

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.958 van 8 maart 2018
in de zaak A. 221.232/VII-39.891.**

In zake : 1. de GCV DAMPWINKEL.BE
 2. de BVBA TB INVEST
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Pierre Berger, Mario Deketelaere
 en Simon Landuyt
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Meir 24
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-François De Bock en Valérie De Schepper
kantoor houdend te 1050 Brussel
Waterloosesteenweg 612
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 januari 2017, strekt tot de
nietigverklaring van het koninklijk besluit van 28 oktober 2016 betreffende het
fabriceren en het in de handel brengen van elektronische sigaretten.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord en de
verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 december 2017.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Mario Deketelaere en Simon Landuyt, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaat Valérie De Schepper, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het bestreden besluit luidt ten tijde van het indienen van het verzoekschrift als volgt:

“HOOFDSTUK 1. - Inleidende bepalingen

Artikel 1. Omzettingsvermelding

Dit besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2014/40/EU van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van Richtlijn 2001/37/EG.

Art. 2. Definities

Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder:

1° elektronische sigaret: een product dat gebruikt kan worden voor de consumptie van nicotinehoudende damp via een mondstuk, of een onderdeel van dat product, waaronder een patroon, een reservoir en het apparaatje zonder patroon of reservoir. Elektronische sigaretten kunnen bestemd zijn om te worden weggeworpen of middels een navulverpakking en een reservoir navulbaar zijn, of herlaadbaar zijn met een patroon voor eenmalig gebruik;

2° navulverpakking: een recipiënt dat een nicotinehoudende vloeistof bevat die gebruikt kan worden voor het navullen van een elektronische sigaret;

3° nicotine: nicotinealkaloïden;

4° emissies: stoffen die vrijkomen wanneer een elektronische sigaret of een navulverpakking wordt gebruikt zoals beoogd, zoals stoffen die voorkomen in de rook;

5° additief: een stof die aan een elektronische sigaret of een navulverpakking, een verpakkingseenheid ervan of een buitenverpakking wordt toegevoegd;

6° ingrediënt: een additief, en alle andere in een elektronische sigaret of aanverwante producten aanwezige stoffen of elementen;

7° toxiciteit: de mate waarin een stof schadelijke effecten kan hebben in het menselijk organisme, inclusief effecten die optreden in de loop van de tijd, doorgaans ten gevolge van herhaalde of voortdurende consumptie of blootstelling;

8° buitenverpakking: de verpakking waarin elektronische sigaretten of navulverpakkingen in de handel worden gebracht en die een verpakkingseenheid of een aantal verpakkingseenheden bevat; cellofaanverpakkingen worden niet als buitenverpakking beschouwd;

9° verpakkingseenheid: de kleinste individuele verpakking van een elektronische sigaret of een navulverpakking die in de handel wordt gebracht;

10° verkoop op afstand: iedere verkoop die wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de verkoper en de koper en waarbij, met inbegrip op het moment waarop de verkoop wordt gesloten, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer communicatietechnieken op afstand;

11° consument: een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen;

12° fabrikant: een natuurlijke of rechtspersoon die een product vervaardigt, laat ontwerpen of laat vervaardigen onder zijn naam of merk en in de handel brengt;

13° invoerder van elektronische sigaretten en navulverpakkingen: de eigenaar van elektronische sigaretten en navulverpakkingen die op het grondgebied van België zijn binnengebracht of een persoon die het recht heeft om over die producten te beschikken;

14° in de handel brengen: de terbeschikkingstelling van producten aan consumenten in België, al dan niet tegen betaling, inclusief via de verkoop op afstand, ongeacht de plaats van productie ervan;

15° Dienst: het Directoraat-generaal Dier, Plant en Voeding van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu;

16° KMR: kankerverwekkend, mutageen en reprotoxisch;

17° Minister: de Minister van Volksgezondheid.

HOOFDSTUK 2. - Regulering van de elektronische sigaret

Art. 3. Notificatie

§ 1. De fabrikant of invoerder, als de eerste geen maatschappelijke zetel heeft in België en het product niet genotificeerd heeft, van elektronische sigaretten en navulverpakkingen dient een kennisgeving in bij de Dienst voor elk van dergelijke producten die zij voornemens zijn in de handel te brengen.

§ 2. De kennisgeving gebeurt elektronisch, en dit zes maanden vóór de datum waarop zij voornemens zijn het product in de handel te brengen. Voor elektronische sigaretten en navulverpakkingen die vóór de datum van in werking treden van dit besluit reeds in de handel zijn gebracht, geschiedt de kennisgeving binnen de zes maanden na die datum.

Voor elke substantiële verandering van het product wordt een nieuwe kennisgeving gedaan, met name in het geval van een wijziging in de kwalitatieve of kwantitatieve samenstelling, een verandering van de merknaam van het product, het volume van de navulverpakking, het reservoir of het patroon en van de samenstelling van het elektrisch of elektronisch systeem dat de emissies zou beïnvloeden.

§ 3. De kennisgeving bevat, naargelang het een elektronische sigaret of een navulverpakking betreft, de volgende informatie:

1° de naam en de contactgegevens van de fabrikant en de invoerder;

2° een lijst van alle ingrediënten in het product en van alle emissies die het gevolg zijn van het gebruik ervan, per merk en per type, inclusief de hoeveelheden;

3° toxicologische gegevens in verband met de ingrediënten en emissies van het product, inclusief bij verhitting, onder vermelding van met name de gevolgen ervan voor de gezondheid van de consument bij inhaleren, onder andere rekening houdend met enig verslavend effect;

4° informatie over de dosering en de opname van nicotine bij gebruik in normale of redelijkerwijs te voorziene omstandigheden;

5° een beschrijving van de onderdelen van het product, met inbegrip, in voorkomend geval, van het openings- of het navulmechanisme van de elektronische sigaret of de navulverpakking;

6° een beschrijving van het productieproces, waarbij wordt aangegeven of het een serieproductie betreft, en een verklaring dat het productieproces de overeenstemming met de voorschriften van dit artikel verzekert;

7° een verklaring dat de fabrikant en de invoerder de volledige verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en de veiligheid van het product dragen, zodra het in de handel is gebracht en in normale of redelijkerwijs te voorziene omstandigheden wordt gebruikt.

§ 4. Indien de Dienst de ingediende informatie onvolledig acht, is zij gerechtigd te verlangen dat die informatie vervolledigd wordt.

§ 5. De Dienst zorgt ervoor dat de krachtens paragraaf 3 verstrekte informatie op een voor de consument toegankelijke website bekend wordt gemaakt. Bij het voor publiek beschikbaar maken van deze informatie houdt de Dienst naar behoren rekening met de noodzaak om bedrijfsgeheimen te beschermen. De Dienst eist dat de fabrikanten en invoerders bij het indienen van

de informatie aangeven welke informatie zij als bedrijfsgeheim beschouwen.

§ 6. Iedere persoon die een kennisgeving voorlegt aan de Dienst in toepassing van de paragrafen 1 tot en met 4, is gehouden een retributie van 165 euro te betalen aan het Begrotingsfonds voor de grondstoffen en de producten. Het bewijs van betaling van deze retributie wordt aan de Dienst toegestuurd. Deze vergoeding is niet terugvorderbaar.

§ 7. De fabrikant of invoerder, als de eerste geen maatschappelijke zetel heeft in België en het product niet genotificeerd heeft, van elektronische sigaretten en navulverpakkingen, dient jaarlijks bij de Dienst in:

1° veelomvattende gegevens over de verkoopvolumes, opgesplitst per merk en type van het product;

2° informatie over de voorkeuren van verschillende consumentengroepen, waaronder jongeren, niet-rokers en de voornaamste soorten huidige gebruikers;

3° de wijze van verkoop van de producten;

4° samenvattingen van eventuele marktonderzoeken die met betrekking tot de bovenstaande bepalingen zijn verricht, inclusief een vertaling in het Engels daarvan.

§ 8. De fabrikant of invoerder, als de eerste geen maatschappelijke zetel heeft in België, van elektronische sigaretten en navulverpakkingen dient een systeem op te zetten en bij te houden voor het vergaren van informatie over alle vermoedelijke schadelijke effecten van deze producten op de menselijke gezondheid.

Indien een van deze marktdeelnemers van mening is of redenen heeft om aan te nemen dat elektronische sigaretten of navulverpakkingen die in zijn bezit zijn en bestemd zijn om in de handel te worden gebracht, niet veilig of niet van goede kwaliteit zijn of anderszins niet in overeenstemming zijn met dit besluit, neemt hij onmiddellijk de nodige corrigerende maatregelen om de betrokken producten in overeenstemming met dit besluit te brengen, uit te handel te nemen of terug te roepen, naargelang het geval. In dergelijke gevallen wordt van de marktdeelnemer tevens verlangd dat hij onmiddellijk de Dienst in kennis stelt, met vermelding van nadere gegevens over met name de risico's voor de menselijke gezondheid en de veiligheid en over de corrigerende maatregelen die zijn genomen, evenals de resultaten hiervan.

De Dienst kan voorts extra informatie van de marktdeelnemers verlangen, bijvoorbeeld over veiligheids- en kwaliteitsaspecten of mogelijke schadelijke effecten van elektronische sigaretten of navulverpakkingen.

§ 9. Het model voor de indiening en het voor het publiek toegankelijk maken van de informatie en de wijze waarop de vereiste informatie vermeld in dit artikel wordt bezorgd, kunnen door de Minister gepreciseerd worden.

Art. 4. Samenstelling

§ 1. Nicotinehoudende vloeistof wordt uitsluitend in de handel gebracht:

1° in speciale navulverpakkingen met een volume van ten hoogste 10 ml;

2° in elektronische sigaretten in de vorm van een wegwerpproduct;

3° in patronen voor eenmalig gebruik.

De patronen of reservoirs hebben een volume van ten hoogste 2 milliliter.

§ 2. De nicotinehoudende vloeistof bevat niet meer dan 20 milligram nicotine per milliliter.

§ 3. De nicotinehoudende vloeistof bevat geen van de volgende additieven:

1° vitamines of andere additieven die de indruk wekken dat een elektronische sigaret gezondheidsvoordelen biedt of minder gezondheidsrisico's oplevert;

2° cafeïne of taurine of andere additieven en stimulerende substanties die in verband worden gebracht met energie en vitaliteit;

3° additieven die emissies kleuren;

4° additieven die in onverbrande vorm KMR-kenmerken hebben.

§ 4. Bij de productie van de nicotinehoudende vloeistof worden uitsluitend zeer zuivere ingrediënten gebruikt. Van andere stoffen dan de in artikel 3, § 3, 2°, bedoelde ingrediënten zijn in de nicotinehoudende vloeistof alleen sporen aanwezig indien deze sporen bij de productie technisch onvermijdelijk zijn.

§ 5. In de nicotinehoudende vloeistof worden behalve nicotine uitsluitend ingrediënten gebruikt die, zowel in verhitte als niet-verhitte toestand, niet gevaarlijk zijn voor de gezondheid van de mens.

§ 6. Elektronische sigaretten geven constante nicotinedoses af bij gebruik in normale omstandigheden.

§ 7. Elektronische sigaretten en navulverpakkingen zijn kind- en manipulatieveilig, zijn beschermd tegen breuk en lekkage en beschikken over een mechanisme dat lekvrij navullen verzekert.

De Minister stelt de technische normen voor het navulmechanisme vast.

Art. 5. Waarschuwingen

§ 1. Op elke verpakkingseenheid van een elektronische sigaret of een navulverpakking en elke buitenverpakking staan de in dit hoofdstuk bepaalde gezondheidswaarschuwingen in het Nederlands, Frans en Duits. Elke taal wordt afgedrukt op een nieuwe lijn.

§ 2. Gezondheidswaarschuwingen beslaan de gehele daarvoor bestemde oppervlakte van de verpakkingseenheid of de buitenverpakking. Commentaren, parafraseringen of verwijzingen naar deze waarschuwingen mogen op geen enkele manier voorkomen.

§ 3. De gezondheidswaarschuwingen op een verpakkingseenheid en op elke buitenverpakking zijn zodanig afgedrukt dat zij niet verwijderd kunnen worden, niet uitwisbaar en volledig zichtbaar zijn. Ze mogen niet geheel of gedeeltelijk worden verborgen of onderbroken door accijnszegels, prijsaanduidingen, veiligheidskenmerken, omhulsels, hulzen, dozen of andere zaken.

§ 4. De gezondheidswaarschuwingen blijven bij het openen van de verpakkingseenheid intact.

§ 5. Gezondheidswaarschuwingen worden omgeven door een 1 mm brede zwarte rand binnen de voor deze waarschuwingen bestemde oppervlakte.

§ 6. Verpakkingseenheden van elektronische sigaretten en navulverpakkingen bevatten een bijsluiter met informatie over:

1° aanwijzingen inzake gebruik en opslag van het product, inclusief de vermelding dat het gebruik van het product door jongeren en niet-rokers wordt afgeraden;

2° contra-indicaties;

3° waarschuwingen voor specifieke risicogroepen;

4° mogelijke schadelijke effecten;

5° verslavende werking en toxiciteit;

6° contactgegevens van de fabrikant of van de invoerder en van een in de Europese Unie gevestigde natuurlijke of rechtspersoon die als contactpersoon fungeert.

§ 7. Verpakkingseenheden en eventuele buitenverpakkingen van elektronische sigaretten en navulverpakkingen bevatten een lijst met volgende informatie:

1° alle ingrediënten van het product in afnemend gewicht;

2° een vermelding van het nicotinegehalte van het product en de nicotineafgifte per dosis;

3° het lotnummer;

4° een aanbeveling om het product buiten het bereik van kinderen te houden.

§ 8. Onverminderd paragraaf 7, bevatten verpakkingseenheden en eventuele buitenverpakkingen van elektronische sigaretten en navulverpakkingen geen van de volgende elementen:

1° de suggestie dat een bepaalde elektronische sigaret of een navulverpakking minder schadelijk is dan andere of gericht is op het verminderen van het effect van bepaalde schadelijke bestanddelen van rook, of activerende, energetische, genezende, verjongende, natuurlijke, biologische eigenschappen bezit of andere positieve gevolgen heeft voor de gezondheid of de levensstijl;

2° de gelijkenis met een levensmiddel of een cosmetisch product;

3° de suggestie dat een bepaalde elektronische sigaret of een navulverpakking biologisch beter afbreekbaar is of andere milieuvoordelen heeft.

§ 9. De verpakkingseenheden en buitenverpakkingen mogen geen economische voordelen suggereren door gedrukte tegoedbonnen, aanbiedingen voor korting, indicaties in verband met gratis verstrekking, ‘twee voor de prijs van één’ aanbiedingen of andere vergelijkbare aanbiedingen te bevatten.

§ 10. De krachtens de paragrafen 8 en 9 verboden elementen en kenmerken omvatten maar zijn niet beperkt tot teksten, symbolen, namen, merken en al dan niet figuratieve tekens.

§ 11. Verpakkingseenheden en eventuele buitenverpakkingen van elektronische sigaretten en navulverpakkingen vermelden de volgende gezondheidswaarschuwing:

‘Dit product bevat de zeer verslavende stof nicotine. Het gebruik ervan wordt afgeraden voor niet-rokers.

La nicotine contenue dans ce produit crée une forte dépendance. Son utilisation par les non-fumeurs n’est pas recommandée.

Dieses Produkt enthält Nikotin: einen Stoff, der sehr stark abhängig macht. Es wird nicht für den Gebrauch durch Nichtraucher empfohlen.’.

§ 12. De tekst van de gezondheidswaarschuwing loopt evenwijdig met de hoofdttekst op de voor die waarschuwingen bestemde oppervlakte. Bovendien:

1° wordt de gezondheidswaarschuwing aangebracht op de twee grootste oppervlakken van de verpakkingseenheid en van elke buitenverpakking;

2° beslaat de gezondheidswaarschuwing 35 % van het oppervlak van de verpakkingseenheid en van elke buitenverpakking;

3° is de gezondheidswaarschuwing aangebracht in zwarte vetgedrukte

Helvetica-letters op een witte achtergrond, met een zodanige puntgrootte dat de tekst een zo groot mogelijk deel van de daarvoor bestemde ruimte beslaat, zonder aan leesbaarheid in te boeten; en

4° is de gezondheidswaarschuwing gecentreerd op het voor hen bestemde oppervlak en, op balkvormige verpakkingen en buitenverpakkingen, evenwijdig met de zijrand van de verpakkingseenheid of van de buitenverpakking.

§ 13. De Minister kan bijkomende voorwaarden vaststellen met betrekking tot de inhoud en de voorstelling van de informatie vermeld in paragraaf 6.

Art. 6. Verkoop van elektronische sigaretten op afstand

De verkoop aan consumenten van elektronische sigaretten en navulverpakkingen op afstand is verboden.

HOOFDSTUK 3. - Slotbepalingen

Art. 7. Strafbepalingen

§ 1. De elektronische sigaretten en de navulverpakkingen die niet voldoen aan de bepalingen van dit besluit zijn als schadelijk te beschouwen in de zin van artikel 18 van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten.

§ 2. Overtredingen van de bepalingen van dit besluit worden opgespoord, vastgesteld, vervolgd en gestraft overeenkomstig de bepalingen van de voornoemde wet van 24 januari 1977.

Art. 8. Opheffing

Het koninklijk besluit van 15 februari 2016 betreffende het fabriceren en het in de handel brengen van elektronische sigaretten wordt opgeheven.

Art. 9. Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking twee maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

Art. 10. Uitvoering

De minister bevoegd voor Volksgezondheid is belast met de uitvoering van dit besluit”.

3.2. Artikel 20, lid 4, b), iii), van de op 29 april 2014 bekendgemaakte richtlijn 2014/40 van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van richtlijn 2001/37/EG (hierna: richtlijn 2014/40), bepaalt dat verpakkingseenheden en eventuele buitenverpakkingen van elektronische sigaretten en navulverpakkingen, één van de volgende gezondheidswaarschuwingen bevatten:

“Dit product bevat de zeer verslavende stof nicotine. Het gebruik ervan wordt afgeraden voor niet-rokers”,

of

“Dit product bevat de zeer verslavende stof nicotine”.

De lidstaten beslissen welke van deze gezondheidswaarschuwingen moeten worden gebruikt.

Artikel 20, lid 4, c), van de richtlijn stelt bovendien: “de gezondheidswaarschuwingen voldoen aan de in artikel 12, lid 2, gespecificeerde vereisten”, die luiden:

“De in lid 1 bedoelde gezondheidswaarschuwing voldoet aan de voorschriften van artikel 9, lid 4. De tekst van de gezondheidswaarschuwingen loopt evenwijdig met de hoofdtekst op de voor die waarschuwingen bestemde oppervlak.

Bovendien:

- a) wordt zij aangebracht op de twee grootste oppervlakken van de verpakkingseenheid en van elke buitenverpakking;
- b) beslaat zij 30 % van het oppervlak van de verpakkingseenheid en van elke buitenverpakking. Dit percentage wordt voor lidstaten met twee officiële talen verhoogd tot 32 % en voor lidstaten met meer dan twee officiële talen tot 35 %”.

Artikel 9, lid 4, van de richtlijn luidt:

“De algemene waarschuwing en de informatieve boodschap, bedoeld in de leden 1 en 2, worden:

- a) aangebracht in zwarte vetgedrukte Helvetica-letters op een witte achtergrond. Om aan de taalvoorschriften te voldoen mogen de lidstaten de lettergrootte zelf bepalen, mits de in het nationale recht bepaalde lettergrootte zeker stelt dat de desbetreffende tekst een zo groot mogelijk deel van de voor deze gezondheidswaarschuwingen bestemde oppervlakte beslaat, en
- b) gecentreerd op het voor hen bestemde oppervlak en, op balkvormige verpakkingen en buitenverpakkingen, evenwijdig met de zijrand van de verpakkingseenheid of van de buitenverpakking”.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partijen

4. In een eerste middel wordt de schending ingeroepen van “artikel 30 van Richtlijn 2014/40/EU, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de beginselen van behoorlijke regelgeving en behoorlijk bestuur, in het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel, het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen en rechtszekerheid, alsook de vrijheid van handel en nijverheid”.

De verzoekende partijen betogen kort samengevat dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat het bestreden besluit voorziet in een onvoldoende overgangsperiode en deze overgangsperiode een discriminerend karakter vertoont in vergelijking met de overgangsperiode waarin het koninklijk besluit van 5 februari 2016 betreffende het fabriceren en in de handel brengen van tabaksproducten voorziet.

In de toelichting zetten de verzoekende partijen uiteen dat zij hun bestaande voorraden van elektronische sigaretten en navulverpakkingen, die niet beantwoorden aan de normen en eisen van het bestreden besluit moeten liquideren, binnen een periode van twee maanden na publicatie van het bestreden besluit, dit is uiterlijk tegen 17 januari 2017. Deze korte periode van twee maanden maakte het voor de verzoekende partijen echter onmogelijk om op voldoende en afdoende wijze te kunnen anticiperen op de specifieke normen en eisen die uiteindelijk in het bestreden besluit werden opgenomen, en daarnaast tijdig hun bestaande voorraden te liquideren. Een termijn van twee maanden (na publicatie) om het bestreden besluit van toepassing te laten worden is onredelijk en buitenproportioneel. Daarnaast menen de verzoekende partijen dat ook het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, aangezien het koninklijk besluit van 5 februari 2016 betreffende het fabriceren en het in de handel brengen van tabaksproducten

(‘KB Tabaksproducten’) wel in een ruime overgangsperiode voorziet.

5. In de memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen toe dat men niet kan voorhouden dat vanaf de datum van bekendmaking van de richtlijn 2014/40 de specifieke normen en eisen “reeds gekend waren” en er “minstens geen rechtmatige verwachtingen meer kunnen bestaan dat de regelgeving ongewijzigd zal blijven”, aangezien uitsluitend de definitieve normen en eisen van tel zijn, en niet de inschatting hoe deze er “ongeveer” konden uitzien op basis van de voormelde richtlijn. Er was volgens hen immers geen enkele garantie dat het bestreden besluit een “letterlijke omzetting” zonder aanpassingen en/of aanvullingen van de richtlijn zou inhouden.

Voorts betogen zij dat, waar de verwerende partij stelt dat elektronische sigaretten en navulverpakkingen kwalificeren als soortgelijke producten in de zin van artikel 6, § 1, a), van de Tabakswet, ook tabaksproducten en elektronische sigaretten alleszins ook “voldoende vergelijkbare categorieën” zijn met betrekking tot de toepassing van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en er dus ook voor de elektronische sigaretten een gelijkaardige, voldoende ruime overgangsregeling aangewezen en verdedigbaar is.

6. In de laatste memorie beweren de verzoekende partijen dat de verwijzing, in het auditoraatsverslag, naar het arrest van de Raad van State nr. 236.954 van 29 december 2016 waarin “werd vastgesteld dat een verklaring werd voorgelegd door een fabrikant dat zijn producten vanaf 17 januari 2017 voldoen aan de vereisten van de Belgische markt” haar vaststelling niet weerlegt “dat er op vandaag nog geen enkel product dat in de handel is volledig voldoet aan alle normen en eisen opgelegd door het bestreden besluit”.

Beoordeling

7. Artikel 30 van richtlijn 2014/40 bepaalt dat lidstaten voor bepaalde categorieën van producten die niet aan de richtlijn voldoen en die in dat

artikel nader worden genoemd, mogen toestaan dat zij tot 20 mei 2017 in de handel worden gebracht. Deze bepaling legt dus geen verplichting op om een overgangsmaatregel op te nemen.

Bijgevolg moet in het bestreden besluit niet gemotiveerd worden waarom een overgangsregeling conform de mogelijkheid die de richtlijn biedt, ontbreekt.

Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie verzet zich er niet tegen dat de wetgever terugkomt op zijn oorspronkelijke doelstellingen om er andere na te streven. In het algemeen moet de overheid haar beleid kunnen aanpassen aan de wisselende vereisten van het algemeen belang. Indien de wetgever een beleidswijziging noodzakelijk acht, vermag hij te oordelen dat die beleidswijziging met onmiddellijke ingang moet worden doorgevoerd en is hij in beginsel er niet toe gehouden in een overgangsregeling te voorzien. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien de overgangsregeling of de afwezigheid daarvan tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan.

De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat de regelgever te dezen verplicht was om in een overgangsregeling te voorzien.

Richtlijn 2014/40 die op 29 april 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie is bekendgemaakt, is op 19 mei 2014 in werking getreden en diende uiterlijk op 20 mei 2016 te zijn omgezet. De verzoekende partijen waren redelijkerwijze op de hoogte van de verplichtingen die konden voortvloeien uit deze richtlijn en de omzetting in het recht van de Lidstaten. Dat het bestreden besluit in werking trad twee maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, kan te dezen niet worden aangemerkt als een schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

De bepalingen van artikel 5, §§ 11 en 12, van het bestreden besluit houden niet meer in dan een letterlijke omzetting van de bepalingen vervat in de artikelen 9, lid 4, 20, lid 4, b), iii), en c), van richtlijn 2014/40.

Voorts maken de verzoekende partijen niet aannemelijk dat buitenlandse leveranciers niet op de hoogte waren van de verplichtingen opgenomen in de richtlijn, en dat zij zich over een periode van drie jaar niet hebben kunnen klaarmaken voor een poging om de Europese markt “in te palmen” met e-sigaretten.

De bewering van de verzoekende partijen, “dat er op vandaag nog geen enkel product dat in de handel is volledig voldoet aan alle normen en eisen opgelegd door het bestreden besluit”, is niet aangetoond, nu reeds in arrest nr. 236.954 van 29 december 2016 werd vastgesteld dat een verklaring werd voorgelegd van een fabrikant, dat zijn producten vanaf 18 januari 2017 voldoen aan de vereisten van de Belgische markt.

De opmerking van de verzoekende partijen “dat zij enkel kunnen spreken van hun (eigen) buitenlandse leveranciers en voor de producten die zij zelf invoeren” en dat “hun eigen leveranciers op 17 januari 2017 en tijdens de weken en maanden die daarop volgden niet of in onvoldoende mate in staat waren om met het bestreden besluit conforme producten te leveren” overtuigt niet en doet aan het voorgaande niets af.

De omstandigheid dat de regelgever het opportuun vond om in een ander koninklijk besluit dat weliswaar betrekking heeft op tabaksproducten maar niet op elektronische sigaretten en zich dus inlaat met een regeling die niet gelijk is, wel een overgangsmaatregel op te nemen, kan geen schending van het gelijkheidsbeginsel inhouden, omdat de betrokken regelingen niet handelen over volledig vergelijkbare producten.

De beschouwingen die de verzoekende partijen naar voren brengen onder de noemer van “de beginselen van behoorlijke regelgeving” komen grotendeels neer op opportunitetskritiek, die de Raad van State als hoogste bestuursrechter niet vermag in zijn juridische beoordeling te betrekken.

Het middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunt van de verzoekende partijen

8. In het tweede middel wordt de schending ingeroepen van “de beginselen van behoorlijke regelgeving, in het bijzonder van het uitvoerbaarheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van duidelijke regelgeving, het beginsel van de kenbaarheid en het beginsel van noodzakelijkheid”.

De verzoekende partijen betogen dat voormelde beginselen werden geschonden “doordat het bestreden besluit bepalingen bevat die op zich niet uitvoerbaar zijn en/of niet duidelijk, kenbaar of toepasselijk zijn, niet noodzakelijk zijn en/of blijf geven van een onduidelijke doelstelling (in het bijzonder wat betreft artikel 4, § 7 en artikel 6 van het bestreden besluit)”.

9. In de memorie van antwoord stelt de verwerende partij dat zij de verkoop op afstand verbiedt met het oog op de bescherming van de gezondheid van de consument, en voornamelijk van de jongeren. De verkoop op afstand vergroot het risico dat jongeren toegang krijgen tot e-sigaretten en navulverpakkingen en dus dat het verbod op verkoop aan jongeren niet kan worden nageleefd. Verkoop op afstand vergemakkelijkt eveneens de toegang tot e-sigaretten en navulverpakkingen die niet aan richtlijn 2014/40 voldoen. Om deze redenen verbieden de meeste lidstaten van de Europese Unie verkoop op afstand. Het feit dat niet elke lidstaat het verbod invoert, duidt volgens haar niet op een schending

van het noodzakelijkheidsbeginsel.

10. In de laatste memorie voegen de verzoekende partijen toe dat hun kritiek betrekking heeft op artikel 4, § 7, van het bestreden besluit “als ‘geheel’ gelezen (d.i. eerste en tweede lid samen, zoals ook duidelijk aangegeven in het verzoekschrift tot nietigverklaring)”. Ook hier geldt volgens hen dat zij enkel rekening moeten houden met de technische normen zoals zij definitief zijn goedgekeurd en gepubliceerd, en is al het overige speculatie, zodat het volgens hen niet opgaat om te suggereren dat zij louter moeten voortgaan op een nog niet omgezet uitvoeringsbesluit van de Europese Commissie.

Wat de aangevoerde schending door artikel 6 van het bestreden besluit betreft voegen de verzoekende partijen toe dat de overwegingen en uitgangspunten van de richtlijn als zou bij de regulering van elektronische sigaretten en navulverpakkingen een hoog beschermingsniveau van de gezondheid moeten in acht genomen worden en als zouden “elektronische sigaretten (...) tot nicotineverslaving kunnen leiden en uiteindelijk tot normale tabaksconsumptie, aangezien zij rookgedrag imiteren en normaliseren” achterhaald lijken en alleszins worden betwist en wetenschappelijk tegengesproken. Zij betogen: “Indien er minder (jonge) gebruikers van e-sigaretten zijn door het opleggen van een algemeen verbod op de verkoop op afstand, dan zullen dit in de eerste plaats gebruikers van schadelijke tabaksrook zijn die een gezonder alternatief wordt ontzegd. Dit kan onmogelijk een (legitieme) doelstelling van de overheid en de regelgever zijn”.

Beoordeling

11. De grieven die worden ontwikkeld, hebben enkel betrekking op artikel 4, § 7, en artikel 6 van het bestreden besluit.

Artikel 4, § 7, eerste lid, is een letterlijke omzetting van artikel 20, lid 3, g), van richtlijn 2014/40, dat bepaalt dat de lidstaten

bewerkstelligen:

“elektronische sigaretten en navulverpakkingen zijn kind- en manipulatieveilig, zijn beschermd tegen breuk en lekkage en beschikken over een mechanisme dat lekvrij navullen verzekert”.

De kritiek van de verzoekende partijen komt dus neer op een kritiek op de inhoud van artikel 20, lid 3, g), van richtlijn 2014/40, waarover de afdeling Bestuursrechtspraak zich niet kan uitspreken.

Artikel 4, § 7, tweede lid, van het bestreden besluit, dat bepaalt dat de minister de technische normen voor het navulmechanisme vaststelt, is een loutere omzetting van uitvoeringsbesluit nr. 586/2016 van de Commissie van 14 april 2016 betreffende technische normen voor het navulmechanisme van elektronische sigaretten, dat werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 april 2016 (afl. 101, blz. 15-16).

12. Artikel 6 van het bestreden besluit luidt: “De verkoop aan consumenten van elektronische sigaretten en navulverpakkingen op afstand is verboden”.

In zijn arrest van 4 mei 2016 in de zaak C-477/14 overwoog het Hof van Justie van de Europese Unie dat de Uniewetgever rekening moest houden met het voorzorgsbeginsel, volgens hetwelk bij onzekerheid over het bestaan en de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid beschermende maatregelen kunnen worden genomen, zonder dat hoeft te worden gewacht totdat de realiteit en de ernst van deze risico's volledig zijn aangetoond. Wanneer het bestaan of de omvang van het gestelde risico niet met zekerheid kan worden bepaald omdat de resultaten van de verrichte onderzoeken niet concludent zijn, maar reële schade voor de volksgezondheid waarschijnlijk blijft ingeval de vrees bewaarheid wordt, rechtvaardigt het voorzorgsbeginsel dat beperkende maatregelen worden getroffen.

De doelstelling van de regelgever, het bemoeilijken van het verkrijgen door minderjarigen van de e-sigaret, is, in het licht van de volksgezondheid en van dat voorzorgsbeginsel, legitiem.

De beschouwingen die de verzoekende partijen naar voren brengen onder de noemer van “de beginselen van behoorlijke regelgeving” komen grotendeels neer op opportunitetskritiek, die de Raad van State als hoogste bestuursrechter niet vermag in zijn juridische beoordeling te betrekken.

Het middel is niet gegrond.

Derde middel

Standpunt van de verzoekende partijen

13. In het derde middel wordt de schending ingeroepen “van de artikelen 1, 20.3.a) en 20.6 juncto 18 van richtlijn 2014/40/EU, van artikel 4, § 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en van de vrijheid van ondernemen zoals vastgelegd in artikel II.3 van het Wetboek Economisch Recht”.

De verzoekende partijen betogen dat voornoemde bepalingen werden geschonden “doordat de artikelen 4, § 1 en 6 van het bestreden besluit bijkomende normen en verbodsbepalingen opleggen ten opzichte van deze opgelegd door richtlijn 2014/40/EU en artikel 6 ongeoorloofde beperkingen stelt aan de vrijheid van ondernemen”.

Zij argumenteren vooreerst dat de eis dat de patronen of reservoirs een volume van ten hoogste 2 ml mogen hebben in artikel 20.3, a) van richtlijn 2014/40 enkel wordt opgelegd met betrekking tot “elektronische sigaretten in de vorm van een wegwerpproduct of in patronen voor eenmalig gebruik”, terwijl het bestreden besluit deze verplichting bijkomend oplegt voor

herbruikbare of herlaadbare elektronische sigaretten en patronen. Daarbij wordt volgens de verzoekende partijen voorbijgegaan aan het feit dat de bijkomende verplichting niet thuis hoort bij de aspecten waarvoor de lidstaten volgens de overwegingen van de richtlijn enige “manoevreerruimte” hebben, en aan het feit dat het bestreden besluit enkel kan voorzien in andere verplichtingen dan deze van de richtlijn 2014/40 indien voldaan is aan de drie cumulatieve voorwaarden vermeld in overweging 55 van deze richtlijn:

- het betreft aspecten die niet worden geregeld door de richtlijn;
- zij zijn verenigbaar met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
- zij doen geen afbreuk aan de toepassing van de richtlijn.

Vervolgens zouden de richtlijn en het bestreden besluit grondig verschillen met betrekking tot de omvang en de draagwijdte van het verbod van verkoop op afstand van elektronische sigaretten en navulverpakkingen aan consumenten. De verzoekende partijen verwijzen naar artikel 20.6 van de richtlijn, samengelezen met artikel 18, die handelen over de grensoverschrijdende verkoop op afstand, en naar de verbodsbepaling van artikel 6 van het bestreden besluit, waar enkel sprake is van verkoop op afstand. Door ook de verkoop binnen een lidstaat te verbieden, zou het bestreden besluit een belangrijke stap verder gaan dan hetgeen de richtlijn beoogt. Dit algemeen verbod vormt volgens de verzoekende partijen een aantasting van het beginsel van de vrije dienstverlening en van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid, thans vastgelegd in artikel II.2 van het Wetboek van Economisch Recht. Voorts voorziet de richtlijn 2014/40 volgens de verzoekende partijen niet in de mogelijkheid om de grensoverschrijdende verkoop op afstand te verbieden voor elektronische sigaretten en navulverpakkingen, maar enkel voor tabaksproducten, en ten slotte zou de geviseerde verbodsregeling uitgaan van een paternalistisch consumentenrecht waarbij een uitermate zwakke consument moet worden beschermd, hetgeen geenszins het uitgangspunt zou zijn van de richtlijn 2014/40.

14. De verwerende partij stelt daar tegenover dat artikel 4, § 1, van het bestreden besluit een letterlijke omzetting is van artikel 20.3, a), van richtlijn 2014/40 en dat de bewering van de verzoekende partijen dat het bestreden besluit een bijkomende verplichting zou opleggen onjuist is. Voorts vermocht de verwerende partij de verkoop op afstand, zelfs indien deze geen grensoverschrijdend karakter heeft, te verbieden.

15. In de memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen toe dat het niet zo is dat uit de overwegingen 47 en 48 van de richtlijn 2014/40 blijkt dat de Europese wetgever de lidstaten zelfs zou aanmoedigen om regels op te stellen en verbodsmaatregelen voor te schrijven die ook een nationaal verbod van verkoop op afstand inhouden. Een “aandachtige lezing” van de betreffende overwegingen van de richtlijn leert volgens de verzoekende partijen dat overweging 47 aandacht besteedt aan de mogelijkheid voor de lidstaten om producten met bepaalde smaken te verbieden, terwijl overweging 48 ingaat op de mogelijkheid voor de lidstaten om in het bijzonder regels op te leggen inzake rookvrije omgevingen, presentatie en reclame, merkextensie en leeftijdsgrenzen, zonder dat er enige suggestie wordt geformuleerd om een nationaal verbod van verkoop op afstand in te voeren, of gewag wordt gemaakt van een mogelijkheid daartoe.

16. In hun laatste memorie voegen de verzoekende partijen toe dat het arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 2016 in de zaak C-477/14 geen steun biedt voor de opvatting als zou een algemeen verbod van verkoop op afstand van elektronische sigaretten en navulverpakkingen de doelstelling van de gezondheid van jongeren realiseren, of als zou een dergelijk verbod hiertoe noodzakelijk zijn. Het gaat volgens hen in dit arrest immers om een aantal specifiek beperkende maatregelen die worden opgelegd bij het in de handel brengen van elektronische sigaretten en navulverpakkingen, onder meer informatieverstrekking, gezondheidswaarschuwingen, volume van de verpakkingseenheden en navulverpakkingen, en niet over de mogelijkheid of verplichting om een algemeen verbod van verkoop op afstand in te voeren.

Beoordeling

17. De grieven hebben louter betrekking op artikel 4, § 1, en artikel 6 van het bestreden besluit.

Artikel 20, lid 3, a), van richtlijn 2014/40 luidt:

“nicotinehoudende vloeistof wordt uitsluitend in de handel gebracht in speciale navulverpakkingen met een volume van ten hoogste 10 ml, in elektronische sigaretten in de vorm van een wegwerpproduct of in patronen voor eenmalig gebruik, met dien verstande dat de patronen of reservoirs een volume hebben van ten hoogste 2 ml”.

Het Hof van Justitie heeft bij het reeds vermelde arrest van 4 mei 2016 in de zaak C-477/14, artikel 20, lid 3, a), van de richtlijn als volgt geïnterpreteerd:

“Met betrekking tot allereerst artikel 20, lid 3, onder a), van richtlijn 2014/40, moet worden opgemerkt dat, volgens deze bepaling, nicotinehoudende vloeistof uitsluitend in de handel mag worden gebracht in speciale navulverpakkingen met een volume van ten hoogste 10 ml, en dat in elektronische sigaretten in de vorm van een wegwerpproduct of in patronen voor eenmalig gebruik, de patronen of reservoirs een volume mogen hebben van ten hoogste 2 ml”.

De richtlijnconforme interpretatie van artikel 4, § 1, van het bestreden besluit is precies degene die de verzoekende partijen behartigen. De tekst van de aangevochten bepaling sluit deze interpretatie niet uit.

18. Artikel II.3 van het Wetboek van Economisch Recht luidt:

“Iedereen is vrij om enige economische activiteit naar keuze uit te oefenen”.

De vrijheid van handel en nijverheid kan niet als een absolute vrijheid worden opgevat. Zij belet niet dat de wet de economische bedrijvigheid

van personen en ondernemingen regelt. De wetgever zou pas onredelijk optreden indien hij de vrijheid van handel en nijverheid zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel.

Reeds bij de beoordeling van het tweede middel is gebleken dat de Belgische Staat de mening is toegedaan dat het voor minderjarigen relatief gemakkelijk zou zijn om rookwaren aan te schaffen via het internet.

De verzoekende partijen beweren dan ook ten onrechte dat de regelgever geen legitieme doelstelling nastreeft en dat de vrijheid van handel en nijverheid zou worden beperkt zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat.

Een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen is niet aangetoond.

Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 400 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht maart tweeduizend achttien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Peter Sourbron,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys