

ADVIES 75.165/3 VAN 18 JANUARI 2024 VAN DE RAAD VAN STATE, AFDELING WETGEVING, OVER EEN ONTWERP VAN KONINKLIJK BESLUIT 'BETREFFENDE HET ONEIGENLIJK GEBRUIK VAN DISTIKSTOFMONOXIDE'

Op 20 december 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Binnenlandse Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende het oneigenlijk gebruik van distikstofmonoxide'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 16 januari 2024. De kamer was samengesteld uit Jeroen Van Nieuwenhove, kamervoorzitter, Koen Muylle en Elly Van de Velde, staatsraden, Bruno Peeters, assessor, en Yves Depoorter, 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 Koen Muylle, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 januari 2024.

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 koninklijk besluit strekt ertoe de invoer, de uitvoer, de doorvoer, de vervaardiging, de bewaring, de etikettering, het vervoer, het bezit, de makelarij, de verkoop en het te koop stellen, het voorschrijven, het afleveren of het aanschaffen, tegen betaling of kosteloos, zowel fysiek als online, van distikstofmonoxide te verbieden (artikel 1, § 1, van het ontwerp). Er wordt evenwel in een uitzondering voorzien wanneer het product bestemd is voor medische of technische doeleinden of als voedingsadditief (artikel 1, § 2). Het toezicht op de naleving van het te nemen besluit wordt geregeld (artikel 2) en inbreuken erop worden strafrechtelijk gesanctioneerd (artikel 3).

#### RECHTSGROND

3.1. Artikel 1 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 1, eerste lid, van de wet van 24 februari 1921 'betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen'. In die bepaling wordt de Koning

gemachtigd om in het belang van de hygiëne, de openbare gezondheid, de invoer, de uitvoer, de doorvoer, de vervaardiging, de bewaring, dit wil zeggen de opslag onder de vereiste voorwaarden, de etikettering, het vervoer, het bezit, de makelarij, de verkoop en het te koop stellen, het voorschrijven, het afleveren of het aanschaffen, tegen betaling of kosteloos, van giftstoffen, slaapmiddelen, verdovende middelen, ontsmettingsmiddelen en antiseptica alsook de teelt van planten waaruit deze stoffen kunnen worden getrokken, te regelen en daarover toezicht te houden. Uit het verslag aan de Koning bij het ontwerp, en uit verklaringen van de gemachtigde,<sup>1</sup> blijkt immers dat distikstofmonoxide een verdovende werking heeft en het dus als een verdovend middel in de zin van het voormelde artikel 1, eerste lid, kan worden beschouwd.

In zoverre distikstofmonoxide ook kan worden beschouwd als een gebruiksartikel in de zin van artikel 1, 2<sup>o</sup>, f), van de wet van 24 januari 1977 'betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere produkten' dat bij het gebruik, hetzij door het innemen van delen ervan, hetzij door het inademen ervan, hetzij door contact met het lichaam een fysiologische uitwerking kan hebben, vindt artikel 1 van het ontwerp bijkomend rechtsgrond in artikel 6, § 1, b), van die wet. Uit die bepaling vloeit immers voort dat de Koning voor dergelijke gebruiksartikelen regels kan stellen en verbodsmaatregelen kan voorschrijven op de fabricage en de uitvoer ervan en de handel erin.

3.2.1. De aanwijzing van de contractuele en statutaire inspecteurs en controleurs van de inspectiedienst van het Directoraat-generaal Dier, Plant en Voeding van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid om toezicht uit te oefenen op de naleving van het te nemen besluit (artikel 2, § 1, 1<sup>o</sup>, van het ontwerp) vindt rechtsgrond in artikel 11, § 1, eerste lid, van de wet van 24 januari 1977. Die bepaling machtigt de Koning om toezichtsambtenaren aan te wijzen die behoren tot de statutaire of contractuele personeelsleden van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu. Het gegeven dat de aldus aangewezen inspecteurs en controleurs beschikken over de bevoegdheden bedoeld in de artikelen 11, 11/1, 11bis en 18 van de wet van 24 januari 1977 (artikel 2, § 2, van het ontwerp), vloeit uit de voormelde wetsbepalingen voort en is dus een loutere herneming van wat in die wet zelf staat.

Ook de bepaling dat de ambtenaren van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen toezicht uitoefenen op de naleving van het te nemen besluit (artikel 2, § 1, 4<sup>o</sup>, van het ontwerp) herneemt wat al in de wet staat, namelijk in artikel 7, § 1, eerste lid, van de wet van 24 februari 1921. Hetzelfde geldt voor de leden van het operationele kader van de lokale en federale politie (artikel 2, § 1, 2<sup>o</sup>, van het ontwerp), die als taak hebben de misdaden, de wanbedrijven en de overtredingen op te sporen.<sup>2</sup>

3.2.2. De vraag rijst evenwel naar de rechtsgrond voor artikel 2, § 1, 3<sup>o</sup>, van het ontwerp, in zoverre in die bepaling de personeelsleden van het Directoraat-generaal belast met het Wegvervoer en de Verkeersveiligheid van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer worden aangewezen om toezicht uit te oefenen op de naleving van het te nemen besluit. De gemachtigde verwijst hiervoor naar artikel 1, § 1, van de wet van 24 februari 1921, dat volgens hem impliceert

“dat de Koning kan aanduiden wie en hoe dit toezicht juist plaatsvindt, zoals ook gebeurd is in bv. het KB van 12 april 1974 betreffende sommige verrichtingen in verband met stoffen met hormonale, anti-hormonale, anabole, beta-adrenergische, anti-infectieuze, anti-parasitaire en anti-inflammatoire werking (art. 5)”.

Zoals vermeld bevat de wet van 24 februari 1921 evenwel een specifieke bepaling, namelijk artikel 7, § 1, betreffende de aanwijzing door de Koning van personeelsleden die het toezicht uitoefenen op de naleving van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan. Die mogelijkheid is, naast de in die bepaling vermelde officieren van gerechtelijke politie en de personeelsleden van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen, evenwel beperkt tot de personeelsleden van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten. Gelet op deze specifieke regeling lijkt het niet mogelijk om op grond van artikel 1, § 1, eerste lid, van diezelfde wet personeelsleden van de FOD Mobiliteit en Vervoer te belasten met het toezicht op de naleving van het te nemen besluit. Ook artikel 11, § 1, eerste lid, van de wet van 24 januari 1977 biedt hiervoor geen rechtsgrond, vermits die bepaling enkel gewag maakt van personeelsleden van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu.

Indien er niet alsnog een deugdelijke rechtsgrond kan worden gevonden voor artikel 2, § 1, 3°, van het ontwerp, moet die bepaling worden weggelaten.

3.3.1. In zoverre luidens artikel 3, § 1, van het ontwerp inbreuken op het verbod vermeld in artikel 1, § 1, van het te nemen besluit worden gestraft met de straffen bepaald in artikel 2*bis*, § 1, van de wet van 24 februari 1921, herneemt die bepaling wat al voortvloeit uit het voormelde artikel 2*bis*, § 1, vermits die bepaling voorziet in de strafbaarstelling van de overtreding van de bepalingen van de krachtens deze wet uitgevaardigde koninklijke besluiten met betrekking tot, onder meer, verdovende middelen.

Hetzelfde geldt voor artikel 3, § 3, van het ontwerp, dat herneemt hetgeen reeds voortvloeit uit het in die bepaling vermelde artikel 6 van de wet van 24 februari 1921.

3.3.2. Artikel 3, § 2, van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 2*ter*, eerste lid, van de wet van 24 februari 1921, naar luid waarvan de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de misdrijven kan bepalen die, in afwijking van de straffen bepaald in artikel 2*bis* van diezelfde wet, worden gestraft met de aldaar vermelde straffen.

#### ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Het ontwerp verbiedt onder meer de verkoop van distikstofmonoxide, zowel fysiek als online, behalve “wanneer het product bestemd is voor medische of technische doeleinden of als voedingsadditief, ongeacht de hoeveelheid”. De niet-naleving van dat verbod wordt strafrechtelijk gesanctioneerd (artikel 3, §§ 1 en 2, van het ontwerp).

4.2. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken dat uit artikel 12, tweede lid, van de Grondwet voortvloeit, gaat uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het vereist dat in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen wordt bepaald welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten.<sup>3</sup>

4.3. Volgens het verslag aan de Koning wordt “het doelbewust verkopen met oog op de *oneigenlijke* aanwending (...) aangepakt, niet de verkoop noch het gebruik op *eigenlijke* wijze. Bij het verkopen van distikstofmonoxide voor eigenlijke doeleinden zijn immers niet alle constitutieve elementen van het misdrijf vervuld (cf. geen moreel bestanddeel aanwezig)”.

Door het criterium van de *bestemming* van het product, en niet het effectieve *gebruik* ervan, kan evenwel onzekerheid ontstaan over het al dan niet strafbaar karakter van de verkoop van distikstofmonoxide, inzonderheid in hoofde van de verkoper. Op het ogenblik van de verkoop is die bestemming voor de verkoper niet altijd duidelijk. Dit is inzonderheid het geval bij een online verkoop. Bovendien blijkt uit het verslag aan de Koning dat het niet noodzakelijkerwijs om een verkoop aan een professionele koper moet gaan en dat ook particulieren distikstofmonoxide kunnen kopen zonder dat die verkoop strafbaar is, bijvoorbeeld als het product bestemd is als voedingsadditief.<sup>4</sup>

4.4. Gevraagd hoe in het licht hiervan op voldoende rechtszekere wijze kan worden bepaald of een verkoop van distikstofmonoxide al dan niet strafbaar is, antwoordde de gemachtigde:

“In principe volstaat het dat de koper formeel bevestigt dat de aankoop van het betreffende product om legitieme redenen gebeurt. Gelet dat het product ook gebruikt kan worden door particulieren voor dagelijkse toepassingen, is het voorleggen van enige beroepskwalificatie niet vereist. Er wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen offline en online verkoop, daar het rechtmatig karakter van de transactie in beide gevallen telkens op verklaring (formeel dan wel informeel naar gelang de omstandigheden) van de koper berust. De verkoper is echter ook verplicht het product te verkopen voor eigenlijk gebruik. Indien uit de verkoopintenties oneigenlijk gebruik blijkt (bijvoorbeeld reclame maken voor lachgas als verdovend middel, in plaats van als voedingsadditief), kan ook tegen de verkoper worden opgetreden.”

4.5. Gelet hierop zou het ontwerp moeten worden aangevuld met een regeling waaruit blijkt dat de verkoper kan voortgaan op de verklaringen van de koper aangaande de bestemming van het product voor medische of technische doeleinden of als voedingsadditief. Of dat er al dan niet strafrechtelijk kan worden opgetreden tegen de verkoper,

hangt met de huidige tekst van het ontwerp blijkens de verklaring van de gemachtigde immers af van mogelijk informele verklaringen van de koper, wat op zijn minst voor bewijsproblemen kan zorgen.

#### ONDERZOEK VAN DE TEKST

##### Aanhef

5. De aanhef moet worden aangepast aan hetgeen hiervoor over de rechtsgrond voor het ontwerp is opgemerkt. Zo moet in het eerste lid van de aanhef bijkomend worden verwezen naar artikel 2<sup>ter</sup> van de wet van 24 februari 1921, en moet in het tweede lid meer specifiek worden verwezen naar de artikelen 6, § 1, b), en 11, § 1, eerste lid, van de wet van 24 januari 1977.

De griffier,  
Yves DEPOORTER

De voorzitter,  
Jeroen VAN NIEUWENHOVE

---

##### Nota's

(1) Op de vraag of distikstofmonoxide onder het toepassingsgebied van de wet van 24 februari 1921 valt, antwoordde de gemachtigde: "Verdovende middelen, alsook slaapmiddelen, vallen onder het toepassingsgebied van de drugswet. Gelet op het feit dat distikstofmonoxide gebruikt wordt (o.a.) als sedatie- /anesthesiemiddel, heeft het duidelijk een verdovend/slaapverwekkend effect."

(2) Artikel 15, eerste lid, 1<sup>o</sup>, van de wet van 5 augustus 1992 'op het politieambt'.

(3) Vaste rechtspraak van het GwH: zie bv. GwH 8 november 2018, nr. 153/2018, B.24.2; GwH 18 november 2021, nr. 158/2021, B.24.2.

(4) Zo wordt in het verslag aan de Koning gewag gemaakt van "grootwarenhuizen die slagroom verkopen" en "speciaalzaken in het kader van patisserie".

---