



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.373/3
van 17 november 2022

avis 72.373/3
du 17 novembre 2022

over

sur

een ontwerp van ministerieel besluit
‘houdende verlenging van de
maatregelen van het ministerieel besluit
van 9 maart 2022 houdende de
voorlopige bepaling van de
voorwaarden voor het op de markt
brengen van CO₂-meters in het kader
van de bestrijding van SARS-CoV-2’

un projet d’arrêté ministériel ‘portant
prolongation des mesures prises dans
l’arrêté ministériel du 9 mars 2022
déterminant provisoirement les
conditions de la mise sur le marché des
CO₂-mètres dans le cadre de la lutte
contre le SARS-CoV-2’

Op 18 oktober 2022 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 ministerieel besluit 'houdende verlenging van de maatregelen van het ministerieel besluit van 9 maart 2022 houdende de voorlopige bepaling van de voorwaarden voor het op de markt brengen van CO₂-meters in het kader van de bestrijding van SARS-CoV-2'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 9 november 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 november 2022.

*

Le 18 octobre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Santé publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté ministériel 'portant prolongation des mesures prises dans l'arrêté ministériel du 9 mars 2022 déterminant provisoirement les conditions de la mise sur le marché des CO₂-mètres dans le cadre de la lutte contre le SARS-CoV-2'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 9 novembre 2022. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Kristine BAMS, premier auditeur chef de section.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 novembre 2022.

*

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.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit strekt tot de verlenging van de geldigheid van het ministerieel besluit van 9 maart 2022 ‘houdende de voorlopige bepaling van de voorwaarden voor het op de markt brengen van CO₂-meters in het kader van de bestrijding van SARS-CoV-2’.¹

Artikel 1 van het ontwerp bepaalt dat de “maatregelen genomen in de artikelen 1 tot en met 3” van het voornoemde besluit worden verlengd. Artikel 2 bepaalt dat die verlenging “vervalt bij het einde van de zesde maand volgend op de inwerkingtreding van dit besluit”. Artikel 3 regelt de inwerkingtreding van het te nemen besluit op een nog niet ingevulde datum.

RECHTSGROND

3. De rechtsgrond voor het ontwerp wordt gezocht in artikel 5, § 3, van de wet van 21 december 1998 ‘betreffende de productnormen ter bevordering van duurzame productie en consumptiepatronen en ter bescherming van het leefmilieu, de volksgezondheid en de werknemers’. Op grond van die bepaling kan de minister bevoegd voor volksgezondheid, wanneer één of meerdere producten een ernstig en dringend gevaar betekenen voor de volksgezondheid en behalve in de gevallen waarin artikel IX.5 van het Wetboek van economisch recht van toepassing is, bij een met redenen omkleed besluit en zonder de in de wet van 21 december 1998 en zijn uitvoeringsbesluiten voorgeschreven adviezen in te winnen, voorlopige maatregelen nemen die beletten dat deze producten nog gebruikt worden, alsook nog op de markt worden gebracht of blijven.

4.1. Artikel 5, § 5, van dezelfde wet schrijft voor dat de maatregelen genomen krachtens (onder meer) paragraaf 3 van dat artikel “vervallen ten laatste bij het einde van de zesde maand die volgt op deze waarin zij in werking zijn getreden. Deze maatregelen kunnen voor een periode van hoogstens dezelfde duur worden verlengd.”

¹ Een eerdere spoedadviesaanvraag over hetzelfde ontwerp werd door de Raad van State onontvankelijk bevonden omdat de spoedeisendheid niet werd aangetoond (adv.RvS 72.285/3 van 7 oktober 2022 over een ontwerp van ministerieel besluit ‘houdende verlenging van de maatregelen van het ministerieel besluit van 9 maart 2022 houdende de voorlopige bepaling van de voorwaarden voor het op de markt brengen van CO₂-meters in het kader van de bestrijding van SARS-CoV-2’).

Het ministerieel besluit van 9 maart 2022 is in werking getreden op 4 april 2022, tien dagen na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Het is buiten werking getreden, overeenkomstig artikel 4 van dat besluit, zes maanden na de inwerkingtreding ervan, namelijk op 4 oktober 2022.

De conclusie is dat het ministerieel besluit van 9 maart 2022 niet meer kan worden verlengd, aangezien het uit de rechtsorde is verdwenen.² Het kan ook niet opnieuw worden uitgevaardigd op grond van artikel 5, § 3, van de wet van 21 december 1998. Een dergelijke nieuwe uitvaardiging zou immers indruisen tegen de duidelijke wil van de wetgever die tot uiting komt in artikel 5, § 5, van die wet, namelijk dat maatregelen op grond van artikel 5, § 3, enkel eenmalig kunnen worden verlengd voor een periode van zes maanden *wanneer ze nog niet vervallen zijn na het verstrijken van de eerste periode van zes maanden*. Gezien de aard van de te verlengen regeling, namelijk dwingende vereisten waaraan CO₂-meters moeten voldoen om op de markt te mogen worden gebracht, is een verlenging met terugwerkende kracht niet mogelijk, nog afgezien van de verenigbaarheid ervan met artikel 5, § 5, van de wet van 21 december 1998.

4.2. In advies 70.812/3 van 25 januari 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 9 maart 2022 formuleerde de Raad van State de volgende bezwaren bij het beroep op artikel 5, § 3, van de wet van 21 december 1998:

“3.1. De rechtsgrond voor het ontwerp wordt gezocht in artikel 5, § 3, van de wet van 21 december 1998 ‘betreffende de productnormen ter bevordering van duurzame productie en consumptiepatronen en ter bescherming van het leefmilieu, de volksgezondheid en de werknemers’. Op grond van die bepaling kan de minister bevoegd voor volksgezondheid, wanneer één of meerdere producten een ernstig en dringend gevaar betekenen voor de volksgezondheid en behalve in de gevallen waarin artikel IX.5 van het Wetboek van economisch recht van toepassing is, bij een met redenen omkleed besluit en zonder de in de wet van 21 december 1998 en zijn uitvoeringsbesluiten voorgeschreven adviezen in te winnen, voorlopige maatregelen nemen die beletten dat deze producten nog gebruikt worden, alsook nog op de markt worden gebracht of blijven.

De omstandigheid dat de in het ontwerp geviseerde categorie van producten vrij algemeen is omschreven en niet wordt gedefinieerd aan de hand van een specifieke eigenschap³ of een bepaalde merknaam⁴, doet geen afbreuk aan die mogelijkheid, die volgens de letter van de wetbepaling betrekking heeft op ‘meerdere producten’, dus ook op een mogelijk vrij ruim omschreven categorie van producten, zolang het ernstig en dringend gevaar ook daadwerkelijk op die hele categorie betrekking heeft.⁵

3.2. Dat neemt echter niet weg dat een belangrijk voorbehoud moet worden geformuleerd bij het voorhanden zijn van een ‘ernstig en dringend gevaar (...) voor de

² Dat blijkt ook reeds het geval te zijn geweest op de dag waarop de spoedadviesaanvraag werd ingediend bij de Raad van State die heeft geleid tot het voormelde advies 72.285/3.

³ Voetnoot 1 van het geciteerde advies: Zoals voor het ministerieel besluit van 5 januari 2009 ‘betreffende het verbod van het in de handel brengen van artikelen en producten die dimethylfumaraat bevatten’.

⁴ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Zoals voor het ministerieel besluit van 3 mei 2006 ‘tot verbod van bepaalde wieroekkegeltjes en -stokken’ en voor het ministerieel besluit van 5 december 2012 ‘houdende het verbod tot het op de markt brengen en het gebruiken van het product Total Clean’.

⁵ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Zie advies 69.030/3 van 23 maart 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 12 mei 2021 ‘houdende de voorlopige bepaling van de voorwaarden voor het op de markt brengen van luchtzuiveringssystemen in het kader van de bestrijding van SARS-CoV-2 buiten medische doeleinden’.

volksgezondheid', zoals de voormelde rechtsgrondbepaling vereist. Als enige staving van dat gevaar wordt immers verwezen naar advies nr. 9616 van de Hoge Gezondheidsraad van 3 februari 2021,⁶ waarop eerder al werd gesteund voor het uitvaardigen van een regeling ten aanzien van luchtzuiveringssystemen.⁷ In dat advies wordt weliswaar ingegaan op het meten van het CO₂-peil in binnenruimtes als 'zeer goede indicatie (...) van de kwaliteit van de ventilatie' en wordt gewezen op 'het risico op meetfouten en de onbetrouwbaarheid van de gebruikte apparaten' (punt 3.2.6 van dat advies), maar of daarmee vaststaat dat het gebruik van luchtkwaliteitsmeters die niet aan de ontworpen voorwaarden voldoen, een ernstig gevaar voor de volksgezondheid inhoudt, kan de Raad van State bij gebrek aan de vereiste expertise niet beoordelen.

Daar komt nog bij dat vragen kunnen rijzen bij de dringende aard van de ontworpen regeling, nu het betrokken advies van de Hoge Gezondheidsraad inmiddels al bijna een jaar geleden werd gegeven en er nu pas op wordt gesteund, zonder dat waarschijnlijk wordt gemaakt dat een probleem van onbetrouwbare of onnauwkeurige luchtkwaliteitsmeters zich pas recent voordoet.

(...)"

Die bedenkingen, waaraan geen gevolg is gegeven, gelden nog steeds. Overigens wordt in de aanhef van het huidige ontwerp nog steeds verwezen naar hetzelfde advies van de Hoge Gezondheidsraad dat nu al ruim anderhalf jaar geleden werd gegeven. De overwegingen in de aanhef van het huidige ontwerp, waaruit het ernstig en dringend gevaar voor de volksgezondheid moet blijken, zijn nog steeds dezelfde als die in het ministerieel besluit van 9 maart 2022.

5. Gelet op het voorgaande staat thans wel vast dat geen beroep meer kan worden gedaan op artikel 5, § 3, van de wet van 21 december 1998.

De ontworpen regeling (of liever: een overname van het buitenwerking getreden ministerieel besluit van 9 maart 2022 in een nieuw besluit) zou wel doorgang kunnen vinden in de vorm van een koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 5, § 1 of § 2, van de wet van 21 december 1998.

⁶ Voetnoot 4 van het geciteerde advies:

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/20210218_hgr-9616_covid-19_ventilatie_vweb3_0.pdf

⁷ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Zie het voormelde ministerieel besluit van 12 mei 2021. De toepassing van dat besluit werd verlengd met een periode van zes maanden (samen met een aanvulling van een van de voorwaarden) bij het ministerieel besluit van 23 november 2021 'houdende verlenging van de maatregelen van het ministerieel besluit van 12 mei 2021 houdende de voorlopige bepaling van de voorwaarden voor het op de markt brengen van luchtzuiveringssystemen in het kader van de bestrijding van SARS-CoV-2 buiten medische doeleinden'. Dit besluit werd in ontwerpvorm niet om advies voorgelegd aan de Raad van State, overigens zelfs zonder dat uitdrukkelijk een beroep wordt gedaan op de hoogdringendheid.

Voor verschillende delegaties in die wetsbepalingen wordt overigens het overleg in de Ministerraad voorgeschreven. Dat betekent dat dat overleg nog zal moeten plaatsvinden,⁸ tenzij indien voldoende rechtsgrond kan worden gevonden in delegaties waarvoor dat overleg niet is voorgeschreven.

De Raad van State kan niet vooruitlopen op het onderzoek van de rechtsgrond en van de inhoud van een aldus herwerkt ontwerpbesluit. Wanneer het ontwerp is herwerkt tot een ontwerp van koninklijk besluit, moet het opnieuw om advies worden voorgelegd.

*

⁸ Dat overleg in de Ministerraad, indien voorgeschreven, is overigens ook een ontvankelijkheidsvoorwaarde voor het geldig raadplegen van de Raad van State.

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.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté ministériel soumis pour avis a pour objet de prolonger la validité de l'arrêté ministériel du 9 mars 2022 'déterminant provisoirement les conditions de la mise sur le marché des CO₂-mètres dans le cadre de la lutte contre le SARS-CoV-2' ¹.

L'article 1^{er} du projet prévoit que les « mesures prises aux articles 1 à 3 » de l'arrêté précité sont prolongées. L'article 2 dispose que cette prolongation « cesse de produire ses effets à la fin du sixième mois suivant celui de l'entrée en vigueur du présent arrêté ». L'article 3 fixe l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé à une date qui n'a pas encore été complétée.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 5, § 3, de la loi du 21 décembre 1998 'relative aux normes de produits ayant pour but la promotion de modes de production et de consommation durables et la protection de l'environnement, de la santé et des travailleurs'. Cette disposition prévoit que lorsqu'un ou plusieurs produits constituent un danger grave et urgent pour la santé publique et, sauf dans les cas où l'article IX.5 du Code de droit économique est d'application, le ministre qui a la santé publique dans ses attributions peut, par arrêté motivé et sans demander les avis prescrits par la loi du 21 décembre 1998 et ses arrêtés d'exécution, prendre des mesures provisoires interdisant l'usage, ainsi que la mise ou le maintien sur le marché de ces produits.

4.1. L'article 5, § 5, de la même loi prescrit que les mesures prises en vertu (notamment) du paragraphe 3 de cet article « cessent de produire leurs effets au plus tard à la fin du sixième mois suivant celui où elles sont entrées en vigueur. Ces mesures peuvent être prolongées pour une période ne dépassant pas ce même délai ».

L'arrêté ministériel du 9 mars 2022 est entré en vigueur le 4 avril 2022, dix jours après sa publication au Moniteur belge. Il a cessé d'être en vigueur, conformément à son article 4, six mois après son entrée en vigueur, à savoir le 4 octobre 2022.

¹ Une demande d'avis urgente antérieure sur le même projet a été jugée irrecevable par le Conseil d'État au motif que l'urgence n'était pas démontrée (avis C.E. 72.285/3 du 7 octobre 2022 sur un projet d'arrêté ministériel 'portant prolongation des mesures prises dans l'arrêté ministériel du 9 mars 2022 déterminant provisoirement les conditions de la mise sur le marché des CO₂-mètres dans le cadre de la lutte contre le SARS-CoV-2').

Force est de conclure que l'arrêté ministériel du 9 mars 2022 ne peut plus être prolongé, dès lors qu'il a disparu de l'ordre juridique ². Il ne peut pas non plus être rétabli sur la base de l'article 5, § 3, de la loi du 21 décembre 1998. En effet, cela irait à l'encontre de l'intention manifeste du législateur, exprimée à l'article 5, § 5, de cette loi, à savoir que les mesures prises en vertu de l'article 5, § 3, ne peuvent être prolongées qu'une seule fois pour une période de six mois *lorsqu'elles n'ont pas encore cessé d'être en vigueur à l'expiration de la première période de six mois*. Compte tenu de la nature du régime à prolonger, c'est-à-dire des exigences contraignantes auxquelles les CO₂-mètres doivent satisfaire pour pouvoir être mis sur le marché, une prolongation avec effet rétroactif n'est pas possible, indépendamment encore de sa compatibilité avec l'article 5, § 5, de la loi du 21 décembre 1998.

4.2. Dans l'avis 70.812/3 du 25 janvier 2022 sur un projet devenu l'arrêté ministériel du 9 mars 2022, le Conseil d'État a formulé les objections suivantes à propos du recours à l'article 5, § 3, de la loi du 21 décembre 1998 :

« 3.1. Le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 5, § 3, de la loi du 21 décembre 1998 'relative aux normes de produits ayant pour but la promotion de modes de production et de consommation durables et la protection de l'environnement, de la santé et des travailleurs'. Cette disposition prévoit que lorsqu'un ou plusieurs produits constituent un danger grave et urgent pour la santé publique et, sauf dans les cas où l'article IX.5 du Code de droit économique est d'application, le ministre qui a la santé publique dans ses attributions peut, par arrêté motivé et sans demander les avis prescrits par la loi du 21 décembre 1998 et ses arrêtés d'exécution, prendre des mesures provisoires interdisant l'usage, ainsi que la mise ou le maintien sur le marché de ces produits.

La circonstance que la catégorie de produits visée dans le projet est définie d'une manière plutôt générale et non en fonction d'une caractéristique spécifique ³ ou d'un nom de marque déterminé ⁴ ne porte pas atteinte à cette possibilité qui, selon la lettre de la disposition légale, concerne 'plusieurs produits', donc également une catégorie de produits qui serait définie de manière plutôt large, aussi longtemps que le danger grave et urgent porte effectivement sur l'ensemble de cette catégorie ⁵.

3.2. Il n'en demeure pas moins qu'une réserve importante doit être formulée concernant la présence d'un 'danger grave et urgent pour la santé publique', comme le requiert la disposition précitée procurant le fondement juridique. En effet, comme seule justification de ce danger, il est renvoyé à l'avis n° 9616 du Conseil supérieur de la Santé du 3 février 2021 ⁶, sur lequel on avait déjà précédemment pris appui pour adopter un

² Il s'avère également que tel était déjà le cas le jour où a été introduite auprès du Conseil d'État la demande d'avis urgente qui a donné lieu à l'avis 72.285/3 précité.

³ *Note de bas de page 1 de l'avis cité* : Comme pour l'arrêté ministériel du 5 janvier 2009 'concernant l'interdiction de mise sur le marché d'articles et de produits contenant du fumarate de diméthyle'.

⁴ *Note de bas de page 2 de l'avis cité* : Comme pour l'arrêté ministériel du 3 mai 2006 'portant interdiction de certains cônes et bâtonnets d'encens' et l'arrêté ministériel du 5 décembre 2012 'portant l'interdiction de la mise sur le marché et de l'utilisation du produit Total Clean'.

⁵ *Note de bas de page 3 de l'avis cité* : Voir l'avis 69.030/3 du 23 mars 2021 sur un projet devenu l'arrêté ministériel du 12 mai 2021 'déterminant provisoirement les conditions de la mise sur le marché des produits de purification de l'air dans le cadre de la lutte contre le SARS-CoV-2 en dehors des usages médicaux'.

⁶ *Note de bas de page 4 de l'avis cité* :

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/20210218_css-9616_covid-19_ventilation_vweb3.pdf.

dispositif relatif aux produits de purification de l'air ⁷. Cet avis aborde certes la mesure du taux de CO₂ dans les espaces intérieurs comme '[u]ne très bonne indication de la qualité (...) de la ventilation' et pointe 'les risques d'erreurs de mesure et la fiabilité des dispositifs utilisés' (point 3.2.6 dudit avis), mais faute de posséder l'expertise requise, le Conseil d'État n'est pas en mesure d'apprécier s'il est ainsi établi que l'utilisation d'appareils de mesure de la qualité de l'air qui ne répondent pas aux conditions en projet constitue un grave danger pour la santé publique.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'urgence du dispositif en projet, dès lors que l'avis en question du Conseil supérieur de la Santé a déjà été donné il y a près d'un an et que ce n'est qu'actuellement que l'on se fonde sur cet avis, sans qu'il soit rendu plausible qu'un problème d'appareils de mesure de la qualité de l'air peu fiables et imprécis ne survienne que récemment.

(...) ».

Ces observations, auxquelles il n'a pas été donné suite, sont toujours d'actualité. Par ailleurs, le préambule du projet actuel vise toujours le même avis du Conseil supérieur de la Santé, qui a maintenant été donné il y a plus d'un an et demi. Les considérants du préambule du projet actuel, qui doivent prouver le danger grave et urgent pour la santé publique, sont toujours les mêmes que ceux figurant dans l'arrêté ministériel du 9 mars 2022.

5. Compte tenu de ce qui précède, il est actuellement bien établi que l'article 5, § 3, de la loi du 21 décembre 1998 ne peut être invoqué.

Le régime en projet (ou plutôt : une reproduction de l'arrêté ministériel du 9 mars 2022, ayant cessé d'être en vigueur, dans un nouvel arrêté) pourrait toutefois se concrétiser sous la forme d'un arrêté royal pris en exécution de l'article 5, § 1^{er} ou § 2, de la loi du 21 décembre 1998.

Différentes délégations contenues dans ces dispositions légales requièrent, au demeurant, la délibération en Conseil des ministres. Par conséquent, cette délibération devra encore avoir lieu ⁸, sauf si un fondement juridique suffisant peut être trouvé dans des délégations pour lesquelles cette délibération n'est pas prescrite.

⁷ Note de bas de page 5 de l'avis cité : Voir l'arrêté ministériel du 12 mai 2021 précité. L'application de cet arrêté a été prolongée pour une période de six mois (avec l'ajout d'une des conditions) par l'arrêté ministériel du 23 novembre 2021 'portant prolongation des mesures prises dans l'arrêté ministériel du 12 mai 2021 déterminant provisoirement les conditions de la mise sur le marché des produits de purification de l'air dans le cadre de la lutte contre le SARS-CoV-2 en dehors des usages médicaux'. Cet arrêté n'a pas été soumis à l'état de projet à l'avis du Conseil d'État, par ailleurs même sans que l'urgence soit expressément invoquée.

⁸ D'ailleurs, cette délibération en Conseil des ministres, si elle est prescrite, constitue aussi une condition de recevabilité pour consulter valablement le Conseil d'État.

Le Conseil d'État ne peut préjuger de l'examen du fondement juridique et du contenu d'un projet d'arrêté ainsi remanié. Lorsque le projet aura été refondu en un projet d'arrêté royal, il devra à nouveau être soumis pour avis.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE