

KONINKRIJK BELGIË

-----

ADVIES 49.182/1  
VAN 3 FEBRUARI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE

-----

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 17 januari 2011 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorstel van wet "tot wijziging van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, wat het verbod betreft op het op de markt brengen van en de reclame voor voedingsmiddelen die de benaming van een drug gebruiken of aanzetten tot consumptie daarvan (*Parl. St. Kamer*, nr. 53-992/1", heeft het volgende advies gegeven:

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 49.182/1  
DU 3 FÉVRIER 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION  
DU CONSEIL D'ÉTAT

-----

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 17 janvier 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi "modifiant la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, en ce qui concerne l'interdiction de la mise sur le marché et de la publicité de denrées alimentaires utilisant un nom de drogue ou incitant à leur consommation (*Doc. parl. Chambre*, n° 53-992/1", a donné l'avis suivant:

### STREKKING VAN HET WETSVOORSTEL

Het om advies voorgelegde voorstel van wet strekt ertoe diverse bepalingen in te voegen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming. De voorgestelde bepalingen komen er in essentie op neer dat het op de markt brengen van voedingsmiddelen waarvan de benaming naar een drug verwijst, wordt verboden, en dat reclame voor voedingsmiddelen waarin wordt verwezen naar de benaming van een drug of die ze daarmee gelijkstelt, eveneens wordt verboden.

Benevens de voornoemde verbodsbepalingen bevat het voorstel een omschrijving van de begrippen "voedingsmiddel" en "drug", zoals deze moeten worden begrepen voor de toepassing van de voorgestelde regeling. Voorts wordt de in artikel 124 van de wet van 6 april 2010 vermelde strafsanctie van toepassing gemaakt op de overtreding van de in het voorstel vervatte verbodsbepalingen. Tevens wordt voor de Koning in de mogelijkheid voorzien om af te wijken van de voornoemde verbodsbepalingen en van de regeling inzake sanctionering in geval van niet-naleving van de voorgestelde verbodsbepalingen. Tot slot wordt bepaald dat de voorgestelde regeling in werking treedt de eerste dag van de vierde maand die volgt op die waarin ze in het Belgisch Staatsblad werd bekendgemaakt.

### OVEREENSTEMMING MET HET EUROPEES RECHT

1. De vraag rijst of de voorgestelde verbodsbepalingen verenigbaar zijn met de Europeesrechtelijke voorschriften inzake het vrij verkeer van goederen, zoals deze zijn vervat in de artikelen 34 en 36 van het EU-werkingsverdrag (afgekort "VWEU")<sup>1</sup>.

Artikel 34 VWEU bepaalt dat kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden zijn. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie is "iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen [...] te beschouwen"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Hiermee stemmen respectievelijk de artikelen 28 en 30 van het EU-verdrag overeen.

<sup>2</sup> HvJ 11 juli 1974, *Dassonville*, 8/74, § 5.

Artikel 36 VWEU luidt:

"De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen".

Het Hof van Justitie heeft de ruime opvatting inzake het principiële verbod van handelsbelemmering evenwel getemperd door, op andere gronden dan die vermeld in artikel 36 VWEU, handelsbelemmerende nationale maatregelen als verenigbaar met artikel 34 VWEU te beschouwen wanneer zij noodzakelijk zijn in het licht van dwingende vereisten<sup>3</sup>. De noodzakelijkheidsvereiste houdt in dat de maatregelen die worden genomen in een proportionele verhouding moeten staan tot het doel dat ermee wordt nagestreefd. Een lidstaat dient met andere woorden voor het bereiken van zijn doel dat middel te kiezen dat het vrij verkeer van goederen het minst belemmert indien hij de keuze heeft tussen verschillende middelen om dat doel te bereiken<sup>4</sup>.

Er dient te worden vastgesteld dat de in het voorstel van wet vervatte verbodsbepalingen in zeer algemene bewoordingen zijn geformuleerd en dat uit de toelichting niet valt af te leiden waarom dergelijke algemene verboden noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de ermee beoogde doelstelling inzake consumentenbescherming en dat zij daarmee in een voldoende proportionele verhouding staan. Afgezien van de vraag of dergelijke verantwoording in het concrete geval te geven is, valt op te merken dat het voorstel van wet, zoals het om advies is voorgelegd, niet beantwoordt aan de voorwaarden die op het vlak van noodzakelijkheid en proportionaliteit in de rechtspraak van het Hof van Justitie vereist worden in het licht van de artikelen 34 en 36 VWEU<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Dergelijke tempering werd ingezet met HvJ 20 februari 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78. Zie in dat verband o.m. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2008, 106 e.v.

<sup>4</sup> Zo zou bijvoorbeeld een product dat bepaalde risico's voor de veiligheid of de gezondheid van de consument inhoudt niet aan handelsbeperkende voorwaarden dienen te worden onderworpen indien het voor de bescherming van de consument volstaat dat hem bijkomende informatie wordt geboden op het etiket van het product (K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 109).

<sup>5</sup> Zie bv. ook HvJ 14 februari 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06; voor een vergelijkbare problematiek als die welke aan de orde is in het om advies voorgelegde voorstel van wet, zij het i.v.m. de toepassing van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk, zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 19 november 2009 in de zaak T-234/06, *Torresan v. Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt*, *Jur.* 2009, II-4185.

2. De Europeesrechtelijke voorschriften inzake het vrij verkeer van diensten, zoals vervat in de artikelen 56 e.v. VWEU, houden in dat beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Unie verboden zijn ten aanzien van de onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan in die waarin degene is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Een principieel reclameverbod in de zin van het voorgestelde artikel 38/1 van de wet van 6 april 2010 (artikel 4 van het wetsvoorstel) beperkt het recht van onder meer persbedrijven gevestigd in België, om ruimte voor reclame voor de betrokken voedingsmiddelen aan te bieden aan potentiële adverteerders die gevestigd zijn in andere lidstaten. Tevens wordt het recht op vrije dienstverlening van buitenlandse reclamebedrijven beperkt. De door deze maatregel nagestreefde doelstelling, met name de bescherming van de consument, zou dergelijke beperking kunnen verantwoorden op voorwaarde dat op die wijze niet een onevenredig grote inperking van de reclame-inkomsten van de voornoemde bedrijven in de hand wordt gewerkt. Rekening houdend met het algemene en absolute karakter van het voorgestelde reclameverbod en met het belang dat de reclame betreffende voedingsmiddelen voor bepaalde pers- en reclamebedrijven kan vertegenwoordigen, valt te betwijfelen of het voorstel van wet op dat punt verenigbaar is met het beginsel van het vrij verkeer van diensten.

3. Bijkomend dient erop te worden gewezen dat het principiële reclameverbod voor de voedingsmiddelen, bedoeld in het voorgestelde artikel 38/1 van de wet van 6 april 2010, ook een beperking op de vrijheid van meningsuiting van de producenten en verkopers van de betrokken producten inhoudt <sup>6</sup>.

De voorwaarden voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting zijn bepaald, enerzijds, in de artikelen 19 en 25 van Grondwet en, anderzijds, in artikel 10, lid 2, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en in artikel 19, lid 3, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit die bepalingen volgt dat de beperkingen bij wet moeten zijn vastgesteld, een wettig doel moeten nastreven - waartoe de bescherming van de consument kan worden gerekend - en noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving.

Het vereiste dat de beperking ook dient noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving, impliceert *in casu* dat er een afweging dient plaats te vinden tussen het belang van de vrijheid van meningsuiting, enerzijds, en de bescherming van de consument, die door de beperking van de vrije meningsuiting wordt gediend, anderzijds. In het gegeven geval lijkt uit de voornoemde afweging te moeten worden afgeleid dat het in algemene bewoordingen geformuleerde en absolute reclameverbod, in het voorgestelde artikel 38/1 van de wet van

---

<sup>6</sup> Zie ook HvJ 26 april 1988, *Bond van Adverteerders e.a.*, 352/85; GwH 30 september 1999, nr. 102/99.

6 april 2010, neerkomt op een dermate grove aantasting van de commerciële belangen van de betrokken producenten en verkopers dat deze aantasting als onevenredig moet worden beschouwd met het oogmerk van consumentenbescherming dat aan het reclameverbod ten grondslag ligt. Dit verbod kan derhalve niet in overeenstemming worden geacht met de vrijheid van meningsuiting van de producenten en verkopers van de betrokken producten.

### TOELAATBAARHEID VAN DE DELEGATIEBEPALING

Het voorgestelde artikel 137/1 van de wet van 6 april 2010 (artikel 8 van het wetsvoorstel) machtigt de Koning om af te wijken van de in het voorstel vervatte verbodsbepalingen en van de regeling inzake sanctionering in geval van niet-naleving van de voorgestelde verbodsbepalingen.

Een delegatiebepaling van die aard is te algemeen en te onbepaald om toelaatbaar te zijn en komt erop neer dat aan de Koning de bevoegdheid wordt verleend om van de door de wetgever tot stand gebrachte regeling, de strafbepalingen inbegrepen, vrij te stellen.

Om in overeenstemming te zijn met de principes die in ons publiekrecht gelden op het vlak van de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht en die inhouden dat de wetgever zelf dient in te staan voor het maken van de essentiële beleidskeuzes, zouden in de delegatiebepaling van artikel 8 van het voorstel de gevallen waarin de Koning kan afwijken van bepalingen van het voorstel of de criteria op grond waarvan hij dat kan doen met een voldoende nauwkeurigheid moeten worden vermeld. Wat specifiek de machtiging betreft die aan de Koning wordt verleend om af te wijken van de strafbaarstelling van de niet-naleving van de in het voorstel vervatte verbodsbepalingen dient in de voorgestelde regeling op zijn minst te worden aangegeven onder welke precieze voorwaarden en binnen welke grenzen de Koning van die bevoegdheid gebruik kan maken, rekening houdend met de voorschriften van de artikelen 12 en 14 van de Grondwet.

### SLOTOPMERKING

Gelet op de voormelde juridische bezwaren betreffende essentiële onderdelen van de voorgestelde regeling ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, af van een artikelsgewijze onderzoek van het voorstel van wet. Dit laatste dient in het licht van de geformuleerde opmerkingen het voorwerp uit te maken van een grondige herziening.

-----

### PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

La proposition de loi soumise pour avis a pour objet d'insérer diverses dispositions dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Les dispositions proposées ont essentiellement pour effet d'interdire la mise sur le marché de denrées alimentaires dont la dénomination fait référence à une drogue, ainsi que la publicité pour des denrées alimentaires qui fait référence à la dénomination d'une drogue ou les y assimile.

Outre ces interdictions, la proposition comporte une définition des notions de « denrée alimentaire » et de « drogue », telles qu'elles doivent être comprises pour l'application du régime proposé. La sanction pénale prévue à l'article 124 de la loi du 6 avril 2010 est par ailleurs rendue applicable en cas d'infraction aux interdictions que comporte la proposition. Il est également prévu que le Roi peut déroger à ces interdictions et au régime de sanction applicable au non-respect des interdictions proposées. Il est enfin prévu que le régime proposé entre en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge.

### CONFORMITÉ AU DROIT EUROPÉEN

1. La question se pose de savoir si les interdictions proposées se concilient avec les prescriptions du droit européen en matière de libre circulation des marchandises, telles qu'elles sont consacrées par les articles 34 et 36 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (en abrégé « TFUE »)<sup>7</sup>.

L'article 34 du TFUE dispose que les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. Selon la Cour de Justice de l'Union européenne, « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives »<sup>8</sup>.

L'article 36 du TFUE est rédigé comme suit :

---

<sup>7</sup> Qui correspondent respectivement aux articles 28 et 30 du traité sur l'Union européenne.

<sup>8</sup> C.J.C.E., 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, § 5.

« Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

La Cour de Justice a toutefois tempéré l'interprétation large de l'interdiction de principe des entraves aux échanges commerciaux en considérant que certaines mesures nationales qui sont fondées sur d'autres motifs que ceux mentionnés à l'article 36 du TFUE et qui font obstacle aux échanges commerciaux peuvent se concilier avec l'article 34 du TFUE lorsque leur nécessité est justifiée par des exigences impératives<sup>9</sup>. La condition de nécessité requise implique que les mesures adoptées soient proportionnelles à l'objectif visé. En d'autres mots, lorsqu'un État membre a le choix entre plusieurs moyens pour atteindre son objectif, il doit choisir celui qui entrave le moins la libre circulation des marchandises<sup>10</sup>.

Il faut constater que les interdictions prévues par la proposition de loi sont formulées en termes très généraux et que les développements ne permettent pas de déterminer pourquoi de telles interdictions générales sont nécessaires à la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent en matière de protection des consommateurs et si elles se trouvent dans un lien de proportionnalité satisfaisant avec celui-ci. Abstraction faite de la question de savoir s'il est, en l'espèce, possible de fournir une telle justification, il faut observer que, telle qu'elle est soumise pour avis, la proposition de loi ne répond pas aux conditions de nécessité et de proportionnalité que la jurisprudence de la Cour de Justice requiert au regard de l'application des articles 34 et 36 du TFUE<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Un tel tempérament a été mis en œuvre dans l'arrêt de la C.J.C.E. du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78. Voir également à cet égard, notamment, K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 2008, 106 et s.

<sup>10</sup> Ainsi, par exemple, un produit présentant des risques pour la sécurité ou la santé du consommateur ne doit pas être soumis à des conditions restreignant les échanges commerciaux si la protection du consommateur peut être assurée par l'apposition d'informations complémentaires sur l'étiquette du produit (K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 109).

<sup>11</sup> Voir par exemple également C.J.C.E., 14 février 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06; pour une problématique comparable à celle soulevée par la proposition de loi soumise pour avis, encore qu'en relation avec l'application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 19 novembre 2009 dans l'affaire T-234/06, *Torresan c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, Jur. 2009, II-4185.

2. Les prescriptions du droit européen en matière de libre circulation des services, qui figurent aux articles 56 et s. du TFUE, ont pour effet d'interdire des restrictions à la libre circulation des services dans l'Union européenne à l'égard des ressortissants des États membres qui sont établis dans un autre État membre que celui dans lequel est établi celui au bénéfice duquel le service est fourni. Une interdiction de principe de la publicité au sens de l'article 38/1 proposé de la loi du 6 avril 2010 (article 4 de la proposition de loi) limite notamment le droit des entreprises de presse établies en Belgique d'offrir de l'espace publicitaire pour les denrées alimentaires concernées à des annonceurs potentiels établis dans d'autres États membres. Il limite également le droit à la liberté de prestation de services des entreprises de publicité étrangères. L'objectif poursuivi par cette mesure, à savoir la protection du consommateur, pourrait justifier une telle restriction à la condition qu'on n'œuvre pas ainsi à réduire d'une manière disproportionnée les revenus que ces entreprises tirent de la publicité. Eu égard au caractère général et absolu de l'interdiction de la publicité proposée et à l'importance que la publicité pour les denrées alimentaires peut représenter pour certaines entreprises de presse et de publicité, il est douteux que, sur ce point, la proposition de loi soit conciliable avec le principe de la liberté circulation des services.

3. Subsidiairement, il faut souligner que l'interdiction de principe de la publicité pour les denrées alimentaires, visée à l'article 38/1 proposé de la loi du 6 avril 2010, a également pour effet de limiter la liberté d'expression des producteurs et vendeurs de ces produits <sup>12</sup>.

Les conditions auxquelles la limitation de la liberté d'expression est subordonnée sont fixées, d'une part, aux articles 19 et 25 de la Constitution et, d'autre part, à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.) et à l'article 19, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il résulte de ces dispositions que les limitations doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime – qui peut être la protection du consommateur – et être nécessaires dans une société démocratique.

L'exigence selon laquelle la limitation doit aussi être nécessaire dans une société démocratique requiert *in casu* de mettre en l'occurrence en balance l'intérêt de la liberté d'expression, d'une part, et le bénéfice que la protection du consommateur tire de la limitation de la liberté d'expression, d'autre part. Dans le cas d'espèce, il semble devoir se déduire de cette mise en balance que l'interdiction de la publicité, que l'article 38/1 proposé de la loi du 6 avril 2010 formule en termes généraux et à laquelle il attache un caractère absolu, implique une atteinte à ce point grave aux intérêts commerciaux des producteurs et vendeurs concernés que

---

<sup>12</sup> Voir également C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders e.a.*, 352/85; C.C., 30 septembre 1999, n° 102/99.

cette atteinte doit être considérée comme disproportionnée au regard de l'objectif de protection des consommateurs qui fonde l'interdiction de la publicité. On ne peut par conséquent pas considérer que cette interdiction se concilie avec la liberté d'expression des producteurs et vendeurs des produits concernés.

### ADMISSIBILITÉ DE LA DÉLÉGATION

L'article 137/1 proposé de la loi du 6 avril 2010 (article 8 de la proposition de loi) habilite le Roi à déroger aux interdictions que prévoit la proposition et au régime de sanction qui s'applique en cas de non-respect de ces interdictions.

Une telle délégation ne peut être admise parce qu'elle est trop générale et trop vague et qu'elle revient à accorder au Roi le pouvoir de neutraliser la réglementation élaborée par le législateur, y compris les dispositions pénales.

Pour respecter les principes qui, dans notre droit public, gouvernent la relation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et selon lesquels il revient au législateur lui-même de déterminer les options essentielles, la délégation figurant dans la disposition de l'article 8 de la proposition devrait mentionner d'une manière suffisamment précise les cas dans lesquels le Roi peut déroger aux dispositions de la proposition ou les critères sur la base desquels il peut le faire. En ce qui concerne spécifiquement la délégation accordée au Roi de déroger à l'incrimination du non-respect des interdictions que comporte la proposition, le régime proposé doit à tout le moins indiquer dans quelles conditions précises et dans quelles limites, le Roi peut faire usage de ce pouvoir, en tenant compte des prescriptions des articles 12 et 14 de la Constitution.

### OBSERVATION FINALE

Eu égard aux objections juridiques précitées, qui concernent des éléments essentiels du régime proposé, le Conseil d'État, section de législation, renonce à un examen article par article de la proposition de loi. Celle-ci doit être fondamentalement revue à la lumière des observations formulées.

-----

De kamer was samengesteld uit

de Heren            M. VAN DAMME,  
Messieurs

J. BAERT,  
W. VAN VAERENBERGH,

M. TISON,

Mevrouw            G. VERBERCKMOES,  
Madame

Het verslag werd uitgebracht door de  
H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-  
afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de  
Nederlandse en de Franse tekst werd  
nagezien onder toezicht van  
de H. M. VAN DAMME.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

G. VERBERCKMOES

La chambre était composée de

kamervoorzitter,  
président de chambre,

staatsraden,  
conseillers d'État,

assessor van de afdeling Wetgeving,  
assesseur de la section de législation,

griffier,  
greffier.

Le rapport a été présenté  
par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef  
de section.

La concordance entre la version  
néerlandaise et la version française a été  
vérifiée sous le contrôle  
de M. M. VAN DAMME.

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

M. VAN DAMME