



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 65.468/3
van 20 maart 2019

avis 65.468/3
du 20 mars 2019

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
5 februari 2016 betreffende het
fabriceren en het in de handel
brengen van tabaksproducten'

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
5 février 2016 relatif à la
fabrication et à la mise dans le
commerce des produits du
tabac'

Op 18 februari 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 5 februari 2016 betreffende het fabriceren en het in de handel brengen van tabaksproducten’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 maart 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Peter SOURBRON, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Githa SCHEPPERS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Peter SOURBRON, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 maart 2019.

*

Le 18 février 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, et de l'Asile et de la Migration à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 5 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des produits du tabac’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 12 mars 2019. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Peter SOURBRON, conseillers d'État, Bruno PEETERS, assesseur, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Githa SCHEPPERS, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mars 2019.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de volgende wijzigingen aan te brengen in het koninklijk besluit van 5 februari 2016 ‘betreffende het fabriceren en het in de handel brengen van tabaksproducten’:

- het begrip ‘tabaksproducten’ wordt vervangen door het begrip ‘producten op basis van tabak’ (artikelen 1 tot 3 van het ontwerp);
- er worden nieuwe definities van ‘apparaat’ en van ‘invoerder in België’ ingevoegd (artikel 4);
- de nadere regels van de jaarlijkse notificatie bij de Dienst¹ worden aangepast; onder meer wordt de eenmalige retributie vervangen door een jaarlijks te betalen retributie (artikel 5);
- het in de handel brengen van sigaretten en roltabak wordt onderworpen aan strengere informatieverplichtingen voor bepaalde additieven die zijn opgenomen op een prioriteitenlijst (artikel 6);
- er wordt een verbod ingesteld voor het in de handel brengen van technische elementen, zoals filters en papier, die de intensiteit van de verbranding, de kleur van de emissies, de geur of de smaak van producten op basis van tabak kunnen wijzigen; deze elementen mogen ook bepaalde additieven niet bevatten (artikel 7);
- de dikte van een pakje sigaretten mag niet minder dan 20 mm bedragen (artikel 8);

¹ Dit is het directoraat-generaal Dier, Plant en Voeding van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu (artikel 2, 38°, van het koninklijk besluit van 5 februari 2016).

- de wijze waarop de gecombineerde gezondheidswaarschuwingen op cilindrische verpakkingen moeten worden aangebracht, wordt nader bepaald (artikel 9);
- elke vermelding van de prijs, met uitzondering van de prijs vermeld op het fiscaal kenteken, wordt verboden (artikel 11, 1°);
- de minister wordt gemachtigd om een lijst vast te stellen met verboden merken van producten op basis van tabak (artikel 11, 2°);
- het in de handel brengen van nieuwsoortige producten op basis van tabak moet voortaan worden genotificeerd (artikel 14);
- er wordt een retributie ingesteld per genotificeerd voor het roken bestemd kruidenproduct (artikel 16).

De artikelen 9 en 10, 2°, van het te nemen besluit treden in werking op 1 januari 2020 (artikel 18).

RECHTSGROND

4. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 6, § 1, a), van de wet van 24 januari 1977 ‘betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het stuk van voedingsmiddelen en andere produkten’. Op grond van die bepaling kan de Koning in het belang van de volksgezondheid of met het doel bedrog of vervalsing op dit gebied te voorkomen, de maatregelen bedoeld in artikel 2, eerste en tweede lid, en in artikel 3, 2°, a), en 3°, c), van die wet toepassen op onder meer producten op basis van tabak en soortgelijke producten. Die maatregelen omvatten het stellen van regels en het voorschrijven van verbodsmaatregelen op de fabricage, de uitvoer en de handel van deze producten, waaronder de mogelijkheid om de samenstelling van tabaksproducten te bepalen en om de aanwijzingen te reglementeren die nuttig zijn voor de informatie, alsook het van toepassing maken van deze maatregelen op de voorwerpen en stoffen bestemd om in aanraking te komen met tabaksproducten, en om het gebruik te reglementeren van de recipiënten en de apparaten bestemd om met tabaksproducten in aanraking te worden gebracht.

Voor de artikelen 5, 4°, 14 en 16, 2°, van het ontworpen besluit, die de retributies of “vergoedingen” bepalen die als retributie kunnen worden gekwalificeerd, wordt een specifieke rechtsgrond gevonden in artikel 10, eerste lid, van de wet van 24 januari 1977. Krachtens die bepaling wordt de Koning gemachtigd om een vergoeding op te leggen, waarvan hij het bedrag en de wijze van heffing bepaalt, voor alle aanvragen die met toepassing van deze wet worden ingediend, alsmede voor alle bewijsstukken die worden afgegeven.

Artikel 17 van het ontworpen besluit, waarbij de producten die niet voldoen aan de bepalingen ervan als schadelijk worden beschouwd, vindt rechtsgrond in artikel 18, § 1, van de wet van 24 januari 1977. Aan die bepaling ontleent de Koning de bevoegdheid om bij een “verordening van het algemeen (...) bestuur”, zoals het ontworpen besluit er een is, voedingsmiddelen of andere producten bedoeld bij die wet schadelijk te verklaren.

VORMVEREISTEN

5. Artikel 5, 2°, van het koninklijk besluit van 16 november 1994 ‘betreffende de administratieve en begrotingscontrole’ bepaalt dat de ontwerpen van koninklijk besluit waardoor, rechtstreeks of onrechtstreeks, de ontvangsten kunnen worden beïnvloed aan de voorafgaande akkoordbevinding van de minister tot wiens bevoegdheid de begroting behoort moeten worden voorgelegd.

De bepalingen van het ontwerp die voorzien in een nieuwe retributie (artikel 16, 2°) of die een bestaande eenmalige retributie vervangen door een jaarlijkse retributie (artikel 5, 4°), zijn van aard rechtstreeks of onrechtstreeks de ontvangsten te beïnvloeden.

Het ontwerp dient derhalve met toepassing van artikel 5, 2°, van het koninklijk besluit van 16 november 1994 om akkoordbevinding aan de minister bevoegd voor begroting te worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

6. Het ontwerp werd bij de Europese Commissie aangemeld in het kader van artikel 5, lid 1, van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 ‘betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij’. De gemachtigde verklaarde dat deze notificatie aanleiding heeft gegeven tot enkele aanpassingen van het ontwerp om tegemoet te komen aan de opmerkingen van de Europese Commissie.² Aangezien de notificatieverplichting werd voltooid, neemt de Raad van State, afdeling Wetgeving, aan dat de bepalingen van het ontwerp waarover de Europese Commissie geen opmerkingen heeft geformuleerd in overeenstemming zijn met de bepalingen van richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 ‘betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie

² Volgens de gemachtigde hadden deze aanpassingen in het bijzonder betrekking op het volgende: “Conformément aux commentaires de la Commission, l’exception pour le menthol a été retirée. De plus, la notion d’importateur en Belgique a été insérée (article 4, b)).”

en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van Richtlijn 2001/37/EG'.³

Aanhef

7. In de Nederlandse tekst van het derde lid van de aanhef dienen de woorden 'richtlijn 2015/1535/UE' vervangen te worden door de woorden 'richtlijn 2015/1535/EU'.

Artikel 3

8. Artikel 3 van het ontwerp strekt ertoe in verscheidene bepalingen van het koninklijk besluit van 5 februari 2016 het woord "tabaksproducten" te vervangen door de woorden "producten op basis van tabak". In sommige van de te wijzigen bepalingen⁴ wordt echter ook het enkelvoud "tabaksproduct" gebruikt, al dan niet ter omschrijving van een specifiek tabaksproduct. Het ontwerp moet op dit punt grondig worden nagezien.

Artikel 6

9. Artikel 6 van het ontwerp legt strengere informatieverplichtingen op voor het in de handel brengen van sigaretten en roltabak die bepaalde additieven bevatten die "zijn opgenomen op een prioriteitslijst".

Met betrekking tot de vaststelling van die prioriteitslijst, verduidelijkte de gemachtigde:

"L'article 6 de la Directive indique que des obligations de déclaration renforcées s'appliquent à certains additifs figurant sur une liste prioritaire. Cependant, la directive ne dit pas de quels additifs il s'agit. Par conséquent, il est nécessaire que la Ministre précise quels additifs font partie de cette liste prioritaire. Cependant, la Commission a fixé une liste d'additifs qui devra être transposée dans un AM."

In dit verband verklaarde hij tevens:

"La Ministre déterminera quel additif se trouvera sur cette liste prioritaire. Elle ne fera que transposer la liste établie par la Commission européenne."

³ Met betrekking tot de omzetting van die richtlijn door het ontworpen besluit, verklaarde de gemachtigde overigens:

"Cependant, il apparaît que cette modification de l'AR n'implique pas une nouvelle transposition de mesures de la directive 2014/40. Toute la directive a déjà été transposée dans l'AR dans cet AR du 05/02/2016, dans l'AR du 28/10/2016 (pour ce qui concerne E-cigarettes) et dans le projet d'AR sur la traçabilité qui est actuellement en vos murs (pour ce qui concerne la traçabilité et les éléments de sécurité. L'objectif de cet AR modificatif est donc bien de préciser certains éléments qui ont fait l'objet d'interprétations divergentes ou d'ajouter des précisions pour faciliter/renforcer la mise en œuvre et le contrôle (par exemple notification et nouveaux produits tabac) suite à l'expérience acquise depuis l'entrée en vigueur de l'AR du 5/02/2016."

⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval voor de artikelen 2 en 4 van het koninklijk besluit van 5 februari 2016.

Aangezien de bedoelde prioriteitslijst van additieven wordt vastgesteld door de Europese Commissie, verdient het de voorkeur om in het ontworpen artikel 4/1, § 1, “overeenkomstig” te verwijzen naar artikel 6, lid 1, van richtlijn 2014/40/EU op grond waarvan de Europese Commissie de uitvoeringshandelingen vaststelt voor het opstellen van en bijhouden van de prioriteitslijst van additieven. In paragraaf 6 van dezelfde ontworpen bepaling dient te worden geschreven dat de prioriteitslijst⁵ door de minister wordt “bepaald” in plaats van “gepreciseerd”.⁶

Artikel 7

10. Gevraagd hoe het ontworpen artikel 5, § 9 (artikel 7 van het ontwerp) zich verhoudt tot artikel 5, § 4, van het koninklijk besluit van 5 februari 2016, verklaarde de gemachtigde:

“Le nouveau § 9 de l’article 5 est en lien avec son § 4. Le § 4 prévoit l’interdiction d’arôme seulement dans les composants des produits à base de tabac. Avec le nouveau § 9 tout élément technique (et non seulement les composants des produits) permettant de modifier l’intensité de combustion, la couleur des émissions, l’odeur ou le goût seront interdits.

Ce § 9 est aussi en lien avec le § 3 de l’article 5 puisque les éléments techniques ne pourront en outre pas contenir les additifs y mentionnés.”

Er is minstens gedeeltelijk sprake van een overlapping tussen artikel 5, § 4 en het nieuwe artikel 5, § 9. Het is dan ook aangewezen om beide bepalingen te herwerken om ze op elkaar af te stemmen.

Artikel 11

11. Artikel 11, 2°, van het ontwerp machtigt de minister een lijst te bepalen met verboden merken van producten op basis van tabak, zelfs voor producten op basis van tabak die reeds op de markt zijn. Er wordt een overgangsperiode van een jaar ingevoerd om de verkoop van verboden merken te stoppen. De minister kan ook een toelatingsprocedure bepalen voor de merken van producten op basis van tabak die nog niet in de handel zijn.

Met betrekking tot de ontworpen bepaling, verklaarde de gemachtigde:

“La base légale de cet article réside dans l’article 13,1 et 3 de la directive (article 11 § 1 et 3 de notre AR) Les marques ne seront interdites que si elles comprennent un élément interdit en vertu du § 1 de cet article. Les critères objectifs sont donc prévu à l’article 13.1 de la directive.

Cette disposition est conforme au principe d’égalité puisque toutes les marques qu’elles soient ou non déjà sur le marché ou qu’elles soient ou non notoires, seront évaluées en fonction des mêmes critères, à savoir ceux de l’article 13.1.

⁵ Dus niet “prioriteitenlijst” zoals in de Nederlandse tekst.

⁶ Die term zou immers ten onrechte de indruk kunnen wekken dat de minister de door de Europese Commissie vastgestelde lijst mag aanvullen.

Cet article n'est pas un freint à la libre circulation des marchandises puisqu'il ne fait qu'appliquer une disposition de la Directive. De plus le considérant 53 de la Directive indique :

‘Le tabac et les produits connexes qui sont conformes à la présente directive devraient bénéficier de la libre circulation des marchandises. Toutefois, compte tenu des différents niveaux d’harmonisation réalisés par la présente directive, les États membres devraient, sous certaines conditions, conserver la faculté d’imposer des exigences plus strictes à certains égards afin de protéger la santé publique. Cela est le cas en ce qui concerne la présentation et l’emballage, y compris les couleurs, des produits du tabac, à l’exception des avertissements sanitaires, pour lesquels la présente directive prévoit une première série de règles de base communes. En conséquence, les États membres pourraient, par exemple, instaurer des dispositions prévoyant une normalisation accrue des conditionnements des produits du tabac, dès lors que ces dispositions sont compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et les obligations liées à l’Organisation mondiale du commerce (OMC) et ne compromettent pas la pleine application de la présente directive.’

Cet article respecte en effet le droit des marques (droit de propriété). En effet, la jurisprudence de la Cour a établi que ce droit ne constituait pas une prérogative absolue et que son exercice pouvait, conformément à l’article 52 de la Charte- faire l’objet de restrictions justifiées par des objectifs d’intérêt général poursuivis par l’Union, à condition que de telles restrictions répondent effectivement auxdits objectifs d’intérêt général et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis (cfr. Arrêt du 28 mars 2017, PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, point 148; arrêt du 14 mai 1974, Nold/Commission, 4/73, EU:C:1974:51, point 14; arrêt du 16 novembre 2011, Bank Melli Iran/Conseil, C-548/09 P, EU:C:2011:735, points 113 et 114.) Le contenu essentiel du droit fondamental de propriété intellectuelle n’est pas remis en cause puisque cette disposition n’interdit pas aux opérateurs économiques de distinguer leurs produits par l’utilisation de noms et marques commerciales. Cet article permettrait simplement à la Ministre d’interdire certaines marques uniquement si elles utilisent certains éléments ou dispositifs interdit par l’article 11 § 1 et ce, aux fins de la protection d’un autre droit fondamental reconnu par la Charte, à savoir la protection de la santé publique.

A noter que la France a déjà interdit dans son Etat une série de marque sur base de l’article 13 de la directive.”

Hoewel in het ontworpen artikel 11, § 4, wordt aangegeven dat de mogelijkheid om merken van producten op basis van tabak te verbieden enkel geldt voor “de toepassing van de bepalingen van dit artikel”, is het raadzaam in de tekst uitdrukkelijk te bepalen dat de bedoelde lijst van verboden merken van producten op basis van tabak enkel merken betreft die niet voldoen aan de vereisten die zijn opgenomen in artikel 11, § 1, van het koninklijk besluit van 5 februari 2016. Bovendien dient te worden voorzien in een procedure met het oog op de opname van merken van producten op de bedoelde lijst.

Artikel 14

12.1. Naar luid van het ontworpen artikel 14, § 5 (artikel 14 van het ontwerp) bepaalt de Dienst welke bepalingen van de artikelen 7, 8, 9 en 10 van toepassing zijn op nieuwsoortige producten op basis van tabak.

Om uitleg gevraagd over de draagwijdte van de delegatie vervat in de ontworpen bepaling, verduidelijkte de gemachtigde:

“La Ministre a fait récemment une demande au CSS concernant le produit ICOS qui devrait arrivé sur le marché belge. En fonction de cet avis, nous pourrons décider quelles dispositions s’y appliqueront. Un avis au CSS pourra aussi être demandé pour d’autres nouveaux produits.”⁷

Dans tous les cas, les documents transmis par les fabricants lors de la notification nous aiderons à déterminer quelles dispositions s’appliqueront et ce en fonction de la composition du produits, de ses aspects techniques...”

Tevens verklaarde hij:

“Les mots en rouge⁸ doivent être supprimés de l’article : En absence de réglementation spécifique⁹ *déterminée par le Ministre*, les dispositions des articles 4, 5, 6, 11, 12, § 3 et 13 du présent arrêté s’appliquent au nouveau produit à base de tabac. Le service détermine lesquelles des dispositions des articles 7, 8, 9 et 10 s’appliquent au nouveau produit à base de tabac. Le Service les communique au requérant.”

12.2. De verklaringen van de gemachtigde impliceren dat voor nieuwsoortige producten op basis van tabak uiteindelijk de Dienst zal beslissen of de voorschriften van het koninklijk besluit van 5 februari 2016 inzake algemene waarschuwingen, informatieve boodschappen, gecombineerde gezondheidswaarschuwingen en etikettering al dan niet toepasselijk zijn op de bedoelde producten. De ontworpen bepaling komt erop neer dat aan de Dienst in wezen een regelgevende bevoegdheid wordt toegekend.

De toekenning van regelgevende bevoegdheid aan een ambtenaar of administratie die geen politieke verantwoordelijkheid draagt ten opzichte van een democratisch verkozen vergadering is in principe ontoelaatbaar, omdat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van de eenheid van verordenende macht en aan het beginsel van de politieke verantwoordelijkheid van de ministers. Enkel wanneer het gaat om maatregelen die een beperkte en technische draagwijdte hebben, kan een dergelijke delegatie worden aanvaard. Dit is hier niet het geval. Er moet dan ook worden voorzien in een delegatie aan de minister.

⁷ “Le CSS est le Conseil Supérieur de la Santé et l’IQOS est le nouveau produit à base de tabac créé par Philip Morris.”

⁸ Lees: cursief gedrukt

⁹ De gemachtigde stelde bij het begrip ‘specifieke reglementering’ nog het volgende: “Le terme ‘réglementation spécifique’ ne désigne pas une procédure d’admission en tant que telle. Cet article vise à ce que si aucun AR n’est établi pour ces produits, les dispositions 4, 5, 6, 11, 12 § 3 et 13 s’appliquent.”

Artikel 18

13. Op de vraag waarom voor de artikelen 9 en 10, 2°, van het ontworpen besluit wordt afgeweken van de normale termijn van inwerkingtreding, antwoordde de gemachtigde:

“Nous avons voulu différer l’entrée en vigueur de ces deux articles car ils impliquent des modifications d’étiquetage et que nous avons voulu laisser du temps pour que les fabricants puissent se mettre aux normes.

Les autres dispositions sont principalement des clarifications qui n’impliquent pas un changement d’étiquetage et qui peuvent être respectées immédiatement par les fabricants.”

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend apporter à l'arrêté royal du 5 février 2016 'relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des produits du tabac' les modifications suivantes :

- il remplace la notion de 'produits du tabac' par celle de 'produits à base de tabac' (articles 1^{er} à 3 du projet);
- il insère de nouvelles définitions pour les notions d' 'appareil' et d' 'importateur en Belgique' (article 4);
- il adapte les modalités de notification annuelle auprès du Service ¹ et remplace notamment la rétribution unique par une rétribution à acquitter annuellement (article 5);
- il subordonne la commercialisation des cigarettes et du tabac à rouler à des obligations de déclaration renforcées qui s'appliquent à certains additifs figurant sur une liste prioritaire (article 6);
- il instaure l'interdiction de mettre sur le marché des éléments techniques, tels les filtres et le papier, permettant de modifier l'intensité de combustion, la couleur des émissions, l'odeur ou le goût des produits à base de tabac ; en outre, ces éléments ne peuvent pas contenir certains additifs (article 7);
- l'épaisseur d'un paquet de cigarettes ne peut être inférieure à 20 mm (article 8);

¹ À savoir la Direction générale Animaux, Végétaux et Alimentation du Service Public Fédéral Santé publique, Sécurité de la Chaîne Alimentaire et Environnement (article 2, 38°, de l'arrêté royal du 5 février 2016).

- il précise la manière dont doivent être apposés sur les paquets cylindriques les avertissements sanitaires combinés (article 9);
- il interdit toute mention du prix, à l'exclusion du prix mentionné sur le signe fiscal (article 11, 1°);
- il habilite le ministre à fixer une liste des marques de produits à base de tabac interdites (article 11, 2°);
- il prescrit que la mise sur le marché de nouveaux produits à base de tabac doit désormais être notifiée (article 14);
- il instaure une rétribution par produit à fumer à base de plantes notifié (article 16).

Les articles 9 et 10, 2°, de l'arrêté envisagé, entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (article 18).

FONDEMENT JURIDIQUE

4. L'arrêté en projet trouve en principe un fondement juridique dans l'article 6, § 1^{er}, a), 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'. En vertu de cette disposition, le Roi peut, dans l'intérêt de la santé publique ou en vue d'empêcher les tromperies ou les falsifications dans ce domaine, appliquer les mesures visées à l'article 2, alinéas 1^{er} et 2, et à l'article 3, 2°, a), et 3°, c), de cette loi notamment aux produits à base de tabac et produits similaires. Ces mesures permettent de réglementer et d'interdire la fabrication, l'exportation et le commerce de ces produits, ce qui comprend la possibilité de déterminer la composition de produits du tabac et de réglementer les indications utiles à l'information, ainsi que de rendre ces mesures applicables aux objets et matières destinés à entrer en contact avec des produits du tabac et de réglementer l'utilisation des récipients et appareils destinés à entrer en contact avec ces produits du tabac.

L'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 janvier 1977 procure un fondement juridique spécifique aux articles 5, 4°, 14 et 16, 2°, de l'arrêté en projet qui prévoient les rétributions ou « redevances » pouvant d'être qualifiées de redevance. Cette disposition habilite le Roi à imposer une redevance, dont il détermine le montant et les modalités de perception, pour toutes les demandes introduites en application de cette loi, ainsi que pour toutes pièces justificatives à délivrer.

L'article 17 de l'arrêté en projet aux termes duquel les produits de tabac qui ne répondent pas aux dispositions de ce dernier, sont à considérer comme nuisibles, trouve un fondement juridique dans l'article 18, § 1^{er}, de la loi du 24 janvier 1977. Cette disposition confère au Roi le pouvoir de déclarer nuisibles des denrées alimentaires ou d'autres produits visés par cette loi par un « règlement de l'administration générale », comme l'est l'arrêté en projet.

FORMALITÉS

5. L'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 'relatif au contrôle administratif et budgétaire' impose de soumettre à l'accord préalable du Ministre qui a le budget dans ses attributions les projets d'arrêté royal qui sont directement ou indirectement de nature à influencer les recettes.

Les dispositions du projet qui prévoient une nouvelle rétribution (article 16, 2°) ou remplacent une rétribution unique existante par une rétribution annuelle (article 5, 4°), sont de nature à influencer directement ou indirectement les recettes.

Par conséquent, en application de l'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 novembre 1994, le projet doit être soumis à l'accord du Ministre du Budget.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

6. Le projet a été communiqué à la Commission européenne dans le cadre de l'article 5, paragraphe 1, de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 'prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information'. Le délégué a déclaré que cette notification a donné lieu à quelques adaptations du projet en vue de répondre aux observations de la Commission européenne². Dès lors que l'obligation de notification a été accomplie, le Conseil d'État, section de législation, présume que les dispositions du projet au sujet desquelles la Commission européenne n'a pas formulé d'observations, sont en conformité avec les dispositions de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 'relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE'³.

Préambule

7. Dans le texte néerlandais du troisième alinéa du préambule, il y a lieu de remplacer les mots 'richtlijn 2015/1535/UE' par les mots 'richtlijn 2015/1535/EU'.

² Selon le délégué, ces adaptations concernaient spécifiquement ce qui suit :

« Conformément aux commentaires de la Commission, l'exception pour le menthol a été retirée. De plus, la notion d'importateur en Belgique a été insérée (article 4, b)) ».

³ En ce qui concerne la transposition de cette directive par l'arrêté en projet, le délégué a en outre déclaré :

« Cependant, il apparaît que cette modification de l'AR n'implique pas une nouvelle transposition de mesures de la directive 2014/40. Toute la directive a déjà été transposée dans l'AR dans cet AR du 05/02/2016, dans l'AR du 28/10/2016 (pour ce qui concerne E-cigarettes) et dans le projet d'AR sur la traçabilité qui est actuellement en vos murs (pour ce qui concerne la traçabilité et les éléments de sécurité. L'objectif de cet AR modificatif est donc bien de préciser certains éléments qui ont fait l'objet d'interprétations divergentes ou d'ajouter des précisions pour faciliter/renforcer la mise en œuvre et le contrôle (par exemple notification et nouveaux produits tabac) suite à l'expérience acquise depuis l'entrée en vigueur de l'AR du 5/02/2016 ».

Article 3

8. L'article 3 du projet vise à remplacer, dans différentes dispositions de l'arrêté royal du 5 février 2016 les mots « produits du tabac » par les mots « produits à base de tabac ». Cependant, parmi les dispositions à modifier⁴, certaines emploient en outre le singulier « produit du tabac » en vue de définir ou non un produit du tabac spécifique. Le projet doit être revu sur ce point.

Article 6

9. L'article 6 du projet impose des obligations de déclaration renforcées à l'égard de la commercialisation des cigarettes et du tabac à rouler qui contiennent certains additifs « figurant sur une liste prioritaire ».

En ce qui concerne l'établissement de ladite liste, le délégué a précisé ce qui suit :

« L'article 6 de la Directive indique que des obligations de déclaration renforcées s'appliquent à certains additifs figurant sur une liste prioritaire. Cependant, la directive ne dit pas de quels additifs il s'agit. Par conséquent, il est nécessaire que la Ministre précise quels additifs font partie de cette liste prioritaire. Cependant, la Commission a fixé une liste d'additifs qui devra être transposée dans un AM ».

Il a en outre déclaré à cet égard que :

« La Ministre déterminera quel additif se trouvera sur cette liste prioritaire. Elle ne fera que transposer la liste établie par la Commission européenne ».

Étant donné que c'est la Commission européenne qui arrête la liste prioritaire d'additifs dont il est question, il serait préférable que, dans l'article 4/1, § 1^{er}, en projet, il soit fait référence (« conformément ») à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2014/40/UE en vertu duquel la Commission européenne adopte des actes d'exécution établissant et mettant ultérieurement à jour cette liste prioritaire d'additifs. Dans le paragraphe 6 de la même disposition en projet, on écrira que la liste prioritaire⁵ est « arrêtée » par le ministre au lieu de « est précisée »⁶.

⁴ Tel est par exemple le cas des articles 2 et 4 de l'arrêté royal du 5 février 2016.

⁵ Donc pas « prioriteitenlijst » comme en fait mention le texte néerlandais.

⁶ En effet, ce terme pourrait donner erronément à penser que le ministre a la faculté de compléter la liste fixée par la Commission européenne.

Article 7

10. Interrogé sur le point de savoir comment l'article 5, § 9 en projet (article 7 du projet) s'articule par rapport à l'article 5, § 4, de l'arrêté royal du 5 février 2016, le délégué a déclaré :

« Le nouveau § 9 de l'article 5 est en lien avec son § 4. Le § 4 prévoit l'interdiction d'arôme seulement dans les composants des produits à base de tabac. Avec le nouveau § 9 tout élément technique (et non seulement les composants des produits) permettant de modifier l'intensité de combustion, la couleur des émissions, l'odeur ou le goût seront interdits.

Ce § 9 est aussi en lien avec le § 3 de l'article 5 puisque les éléments techniques ne pourront en outre pas contenir les additifs y mentionnés ».

L'article 5, § 4 et le nouvel article 5, § 9 font double emploi, partiellement du moins. Il est par conséquent indiqué de remanier les deux dispositions afin de les mettre en conformité.

Article 11

11. L'article 11, 2°, du projet habilite le ministre à fixer une liste des marques de produits à base de tabac interdites, même si ces produits à base de tabac sont déjà sur le marché. Une période de transition d'un an est accordée pour mettre un terme à la vente des marques interdites. Le ministre peut également fixer une procédure d'autorisation pour les marques de produits à base de tabac non encore commercialisées.

En ce qui concerne la disposition en projet, le délégué a déclaré :

« La base légale de cet article réside dans l'article 13,1 et 3 de la directive (article 11 § 1 et 3 de notre AR) Les marques ne seront interdites que si elles comprennent un élément interdit en vertu du § 1 de cet article. Les critères objectifs sont donc prévu à l'article 13.1 de la directive.

Cette disposition est conforme au principe d'égalité puisque toutes les marques qu'elles soient ou non déjà sur le marché ou qu'elles soient ou non notoires, seront évaluées en fonction des mêmes critères, à savoir ceux de l'article 13.1.

Cet article n'est pas un freint (sic) à la libre circulation des marchandises puisqu'il ne fait qu'appliquer une disposition de la Directive. De plus le considérant 53 de la Directive indique :

« Le tabac et les produits connexes qui sont conformes à la présente directive devraient bénéficier de la libre circulation des marchandises. Toutefois, compte tenu des différents niveaux d'harmonisation réalisés par la présente directive, les États membres devraient, sous certaines conditions, conserver la faculté d'imposer des exigences plus strictes à certains égards afin de protéger la santé publique. Cela est le cas en ce qui concerne la présentation et l'emballage, y compris les couleurs, des produits du tabac, à l'exception des avertissements sanitaires, pour lesquels la présente directive prévoit une première série de règles de base communes. En conséquence, les États membres pourraient, par exemple, instaurer des dispositions prévoyant une normalisation accrue des conditionnements des produits du tabac, dès lors que ces dispositions sont

compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les obligations liées à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et ne compromettent pas la pleine application de la présente directive.'

Cet article respecte en effet le droit des marques (droit de propriété). En effet, la jurisprudence de la Cour a établi que ce droit ne constituait pas une prérogative absolue et que son exercice pouvait, conformément à l'article 52 de la Charte- faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union, à condition que de telles restrictions répondent effectivement auxdits objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis (cfr. Arrêt du 28 mars 2017, PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, point 148; arrêt du 14 mai 1974, Nold/Commission, 4/73, EU:C:1974:51, point 14; arrêt du 16 novembre 2011, Bank Melli Iran/Conseil, C-548/09 P, EU:C:2011:735, points 113 et 114.) Le contenu essentiel du droit fondamental de propriété intellectuelle n'est pas remis en cause puisque cette disposition n'interdit pas aux opérateurs économiques de distinguer leurs produits par l'utilisation de noms et marques commerciales. Cet article permettrait simplement à la Ministre d'interdire certaines marques uniquement si elles utilisent certains éléments ou dispositifs interdit par l'article 11 § 1 et ce, aux fins de la protection d'un autre droit fondamental reconnu par la Charte, à savoir la protection de la santé publique.

A noter que la France a déjà interdit dans son Etat une série de marque sur base de l'article 13 de la directive ».

Bien que l'article 11, § 4, en projet indique que la possibilité d'interdire les marques de produits à base de tabac vaut uniquement « [e]n application des dispositions du présent article », il est conseillé de prévoir expressément dans le texte que la liste visée de marques de produits à base de tabac interdites, ne concerne que des marques qui ne satisfont pas aux exigences figurant à l'article 11, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 février 2016. En outre, il y a lieu de prévoir une procédure en vue de l'insertion des marques de produits dans ladite liste.

Article 14

12.1. Aux termes de l'article 14, § 5, en projet (article 14 du projet), le service détermine quelles dispositions parmi les articles 7, 8, 9 et 10 s'appliquent au nouveau produit à base de tabac.

Invité à préciser la portée de la délégation inscrite dans la disposition en projet, le délégué a précisé ce qui suit :

« La Ministre a fait récemment une demande au CSS concernant le produit ICOS qui devrait arrivé sur le marché belge. En fonction de cet avis, nous pourrons décider quelles dispositions s'y appliqueront. Un avis au CSS pourra aussi être demandé pour d'autres nouveaux produits.⁷

Dans tous les cas, les documents transmis par les fabricants lors de la notification nous aiderons à déterminer quelles dispositions s'appliqueront et ce en fonction de la composition du produits, de ses aspects techniques... »

⁷ « Le CSS est le Conseil Supérieur de la Santé et l'IQOS est le nouveau produit à base de tabac créé par Philip Morris ».

Il a en outre déclaré que :

« Les mots en rouge ⁸ doivent être supprimés de l'article : En absence de réglementation spécifique ⁹ *déterminée par le Ministre*, les dispositions des articles 4, 5, 6, 11, 12, § 3 et 13 du présent arrêté s'appliquent au nouveau produit à base de tabac. Le service détermine lesquelles des dispositions des articles 7, 8, 9 et 10 s'appliquent au nouveau produit à base de tabac. Le Service les communique au requérant ».

12.2. Les déclarations du délégué impliquent qu'en ce qui concerne les nouveaux produits à base de tabac, c'est en fin de compte au Service qu'il appartiendra de décider si les prescriptions de l'arrêté royal du 5 février 2016 relatives aux avertissements généraux, au message d'information, aux avertissements sanitaires combinés et à l'étiquetage sont applicables ou non aux produits visés. La disposition en projet revient essentiellement à investir le Service d'un pouvoir réglementaire.

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un fonctionnaire ou à une administration qui n'assument aucune responsabilité politique à l'égard d'une assemblée élue démocratiquement n'est en principe pas admissible car il est ainsi porté préjudice au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et au principe de la responsabilité politique des ministres. Une telle délégation ne peut être acceptée que lorsqu'il s'agit de mesures ayant une portée limitée et technique. Tel n'est pas le cas en l'occurrence. En conséquence, il y a lieu de prévoir une délégation au ministre.

Article 18

13. Interpellé sur la question de savoir pourquoi l'arrêté en projet déroge, à l'égard de ses articles 9 et 10, 2°, au délai normal d'entrée en vigueur, le délégué a répondu :

« Nous avons voulu différer l'entrée en vigueur de ces deux articles car ils impliquent des modifications d'étiquetage et que nous avons voulu laisser du temps pour que les fabricants puissent se mettre aux normes.

Les autres dispositions sont principalement des clarifications qui n'impliquent pas un changement d'étiquetage et qui peuvent être respectées immédiatement par les fabricants ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁸ Lire : en italiques

⁹ Au sujet de la notion de 'réglementation spécifique', le délégué a encore indiqué ce qui suit : « Le terme 'réglementation spécifique' ne désigne pas une procédure d'admission en tant que telle. Cet article vise à ce que si aucun AR n'est établi pour ces produits, les dispositions 4, 5, 6, 11, 12 § 3 et 13 s'appliquent ».