RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.459/1
van 1 juli 2013

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de goedkeuring van het Convenant inzake reclame voor en marketing van alcoholhoudende dranken’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 53.459/1
du 1er juillet 2013

sur

un projet d’arrêté royal ‘concernant l’approbation de la Convention en matière de publicité et de commercialisation des boissons contenant de l’alcool’

Op 30 mei 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de goedkeuring van het Convenant inzake reclame voor en marketing van alcoholhoudende dranken'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 20 juni 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Githa SCHEPPERS, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 1 juli 2013

*

Le 30 mai 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Santé Publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'concernant l'approbation de la Convention en matière de publicité et de commercialisation des boissons contenant de l'alcool'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 20 juin 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Githa SCHEPPERS, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1er juillet 2013.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

1.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe het Convenant van 25 januari 2013 'inzake reclame voor en marketing van alcoholhoudende dranken' (hierna: het Convenant) goed te keuren.

Het Convenant werd gesloten tussen twee beroepsverenigingen die producenten van alcoholhoudende dranken vertegenwoordigen,[1] twee verenigingen die de belangen van de consument vertegenwoordigen,[2] drie beroepsverenigingen die de horecasector vertegenwoordigen,[3] de federatie van beroepsverenigingen inzake handel en diensten[4] en de federatie van beroepsverenigingen inzake reclame[5].

Het Convenant bevat een definitie van reclame en van alcoholhoudende dranken (artikel 1, leden 1 en 2, van het Convenant). Tevens wordt bepaald dat de partijen bij het Convenant de reclamemakers, public relations-ondernemingen, productiehuizen, importeurs, uitbaters van drankhuizen, organisatoren van festiviteiten, en hun beheerders, werknemers, agenten en consulenten, alsook alle anderen die voor rekening van hun leden reclame maken voor alcoholhoudende dranken of promotieacties ondernemen met betrekking daartoe, van bij het begin van hun handelsrelaties en in hun respectieve sector, het Convenant "uitdrukkelijk doen onderschrijven" (artikel 1, lid 3).

Er worden in het Convenant verscheidene beperkingen opgelegd aan reclame voor alcoholhoudende producten. Die beperkingen hebben betrekking op de bestemmelingen van de reclame en de plaats waar ze wordt gevoegd (artikel 2), de inhoud van de reclame (artikelen 3 en 6 tot 10) en de uitwerking van de reclame voor minderjarigen (artikel 4). Voor advertenties in verscheidene media worden specifieke beperkingen opgelegd, die uiteenlopen naargelang het medium (artikel 11 en bijlage B). Tevens worden beperkingen opgelegd aan het op de markt brengen van alcoholhoudende dranken (artikel 5).

De controle op de naleving van het Convenant wordt toevertrouwd aan de Jury voor Ethische Praktijken inzake Reclame (JEP), die daarbij handelt volgens zijn reglement, waarvoor wordt verwezen naar de website van de JEP (artikel 12 en bijlage A[6]). Elke rechtspersoon of natuurlijke persoon die geen commercieel belang nastreeft, kan klacht indienen bij de JEP wegens overtreding van bepalingen van het Convenant (artikel 13, lid 1). De overtreder die de schriftelijk betekende beslissing van de JEP over de klacht niet naleeft, is een "forfaitaire onkostenvergoeding" verschuldigd aan de JEP "zonder enige nood voor

[1] De Belgische Federatie voor Wijn en Gedistilleerd en de Belgische Brouwersfederatie.

[2] OIVO en Test Aankoop.

[3] De Federatie Ho.Re.Ca Brussel, de Federatie Ho.Re.Ca Wallonië en Horeca Vlaanderen.

[4] Comeos.

[5] Raad voor de Reclame.

[6] Met betrekking tot bijlage A kan alvast worden opgemerkt dat, gegeven het wettelijk vereiste van goedkeuring bij een koninklijk besluit, er geen twijfel over mag bestaan op welke versie van het reglement van het JEP deze goedkeuring betrekking heeft. Ook indien de bekendmaking van dat reglement op de website van de JEP in beginsel zou kunnen volstaan voor de kenbaarheid ervan, moet alleen al omwille van het specifieke goedkeuringsvereiste in dit geval dat reglement *in extenso* als bijlage bij het te nemen besluit worden opgenomen.

ingebrekestelling of andere notificatie" (artikel 13, lid 2). Een adverteerder die recidiveert of die een beslissing van de JEP niet naleeft, moet gedurende een door de JEP te bepalen periode zijn volgende campagnes voorleggen aan de JEP, die er een bindend advies over geeft (artikel 13, lid 3). Er wordt geen afbreuk gedaan aan de mogelijkheid van een vordering tot staking in te stellen overeenkomstig de wet van 6 april 2010 'betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming' of aan de mogelijkheid van een klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter (artikel 13, lid 4).

De JEP stelt na het einde van elk kalenderjaar een activiteitenverslag op (artikel 14). Het Convenant bevat nog enkele bepalingen met betrekking tot de inwerkingtreding, de wijzigingen, de geldingsduur, de interpretatie en de kenbaarheid ervan (artikel 15).

1.2. Naast de reeds vermelde bijlagen A en B is er nog een bijlage C, waarnaar niet specifiek wordt verwezen in de tekst van het Convenant, met een "Gids voor goede praktijken" voor de toepassing van het Convenant.

Een eerste onderdeel van bijlage C heeft betrekking op de verbintenis die verscheidene partijen bij het Convenant aangaan om "op vrijwillige basis" de JEP te raadplegen als zij twijfels hebben bij de conformiteit van hun reclameboodschappen voor alcoholhoudende dranken met het Convenant.

Een tweede onderdeel heeft betrekking op de behandeling van de klachten door de JEP en de naleving van zijn beslissingen. Daarin wordt onder meer bepaald dat de JEP in het kader van "dit zelfdisciplinaire systeem" de mogelijkheid heeft om "de verspreiding van reclameboodschappen uitgaande van reclamebureaus en/of adverteerders die geen lid zijn van de Raad voor de Reclame / JEP stop te zetten".

De overige onderdelen van bijlage C betreffen de bescherming van minderjarigen, de vermelding van een educatieve slogan in reclameboodschappen en de voorstelling van het activiteitenverslag van de JEP.

BEVOEGDHEID

2. Verscheidene bepalingen van artikel 11 van het Convenant en van bijlage B bij het Convenant hebben specifiek betrekking op reclame voor alcoholhoudende dranken op radio en televisie, in bioscopen en via internetsites. Ook al behoort de reclame in de ruime zin (met inbegrip van bijvoorbeeld telewinkelen en sponsoring) op radio en televisie tot de bevoegdheid van de gemeenschappen, hebben de afdeling Wetgeving van de Raad van State[7] en het Grondwettelijk Hof[8] reeds in verscheidene gevallen geoordeeld dat de reclame voor

[7] Adv.RvS 27.535/VR van 26 mei 1998 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Mediendekret van 26 april 1999, *Parl.St.* Parl.D.Gem., 1998-99, nr. 129/1, 34-36 (met verwijzing naar gelijkluidende adviezen). In dat advies wordt weliswaar erkend dat de gemeenschappen deze bevoegdheid kunnen betreden met een beroep op hun impliciete bevoegdheden (artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'), maar er wordt wel uitgegaan van het beginsel van een federale bevoegdheid.

[8] Arbitragehof 5 februari 1992, nr. 6/92; 27 januari 1993, nr. 7/93; 30 september 1999, nr. 102/99.

tabaksproducten, geneesmiddelen en ook alcoholhoudende dranken tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Er bestaat dan ook geen bevoegdheidsbezwaar tegen de betrokken bepalingen.

RECHTSGROND

3. Voor het ontworpen besluit wordt rechtsgrond gezocht in artikel 7*bis* 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'. Die bepaling, die werd ingevoegd bij de wet van 17 november 2006,[9] luidt als volgt:

> "§ 1. Behoudens toepassing van de bepalingen van artikel 7, kan de Koning geheel of gedeeltelijk de overeenkomsten gesloten tussen de verenigingen bedoeld in § 3 van dit artikel goedkeuren, indien hun bedoeling is om een redelijk gebruik van alcoholhoudende dranken aan te moedigen.
>
> § 2. De bepalingen van de overeenkomsten die zijn goedgekeurd door de Koning worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.
>
> § 3. De overeenkomsten bedoeld in § 1 moeten tenminste gesloten zijn met:
>
> 1. twee beroepsverenigingen die minstens 80 % van de Belgische producenten van alcoholhoudende dranken vertegenwoordigen;
>
> 2. twee verenigingen die de belangen van de consument vertegenwoordigen;
>
> 3. twee beroepsverenigingen die de Horeca sector vertegenwoordigen en vertegenwoordigd zijn binnen het paritair Comité voor het hotelbedrijf, ingesteld krachtens de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 58954/CO/302 van 27 augustus 2001."

In advies 39.272/3 van 29 november 2005 over een voorontwerp dat tot de voormelde wijzigingswet heeft geleid,[10] formuleerde de Raad van State de volgende bedenkingen aangaande de grondwettigheid van de betrokken bepaling:

> "2. Het procédé waarin de wetgever voorziet in de goedkeuring van een overeenkomst die door bij de aangelegenheid betrokken actoren zelf tot stand wordt gebracht en waarbij aan de bepalingen ervan een reglementair karakter wordt toegekend, wijkt af van de normale wijze van totstandkoming van de regelgeving. Vraag is of dat procédé, gelet op de grondwettelijke beginselen inzake de uitoefening van de verordenende macht, toelaatbaar kan worden geacht.
>
> 3. Luidens artikel 33 van de Grondwet gaan alle machten uit van de Natie en worden zij uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. Op federaal vlak berust de uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, bij de Koning (artikel 37 van de Grondwet). Naast de normatieve bevoegdheid die bij de Grondwet zelve aan de Koning wordt toegekend, onder meer die ter uitvoering van de wetten (artikel 108 van de Grondwet), kan door bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd – en bijgevolg met inachtneming van de begrenzingen die bij de Grondwet zijn aangebracht of eruit voortvloeien – bijkomende verordenende bevoegdheid aan de Koning worden

[9] Wet van 17 november 2006 'tot wijziging van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten'.

[10] *Parl.St.* Kamer, 2005-06, nr. 51-2491/1, 9-12.

toegekend (artikel 105 van de Grondwet). Aldus kan de wetgever de Koning machtigen bepaalde aangelegenheden te regelen die tot zijn residuaire bevoegdheid behoren. Nu de Grondwet de aan de federale uitvoerende macht toekomende verordenende bevoegdheid alleen aan de Koning heeft toegekend, en de machten dienen te worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald, geldt het beginsel van de eenheid van de verordenende macht, dat inhoudt dat uitgesloten is dat de verordenende macht op een andere wijze wordt uitgeoefend dan is voorgeschreven door de Grondwet. De federale wetgever vermag derhalve in beginsel slechts aan de Koning normatieve bevoegdheden te delegeren. Die regel is des te belangrijker nu, krachtens artikel 106 van de Grondwet, het optreden van de Koning gekoppeld is aan de politieke verantwoordelijkheid van de ministers.

Er dient derhalve te worden onderzocht of de Grondwet voldoende ruimte laat voor de ontworpen regeling.

4. In het ontworpen artikel 7*bis* wordt de goedkeuring van de erin bedoelde overeenkomsten toevertrouwd aan de minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft. Ten gevolge van die goedkeuring verwerven die overeenkomsten bindende kracht jegens derden en krijgen ze derhalve een verordenend karakter. Aldus worden de bepalingen van die overeenkomsten als het ware verheven tot statelijke normen en wordt de normatieve functie uitgeoefend die de federale wetgever krachtens de Grondwet in beginsel slechts aan de Koning vermag te delegeren. Weliswaar wordt algemeen aanvaard dat aan een minister het nemen van zekere maatregelen kan worden toevertrouwd, maar dan alleen wanneer het gaat om maatregelen van bijkomstige of detailmatige aard, en, behoudens wanneer een dringend optreden vereist kan zijn, enkel door de Koning, en niet door de wetgever[11]. Te dezen gaat het niet om maatregelen van bijkomstige of detailmatige aard, en bovendien om een bevoegdheidstoekenning door de wetgever, en niet door de Koning, aan een minister, zodat het ontworpen artikel 7bis op dit vlak niet in overeenstemming met de Grondwet is.

5. De onder nr. 3 in herinnering gebrachte grondwettelijke regels betekenen niet dat er geen enkele plaats zou zijn voor een medewerking van andere instanties bij de verordenende bevoegdheid. Evenwel mogen daarbij de grondwettelijke regels betreffende de uitoefening van de normatieve functie niet worden miskend. Zoals de Raad van State, afdeling wetgeving, in zijn advies 24.600-24.601/AG-AV/2 van 10 oktober 1995 en 6 november 1995[12] heeft opgemerkt, kan het grondwettigheidsbezwaar tegen het laten vaststellen van regels door instanties die geen politieke verantwoordelijkheid dragen, worden opgevangen wanneer aan de Koning ten aanzien van die regels een goedkeuringsbevoegdheid wordt toegekend die zo is opgevat dat geen afbreuk wordt gedaan aan de genoemde grondwettelijke regels. Daarenboven mag het aangewende procédé er niet toe leiden dat de Koning wordt belemmerd in de uitoefening van de Hem krachtens de Grondwet toekomende prerogatieven op normatief vlak.

In dit licht moet worden opgemerkt dat de voorgelegde regeling een aantal lacunes of onduidelijkheden bevat die, zelfs al mocht de bij het ontworpen artikel 7bis bedoelde

---

[11] *Voetnoot 2 van het geciteerde advies:* Een dergelijke bevoegdheidstoekenning komt immers neer op een ingrijpen in een prerogatief dat aan de Koning als hoofd van de federale uitvoerende macht toebehoort (zie o.m. advies 28.343/1 van 7 januari 1999 bij een voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 22 maart 1999 houdende diverse maatregelen inzake ambtenarenzaken, Parl. St., Kamer, 1998-99, nr. 49-2003/1-2004/1, 35).

[12] *Voetnoot 3 van het geciteerde advies:* Advies bij een ontwerp van wet "houdende wijziging van de wet van 25 Ventôse jaar XI tot regeling van het notarisambt" en een ontwerp van wet "houdende toekenning van een tuchtrechtelijke bevoegdheid aan de kamers van notarissen en aan de Nationale kamer van notarissen".

bevoegdheid aan de Koning worden toegekend, een toetsing aan de hiervoor in herinnering gebrachte grondwettelijke regels onmogelijk maken of die tot de conclusie moeten leiden dat die beginselen zijn miskend.

De bepalingen van het ontwerp maken vooreerst niet geheel duidelijk welke de verhouding is tussen de bij artikel 7, § 2, van de voornoemde wet van 24 januari 1977 aan de Koning verleende bevoegdheid, en de bevoegdheid tot goedkeuring van de in het ontworpen artikel 7bis bedoelde overeenkomsten. Zulks is nochtans onontbeerlijk om te kunnen uitmaken of de Koning na de goedkeuring nog bij machte is om de goedgekeurde regeling te wijzigen of aan te vullen, en bijgevolg zelf de Hem bij artikel 7, § 2, van de wet van 24 januari 1977 door de wetgever op grond van artikel 105 van de Grondwet toegekende normatieve bevoegdheid kan blijven uitoefenen.

In verband daarmee moet tevens worden vastgesteld dat niets is bepaald over de plaats die de goedgekeurde overeenkomsten in de normenhiërarchie innemen, noch over de juridische aard van de goedgekeurde overeenkomsten.

Voorts is het niet duidelijk of de goedkeurende overheid (die zoals opgemerkt de Koning zou moeten worden) vermag, ten gevolge van gewijzigde beleidsinzichten, terug te komen op de goedkeuring van de overeenkomsten en zo ja, onder welke voorwaarden dat zou kunnen gebeuren. Een regeling hieromtrent is evenwel noodzakelijk opdat de Koning voldoende zeggenschap zou behouden op de volgens het in het ontworpen artikel 7bis bedoelde procédé tot stand gekomen regeling.

Tot slot is het bijzondere procédé van regelgeving slechts aanvaardbaar zo duidelijk en nauwkeurig het voorwerp en de draagwijdte ervan wordt aangegeven, wat te dezen in het geheel niet het geval is.

6. Het ontwerp bevat geen enkel vereiste om de representativiteit van de bij de overeenkomst betrokken partijen te waarborgen, wat nochtans een bijkomende basisvoorwaarde lijkt te zijn voor de toelaatbaarheid van het aangewende procédé van totstandkoming van regelgeving. Het laten deelnemen, bij de totstandkoming van de regelgeving, van vertegenwoordigers van de erbij betrokken sectoren, kan immers slechts worden verantwoord wanneer die vertegenwoordigers effectief representatief zijn en dus kunnen worden geacht de zienswijze van die sectoren te vertolken. Voorts is het essentieel dat de overeenkomsten slechts rechten en verplichtingen kunnen inhouden ten aanzien van natuurlijke of rechtspersonen die deel uitmaken van de bij de overeenkomsten betrokken sectoren.

7. In de memorie van toelichting wordt geen enkele verantwoording gegeven waarom het juist met betrekking tot de reclame voor alcoholhoudende dranken nodig wordt geacht vertegenwoordigers van de betrokken sectoren bij de totstandkoming van een regeling daaromtrent te betrekken, terwijl dit niet het geval is met betrekking tot tal van andere regelingen voor reclame of meer algemeen, met betrekking tot tal van andere sociaal-economische aangelegenheden.

Zulk een verantwoording is nochtans noodzakelijk in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en niet-discriminatie[13].

[13] *Voetnoot 4 van het geciteerde advies:* De verantwoording voor het invoeren van de regeling op zich, vormt nog geen verantwoording voor het verschil in behandeling dat ontstaat doordat de regeling slechts wordt ingevoerd ten aanzien van één enkele activiteit.

8. Conclusie uit wat voorafgaat moet zijn dat de ontworpen regeling zoals ze thans is opgevat, de grondwettigheidstoets niet kan doorstaan. De Raad van State, afdeling wetgeving, ziet dan ook af van een nader onderzoek van de tekst van het ontwerp."

4. De wetgever heeft zich niet bij deze bezwaren aangesloten en heeft het ontworpen artikel 7bis nagenoeg ongewijzigd aangenomen. In de memorie van toelichting noch in de parlementaire voorbereiding wordt uiteengezet waarom de grondwettigheidsbedenkingen van de Raad van State geheel of ten dele ongegrond zouden zijn.

Het komt niet toe aan de Raad van State als juridische raadgever van de wetgevende macht om een discussie aan te gaan over de redenen die deze laatste ertoe hebben gebracht deze grondwettigheidsbedenkingen niet te volgen. Dit neemt evenwel niet weg dat, ook nu in beginsel een – algemeen geformuleerde – wettelijke grondslag voor de ontworpen regeling bestaat, de uitwerking en de afdwingbaarheid van het Convenant op een aantal fundamentele bedenkingen stuit, die ten dele verband houden met hetgeen reeds in advies 39.272/3 werd uiteengezet en die ten dele nieuw zijn, zoals zal blijken uit de hierna volgende algemene opmerkingen. Het is immers eerst nu de precieze inhoud van de beoogde regeling aan de Raad van State bekend is, dat hij een sluitend oordeel kan vellen over de mate waarin die regeling doorgang kan vinden in het vigerende grondwettelijk en wettelijk kader.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Normatieve waarde van de bepalingen in het Convenant

5.1. Naar luid van artikel 7*bis*, § 1, van de wet van 24 januari 1977 kan de Koning de erin beschreven overeenkomsten "goedkeuren". In het voorontwerp van wet zoals het destijds aan de Raad van State om advies was voorgelegd, werd in paragraaf 2 van hetzelfde artikel ook nog bepaald over de (toen nog door de minister) goedgekeurde overeenkomsten: "[z]e hebben bindende kracht en gelden als regel". Uit de parlementaire voorbereiding kan niet worden opgemaakt waarom deze bepaling is weggelaten uit het in het Parlement ingediende wetsontwerp dat heeft geleid tot artikel 7*bis*.

In de memorie van toelichting bij dat wetsontwerp wordt wel het volgende uiteengezet:

"Anderzijds kan niet ontkend worden dat de communicatie in het algemeen een domein betreft dat snel evolueert, de regels erop moeten dus soepel zijn, snel kunnen evolueren en zelfs kunnen gecontroleerd worden door zowel de «traditionele» wettelijke middelen als de sector zelf.

Het is daarom dat, net als wat al lang wordt gedaan inzake paritaire overeenkomsten en deontologie codes, wordt voorgesteld dat de wetgever de regels die de producenten, verdelers, adverteerders en consumenten reeds bij overeenkomst onderschreven hebben, erkent en er een bindende kracht en reglementaire waarde aan geeft.

Dit scenario biedt een antwoord op de vraag van de sector zelf, die een voorkeur had voor deze oplossing boven die van een koninklijk besluit houden[de] uitvoering van

artikel 7 van bovenvermelde wet van 1977, meer bepaald om redenen van soepelheid en evolutie, zowel van de reclametechnieken als van de regels zelf.

Zoals hierboven benadrukt is het belangrijk dat:

– enerzijds de regels van toepassing zijn op heel de sector, en niet enkel op de «meest verantwoordelijken» van de betrokken actoren;

– en anderzijds dat de controle op de naleving, indien de middelen die conventioneel ter beschikking worden gesteld onvoldoende zijn, uitgevoerd kan worden door de openbare overheden belast met gezondheid.

(…)

De bepalingen die bij koninklijk besluit worden aangenomen zullen dus de draagwijdte en de regelgevende kracht van een koninklijk besluit hebben en zullen van toepassing zijn op alle betrokken actoren."[14]

Hieruit kan worden opgemaakt dat de wetgever door middel van de goedkeuring wel degelijk een binding van "heel de sector" of nog, op "alle betrokken actoren" beoogde en niet enkel van de partijen bij het Convenant. Een dergelijke ruimere binding veronderstelt evenwel een voldoende uitdrukkelijke wetsbepaling.

5.2. In dat verband kan verwezen worden naar het instrument van de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao), dat een aantal gelijkenissen vertoont met het instrument dat in het onderhavige geval wordt gehanteerd.

Overeenkomstig artikel 19 van de wet van 5 december 1968 'betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités' is een cao bindend (1) voor de organisaties die ze hebben aangegaan en de werkgevers die lid van die organisaties zijn of de overeenkomst hebben aangegaan, vanaf de datum van inwerkingtreding, (2) voor de organisaties en werkgevers die tot de overeenkomst toetreden en de werkgevers die lid van die organisaties zijn, vanaf de toetreding, (3) voor de werkgevers die lid worden van een gebonden organisatie, vanaf de datum van hun lidmaatschap, en (4) voor alle werknemers van een gebonden werkgever. Indien de cao is gesloten in een paritair orgaan door alle organisaties die erin vertegenwoordigd zijn, zijn de bedingen die verband houden met de individuele betrekkingen tussen werkgever en werknemer, overeenkomstig artikel 26 van de voornoemde wet bindend voor alle andere werkgevers en werknemers dan de bij artikel 19 bedoelde die behoren tot het ressort van het paritair orgaan en voor zover zij vallen onder de werkingssfeer zoals deze in de overeenkomst is bepaald, tenzij in de individuele arbeidsovereenkomst schriftelijk een met de overeenkomst strijdig beding is opgenomen.

Indien ten slotte de Koning overgaat tot de algemeen verbindend verklaring van de cao overeenkomstig de artikelen 28 en volgende van de voornoemde wet, geldt de cao voor alle werkgevers en werknemers die behoren tot het ressort van het paritair orgaan en voor zover zij vallen onder de werkingssfeer zoals deze in de overeenkomst is bepaald.

[14] *Parl.St.* Kamer, 2005-06, nr. 51-2491/1, 6 en 7.

5.3. Uit het voorgaande blijkt dat de uitwerking van de cao ten aanzien van welbepaalde categorieën van werkgevers en werknemers uitdrukkelijk wordt bepaald in de voornoemde wet, hetgeen niet het geval is voor artikel 7*bis* van de wet van 24 januari 1977. Er wordt in de laatstgenoemde bepaling niet geregeld of en in welke mate het reeds gesloten Convenant uitwerking heeft ten aanzien van de ondernemingen die lid zijn van de beroepsverenigingen die partij zijn bij het Convenant. Evenmin wordt bepaald in welke mate het Convenant eventueel een ruimere uitwerking heeft ten aanzien van andere ondernemingen en particulieren die betrokken zijn bij de productie, de verkoop en de marketing van en de reclame voor alcoholhoudende dranken, al dan niet door de goedkeuring ervan bij het ontworpen besluit.

Die onduidelijkheid wordt niet weggenomen door de parlementaire voorbereiding, waarin enkel wordt gesteld dat het Convenant uiteindelijk (allicht na de goedkeuring ervan bij het ontworpen besluit) "heel de sector" of "alle betrokken actoren" zal binden, zonder dat meer in detail wordt uiteengezet welke ondernemingen en particulieren daarmee precies worden bedoeld.

5.4. Artikel 7*bis* van de wet van 24 januari 1977 kan alleszins niet zo worden geïnterpreteerd dat het volledig aan de ter uitvoering ervan gesloten overeenkomsten wordt overgelaten om uit te maken ten aanzien van welke ondernemingen en particulieren die overeenkomst door de goedkeuring verbindend wordt. Ook indien wordt voorbijgegaan aan de grondwettigheidsbezwaren die de Raad van State in advies 39.272/3 had uiteengezet, vereist de binding van een goedgekeurd Convenant ten aanzien van ondernemingen en personen die geen lid zijn van de beroepsverenigingen die het Convenant hebben gesloten, een uitdrukkelijke wetsbepaling.[15] Het gegeven dat de toepasselijkheid van het Convenant voor en (op zijn minst) na de goedkeuring ervan niet in de voormelde wetsbepaling is geregeld, leidt tot rechtsonzekerheid in hoofde van de ondernemingen en particulieren die betrokken zijn bij de verkoop van en de reclame voor alcoholhoudende dranken, op zijn minst voor diegenen die geen lid zijn van de beroepsverenigingen die het Convenant hebben gesloten. Het valt ook niet uit te sluiten dat deze ondernemingen en particulieren de toepasselijkheid van het Convenant in rechte zullen betwisten.

B. Uitwerking van de bepalingen in het Convenant ten aanzien van derden

6. In artikel 1, lid 3, van het Convenant wordt bepaald dat de partijen bij het Convenant[16] de reclamemakers, public relations-ondernemingen, productiehuizen, importeurs, uitbaters van drankhuizen, organisatoren van festiviteiten, en hun beheerders, werknemers, agenten en consulenten, alsook alle anderen die voor rekening van hun leden reclame maken voor alcoholhoudende dranken of promotieacties ondernemen met betrekking daartoe, van bij het begin van hun handelsrelaties en in hun respectieve sector, het Convenant "uitdrukkelijk doen onderschrijven" (artikel 1, lid 3).

[15] Vgl. adv.RvS 40.116/1 van 20 april 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 15 mei 2007 'betreffende de consumentenakkoorden', *Parl.St.* Kamer, 2006-07, nr. 51-2940/1, 17-20; adv.RvS 45.193/1 van 9 oktober 2008 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 13 maart 2009 'betreffende de sectorconvenants in het raam van het Vlaamse werkgelegenheidsbeleid', *Parl.St.* Vl.Parl., 2008-09, nr. 1985/1, 32.

[16] In de tekst wordt gewag gemaakt van "[d]e Partijen andere dan de Minister". De minister is evenwel geen partij bij het Convenant.

Uit deze bepaling kan worden opgemaakt dat een beroep wordt gedaan op bijkomende privaatrechtelijke instrumenten om bepalingen van het Convenant te laten naleven door andere particulieren en ondernemingen dan diegene die lid zijn van de beroepsverenigingen die het Convenant hebben gesloten, ook voor particulieren en ondernemingen die niet specifiek actief zijn in de productie, de verkoop en de marketing van en de reclame voor alcoholhoudende dranken.

Op zich beschouwd bestaat weliswaar geen principieel juridisch bezwaar tegen het toepasselijk maken van regelingen op derden door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten. Wel moet worden opgemerkt dat artikel 1, lid 3 van het Convenant de verplichting om de regeling contractueel op derden toe te passen, oplegt aan de partijen bij het Convenant, met andere woorden de beroepsverenigingen, terwijl het wellicht de bedoeling is om de ondernemingen die lid zijn van deze beroepsverenigingen, tot deze contractuele toepassing te verplichten. De bepaling zal dan ook in voorkomend geval in die zin moeten worden aangepast.

Bovendien rijst de vraag in welke mate het Convenant daardoor toepasselijk wordt op deze derden. Zo is niet duidelijk of zij ook onderworpen worden aan het systeem van klachtenbehandeling door de JEP en aan de "forfaitaire onkostenvergoeding" die de JEP kan laten betalen in geval van niet-navolging van de beslissingen van de JEP. Indien het daarentegen de bedoeling is dat deze derden enkel de inhoudelijke bepalingen bedoeld in de hoofdstukken II en III van het Convenant naleven, in welk geval zij enkel contractueel aansprakelijk gesteld kunnen worden voor overtredingen ervan, zou dat met zoveel woorden moeten worden bepaald in artikel 1, lid 3, van het Convenant.

Het ontbreken, zowel in de tekst van artikel 7*bis* van de wet van 24 januari 1977 als in het Convenant zelf, van enige verduidelijking aangaande de toepasselijkheid van (onderdelen van) het Convenant op deze derden, leidt tot rechtsonzekerheid. Ook hier valt niet uit te sluiten dat de onduidelijke situatie zal leiden tot betwistingen in rechte.

C. Beperkingen van het recht op vrije meningsuiting

7. De regeling in het Convenant moet volgens artikel 7*bis*, § 1, van de wet van 24 januari 1977 maatregelen inhouden die beogen "een redelijk gebruik van alcoholhoudende dranken aan te moedigen". Deze bewoordingen doen de indruk ontstaan dat vooral sensibiliserende maatregelen beoogd worden, zoals bijvoorbeeld informatiecampagnes omtrent de risico's van overmatig gebruik van alcoholhoudende dranken, die gefinancierd worden door de partijen bij het Convenant.

In het Convenant waarvan het ontworpen besluit de goedkeuring beoogt, wordt evenwel een bijzondere invulling gegeven aan volgens de wet beoogde doelstelling van het aanmoedigen van een redelijk gebruik van alcoholhoudende dranken. Er wordt immers niet als dusdanig uitgegaan van sensibiliserende maatregelen, maar wel van een regeling met betrekking tot de inhoud van reclameboodschappen en marketingactiviteiten die betrekking hebben op alcoholhoudende dranken. De JEP wordt gemachtigd om overtredingen van deze regeling vast te stellen en het niet navolgen van zijn beslissingen leidt tot het opleggen van een niet onaanzienlijke "forfaitaire onkostenvergoeding".

Nog afgezien van de vraag welke onkosten van de JEP met deze vergoeding worden gedekt en of deze "forfaitaire onkostenvergoeding" niet veeleer een sanctionerende maatregel inhoudt waarmee vooral de naleving van de beslissing van de JEP wordt beoogd, moet worden vastgesteld dat deze regeling een beperking inhoudt van het recht op vrije meningsuiting, dat ook de commerciële vormen van meningsuiting omvat.[17] Dergelijke beperkingen, die in het onderhavige geval vrij verregaand zijn,[18] kunnen enkel worden opgelegd bij wet, zijnde een voldoende precies geformuleerde, kenbare en vaststaande rechtsregel. Het staat niet vast of het Convenant aan deze vereisten beantwoordt, onder meer rekening houdende met de zo-even geformuleerde bezwaren inzake rechtsonzekerheid. Het is ook onzeker of de goedkeuring van het Convenant door de Koning deze bezwaren zal kunnen wegnemen.

D. Opdragen van controle op de naleving aan een privaatrechtelijke organisatie

8. In de parlementaire voorbereiding van het wetsontwerp dat heeft geleid tot het voormelde artikel 7*bis* van de wet van 24 januari 1977 wordt het belangrijk geacht dat "de controle op de naleving, indien de middelen die conventioneel ter beschikking worden gesteld onvoldoende zijn, uitgevoerd kan worden door de openbare overheden belast met gezondheid". Er wordt met andere woorden uitgegaan van een toezicht op de naleving van de beoogde regeling door de overheid, althans indien er door de partijen bij het Convenant geen voldoende middelen ter beschikking worden gesteld voor een alternatief.

Bij het sluiten van het Convenant is er evenwel gekozen voor een handhaving ervan door een privaatrechtelijke organisatie, veeleer dan door de overheid. De JEP wordt gemachtigd om kennis te nemen van klachten met betrekking tot de overtreding van bepalingen van het Convenant en om een "forfaitaire onkostenvergoeding" te innen bij overtreders die de beslissingen van de JEP over deze klachten niet naleeft. Bovendien wordt ook voorzien in een vorm van voorafgaandelijk toezicht op campagnes van adverteerders die hebben gerecidiveerd of die een beslissing van de JEP niet hebben nageleefd.

Een dergelijke vorm van private geschillenbeslechting is principieel wel mogelijk, maar de uitwerking ervan in het Convenant, die neerkomt op een rechtsprekende bevoegdheid en een handhavende bevoegdheid door de JEP, is zo verregaand dat een wettelijke grondslag vereist is, mede gelet op de omstandigheid dat de regeling in het Convenant ook toepasselijk is op particulieren en ondernemingen die zelfs niet rechtstreeks bij de totstandkoming ervan betrokken zijn (zie opmerkingen 5 en 6). Het is immers enkel in een wettelijke regeling dat de verhouding van de rol van de JEP tot de bestaande vormen van gerechtelijke geschillenbeslechting kunnen worden geregeld. Het volstaat in dat verband niet te bepalen, zoals in artikel 13, lid 4, van het Convenant, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid van een vordering tot staking in te stellen overeenkomstig de wet van 6 april 2010 'betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming' of aan de mogelijkheid van een klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter.

---

[17] EHRM 20 november 1989, markt intern Verlag GmbH en Klaus Beermann t. Duitsland, § 26.

[18] Zo wordt het leggen van bepaalde verbanden tussen de consumptie van alcoholhoudende dranken en bepaalde eigenschappen of prestaties verboden. Tevens wordt reclame voor alcoholhoudende dranken voor bepaalde media zonder meer verboden (artikelen 6 tot 9 en 11 van het Convenant).

E. Conclusie

9. De zo-even vastgestelde fundamentele problemen met betrekking tot de beoogde regeling kunnen ten dele enkel worden verholpen door een aanpassing van artikel 7*bis* van de wet van 24 januari 1977. Die wetsbepaling zal moeten worden aangevuld met bepalingen met betrekking tot het toepassingsgebied van de beoogde regeling, de mogelijke uitwerking ervan ten aanzien van derden, de beperkingen ten aanzien van de vrije meningsuiting die de beoogde regeling inhoudt, alsook het toezichtsmechanisme en de rol die de JEP daarin speelt, met inbegrip van de mogelijkheid om "forfaitaire onkostenvergoeding" op te leggen in geval van niet-naleving en om in bepaalde gevallen een voorafgaandelijk bindend advies op te leggen voor voorgenomen reclamecampagnes. Tevens zal nader moeten worden bepaald welke maatregelen de overeenkomsten die beogen "een redelijk verbruik van alcoholhoudende dranken aan te moedigen", kunnen bevatten.

Eerst tegen het licht van een aldus herwerkte en aangevulde wetsbepaling kan de beoogde regeling, die dan allicht ook grondig zal moeten worden herzien, doorgang vinden. De thans ontworpen regeling zal alsdan in zijn herziene vorm opnieuw ter adviesbevinding aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State moeten worden voorgelegd. Gelet hierop, onthoudt de afdeling Wetgeving zich thans van een nader onderzoek van de ontworpen regeling.

*

PORTÉE DU PROJET

1.1. Le projet soumis pour avis a pour objet l'approbation de la Convention du 25 janvier 2013 'en matière de publicité et de commercialisation des boissons contenant de l'alcool' (ci-après : la Convention).

La Convention a été conclue entre deux associations professionnelles représentant les producteurs de boissons contenant de l'alcool [1], deux associations représentant les intérêts des consommateurs [2], trois associations professionnelles représentant le secteur de l'horeca [3], la fédération des associations professionnelles du commerce et des services [4] et la fédération des associations professionnelles de la publicité [5].

La Convention contient une définition de la publicité et des boissons contenant de l'alcool (article 1, paragraphes 1 et 2, de la Convention). Il est également prévu que les parties à la Convention « feront souscrire expressément » à la Convention, dès le début de leurs relations commerciales et pour leur secteur respectif, les publicitaires, les entreprises de relations publiques, les maisons de production, les importateurs, les exploitants de débits de boissons, les organisateurs d'événements, et leurs administrateurs, employés, agents et consultants ainsi que tous autres acteurs qui font de la publicité pour les boissons contenant de l'alcool ou entreprennent des actions promotionnelles pour le compte de leurs membres (article 1, paragraphe 3).

La Convention soumet la publicité pour les produits contenant de l'alcool à diverses restrictions. Celles-ci concernent les destinataires de la publicité et les endroits dans lesquels elle est effectuée (article 2), le contenu de la publicité (articles 3 et 6 à 10) et ses effets sur les mineurs d'âge (article 4). Les publicités dans divers médias sont soumises à des restrictions spécifiques qui diffèrent en fonction du média concerné (article 11 et annexe B). La mise sur le marché des boissons contenant de l'alcool est également soumise à des restrictions (article 5).

Le contrôle du respect de la Convention est confié au Jury d'éthique publicitaire (JEP), qui à cet égard intervient conformément à son règlement, pour lequel il est fait référence au site internet du JEP (article 12 et annexe A [6]). Toute personne morale ou physique qui ne poursuit pas d'intérêt commercial peut porter plainte auprès du JEP pour infraction aux dispositions de la Convention (article 13, paragraphe 1). Le contrevenant qui ne se conforme pas à la décision du JEP concernant la plainte, qui est notifiée par écrit, doit payer une « indemnité

[1] La Fédération belge des vins et spiritueux et la fédération des Brasseurs belges.

[2] Le CRIOC et Test Achats.

[3] La Fédération Ho.Re.Ca Bruxelles, la Fédération Ho.Re.Ca Wallonie et Horeca Flandres.

[4] Comeos.

[5] Le Conseil de la publicité.

[6] En ce qui concerne l'annexe A, on notera d'emblée que, compte tenu de l'obligation légale d'une approbation par arrêté royal, il ne peut subsister de doute sur la version du règlement du JEP soumise à cette approbation. Même si la publication de ce règlement sur le site internet du JEP pourrait suffire en principe pour en assurer la publicité, il s'impose, ne fût-ce qu'en raison de l'obligation d'approbation spécifique en l'occurrence, de faire figurer ce règlement *in extenso* dans l'annexe de l'arrêté envisagé.

forfaitaire » au JEP « sans mise en demeure ou autre notification » (article 13, paragraphe 2). Un annonceur qui récidive ou ne respecte pas une décision du JEP devra lui soumettre ses prochaines campagnes, pendant une période déterminée par ce dernier, qui rendra un avis contraignant (article 13, paragraphe 3). Il n'est pas porté préjudice à la possibilité d'intenter une action en cessation conformément à la loi du 6 avril 2010 'relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur' ou à la possibilité de déposer une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction (article 13, paragraphe 4).

À la fin de chaque année civile, le JEP rédige un rapport d'activités (article 14). La Convention contient également quelques dispositions concernant son entrée en vigueur, ses modifications, sa durée de validité, son interprétation et sa publicité (article 15).

1.2. Outre les annexes A et B déjà mentionnées, il y a également une annexe C, à laquelle le texte de la Convention ne fait pas spécifiquement référence, qui comporte un « Guide de bonnes pratiques » quant à l'application de la Convention.

Une première partie de l'annexe C concerne l'engagement que prennent les différentes parties à la Convention de consulter le JEP « sur une base volontaire » lorsqu'elles ont des doutes sur la conformité par rapport à la Convention de leurs messages publicitaires pour des boissons contenant de l'alcool.

Une deuxième partie concerne le traitement des plaintes par le JEP et le respect de ses décisions. Il est notamment précisé que dans le cadre de « ce système autodisciplinaire », le JEP a la possibilité de « mettre fin à la diffusion de publicités qui émanent d'agences et/ou d'annonceurs qui ne sont pas membres du Conseil de la Publicité / JEP ».

Les autres dispositions de l'annexe C concernent la protection des mineurs d'âge, la mention d'un slogan éducatif dans les messages publicitaires et la présentation du rapport d'activités du JEP.

COMPÉTENCE

2. Diverses dispositions de l'article 11 de la Convention et de l'annexe B de la Convention concernent précisément la publicité pour les boissons contenant de l'alcool à la radio, à la télévision, dans les cinémas et sur les sites internet. Bien que la publicité radiophonique et télévisuelle au sens large (en ce compris, par exemple, le télé-achat et le sponsoring) relève de la compétence des communautés, la section de législation du Conseil d'État [7] et la Cour constitutionnelle [8] ont déjà jugé à plusieurs reprises que la publicité pour les produits du tabac, les

[7] Avis C.E. 27.535/VR du 26 mai 1998 sur un avant-projet devenu le décret sur les médias du 26 avril 1999, *Doc. parl.*, Parl.Com.germ., 1998-99, n° 129/1, 34-36 (renvoyant à des avis analogues). Si cet avis reconnaît que les communautés peuvent empiéter sur cette compétence en faisant valoir leurs compétences implicites (article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'), il considère néanmoins qu'il s'agit d'une compétence fédérale.

[8] Cour d'arbitrage, 5 février 1992, n° 6/92 ; 27 janvier 1993, n° 7/93 ; 30 septembre 1999, n° 102/99.

médicaments et aussi les boissons contenant de l'alcool relève de la compétence de l'autorité fédérale. Dès lors, les dispositions concernées ne soulèvent pas d'objections de compétence.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'arrêté en projet cherche un fondement juridique dans l'article 7*bis* de la loi du 24 janvier 1977 'relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits'. Cette disposition, qui a été insérée par la loi du 17 novembre 2006[9], s'énonce comme suit :

> « § 1er. Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 7, le Roi peut approuver, en tout ou en partie, les conventions conclues entre les associations visées au § 3 du présent article si leur objet vise à encourager une consommation raisonnable des boissons contenant de l'alcool.
>
> § 2. Les dispositions des conventions qui sont approuvées par le Roi sont publiées au Moniteur belge.
>
> § 3. Les conventions visées au § 1er doivent au moins être conclues avec :
>
> 1. deux associations professionnelles représentant au moins 80 % des producteurs belges de boissons contenant de l'alcool ;
>
> 2. deux associations représentant les intérêts des consommateurs ;
>
> 3. deux associations professionnelles représentant le secteur de l'Horeca et représentées au sein de la Commission paritaire de l'industrie hôtelière instituée en vertu de la convention collective de travail n° 58954/CO/302 du 27 août 2001 ».

Dans l'avis 39.272/3 du 29 novembre 2005 sur un avant-projet devenu la loi modificative susmentionnée[10], le Conseil d'État a formulé les réserves suivantes concernant la constitutionnalité de la disposition concernée :

> « 2. Le procédé en vertu duquel le législateur prévoit l'approbation d'une convention élaborée par des acteurs concernés par la matière et attribuant aux dispositions de cette convention un caractère réglementaire, déroge à la procédure normale d'élaboration de la législation. La question se pose de savoir si, vu les principes constitutionnels relatifs à l'exercice du pouvoir réglementaire, ce procédé peut être tenu pour admissible.
>
> 3. Aux termes de l'article 33 de la Constitution, tous les pouvoirs émanent de la Nation et ils sont exercés de la manière prévue par la Constitution. Sur le plan fédéral, le pouvoir exécutif, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi (article 37 de la Constitution). Outre la compétence normative que la Constitution même attribue au Roi, notamment celle qui est nécessaire pour l'exécution des lois (article 108 de la Constitution), des lois particulières, édictées en vertu de la Constitution même – et par conséquent dans le respect des limites qui sont apportées par la Constitution ou qui en découlent – peuvent accorder au Roi des pouvoirs réglementaires supplémentaires (article 105 de la Constitution). Ainsi, le législateur peut habiliter le Roi à régler certaines matières qui relèvent de ses pouvoirs résiduels. Dès lors que la Constitution a attribué

[9] Loi du 17 novembre 2006 'modifiant la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits'.

[10] *Doc. parl.*, Chambre, 2005-06, n° 51-2491/1, 9-12.

exclusivement au Roi le pouvoir réglementaire revenant au pouvoir exécutif fédéral et que les pouvoirs doivent être exercés de la manière déterminée par la Constitution, le principe de l'unité du pouvoir réglementaire s'applique et il est par conséquent exclu que le pouvoir réglementaire soit exercé d'une autre manière que celle prescrite par la Constitution. Dès lors, le législateur fédéral ne peut en principe déléguer des compétences normatives qu'au Roi. Cette règle est d'autant plus importante que, en vertu de l'article 106 de la Constitution, l'action du Roi est liée à la responsabilité politique des ministres.

Il convient dès lors de vérifier si la Constitution laisse assez de latitude pour les dispositions en projet.

4. L'article 7*bis* en projet confie l'approbation des conventions qu'il vise au ministre qui a la santé publique dans ses attributions. À la suite de cette approbation, ces conventions acquièrent force obligatoire vis-à-vis des tiers et ont dès lors un caractère réglementaire. Les dispositions de ces conventions sont ainsi élevées en quelque sorte au rang de normes étatiques, ce qui constitue un exercice de la fonction normative que le législateur fédéral ne peut en vertu de la Constitution déléguer en principe qu'au Roi. Certes, il est généralement admis qu'un ministre peut être habilité à prendre certaines mesures, mais uniquement lorsqu'il s'agit de mesures d'ordre accessoire ou secondaire et, sauf si une intervention urgente peut être requise, il ne peut être habilité que par le Roi et non par le législateur [11]. En l'espèce, il ne s'agit pas de mesures d'ordre accessoire ou secondaire et, en outre, le projet concerne une délégation de pouvoir à un ministre par le législateur et non par le Roi, de sorte que l'article 7*bis* en projet n'est pas conforme sur ce point à la Constitution.

5. Les règles constitutionnelles rappelées au n° 3 ne signifient pas que d'autres instances ne pourraient aucunement participer à l'exercice du pouvoir réglementaire. Toutefois, les règles constitutionnelles relatives à l'exercice de la fonction normative ne peuvent à cet égard être méconnues. Comme le Conseil d'État, section de législation, l'a relevé dans son avis 24.600-24.601/AG-AV/2 des 10 octobre 1995 et 6 novembre 1995 [12], l'objection de constitutionnalité invoquée quant à l'édiction de règles par des instances n'assumant aucune responsabilité politique peut être levée en attribuant au Roi un pouvoir d'approbation à l'égard de ces règles, conçu de manière à ne pas porter atteinte aux règles constitutionnelles susmentionnées. En outre, le procédé appliqué ne peut entraver le Roi dans l'exercice des prérogatives normatives qui Lui reviennent en vertu de la Constitution.

À cet égard, il convient de relever que les dispositions soumises pour avis comportent un certain nombre de lacunes ou d'imprécisions qui, même si la compétence visée à l'article 7*bis* en projet était attribuée au Roi, rendent impossible tout contrôle à la lumière des règles constitutionnelles rappelées ci-dessus ou qui amènent à la conclusion que ces principes ont été méconnus.

Tout d'abord, les dispositions du projet n'indiquent pas tout à fait clairement le rapport entre le pouvoir conféré au Roi par l'article 7, § 2, de la loi susmentionnée du 24 janvier 1977 et le pouvoir d'approbation des conventions visées à l'article 7*bis* en projet. Il est néanmoins indispensable de connaître ce rapport pour pouvoir établir si,

---

[11] *Note 2 de l'avis cité :* Une telle délégation de compétence implique en effet que l'on empiète sur une prérogative qui revient au Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral (voir notamment l'avis 28.343/1 du 7 janvier 1999 sur un avant-projet de loi qui a donné lieu à la loi du 22 mars 1999 portant diverses mesures en matière de fonction publique, *Doc. parl.*, Chambre, 1998-99, n° 49-2003/1-2004/1, 35).

[12] *Note 3 de l'avis cité :* Avis sur un projet de loi « modifiant la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat » et sur un projet de loi « accordant une compétence disciplinaire aux chambres des notaires et à la Chambre nationale des notaires ».

après l'approbation, le Roi est encore habilité à modifier ou à compléter les dispositions approuvées et par conséquent s'Il peut continuer à exercer Lui-même le pouvoir normatif qui Lui est attribué à l'article 7, § 2, de la loi du 24 janvier 1977 par le législateur en vertu de l'article 105 de la Constitution.

Dans ce contexte, il convient également de constater que le texte en projet ne contient aucune disposition quant à la place qu'occuperont les conventions approuvées dans la hiérarchie des normes, ni quant à la nature juridique des conventions approuvées.

En outre, le texte ne fait pas apparaître clairement si, à la suite de changements intervenant dans les options politiques, l'autorité qui procède aux approbations (qui, comme il a été relevé, devrait devenir le Roi) peut revenir sur l'approbation des conventions et, si oui, à quelles conditions. Il est néanmoins nécessaire d'arrêter des dispositions à ce sujet afin que le Roi conserve suffisamment de pouvoirs quant à la réglementation résultant du procédé visé à l'article 7*bis* en projet.

Enfin, cette manière particulière de légiférer n'est admissible que si son objet et sa portée sont clairement et précisément indiqués, ce qui en l'espèce n'est pas du tout le cas.

6. Le projet ne comporte aucune exigence de garantie de la représentativité des parties concernées par la convention, ce qui semble toutefois constituer une condition fondamentale supplémentaire requise pour que soit admissible le procédé normatif utilisé. En effet, laisser participer des représentants des secteurs concernés à l'élaboration de la réglementation peut uniquement se justifier si ces acteurs sont effectivement représentatifs et s'ils peuvent donc être censés exprimer la vision de ces secteurs. En outre, il est essentiel que les conventions ne puissent contenir des droits et des obligations qu'à l'égard des personnes physiques ou morales relevant des secteurs concernés par les conventions.

7. L'exposé des motifs ne justifie en rien le fait qu'on a précisément jugé nécessaire d'associer des représentants des secteurs concernés à l'élaboration d'une réglementation relative à la publicité pour des boissons contenant de l'alcool, alors que tel n'est pas le cas en ce qui concerne de nombreuses autres réglementations en matière de publicité ou, plus généralement, en ce qui concerne nombre d'autres matières socio-économiques.

Une telle justification est néanmoins nécessaire en vertu du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination [13].

8. Il convient de conclure de ce qui précède que, telles qu'elles sont conçues, les dispositions en projet ne peuvent résister au contrôle de constitutionnalité. Le Conseil d'État, section de législation, renonce dès lors à poursuivre l'examen du texte du projet ».

4. Le législateur n'a pas tenu compte de ces objections et a adopté l'article 7*bis* quasi sans le modifier. Ni l'exposé des motifs ni les travaux préparatoires ne précisent les motifs pour lesquels les objections de constitutionnalité émises par le Conseil d'État seraient en tout ou en partie dénuées de fondement.

Il n'appartient pas au Conseil d'État, en tant que conseiller juridique du pouvoir législatif, de débattre des motifs qui ont conduit ce dernier à ne pas suivre ces objections de constitutionnalité. Il n'empêche toutefois que, même si à présent le dispositif en projet repose en

[13] *Note 4 de l'avis cité :* Justifier l'instauration de la réglementation en soi ne constitue pas pour autant une justification de la différence de traitement qui résulte du fait que la réglementation n'est instaurée qu'à l'égard d'une seule activité.

principe sur un fondement juridique – formulé d'une manière générale – les effets et la force exécutoire de la Convention se heurtent à un certain nombre d'objections fondamentales qui, d'une part, se rapportent aux observations déjà formulées dans l'avis 39.272/3 et, d'autre part, sont nouvelles, ainsi qu'il ressortira des observations générales formulées ci-après. En effet, ce n'est que parce qu'il connaît maintenant la portée précise du dispositif en projet que le Conseil d'État est à même d'émettre un jugement cohérent sur la mesure dans laquelle ce dispositif peut se concrétiser dans le cadre constitutionnel et légal en vigueur.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Valeur normative des dispositions de la Convention

5.1. Selon l'article 7*bis*, § 1er, de la loi du 24 janvier 1977, le Roi peut « approuver » les conventions qui y sont définies. Dans l'avant-projet de loi tel qu'il avait été soumis alors à l'avis du Conseil d'État, le paragraphe 2 du même article disposait encore à l'égard des conventions approuvées (à l'époque, encore par le ministre) : « [e]lles ont force obligatoire et valeur réglementaire ». Les travaux préparatoires ne permettent pas de déterminer pourquoi cette disposition a été omise du projet de loi déposé au Parlement, qui est à l'origine de l'article 7*bis*.

L'exposé des motifs accompagnant ce projet de loi précise toutefois ce qui suit :

« D'autre part, il est indéniable que la communication, de façon générale, est un domaine qui évolue rapidement – les règles qui la régissent doivent donc être à la fois souples, susceptibles d'évoluer rapidement et même, contrôlées tant par les moyens législatifs « traditionnels » que par le secteur lui-même.

C'est pourquoi – à l'instar de ce qui se fait depuis longtemps en matière de conventions paritaires ou de codes de déontologie – il est proposé que le législateur reconnaisse et donne une force obligatoire et une valeur réglementaire à des règles auxquelles ont déjà souscrit, par convention, les producteurs, distributeurs, annonceurs et consommateurs.

Ce scénario répond en outre à la demande du secteur lui-même, qui a préféré cette solution à celle d'un arrêté royal pris en exécution de l'article 7 de la loi de 1977 susmentionnée, notamment pour des raisons de souplesse et d'évolution, tant des techniques publicitaires que de l'interprétation des règles elles-mêmes.

Comme souligné plus haut, il est, en effet, important que,

– d'une part, ces règles s'appliquent à tout le secteur et pas uniquement aux 'plus responsables' des acteurs concernés ;

– et, d'autre part, que le contrôle de leur respect puisse, si les moyens mis en place de façon conventionnelle ne suffisent pas, être effectué par les autorités publiques en charge de la santé.

(…)

Les dispositions approuvées par arrêté royal auront donc la portée et la valeur réglementaire d'un arrêté royal et s'appliqueront à l'ensemble des acteurs concernés » [14].

[14] *Doc. parl.*, Chambre, 2005-06, n° 51-2491/1, 6 et 7.

On peut en déduire que, par l'approbation, le législateur visait bel et bien une obligation de « tout le secteur », ou encore pour « l'ensemble des acteurs concernés », et pas uniquement des parties à la Convention. Une telle obligation plus étendue suppose cependant une disposition législative suffisamment explicite.

5.2. À cet égard, on peut faire référence à l'instrument de la convention collective de travail (ci-après : CCT), qui présente un certain nombre de similitudes avec l'instrument utilisé en l'occurrence.

Conformément à l'article 19 de la loi du 5 décembre 1968 'sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires', la CCT lie (1) les organisations qui l'ont conclue et les employeurs qui sont membres de ces organisations ou qui ont conclu la convention, à partir de la date de son entrée en vigueur, (2) les organisations et employeurs qui adhèrent à la convention et les employeurs membres de ces organisations, à partir de l'adhésion, (3) les employeurs qui s'affilient à une organisation liée par la convention, à partir de leur affiliation et (4) tous les travailleurs d'un employeur lié par la convention. Conformément à l'article 26 de la loi précitée, si la CCT est conclue au sein d'un organe paritaire par l'ensemble des organisations qui y sont représentées, les clauses qui ont trait aux relations individuelles entre employeurs et travailleurs lient tous les employeurs et travailleurs, autres que ceux visés à l'article 19 qui relèvent de l'organe paritaire dans la mesure où ils sont compris dans le champ d'application défini par la convention, à moins que le contrat de louage de travail individuel ne contienne une clause écrite contraire à la convention.

Enfin, si le Roi rend la CCT obligatoire conformément aux articles 28 et suivants de la loi précitée, la CCT lie tous les employeurs et travailleurs qui relèvent de l'organe paritaire et dans la mesure où ils sont compris dans le champ d'application défini dans la convention.

5.3. Il ressort de ce qui précède que les effets de la CCT vis-à-vis de certaines catégories d'employeurs et de travailleurs sont expressément définis dans la loi précitée, ce qui n'est pas le cas pour l'article 7*bis* de la loi du 24 janvier 1977. Cette dernière disposition ne prévoit pas si et dans quelle mesure la Convention déjà conclue produit ses effets à l'égard des entreprises affiliées aux associations professionnelles qui sont parties à la Convention. Elle ne dispose pas non plus dans quelle mesure, en fonction de son approbation ou non par l'arrêté en projet, la Convention aurait éventuellement des effets plus étendus vis-à-vis d'autres entreprises et personnes privées actives dans la production, la vente et la commercialisation de boissons contenant de l'alcool ou dans la publicité pour celles-ci.

Les travaux préparatoires ne permettent pas de lever cette ambiguïté dans la mesure où il est uniquement mentionné que la Convention liera finalement (sans doute après son approbation par l'arrêté en projet) « tout le secteur » ou « l'ensemble des acteurs concernés », sans détailler les entreprises et personnes privées qui sont ainsi précisément visées.

5.4. En tout état de cause, l'article 7*bis* de la loi du 24 janvier 1977 ne peut pas être interprété en ce sens que le soin de déterminer les entreprises et les personnes privées à l'égard desquelles la Convention devient obligatoire consécutivement à l'approbation, serait entièrement laissé aux conventions conclues en exécution de l'article précité. Même si l'on passe outre les objections de constitutionnalité que le Conseil d'État avait formulées dans l'avis 39.272/3, le

caractère obligatoire d'une Convention approuvée à l'égard des entreprises et personnes qui ne sont pas membres des associations professionnelles ayant conclu cette Convention requiert une disposition législative expresse [15]. Le fait que la disposition législative précitée ne règle pas l'applicabilité de la Convention avant et (à tout le moins) après son approbation est source d'insécurité juridique pour les entreprises et les personnes privées actives dans la vente de boissons contenant de l'alcool ou dans la publicité y afférente, à tout le moins pour celles qui ne sont pas membres des associations professionnelles qui ont conclu la Convention. Il n'est pas non plus exclu que ces entreprises et personnes privées contestent l'applicabilité de la Convention en justice.

B. Effets des dispositions de la Convention à l'égard de tiers

6. L'article 1, paragraphe 3, de la Convention dispose que les parties à la Convention [16] feront « souscrire expressément » à cette Convention, dès le début de leurs relations commerciales et pour leur secteur respectif, les publicitaires, les entreprises de relations publiques, les maisons de production, les importateurs, les exploitants de débits de boissons, les organisateurs d'événements, leurs administrateurs, employés, agents et consultants et tous autres qui font de la publicité pour les boissons contenant de l'alcool ou entreprennent des actions promotionnelles pour le compte de leurs membres (article 1, paragraphe 3).

Il peut se déduire de cette disposition qu'il est possible de recourir à des instruments de droit privé supplémentaires pour faire respecter des dispositions de la Convention par d'autres personnes privées et entreprises que celles qui sont membres des associations professionnelles ayant conclu la Convention, également par les personnes privées et les entreprises qui ne sont pas spécifiquement actives dans la production, la vente et la commercialisation de boissons contenant de l'alcool ou dans la publicité pour celles-ci.

Certes, le fait de rendre des réglementations applicables à des tiers au moyen de conventions de droit privé ne soulève pas en soi d'objection juridique de principe. On notera toutefois que l'article 1, paragraphe 3, de la Convention impose aux parties à celle-ci, autrement dit aux associations professionnelles d'appliquer la réglementation aux tiers, par la voie contractuelle, alors qu'il s'agit sans doute d'imposer cette application contractuelle aux entreprises membres de ces associations professionnelles. Dès lors, on adaptera le cas échéant la disposition en ce sens.

La question se pose en outre de savoir dans quelle mesure la Convention devient ainsi applicable à ces tiers. C'est ainsi qu'on n'aperçoit pas s'ils sont également soumis au système de traitement des plaintes par le JEP et à l'« indemnité forfaitaire » que le JEP peut faire payer en cas de non-respect de ses décisions. S'il s'agit par contre que ces tiers respectent uniquement les dispositions de fond des chapitres II et III de la Convention, auquel cas leur

[15] Voir l'avis C.E. 40.116/1 du 20 avril 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'relative aux accords de consommation', *Doc. parl.*, Chambre, 2006-07, n° 51-2940/1, 17-20 ; l'avis C.E. 45.193/1 du 9 octobre 2008 sur un avant-projet devenu le décret du 13 mars 2009 'relatif aux accords de secteur dans le cadre de la politique flamande de l'emploi', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2008-09, n°1985/1, 32.

[16] Dans le texte, il est question des « Parties autres que le Ministre ». Le ministre n'est toutefois pas partie à la Convention.

responsabilité peut uniquement être engagée contractuellement pour les infractions à la Convention, il y aurait lieu de le préciser expressément à l'article 1, paragraphe 3, de la Convention.

L'absence, tant dans le texte de l'article 7*bis* de la loi du 24 janvier 1977 que dans la Convention proprement dite, de toute précision quant à l'applicabilité de (dispositions de) la Convention à ces tiers, est source d'insécurité juridique. Ici non plus, on ne peut exclure que l'ambiguïté donne lieu à des contestations en justice.

C. Limitations du droit à la liberté d'expression

7. Selon l'article 7*bis*, § 1er, de la loi du 24 janvier1977, les dispositions de la Convention doivent contenir des mesures visant à « encourager une consommation raisonnable des boissons contenant de l'alcool ». Cette formulation donne à penser qu'il s'agit surtout de mesures de sensibilisation, telles que, par exemple, des campagnes d'information concernant les risques liés à une consommation abusive de boissons alcoolisées, qui sont financées par les parties à la Convention.

Toutefois, la Convention que l'arrêté en projet vise à approuver met en œuvre d'une manière particulière l'objectif qui est poursuivi selon la loi, à savoir encourager une consommation raisonnable des boissons contenant de l'alcool. En effet, la Convention ne se fonde pas en tant que telle sur des mesures de sensibilisation, mais bien sur des règles concernant le contenu des messages publicitaires et les activités de commercialisation qui concernent des boissons contenant de l'alcool. Le JEP est habilité à constater les infractions à ces règles et, en cas de non-respect de ses décisions, il impose le paiement d'une « indemnité forfaitaire » non négligeable.

Abstraction faite de la question de savoir quels frais du JEP sont couverts par cette indemnité et si cette « indemnité forfaitaire » ne constitue pas plutôt une sanction visant essentiellement le respect de la décision du JEP, force est de constater que ce dispositif restreint le droit à la liberté d'expression, qui comprend également les modes d'expression à caractère commercial [17]. Pareilles restrictions, qui sont plutôt importantes en l'occurrence [18], peuvent uniquement être imposées par la loi, à savoir une norme formulée avec suffisamment de précision, identifiable et constante. Il n'est pas certain que la Convention réponde à ces exigences, compte tenu notamment des objections qui viennent d'être formulées quant à la sécurité juridique. Il n'est pas non plus certain que l'approbation de la Convention par le Roi pourra répondre à ces objections.

[17] Cour eur. D.H. 20 novembre 1989, Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, § 26.

[18] Ainsi, il est interdit de faire certaines associations entre la consommation de boissons contenant de l'alcool et certaines caractéristiques ou performances. En outre, il est tout simplement interdit pour certains médias de faire la publicité des boissons contenant de l'alcool (articles 6 à 9 et 11 de la Convention).

D. Délégation du contrôle du respect à une organisation de droit privé

8. Dans les travaux préparatoires du projet de loi qui se trouve à l'origine de l'article 7*bis* précité de la loi du 24 janvier 1977, il est jugé important que « le contrôle de leur respect puisse, si les moyens mis en place de façon conventionnelle ne suffisent pas, être effectué par les autorités publiques en charge de la santé ». Autrement dit, il est considéré que l'autorité est chargée de contrôler le respect de la réglementation visée, du moins si les parties à la Convention n'assurent pas une mise à disposition de moyens suffisants en vue d'une alternative.

Lors de la conclusion de la Convention, les parties ont toutefois choisi de confier le contrôle de son application à une organisation de droit privé, plutôt qu'à l'autorité. Le JEP est habilité à connaître des plaintes concernant les infractions aux dispositions de la Convention et à percevoir une « indemnité forfaitaire » auprès des contrevenants qui ne respectent pas les décisions du JEP concernant ces plaintes. Il est en outre prévu une forme de contrôle préalable des campagnes d'annonceurs qui ont récédivé ou qui n'ont pas respecté une décision du JEP.

En principe, pareille forme de règlement privé des litiges est possible, mais sa mise en oeuvre dans la Convention, qui revient à attribuer une compétence juridictionnelle et un pouvoir de contrôle au JEP, est à ce point radicale qu'elle requiert un fondement légal, compte tenu notamment du fait que le dispositif de la Convention est également applicable aux personnes privées et aux entreprises qui ne sont même pas directement associées à son élaboration (voir les observations 5 et 6). En effet, seul un acte législatif peut définir le rôle du JEP par rapport aux formes existantes de procédure judiciaire. À cet égard, il ne suffit pas de disposer, à l'instar de l'article 13, paragraphe 4, de la Convention, qu'il n'est pas porté préjudice à la possibilité d'intenter une action en cessation conformément à la loi du 6 avril 2010 'relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur' ou à la possibilité de déposer une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction.

E. Conclusion

9. Les problèmes fondamentaux qui viennent d'être constatés concernant le dispositif en projet peuvent uniquement être résolus, en partie, par l'adaptation de l'article 7*bis* de la loi du 24 janvier 1977. Cette disposition législative devra être complétée par des dispositions concernant le champ d'application du dispositif en projet, ses effets éventuels à l'égard de tiers, les restrictions qu'il comporte quant à la liberté d'expression, ainsi que le mécanisme de contrôle et le rôle joué par le JEP, en ce compris la possibilité d'imposer le paiement d'une « indemnité forfaitaire » en cas de non-respect et, dans certains cas, un avis préalable contraignant concernant les campagnes publicitaires prévues. Il faudra préciser en outre les mesures que peuvent contenir les conventions ayant pour objet d'« encourager une consommation raisonnable des boissons contenant de l'alcool ».

Ce n'est qu'à la lumière d'une disposition législative ainsi remaniée et complétée que le dispositif en projet, qui devra sans doute faire l'objet, à son tour, d'un profond remaniement, pourra se concrétiser. Le dispositif présentement à l'examen devra alors à nouveau être soumis, pour avis, à la section de législation du Conseil d'État dans sa version remaniée. Dès lors, la section de législation renonce pour l'heure à poursuivre l'examen du dispositif en projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER | DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS | Marnix VAN DAMME