volgens X is dit zozeer in tegenspraak met de contextuele benadering die gevolgd moet worden ten einde te kunnen bepalen of er sprake is van reclame, dat voornoemd oordeel van de rechtbank voor onjuist moet worden gehouden.

4.4 Ten aanzien van de weergave van de bedrijfsnaam en het bedrijfslogo gaat de rechtbank er volgens X ten onrechte aan voorbij dat de naam en het logo van het bedrijf X duidelijk verschillen van de naam en het logo van het sigarettenmerk "X". Om te voorkomen dat sprake zou zijn van reclame als bedoeld in de Tabakswet heeft X ervoor gekozen zowel de naam als het heraldisch wapen van het bedrijf te laten afwijken van dat van het sigarettenmerk "X". Voortaan vermeldt X indien zij als bedrijf naar buiten treedt altijd haar volledige bedrijfsnaam "XY B.V." en voert zij daarbij een wapen dat duidelijk verschilt van dat van het sigarettenmerk. Van een verwijzing naar een concreet tabaksproduct is geen sprake, laat staan van een onmiskenbare verwijzing. De enkele vermelding van de bedrijfsnaam en het -logo, die slechts gedeeltelijk overeenstemmen met het sigarettenmerk "X" zijn volgens X geen reclame in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Tabakswet. Deze vermeldingen zijn zozeer verbonden met X als bedrijf dat niet gesteld kan worden dat daarmee rechtstreeks bekendheid wordt gegeven aan een tabaksproduct. Termen als "productiemethode", "kwaliteitscontrole", "modernste machines", "plezierige werksfeer" en "openheid, respect en integriteit" hebben betrekking op het bedrijf en niet op hetgeen de consument interesseert: het eindproduct. Volgens X wordt evenmin onrechtstreeks aan een tabaksproduct bekendheid gegeven, omdat in het geheel niet wordt getracht het reclameverbod te omzeilen door zonder de naam van een tabaksproduct te vermelden of te vertonen de verkoop daarvan toch te stimuleren. De desbetreffende namen en logo's dateren al van ver vóór de invoering van de Tabakswet en maken deel uit van de 'corporate identity' van XZ als geheel en XY B.V. in het bijzonder. De hier aan de orde zijnde advertentie vermeldt niets anders dan dat X haar werknemers als belangrijkste kapitaal ziet, een moderne fabriek heeft en dat handelspartners de fabriek kunnen komen bezichtigen. De advertentie bevat geen positieve benadering van roken of tabaksproducten, noch in het algemeen, noch ten aanzien van een tabaksproduct in het bijzonder. Het doel van het in de advertentie noemen van enkele sigarettenmerken is, aldus X, niet het bekendheid geven aan of het aanprijzen van deze tabaksproducten, maar aan de doelgroep van het vakblad, die zeer wel met die merken bekend is, te laten weten dat X de fabrikant van deze producten is. Bedoeld is dan ook bekendheid te geven aan de producent, niet aan het product. Niet het aanprijzen van tabaksproducten met het doel deze aan handelspartners te verkopen, maar het uiten van open-

heid richting handelspartners, was het doel van de advertentie. Gezien de aard en inhoud van de advertentie acht X bijzonder onwaarschijnlijk dat deze het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg zou hebben. De minister heeft dit volgens X ook op geen enkele wijze aangetoond.

4.5 Voorts wijst X erop dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een mededeling aan alle criteria van artikel 1, aanhef en onder f, Tabakswet kan voldoen en desondanks, gezien de setting en daarmee ook buiten de in de wet geformuleerde uitzonderingen, geen reclame is als bedoeld in dat artikel. Hoewel de rechtbank onderkent dat in het geval van een personeelsadvertentie vermelding van de naam (en het logo) van de onderneming en het product nodig kan zijn om duidelijk te maken om welk bedrijf het precies gaat, gaat zij er naar de mening van X ten onrechte aan voorbij dat in het onderhavige geval sprake is van een dergelijke situatie. De setting van de onderhavige advertentie is die van 'corporate communication': een bedrijf dient met haar handelspartners te communiceren en X doet dit niet om de handelspartners aan het roken te krijgen, maar om aan al dan niet toekomstige handelspartners duidelijk te maken met wat voor bedrijf zij te maken hebben. Het doel en de inhoud van de advertentie alsmede het blad waarin de advertentie is geplaatst - een vakblad bestemd voor de handelspartners die X wil bereiken, te weten de horecaondernemers, van wie indertijd 80% tabak verkocht - maakt volgens X dat de gewraakte mededelingen zijn gedaan in een zodanige setting dat niet van reclame in de zin van de Tabakswet kan worden gesproken.

4.6 Met betrekking tot de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet geformuleerde uitzondering op het reclameverbod wijst X erop dat ten tijde van de overtreding deze uitzondering betrekking had op bladen bestemd voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten. Volgens X vallen horecaondernemers onder die bedrijfstak, omdat 80% van hen ten tijde van de overtreding nog tabaksproducten verkocht en 6% van de totale tabaksverkoop in de horeca plaatsvond. Horecaondernemers zijn echter eveneens te beschouwen als in de tabakshandel, buiten de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten, werkzame personen. De uitleg die de rechtbank in dit verband aan het lex certa-gebod geeft, komt volgens X niet overeen met die van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Het criterium is niet of de strekking van de norm begrepen kan worden, maar of de normadressant kan voorzien welk gedrag strafbaar is. In het onderhavige geval is de strekking van de norm op zich duidelijk, doch de reikwijdte ervan geheel niet. Horecaondernemers zijn belangrijke deelnemers aan de tabakshandel en vallen dan ook onder de groep waarop bedoelde uitzondering ziet. X acht niet toelaatbaar dat de minister en de rechtbank in die uitzondering allerlei nuanceringen lezen, terwijl de wetgever heeft aangegeven dat de uitzonderingen op het reclameverbod zo concreet mogelijk zijn verwoord.

4.7 De handelspartners waarop de advertentie is gericht, zijn volgens X de door de wetgever in zijn toelichting op de uitzondering van artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet bedoelde detaillisten en ook het blad “Misset Horeca” is een vakblad als in die toelichting bedoeld. X constateert dat de rechtbank heeft onderkend dat de reikwijdte van even genoemde uitzondering niet geheel duidelijk is. Uit overweging 4 van de preambule van 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, blz. 16; hierna: richtlijn 2003/33/EG) leidt X af dat in het kader van de afweging tussen de vrijheid van verkeer enerzijds en de gewenste beperking van tabaksreclame anderzijds van belang is voor welk publiek het betreffende magazine of tijdschrift bestemd is. Misset Horeca is, aldus X, zonder twijfel niet voor het grote publiek bestemd, maar uitsluitend voor horecaondernemers. Zoals gezegd, is deze groep werkzaam in de tabakshandel. Naar de mening van X valt de advertentie onder de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet neergelegde uitzondering op het reclameverbod.

4.8 Verder stelt X dat zij ten opzichte van andere tabaksfabrikanten wordt benadeeld, omdat zij wordt beperkt in het gebruik van haar bedrijfsnaam. Dat wellicht ook een andere tabaksfabrikant, zoals Agio Sigarenfabrieken, door de aan het reclame- en sponsoringverbod gegeven uitleg wordt benadeeld, doet er volgens X niet aan af dat zij ten opzichte van de meeste andere tabaksfabrikanten wordt benadeeld. De verwijzing naar artikel 5, tweede lid, Tabakswet treft geen doel, omdat X niet een ander product, maar een bedrijfsnaam heeft die overeenkomt met de merknaam van een tabaksproduct. De noodzaak om namens het in die bepaling bedoelde product algemene mededelingen te doen, is minder groot dan de noodzaak voor X om namens haar onderneming mededelingen te kunnen doen, onder meer in het kader van het werven van personeel en het kenbaar maken van de identiteit naar handelspartners, werknemers en derden. X wijst erop dat een bedrijfsnaam de functie heeft het bedrijf aan te kunnen duiden en niet om de (rechts)persoon aan te prijzen. Verder staat buiten kijf dat X haar bedrijfsnaam te goeder trouw gebruikt. Die naam gebruikt zij als internationale organisatie al lange tijd en in veel landen. Geenszins heeft zij die naam gekozen om het tabaksproduct X aan te prijzen in een poging het reclameverbod te omzeilen. De door de rechtbank geopperde mogelijkheid dat X haar bedrijfsnaam kan gebruiken zolang geen commerciële mededelingen worden gedaan, de mededeling uitsluitend bestemd is voor de tabaksbranche of de naam op duidelijk andere wijze wordt gepresenteerd, acht X in het kader van sponsoring niet relevant en voor het overige illusoir. Vrijwel alle mededelingen van X zullen per definitie commercieel zijn, in die zin dat zij betrekking hebben op de handel, het zakenleven. In de verschillende procedures jegens X is gebleken dat de uitleg die de

minister en de rechtbank aan dit begrip geven zodanig is dat nagenoeg geen enkele mededeling van X toelaatbaar wordt bevonden. Ook de overweging van de rechtbank dat mededelingen in een andere presentatievorm van de bedrijfsnaam kunnen worden gedaan, draagt naar de mening van X niet bij aan het oordeel van de rechtbank. Wederom gaat zij eraan voorbij dat X daartoe is overgegaan en die nieuwe presentatie overeenkomstig de suggestie van de wetgever aan de minister ter beoordeling heeft voorgelegd. Daarbij wordt vergeten dat de wetgever een wijziging van het uiterlijk van de naam van een enkel product op het oog had, terwijl het in het geval van X gaat om een aanpassing met aanzienlijk grotere gevolgen: ten behoeve van de regelgeving in Nederland, waar het merk X slechts een zeer beperkt marktaandeel heeft, zou X wereldwijd haar bedrijfslogo moeten aanpassen.

4.9 Volgens X dient het verbod op reclame neergelegd in de Tabakswet buiten toepassing te worden gelaten vanwege strijd met richtlijn 2003/33/EG, het EG-verdrag en/of het EVRM.

Ten aanzien van de strijdigheid van het reclameverbod van de Tabakswet met richtlijn 2003/33/EG stelt X dat genoemd verbod op uitingen die slechts bekendheid geven aan tabaksproducten, zonder dat die uitingen tabaksproducten aanprijzen of anderszins de verkoop daarvan bevorderen, geen onderdeel vormt van de richtlijn. Vanwege het volledig harmoniserende karakter van de richtlijn zijn die aanvullingen niet toegestaan. Het verbod op reclame en sponsoring dient in zoverre buiten toepassing te worden gelaten. Het oordeel van de rechtbank dat richtlijn 2003/33/EG bedoelt elke vorm van commerciële mededeling te verbieden, ongeacht of deze rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft dat de verkoop van tabaksproducten wordt bevorderd, is naar de mening van X onjuist. Volgens X ziet de richtlijn slechts op directe reclame indien deze een grensoverschrijdend effect heeft, ongeacht of deze reclame de bevordering van de verkoop van tabaksproducten rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft. Verder stelt X dat richtlijn 2003/33/EG een volledige harmonisatie van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame voor tabaksproducten en sponsoring beoogt en de lidstaten geen nationale beleidsruimte biedt. In de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de richtlijn heeft de wetgever dit onderschreven (Kamerstukken II, 2003-2004, 29721, nr. 3, blz. 1). Dit betekent volgens X dat voor reclame en sponsoring waarop de richtlijn geen betrekking heeft, de lidstaten regelend mogen optreden, maar dat zij voor de reclame en sponsoring waarop de richtlijn ziet slechts mogen implementeren. Desondanks bevat de definitie van het begrip ‘reclame’ in de Tabakswet een aantal toevoegingen ten opzichte van de richtlijn, te weten de strafbaarstelling van “elke handeling in de economische sfeer met als doel de verkoop van tabaksproducten te bevorderen”, “het bekendheid geven aan” een tabaksproduct en de in de laatste zinsnede genoemde poging het reclameverbod te omzeilen en is aan de definitie van het begrip ‘sponsoring’ het element “be-

kendheid geven aan” toegevoegd. Richtlijn 2003/33/EG laat dit niet toe. Deze richtlijn beoogt namelijk volledige harmonisatie. Voorzover de Tabakswet verder gaat dan de richtlijn dient deze naar de mening van X buiten toepassing te blijven en kan zij geen basis vormen voor de oplegging van een boete aan X. Ook al houden de lidstaten, zoals de rechtbank overweegt, met inachtneming van het EG-verdrag de bevoegdheid regelend op te treden voorzover zij dat nodig achten ter waarborging van de volksgezondheid, dit neemt volgens X niet weg dat die bevoegdheid is beperkt tot dat deel van de reclame en sponsoring waarop de richtlijn geen betrekking heeft. Daarmee is niet bedoeld dat de lidstaten ten aanzien van alle vormen van reclame, zowel direct als indirect, regelend mogen optreden. Aangezien de advertentie een mededeling is in gedrukte vorm in een tijdschrift of magazine en een grensoverschrijdend effect heeft, is de vorm direct en is de richtlijn van toepassing.

Met betrekking tot de gestelde strijd met het EG-verdrag is X van mening dat de overweging van de rechtbank, dat de nationale wetgever op grond van artikel 30 EG ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij regelgeving die strekt tot bescherming van de volksgezondheid, te kort door de bocht is, indien hierbij niet de strikte voorwaarden voor toepassing van dat artikel worden genoemd. Het verbod op reclame zoals geformuleerd in de Tabakswet gaat volgens X veel verder dan noodzakelijk is voor het doel dat de Tabakswet nastreeft, te weten verlaging van het percentage rokers en bescherming van de jeugd. De verboden omvatten immers alle (bijdragen die tot) uitingen (leiden) die rechtstreeks of onrechtstreeks bekendheid geven aan een tabaksproduct en dus ook uitingen die bijvoorbeeld geen tabaksproducten aanprijzen of daar zelfs voor waarschuwen. De hier aan de orde zijnde advertentie is volgens X een voorbeeld van een uiting die wel een naam vermeldt die overeenkomt met de naam van een tabaksproduct, maar op geen enkele wijze een aanprijzing van dat product inhoudt of daaraan zelfs maar refereert. Zelfs indien het reclameverbod naar haar letterlijke tekst niet met het EG-verdrag strijdig zou zijn, geldt dat de uitleg die de minister aan dit verbod geeft veel verder gaat dan voor het bereiken van het doel noodzakelijk en evenredig is. Die uitleg heeft tot gevolg dat bijdragen die (indirect) tot uitingen leiden waarin geen tabaksproducten worden aangeprezen en die de aanprijzing ook niet rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg hebben, worden verboden en beboet. Ook dit gaat veel verder dan voor het doel noodzakelijk en evenredig is. Op geen enkele wijze maakt de minister, aldus X, aannemelijk dat de vermelding van de bedrijfsnaam en het -logo schadelijke gevolgen zou kunnen hebben voor de volksgezondheid, laat staan dat een dergelijk verbod op het gebruik van de bedrijfsnaam noodzakelijk is voor de bescherming van de volksgezondheid in Nederland. De bedoelde verboden zijn volgens X tevens in strijd met de voorwaarde dat een beperking slechts zonder discriminatie mag worden toegepast, aangezien zij tot gevolg hebben dat X geen normaal gebruik meer kan maken van haar bedrijfs-

naam en -logo. De overweging van de rechtbank dat zij niet vermag in te zien dat het drastisch terugdringen van tabaksgebruik op een uit het oogpunt van het vrije verkeer van goederen (en het vrije verkeer van diensten) minder ingrijpende wijze kan geschieden, acht X onbegrijpelijk. Naar X reeds heeft gesteld kan die doelstelling ook met minder ingrijpende middelen worden bereikt. Een reclameverbod dat ertoe leidt dat X niet meer van haar bedrijfsnaam en -logo gebruik kan maken, draagt in het geheel niet bij aan de drastische terugdringing van het tabaksgebruik. Dit kan ook met een minder vergaande uitleg van bedoeld verbod worden bereikt. Verder stelt X dat inbreuk wordt gemaakt op het recht van vrije vestiging, omdat het haar door de ruime formulering van het reclameverbod en de ruime uitleg daarvan door de minister feitelijk bijna onmogelijk wordt gemaakt haar bedrijfsnaam en -logo te gebruiken. Het verbod beperkt niet slechts de activiteiten van het aanbieden van producten vanuit de vestiging in Nederland. Ook activiteiten die daar niets mee van doen hebben, zoals plaatsing van de onderhavige advertentie, en ander gebruik van de bedrijfsnaam en het -logo worden door dit verbod beperkt en onmogelijk gemaakt.

Wat betreft het recht op de vrijheid van meningsuiting zoals verwoord in artikel 10 EVRM kan X zich niet vinden in het oordeel van de rechtbank dat de inbreuk daarop door het reclameverbod is gerechtvaardigd om reden van de bescherming van de volksgezondheid. De door de rechtbank aangehaalde overwegingen van de wetgever daaromtrent doen er naar de mening van X niet aan af dat niet is voldaan aan de in artikel 10, tweede lid, EVRM gestelde eisen, dat de beperking bij wet moet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk moet zijn. De vergaande beperking die de minister hanteert, door zelfs de vermelding van de naam en het logo van het bedrijf op een website als verboden reclame en/of sponsoring te beschouwen, maakt volgens X dat niet langer kan worden gesteld dat deze beperking van de vrijheid van meningsuiting bij wet is voorzien. Bedoeld verbod en de uitleg die de minister daaraan geeft, gaat volgens X bovendien veel verder dan noodzakelijk is. Zij meent dat op geen enkele wijze is onderbouwd dat het verbieden van een advertentie als hier aan de orde, die onmiskenbaar op handelspartners en niet op consumenten is gericht, op enige wijze bijdraagt aan de bescherming van de gezondheid van de jeugd of de volksgezondheid in het algemeen. In ieder geval staat die bijdrage in geen enkele verhouding tot de schade die een dergelijk verstrekend verbod toebrengt aan de bedrijfsvoering van X. Uit niets blijkt dat de wetgever zich heeft gerealiseerd dat het door deze wetgeving een onderneming als X onmogelijk wordt gemaakt onder haar eigen naam enige mededeling te doen.

4.10 X stelt dat in het onderhavige geval sprake is van een voortgezette handeling, te weten de situatie dat meerdere strafbare feiten zijn gepleegd die in zodanig verband met elkaar staan dat een eenheid wordt gecreëerd. Daarbij dienen de in aanmerking te nemen feiten uit één wilsbesluit voort te komen. X merkt op dat de

rechtbank, die de onderhavige zaak - evenals het College - gevoegd met de andere zaken van X heeft behandeld, in de aangevallen uitspraak overwegingen heeft gewijd aan het ne bis in idem beginsel en aan eendaadse samenloop, terwijl omtrent die leerstukken geen gronden zijn aangevoerd. Naar de mening van X is de rechtbank ten onrechte eraan voorbij gegaan dat er weliswaar meerdere advertenties zijn geplaatst, maar dat deze uit een en hetzelfde wilsbesluit volgen. Voorzover de boete is gebaseerd op het herhaaldelijk en op identieke wijze gebruiken van de bedrijfsnaam en het logo volgt dit uit hetzelfde wilsbesluit, te weten de keuze van X voor het gebruik van de aangepaste bedrijfsnaam en het bijbehorende aangepaste bedrijfslogo. Ten aanzien van dit wilsbesluit is X een verwijt gemaakt. Nu deze advertenties volgen uit dit ene wilsbesluit is sprake van een voortgezette handeling. Indien het continueren van de bedrijfsnaam en het bedrijfslogo alsmede het vermelden daarvan in publieke uitingen die van de onderneming uitgaan niet als één besluit kan worden gekwalificeerd, geldt dat volgens X in ieder geval voor het besluit om deze serie advertenties gericht op handelspartners te publiceren. Dit geldt te meer nu X niet de mogelijkheid heeft gehad haar gedrag aan te passen, terwijl door het uitblijven van een reactie op de brief van X van 22 januari 2003 het oordeel van de minister over de handeling ten tijde van de advertentie niet bij voorbaat vaststond. Dat op geen enkele wijze zou zijn aangetoond dat sprake is van één mediaopdracht acht X niet relevant, nu zij op het moment van de laatste aan de orde zijnde advertentie nog geen idee had dat de minister tegen de serie advertenties wenst op te treden en van mening was daartoe bevoegd te zijn. In de visie van X kan hooguit één sanctie worden opgelegd ten aanzien van een voortgezette handeling. Het opleggen van verschillende boetes voor één voortgezette handeling acht zij onevenredig en om die reden onrechtmatig.

4.11 X stelt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van een situatie waarin de afwezigheid van elke verwijtbaarheid aan de oplegging van een boete in de weg staat. X wist niet en kon niet weten dat de advertentie door de minister in strijd met het reclameverbod zou worden bevonden en kan daarom niets worden verweten. Zoals betoogd, is de Tabakswet niet duidelijk. Uit het feit dat de minister aan de bepalingen van de Tabakswet een andere uitleg dan X heeft gegeven, blijkt al dat de overweging van de rechtbank dat X uit de wettekst had moeten begrijpen dat zij in strijd met het reclameverbod handelde onjuist is. Na de schriftelijke waarschuwingen van 16 december 2002 heeft X onmiddellijk actie ondernomen door haar logo en naamsvermelding voor corporate communication te laten afwijken van die op het tabaksproduct en dit nieuwe ontwerp vooraf aan de minister voor te leggen. Ten tijde van de beweerdte overtreding had de minister nog niet gereageerd, zodat niet kan worden gesteld dat door die waarschuwingen voor X duidelijk had moeten zijn dat het gebruik van logo en naam tot een overtreding zou leiden. Ook nadien heeft de minister geen inzicht in de toelaatbaarheid van het gebruik

van logo en naam willen geven, zodat voor X geenszins duidelijk was en kon zijn wat de reikwijdte van de wet was. X meent dat van de minister kan worden verlangd dat hij - om willekeur en rechtsonzekerheid bij de invulling van zijn bevoegdheid in het kader van de oplegging van een boete te voorkomen - zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf geeft over de wijze waarop hij met zijn vrijheden zal omgaan.

4.12 X is van mening dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij aan de brief van 11 november 2003 niet het vertrouwen had mogen ontnemen dat geen boete zou worden opgelegd. X vindt dat zij aan de mededeling dat de overtreding vóór 1 december 2003 dient te zijn opgeheven erop mocht vertrouwen dat haar geen boete zou worden opgelegd. Uit de website van de VWA heeft X begrepen dat niet altijd direct een boete wordt opgelegd, maar dat de overtreder in de plaats daarvan de tijd wordt gegeven aan een waarschuwing te voldoen. In bedoelde brief werd een dergelijke hersteltermijn geboden, zodat X ervan mocht uitgaan dat de minister op de op de website vermelde wijze van zijn bevoegdheid gebruik maakte. Dat de brief spreekt van een "kennisgeving boeterapport" doet daar niet aan af, nu een dergelijk rapport niets anders is dan de schriftelijke vastlegging van de constatering van een overtreding.

4.13 Wat betreft de evenredigheid van de opgelegde boete heeft X gesteld dat, zelfs als de hoogte van de boete wettelijk is vastgelegd, op grond van artikel 6 EVRM altijd, door zowel rechter als bestuursorgaan, vol dient te worden getoetst of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Reeds omdat de minister in het boetebesluit onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt of en hoe hij de evenredigheid van de boete heeft beoordeeld en deze omissie in de beslissing op bezwaar niet is hersteld, had de rechtbank laatstgenoemde beslissing dienen te vernietigen. X acht de opgelegde boete onevenredig hoog, omdat haar, naar zij heeft betoogd, ten aanzien van beweerdte overtreding geen verwijt treft. Tevens heeft X reeds gesteld dat de advertentie in het licht van het doel van de Tabakswet moeilijk als overtreding kan worden gezien, aangezien die op geen enkele wijze tabaksproducten aanprijst, noch de aanprijzing tot (on)rechtstreeks gevolg heeft. Ook dient de verweten overtreding als minder ernstig te worden aangemerkt, nu het ging om een advertentie in een blad met een betrekkelijke kleine doelgroep. Bovendien is bij het bepalen van de hoogte van de boete geen rekening gehouden met het feit dat de advertentie op geen enkele wijze het aanprijzen van tabaksproducten tot doel of (on)rechtstreeks gevolg heeft gehad, zodat X daarmee geen enkel voordeel heeft behaald. Ook bestrijdt X de aanname dat de verboden en beperkingen bij haar zeer goed bekend waren en dat aan de overtreding een bewust handelen ten grondslag lag met als doel gewin te behalen. Volgens X mocht zij er op grond van richtlijn 2003/33/EG op vertrouwen dat de vermeldingen niet binnen de werkingssfeer van het reclame- en sponsoringverbod zouden vallen. Evident is dat X met de

advertentie niet bewust commercieel gewin heeft willen behalen. Zo enig voordeel zou zijn genoten, staat dit in geen verhouding tot de hoogte van de opgelegde boete. Voorts wijst X erop dat de wetgever bij het vaststellen van de boetetarieven voor grote ondernemingen het oog heeft gehad op de categorie van ondernemingen die overdrijven in het aftasten van de grenzen van de Tabakswet, terwijl daarvan in dit geval geen sprake is. Volgens X heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de overtredingen zien op (op grote schaal) reclame maken in een tijdschrift dat zich ook richt tot onder meer studenten en jongeren die werkzaam zijn in de horeca. De advertentie is volgens X niet in zo maar een tijdschrift geplaatst, maar in een vakblad voor handelspartners van X. Dit vakblad richt zich ook niet tot studenten of jongeren, maar tot hen die in de horeca werkzaam zijn. Dat in de horeca ook jongeren en studenten werkzaam zijn, maakt dit niet anders. Het gaat niet om de vraag of iemand student of jongere is, maar om de vraag of deze ook in de tabakshandel werkt, bijvoorbeeld als horecamedewerker. Gezien de beperkte schaal van de overtreding en de kleine groep personen tot wie Misset Horeca is gericht, moet, aldus X, geoordeeld worden dat de opgelegde boete niet evenredig is. Evenmin heeft de wetgever vooraf rekening gehouden met de mogelijkheid dat een rechtspersoon een bedrijfsnaam en -logo kan hebben die een bepaalde gelijkenis vertonen met naam en -logo van een tabaksproduct, zoals in het geval van X. In het kader van de evenredigheid van de op te leggen boete had er volgens X rekening mee moeten worden gehouden dat het veranderen van de naam en het logo, althans het niet meer gebruik maken daarvan, een vrijwel onmogelijke opgave is met internationale gevolgen. Tevens is de rechtbank volgens X ten onrechte voorbijgegaan aan haar opmerking van de boeteoplegging van de minister bij oplegging van de boete moeten worden afgewogen tegen de betrokken belangen van X. Afgezien van het financiële belang, wordt X ernstig belemmerd in het gebruik van haar bedrijfsnaam en -logo en in de communicatie met de arbeidsmarkt, terwijl het belang van de minister bij handhavend optreden, gezien de lange termijnen die hij telkens heeft laten verstrijken vooraleer tot besluitvorming over te gaan, gering blijkt te zijn.

4.14 Ten slotte kan X zich er niet mee verenigen dat de rechtbank slechts beperkte gevolgen heeft verbonden aan de overschrijding van de redelijke termijn bedoeld in artikel 6 EVRM. Naar de mening van X moet de kennisgeving van het boeterapport van 11 november 2003 als eerste vervolgingshandeling worden beschouwd, zodat sprake is van een termijnoverschrijding in eerste aanleg van drie jaar en 9,5 maanden. Dit rechtvaardigt volgens X een matiging van de boete met meer dan 10%. Uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens leidt X bovendien af dat overschrijding van de redelijke termijn dient te worden beoordeeld op basis van de duur van de procedure als geheel, waarbij kan worden uitgegaan van een verlaging van de boete als schadeloosstelling van € 1.000,-

tot € 1.500,- per jaar voor ieder jaar dat de procedure heeft geduurd, te verhogen tot € 2.000,- per jaar als er een groot belang op het spel staat. In het onderhavige geval, meent X, zou de schadevergoeding op ten minste € 7.500,- moeten worden bepaald.

5. De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 Ter beoordeling van het College staat of de aangevallen uitspraak, waarbij de rechtbank heeft geconcludeerd dat X het in artikel 5, eerste lid, Tabakswet, neergelegde verbod op reclame heeft overtreden en dat de minister haar terecht een boete heeft opgelegd, in rechte stand kan houden.

5.2 Naar het oordeel van het College heeft X met de advertentie op bladzijde 30 van het horeca-vakblad "Misset Horeca", aflevering 24 van 13 juni 2003, het verbod van artikel 5, eerste lid, Tabakswet op elke vorm van tabaksreclame overtreden. X heeft door middel van deze publicatie reclame gemaakt 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 De gewraakte advertentie dient naar het oordeel van het College te worden aangemerkt als een commerciële mededeling die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct zo niet tot doel, dan toch in ieder geval rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft. De tekst van de advertentie vermeldt meerdere merknamen van sigaretten die X fabriceert - te weten M, D en X - en spreekt in dit verband van topmerken, uiterst geavanceerde productiemethoden, kwaliteitscontrole en constante kwaliteit. Naar het oordeel van het College houdt dit een aanprijzing in van (de kwaliteit van) deze door X gefabriceerde tabaksproducten en kan reeds op grond hiervan van reclame voor deze producten worden gesproken.

Daarnaast neemt in de advertentie een afbeelding van de bedrijfsnaam en het heraldisch wapen ('crest') van X een prominente plaats in. Anders dan X heeft gesteld, zijn de verschillen tussen de vormgeving van de bedrijfsnaam en het wapen van de onderneming enerzijds en van het sigarettenmerk anderzijds te subtiel om van een voldoende onderscheidend verschil te kunnen spreken. De vormgeving van beide logo's komt zodanig overeen dat de afbeelding van de bedrijfsnaam onherroepelijk een associatie met het gelijknamige sigarettenmerk oproept. Reeds hierdoor kan, al dan niet rechtstreeks, aan een tabaksproduct bekendheid worden gegeven. Het betoog van X dat uit de toevoeging "Y B.V." duidelijk blijkt dat met de vermeldingen enkel is beoogd naar de onderneming "XY B.V." te verwijzen, doet hier niet aan af. Deze toevoeging is gedaan in een lettertype dat beduidend kleiner is dan en afwijkt van de rest van het logo. Daarmee wordt voornoemde associatie geenszins opgeheven.

5.4 Het College is van oordeel dat de advertentie in Misset Horeca niet is aan te merken als in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakswet bedoelde mededeling die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd is. Anders dan X, 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. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bedoelde uitzondering op de beperking van de tabaksreclame betrekking heeft op “vakbladen en verkoopinformatie sec van fabrikanten richting grossiers en detaillisten” (Kamerstukken II, 26472, nr. 7, blz. 22). Duidelijk is dat de wetgever bij deze uitzondering 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, richt zich niet tot die besloten kring. 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/of de in de tabakshandel werkzame personen. De omstandigheid dat een deel van de horecaondernemers ook tabaksproducten verkoopt, maakt Misset Horeca niet tot een vakblad bestemd voor de besloten kring van de tabaksbranche. De stelling van X dat de onderhavige advertentie, die slechts zou zijn gericht op communicatie met haar handelspartners, onder de in artikel 5, derde lid, aanhef en onder a, Tabakwet neergelegde uitzondering op het reclameverbod dient te vallen, wordt dan ook niet door het College onderschreven.

5.5 Voorzover X van mening is dat de hier aan de orde zijnde advertentie dient te worden beschouwd tegen de achtergrond van ‘corporate communication’ met haar handelspartners en dat dientengevolge niet van reclame in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Tabakswet kan worden gesproken, stelt het College vast dat gestelde intentie niet strookt met het feit dat X voor de verspreiding van haar boodschap gebruik heeft gemaakt van een medium dat, zoals gezegd, een breder bereik heeft dan louter haar partners in de tabaksbranche. Tegen deze achtergrond bezien, dient de in de advertentie gebezigde aanprijzing van (de kwaliteit van) haar tabaksproducten alsmede het prominent figureren van haar naar het gelijknamige sigarettenmerk verwijzende bedrijfslogo als reclame voor tabaksproducten te worden aangemerkt. Dat in het concrete geval de toelaatbaarheid van een bepaalde commerciële mededeling afhankelijk is van de setting waarin deze wordt gedaan, brengt naar het oordeel van het College niet met zich dat het begrip ‘reclame’ als onduidelijk of het betrokken verbod als onvoldoende bepaalbaar moet worden gekwalificeerd.

5.6 Het College ziet geen grond voor het oordeel dat de omstandigheid dat X eerder dan andere tabaksfabrikanten zou worden geconfronteerd met het verbod op reclame doordat haar bedrijfsnaam verwijst naar de merknaam van een tabaksproduct, meebrengt dat het verbod jegens haar niet zou mogen worden toegepast. Het verbod strekt immers niet zo ver dat X de bedrijfsnaam en ‘crest’ die zij van oudsher voert, niet meer mag gebruiken. Het College vermag niet in te zien dat

niet van X kan worden verlangd dat zij zich rekenschap geeft van de context waarin zij met haar bedrijfsnaam en/of -logo naar buiten treedt en in dat verband rekening houdt met de consequenties die de verwijzing naar het gelijknamige sigarettenmerk, die haar ten opzichte van anderen overigens ook tot voordeel kan strekken, kan hebben.

5.7 Met betrekking tot de stelling dat het in de Tabakswet neergelegde verbod op elke vorm van reclame wegens strijd met richtlijn 2003/33/EG buiten toepassing dient te worden gelaten, overweegt het College dat uit de preambule van deze richtlijn blijkt dat met de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame voor tabaksproducten is beoogd belemmeringen voor het vrije verkeer tussen lidstaten van producten of diensten die dienen als drager voor reclame en sponsoring weg te nemen. De richtlijn stelt zich, anders dan X meent, geen uitputtende harmonisatie ten doel, in de zin dat het lidstaten niet is toegestaan in beperkingen van tabaksreclame te voorzien in het geval het vrije verkeer van goederen of diensten niet aan de orde is. Het College is niet gebleken dat het in de Tabakswet onder de definitie van de begrippen ‘reclame’ scharen van “het bekendheid geven aan een tabaksproduct” in de onderhavige situatie leidt tot een resultaat dat in strijd is met richtlijn 2003/33/EG of afbreuk doet aan het nuttig effect van deze richtlijn.

5.8 Met betrekking tot de stelling van X dat verbod op reclame in de Tabakswet wegens strijd met het EG-verdrag buiten toepassing dient te worden gelaten, is het College allereerst van oordeel dat in dit geval van een handelsbelemmerende maatregel als bedoeld in artikel 28 EG geen sprake is, omdat hier geen handel tussen lidstaten aan de orde is. Echter, ook indien het tegendeel zou worden aangenomen, acht het College die beperking gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van één van de in artikel 30 EG genoemde belangen, te weten de bescherming van de volksgezondheid door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen. Hoewel wellicht zou kunnen worden gemeend dat dit oogmerk effectiever kan worden bereikt door een verbod van tabaksproducten brengt dit niet mee dat sprake is van een middel tot willekeurige discriminatie. Het is immers aan de lidstaten te bepalen welk beschermingsniveau zij nastreven. 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. In het midden kan blijven in hoeverre het verbod op reclame voor tabaksproducten kan worden aangemerkt als een niet door artikel 28 EG verboden verkoopmodaliteit (arrest van het Hof van Justitie van 24 november 1993, Keck en Mithouard, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Jur. Blz. I-6097).

5.9 Het College onderschrijft eveneens het oordeel van de rechtbank dat artikel 10 EVRM weliswaar strekt tot bescherming van de vrijheid van meningsuiting, doch dat inbreuk hierop in het onderhavige geval is gerechtvaardigd om reden van bescherming van de volksgezondheid. De opvatting van X dat de interpreta-

tie die de minister geeft aan de betreffende verbodsbepalingen zodanig ruim is dat de beperkingen niet op wettelijke grondslag berusten, deelt het College niet aangezien in ieder geval in de door de rechtbank beoordeelde beslissing niet is gebleken van een onjuiste uitleg van de betreffende verbodsbepalingen noch van een verbod dat buiten het bereik van deze bepalingen zou vallen.

5.10 Uit het voorgaande volgt dat de minister naar het oordeel van het College bevoegd was X voor overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet een boete op te leggen.

5.11 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 in de eerste plaats dat, in weerwil van hetgeen X heeft gesteld, de overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet haar kan worden toegerekend. Naar het oordeel van het College heeft X kunnen en moeten weten dat een advertentie als hier aan de orde, waarin onder meer de kwaliteit van enkele met name genoemde tabaksproducten wordt benadrukt, in een tijdschrift dat niet uitsluitend voor de tabaksbranche is bestemd, gezien de door de wetgever beoogde verstrekkendheid van het verbod op tabaksreclame, niet toelaatbaar zou worden geacht. Van de door X in dit verband gestelde afwezigheid van elke verwijtbaarheid, omdat de minister ten tijde van de publicatie haar brief van 22 januari 2003 over het gebruik van het gewijzigde bedrijfslogo niet had beantwoord, kan naar het oordeel van het College derhalve geen sprake zijn. Dat X heeft gemeend de ter zake geldende wettelijke bepalingen anders te moeten interpreteren, wil overigens niet zeggen dat deze bepalingen onduidelijk zijn.

5.12 Voorts acht het College de 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.

5.13 Het beroep van X op het vertrouwensbeginsel slaagt niet. Het College vermag niet in te zien dat X aan de brief van 11 november 2003, met als onderwerp "kennisgeving boeterapport", waarbij de VWA onder meer meedeelde dat de overtreding vóór 1 december 2003 opgeheven dient te zijn, de gerechtvaardigde verwachting heeft kunnen ontleen dat ter zake van de hier aan de orde zijnde overtreding van het reclameverbod geen boete zou worden opgelegd. Uit deze brief kan niet worden afgeleid dat bij tijdige beëindiging van de overtreding van het opleggen van een boete zou worden afgezien.

5.14 Wat betreft de stelling van X dat sprake is van een voortgezette handeling - in die zin dat verschillende beweerde overtredingen van artikel 5, eerste lid, Tabakswet, waaronder de onderhavige, voortkomen uit hetzelfde wilsbesluit om deze serie van advertenties gericht op handelspartners te publiceren - overweegt het College dat van een eenmalige opdracht om één en dezelfde advertentie tezelfdertijd in verschillende pu-

blicaties te laten verschijnen, niet is gebleken. Het College is, ook voorzover X heeft gesteld dat de gedragingen voortkomen uit de achterliggende, eenmalige beslissing om een nieuw ontwerp voor het bedrijfslogo (en dat van het sigarettenmerk) te introduceren en herhaald en op identieke wijze te gebruiken, van oordeel dat de beboetbare gedragingen voortkomen uit de beslissing, die telkens opnieuw wordt genomen, om, zoals in dit geval, door middel van een bepaalde advertentie in een bepaald tijdschrift de publiciteit te zoeken zodanig dat dit het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft.

5.15 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.

5.16 Aan de orde is vervolgens of de hoogte van de opgelegde boete - die valt aan te merken als een punitieve sanctie (en de oplegging daarvan als een 'criminal charge') - evenredig is aan de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding. Te dien aanzien overweegt het College als volgt.

5.17 Het College stelt vast dat X behoort tot de categorie van fabrikanten van tabaksproducten. Uit het in de bijlage bij artikel 11b van de Tabakswet neergelegde systeem van gefixeerde boeten volgt voor X, voor wie het - voorzover bekend - gaat om een eerste geconstateerde overtreding van artikel 5, eerste lid, Tabakswet, een boeteoplegging van € 45.000,-. Voor matiging heeft de minister geen grond gezien.

5.18 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.

5.19 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 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 één 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 één en dezelfde overtreding.

5.20 Hoewel X met de gewraakte advertentie ontegenzeggelijk het in artikel 5, eerste lid, Tabakswet neergelegde reclameverbod heeft overtreden, is het College van oordeel dat de overtreding niet van dien aard is geweest dat daarmee in vergaande 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 X 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 relatief 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.

5.21 Gelet op het vorenstaande is het College van oordeel dat de aan X opgelegde boete ter hoogte van € 45.000,- in dit concrete geval niet in redelijke verhouding staat tot de ernst en verwijtbaarheid van de geconstateerde overtreding 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 artikel-lid mogelijk was, heeft de rechtbank het bestreden besluit van 8 september 2006, waarbij het boetebesluit van 29 april 2005 is gehandhaafd, in zoverre ten onrechte in stand gelaten.

5.22 Het College zal de aangevallen uitspraak vernietigen en, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het bij de rechtbank ingestelde beroep van X gegrond verklaren en het bestreden besluit van 8

september 2006 vernietigen. Zelf in de zaak voorzien, zal het College het boetebesluit van 29 april 2005 gedeeltelijk herroepen en de boete 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, alsmede de door de rechtbank geconstateerde inbreuk op het recht van X op behandeling van haar zaak binnen een redelijke termijn aanleiding ziet de opgelegde boete te matigen tot een bedrag van € 20.250,-, welk bedrag onder de bedoelde omstandigheden - mede in verband met beoogde afschrikwekkendheid - passend en geboden wordt geacht.

5.23 Bijzondere omstandigheden die tot nadere matiging van deze boete zouden moeten nopen, zijn het College niet gebleken.

5.24 Het College acht voorts termen aanwezig de minister met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de door X in hoger beroep gemaakte proceskosten. Deze kosten worden op voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 644,-, te weten 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.

Met betrekking tot de door X in bezwaar en beroep gemaakte proceskosten overweegt het College het volgende. Bij uitspraak van 31 augustus 2007, met kenmerk [BC 06/4179-KRD](#) en [BC 06/4180-KRD](#), heeft de rechtbank - rekeninghoudend met de samenhang tussen de verschillende met betrekking tot overtreding van het reclame- en/of sponsoringverbod door X ingestelde beroepen - de minister veroordeeld in de proceskosten van X wegens in bezwaar en beroep verleende rechtsbijstand. Onder verwijzing naar die uitspraak heeft de rechtbank in de thans aan de orde zijnde uitspraak geoordeeld dat geen proceskosten resteren die voor vergoeding in aanmerking komen. Bij [uitspraak van 16 september 2008 \(AWB 07/774, , LJN BG1604\)](#) heeft het College eerstgenoemde uitspraak van de rechtbank, met inbegrip van bedoelde proceskostenveroordeling, echter vernietigd en voor een proceskostenveroordeling geen aanleiding gezien. Bij [uitspraak van 4 mei 2009 \(AWB 07/776\)](#) heeft het College de door X in bezwaar en beroep gemaakte kosten op voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht alsnog vastgesteld op € 3.864,-, te weten 1 punt voor het indienen van een bezwaarschrift, 1 punt voor verschijnen tijdens de hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een wegingsfactor van twee maal 1,5 (enerzijds meer dan vier samenhangende zaken en anderzijds een zwaar gewicht per zaak). Gelet hierop is het College met betrekking tot de door X in bezwaar en beroep gemaakte proceskosten van oordeel dat thans geen proceskosten resteren die voor vergoeding in aanmerking komen.

6. De beslissing

Het College

- vernietigt de uitspraak van de rechtbank van 31 augustus 2007;
- verklaart het beroep van X tegen het besluit van de minister van 8 september 2006 gegrond;
- vernietigt het besluit van 8 september 2006;
- herroept het besluit van 29 april 2005 in zoverre dat aan X een boete van € 20.250,- (zegge: twintigduizendtweehonderdvijftig euro) wordt opgelegd en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit van 8 september 2006;
- veroordeelt de minister in de door X in hoger beroep gemaakte kosten tot een bedrag van € 644,- (zegge: zeshonderdvierenveertig euro), onder aanwijzing van de Staat der Nederlanden als de rechtspersoon die deze kosten moet vergoeden.

Aldus gewezen door mr. E.R. Eggeraat, mr. M.A. van der Ham 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 28 mei 2009.
