

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.187/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Premier Ministre , le 1^{er} mars 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses", a donné le 23 mars 2005 l'avis suivant :

Fondement juridique

Dispositif

Article 2

(Article 10, 5°, de la loi sur les faillites en projet)

Dans un souci de cohérence du texte, le terme "failli" doit être remplacé par le mot "commerçant" puisque celui qui fait aveu de faillite n'est pas encore déclaré failli.

Article 3

(Article 24*bis* de la loi sur les faillites en projet)

Le texte en projet dispose qu'à compter du jugement déclaratif de faillite,

"(...) sont suspendues jusqu'à la clôture de la faillite les voies d'exécution à charge de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli".

Une telle formulation suscite la question de savoir si le cours des intérêts est aussi suspendu pendant toute cette période.

Il ressort des explications du délégué du ministre qu'il convient de modifier le texte en y indiquant que les intérêts ne continuent pas à courir pendant la procédure en faillite ⁽¹⁾.

Article 7

(Article 80 de la loi sur les faillites en projet)

Le nouvel alinéa 3 en projet dispose que le tribunal décharge, en tout ou en partie, la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli

⁽¹⁾ La seule mention du cours des intérêts dans l'exposé des motifs serait tout à fait insuffisante.

"(...) lorsqu'il constate que son obligation est manifestement disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine".

Ce texte en projet répond à la critique contenue dans l'arrêt n° 69/2002 du 28 mars 2002 dans lequel la Cour d'arbitrage énonce ce qui suit :

"B. 11. De même, si l'institution de la caution implique qu'elle reste, en règle, tenue de son cautionnement lorsque le failli est déclaré excusable, il n'est pas [...] justifié de ne permettre en aucune manière qu'un juge puisse apprécier s'il n'y a pas lieu de la décharger, en particulier en ayant égard au caractère désintéressé de son engagement.

B.12. [...] l'article 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites établit une différence de traitement injustifiée entre le failli, d'une part, [...] et la caution, d'autre part : en permettant au tribunal d'excuser le failli, sans prévoir aucune possibilité de détacher de (ses) obligations [...] la caution du failli déclaré excusable, le législateur a pris une mesure qui n'est pas raisonnablement proportionnée par rapport à son objectif qui est de tenir compte de manière équilibrée des intérêts en présence lorsqu'il y a faillite [...]"

En introduisant la notion de "manifestement" disproportionné, on peut se demander si le texte en projet ne réduit pas la marge d'appréciation du juge compétent pour décharger la caution d'une manière telle que la portée de l'arrêt de la Cour d'arbitrage en serait restreinte.

En effet, la disproportion constatée dans l'arrêt n° 69/2002 du 28 mars 2002 de la Cour d'arbitrage était liée à l'absence de possibilité pour un juge de statuer sur le sort de la caution ⁽²⁾.

Il appartient à l'auteur du projet de se justifier à ce sujet dans l'exposé des motifs.

⁽²⁾ Voir P. HENRY et F. ABU DALU, La Cour d'arbitrage et l'excusabilité : un difficile équilibre entre justice sociale et égalité (J.T., 2005, pp. 73 et suiv.)

Article 10

1. L'article 221 de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, confirmé par l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1978 (ci-après : "L.G.D.A."), organise un mécanisme de confiscation de biens dans certains cas de fraude aux droits du Trésor commis en matière de douanes et accises.

Saisie de diverses questions préjudicielles portant notamment sur la conformité de cette disposition aux articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour d'arbitrage, dans son arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002, après avoir noté

"(...) qu'en imposant la confiscation de biens, même lorsque ceux-ci ne sont pas la propriété du condamné, le législateur prend une mesure pertinente en regard de l'objectif répressif poursuivi et du souci de protéger les droits du Trésor" ⁽³⁾,

a dit pour droit que l'article 221 de la L.G.D.A.

"(...) viole les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il ne permet pas au propriétaire d'un bien confisqué de démontrer qu'il est étranger à l'infraction et d'obtenir la restitution de ce bien".

Ce constat de violation repose sur la considération qu'

"(...) en ce que l'article 221 de la L.G.D.A. impose la confiscation sans que le propriétaire puisse établir qu'il est étranger à l'infraction, l'atteinte au droit de propriété est manifestement disproportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi" ⁽⁴⁾.

La disposition examinée se donne pour objet de modifier l'article 221 de la L.G.D.A. afin de le rendre conforme à l'arrêt précité de la Cour d'arbitrage.

2. L'alinéa 1^{er} de la disposition en projet soulève une double difficulté qui nécessite d'en revoir la rédaction.

⁽³⁾ Voyez le considérant B.27.2. de l'arrêt.

⁽⁴⁾ Voyez le considérant B.27.3. de l'arrêt.

D'une part, selon cette disposition, seule la personne qui, "au moment de la saisie", était propriétaire des biens confisqués peut obtenir la restitution de ceux-ci si elle démontre qu'elle est étrangère à l'infraction. Cette condition d'être propriétaire des biens confisqués "au moment de la saisie" restreint la portée de l'arrêt de la Cour d'arbitrage étant donné que le constat de violation des articles 10 et 11 de la Constitution opéré par celle-ci repose sur l'absence d'un mécanisme permettant au propriétaire des biens confisqués de démontrer qu'il est étranger à l'infraction, sans que la Cour ait entendu limiter les effets de son constat au seul propriétaire des biens au moment de leur saisie. Même si l'hypothèse d'un changement de propriété sur les biens confisqués postérieur au moment de la saisie sera peu fréquent, rien ne permet de l'exclure a priori. Les mots "qui était propriétaire des biens au moment de la saisie" ont, dès lors, pour effet de limiter en partie les effets de l'arrêt précité de la Cour d'arbitrage et ils ne peuvent, pour cette raison, être admis. Ils doivent être remplacés par les mots "qui est propriétaire des biens".

D'autre part, le même alinéa dispose que la restitution des biens confisqués est accordée si le propriétaire démontre "en droit" qu'il est étranger à l'infraction. Les mots "en droit" ne sont d'aucune utilité et risqueraient même de dénaturer la portée du dispositif de l'arrêt précité de la Cour d'arbitrage s'ils devaient être interprétés comme signifiant que le propriétaire des biens confisqués ne serait pas recevable à démontrer qu'il en est propriétaire en s'appuyant sur une argumentation reposant essentiellement sur des éléments de fait. Afin d'éviter une controverse stérile et de se conformer au dispositif de l'arrêt auquel l'auteur du projet entend donner suite, les mots "en droit" doivent, dès lors, être omis, la même observation valant mutatis mutandis pour l'utilisation des mêmes mots à l'article 11 du projet.

3.1. L'alinéa 2, en projet, de l'article 221, § 4, de la L.G.D.A. s'énonce comme suit :

"En cas de restitution, les risques et les coûts éventuels à la conservation des biens restent à charge du propriétaire"⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Comme dans la version néerlandaise du projet, il y a lieu de lire "les risques et les coûts éventuels liés à la conservation...".

Cette disposition, qui s'inscrit dans l'hypothèse d'une restitution du bien confisqué à son propriétaire lorsque celui-ci a pu, en vertu de l'alinéa 1^{er} de la même disposition, démontrer qu'il était étranger à l'infraction sur la base de laquelle l'administration a opéré la confiscation, entend donc organiser le régime juridique applicable à la détention des biens confisqués restituables et impose dans ce cadre l'obligation pour le propriétaire desdits biens de subir tout à la fois les risques et les coûts éventuels liés à la conservation par l'autorité des biens confisqués.

3.2. S'agissant de faire supporter par le propriétaire des biens confisqués les risques qui s'attachent à la qualité de propriétaire de ceux-ci, la disposition examinée s'analyse :

- ou bien comme la reproduction d'une règle existante de droit commun (à savoir que le propriétaire d'un bien supporte les risques inhérents à sa qualité de propriétaire) et dans ce cas elle est inutile;
- ou bien comme ajoutant à la règle de droit commun précitée une dérogation aux règles de la responsabilité civile aux dépens du propriétaire en lui faisant supporter les risques de détérioration ou de disparition du bien confisqué même lorsque la détérioration ou la disparition éventuelle résulte d'un comportement fautif du gardien du bien confisqué et dans ce cas le Conseil d'État n'aperçoit pas la justification de l'instauration d'un régime dérogatoire au droit commun de l'article 1382 du Code civil pour le propriétaire d'un bien confisqué lorsque celui-ci est étranger à l'infraction ayant justifié la confiscation des biens.

Certes, la protection des droits du Trésor constitue un objectif d'intérêt général mais il ne pourrait, en tant que tel, justifier qu'un particulier dont il est démontré qu'il est étranger à l'infraction à l'origine de la confiscation, soit privé, en raison de l'existence de celle-ci, du droit dont bénéficie tout citoyen d'obtenir un dédommagement, dans les conditions de l'article 1382 du Code civil, en cas de détérioration ou de destruction fautives d'un de ses biens.

3.3. Par ailleurs, l'auteur du projet ne peut perdre de vue que l'alinéa examiné constitue au surplus une disposition réglementant "l'usage des biens conformément à l'intérêt général" au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvé par la loi du 13 mai 1955.

Il résulte de ce constat que le législateur doit veiller, au regard du principe de proportionnalité, à ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux du particulier concerné par la mesure ⁽⁶⁾.

En l'espèce, ni la disposition examinée, en ce qu'elle ne laisse aucune marge d'appréciation quant à l'imputabilité de tous frais de conservation, fussent-ils inutiles ou non nécessaires, ni son commentaire, selon lequel

"Les frais de conservation des biens, qui sont également faits en vue de leur maintien en état, ne peuvent pas être supportés par le Trésor. Ils doivent incomber aux contrevenants, et au propriétaire si la restitution lui est accordée",

ne traduisent suffisamment que le régime envisagé de la détention des biens confisqués restituables résulterait d'une prise en compte équilibrée des intérêts en présence, à savoir, d'une part, l'intérêt du Trésor et, d'autre part, l'intérêt du propriétaire du bien de pouvoir au moins discuter la nécessité ou le caractère utile de certains frais de conservation exposés par l'administration ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Sur l'applicabilité de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à une mesure fiscale de confiscation provisoire d'un bien et sur ses conséquences, voyez V. SEPULCHRE, *Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2005, spécialement pp. 464-465 et les arrêts cités de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁽⁷⁾ Dès lors qu'ils sont, comme le relève le commentaire de la disposition examinée, exposés en vue d'assurer le "maintien en état" des biens confisqués, une imputation des frais de conservation limitée à ceux qui s'avèrent nécessaires ou utiles à cette fin ne constituerait sans doute pas une mesure disproportionnée censurable au regard de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, surtout si l'on prend en compte la marge d'appréciation étendue que la Cour européenne des droits de l'homme tend à reconnaître aux États lorsque ceux-ci prennent les mesures qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens (sur ce point, voyez R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Gand, Mys & Breesch, Coll. C.D.P.K.- Libri, 2000, n° 289, pp. 170-171).

S'agissant de l'imputation d'office au propriétaire de tous les frais de conservation du bien confisqué, l'alinéa 2 doit, dès lors, être revu à la lumière de la présente observation, ou son commentaire complété si l'auteur du projet peut justifier en quoi la disposition examinée traduit un juste équilibre entre les divers intérêts en présence.

3.4. Les observations qui précèdent, relatives à l'obligation pour le propriétaire de subir les risques ainsi que les frais de conservation, valent mutatis mutandis pour l'article 11 du projet qui prévoit un dispositif similaire lorsqu'un moyen de transport dans lequel sont trouvées des marchandises en infraction est saisi sans être confisqué.

Article 11

Il est renvoyé aux observations 2 et 3 formulées sous l'article 10.

Article 13

La disposition examinée se donne pour objet d'abroger l'alinéa 2 de l'article 401*bis* de la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'État.

L'article 401*bis*, alinéa 2, de la loi ordinaire du 16 juillet 1993, précitée, inséré par l'article 31 de la loi du 30 décembre 2002 portant diverses dispositions fiscales en matière d'écotaxes et d'écორéductions, a été annulé par l'arrêt n° 195/2004 du 1^{er} décembre 2004 de la Cour d'arbitrage.

Il n'appartient pas au législateur d'abroger une disposition qui, par l'effet d'un arrêt d'annulation prononcé par la Cour d'arbitrage, a déjà disparu de l'ordonnancement juridique et est même rétroactivement censée n'avoir jamais existé. Au demeurant, à supposer qu'une intervention du législateur soit possible, quod non, une abrogation agissant sans effet rétroactif méconnaîtrait la portée rétroactive de l'arrêt considéré.

.../...

Articles 14 à 17

Les dispositions examinées entendent modifier les législations qu'elles visent compte tenu des arrêts n° 38/2000 et 40/2000 des 29 mars et 6 avril 2000 de la Cour d'arbitrage.

Selon ces arrêts, rendus sur diverses questions préjudicielles, les législations en cause ⁽⁸⁾, combinées avec l'article 634, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution si elles sont interprétées en ce sens que la réhabilitation fait cesser les interdictions professionnelles qu'elles portent.

C'est cette interprétation des textes en cause, jugée conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, que le projet consacre explicitement en prévoyant que les interdictions professionnelles résultant des deux législations concernées n'existent que "sous réserve de l'article 634, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle".

L'auteur du projet ne limite pas le bénéfice de la modification envisagée aux seules interdictions professionnelles qui ont été soumises à l'examen de la Cour d'arbitrage mais il l'étend à l'ensemble des interdictions professionnelles portées par les législations concernées, ce qui ne suscite aucune objection au regard de la motivation des arrêts précités.

Toutefois, le Conseil d'État n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles l'article 37, § 3, de l'arrêté royal du 3 avril 1953, précité, et l'article 27, § 5, de la loi du 28 décembre 1983, précitée, ne font pas l'objet d'une modification expresse alors qu'ils sont également visés par l'arrêt 40/2000, précité.

⁽⁸⁾ Il s'agit des articles 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, 2 et 37, § 3, de l'arrêté royal du 3 avril 1953 coordonnant les dispositions légales concernant les débits de boissons fermentées, et des articles 11, § 1^{er}, 4^o, 11, § 2, 12, 2^o, et 27, § 5, de la loi du 28 décembre 1983 sur la patente pour le débit de boissons spiritueuses.

En outre, concernant l'article 16 du projet, le Conseil d'État se demande pourquoi le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi du 28 décembre 1983, précitée, n'est pas également modifié dans le même sens que ses paragraphes 1^{er} et 2 : dans l'optique des arrêts précités de la Cour d'arbitrage, rien ne justifie en effet que les personnes mentionnées à l'article 11, § 1^{er}, 2^o à 7^o, de cette loi soient privées de la possibilité de participer d'une manière quelconque à l'exploitation d'un débit de boissons spiritueuses à consommer sur place si ces personnes ont été réhabilitées au sens de l'article 634, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

Observation finale

Le texte en projet ne contient aucune mesure transitoire et n'apporte aucune réponse claire aux situations pendantes. Rien n'est en effet prévu pour la caution qui, sous l'empire de la loi actuelle, n'a pu faire la déclaration prévue dans le nouveau chapitre IV*bis* en projet (article 5 du projet). Cette question est très délicate, d'autant que, selon les explications du délégué du ministre, la loi nouvelle s'appliquera aux faillites en cours.

Le texte doit être aménagé en vue d'y introduire des mesures transitoires relatives aux situations qui seront pendantes lors de l'entrée en vigueur du texte ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Dans la conclusion de leur récente contribution au Journal des Tribunaux, P. HENRY et F. ABU DALU signalent que le législateur devra veiller "à soigner les mesures transitoires qu'il devra nécessairement prendre".

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Les rapports ont été rédigés par M. P. RONVAUX, auditeur adjoint et M. G. SCOHY, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

SV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.187/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 1 maart 2005 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, en houdende diverse fiscale bepalingen", heeft op 23 maart 2005 het volgende advies gegeven :

RechtsgrondDispositiefArtikel 2

(Artikel 10, 5°, van de ontworpen faillissementswet)

Ter wille van de samenhang van de tekst moet de term "gefaillleerde" vervangen worden door de term "koopman", aangezien iemand die zijn faillissement heeft aangegeven, nog niet failliet is verklaard.

Artikel 3

(Artikel 24*bis* van de ontworpen faillissementswet)

In de ontworpen bepaling staat dat vanaf het vonnis van faillietverklaring,

"(...) tot de sluiting van het faillissement, de middelen van tenuitvoerlegging ten laste van de natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker stelde voor de gefaillleerde, opgeschort (worden)".

Bij zulk een formulering rijst de vraag of de loop van de interesten ook geschorst wordt tijdens die hele periode.

Uit de uitleg van de gemachtigde van de minister blijkt dat de bepaling zo gewijzigd moet worden dat erin vermeld wordt dat de interesten niet blijven lopen tijdens de faillissementsprocedure ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ De loutere vermelding van de loop van de interesten in de memorie van toelichting zou volstrekt ontoereikend zijn.

Artikel 7

(Artikel 80 van de ontworpen faillissementswet)

Het ontworpen nieuwe derde lid bepaalt dat de rechtbank geheel of gedeeltelijk elke natuurlijke persoon bevrijdt die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld voor de gefailleerde,

"(...) wanneer zij vaststelt dat diens verbintenis klaarblijkelijk onevenredig is met zijn inkomsten en met zijn patrimonium".

Deze ontworpen bepaling komt tegemoet aan de kritiek vervat in arrest nr. 69/2002 van 28 maart 2002, waarin het Arbitragehof het volgende stelt :

"B. 11. Ook al impliceert de regeling van de borg dat hij in principe tot zijn borgtocht gehouden blijft wanneer de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard, (het is) [...] onverantwoord dat een rechter op geen enkele wijze wordt toegestaan te beoordelen of er geen aanleiding is om hem te bevrijden, in het bijzonder wanneer zijn verbintenis van belangeloze aard is.

"B.12. [...] artikel 82 van de faillissementswet van 8 augustus 1997 (stelt) een onverantwoord verschil in behandeling (in) tussen de gefailleerde, enerzijds, [...] en de borg, anderzijds : door de rechtbank toe te staan de gefailleerde te verschoonen, zonder te voorzien in enige mogelijkheid om [...] de borg van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde van (zijn) verplichtingen vrij te stellen, heeft de wetgever een maatregel genomen die niet redelijk evenredig is met het doel ervan, dat erin bestaat op evenwichtige wijze rekening te houden met de verschillende belangen in geval van faillissement [...]"

De vraag rijst of met de ontworpen bepaling, doordat daarmee het begrip "klaarblijkelijk" onevenredig wordt ingevoerd, de beoordelingsruimte van de bevoegde rechter om de borg te bevrijden niet zodanig wordt ingeperkt dat de draagwijdte van het arrest van het Arbitragehof daardoor beperkt wordt.

De onevenredigheid vastgesteld in arrest nr. 68/2002 van 28 maart 2002 van het Arbitragehof had immers te maken met het feit dat een rechter niet de mogelijkheid had uitspraak te doen over het lot van de borg ⁽²⁾.

⁽²⁾ Zie P. HENRY en F. ABU DALU, La Cour d'arbitrage et l'excusabilité : un difficile équilibre entre justice sociale et égalité (J.T., 2005, blz. 73 e.v.).

Het staat aan de steller van het ontwerp daarover uitleg te verstrekken in de memorie van toelichting.

Artikel 10

1. Artikel 221 van het koninklijk besluit van 18 juli 1977 houdende coördinatie van de algemene bepalingen inzake douane en accijnzen, bekrachtigd bij artikel 1 van de wet van 6 juli 1978 (hierna "AWDA" genoemd), voert een mechanisme in voor de verbeurdverklaring van goederen in bepaalde gevallen van ontduiking van de rechten van de Schatkist begaan op het vlak van douane en accijnzen.

Het Arbitragehof, dat omtrent verscheidene prejudiciële vragen is geadieerd, die inzonderheid betrekking hadden op de vraag of deze bepaling strookt met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, heeft in zijn arrest nr. 38/2002 van 20 februari 2002 opgemerkt dat

"door de verbeurdverklaring op te leggen van goederen, zelfs indien zij geen eigendom zijn van de veroordeelde, (...) de wetgever een relevante maatregel (neemt) ten aanzien van de beoogde strafrechtelijke doelstelling en de zorg om de rechten van de Schatkist te vrijwaren" ⁽³⁾,

en voor recht gezegd dat artikel 221 van de AWDA

"(...) de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (schendt), in zoverre die bepaling het de eigenaar van een verbeurdverklaard goed niet mogelijk maakt aan te tonen dat hij vreemd is aan het misdrijf en de teruggave van zijn goed te verkrijgen;".

Deze bevinding dat er sprake is van schending steunt op de overweging dat

"(...) doordat artikel 221 van de AWDA de verbeurdverklaring oplegt zonder dat de eigenaar mag aantonen dat hij vreemd is aan het misdrijf, (...) de inbreuk op het eigendomsrecht kennelijk onevenredig (is) met het nagestreefde doel van algemeen belang" ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Zie overweging B.27.2. van het arrest.

⁽⁴⁾ Zie overweging B.27.3. van het arrest.

De onderzochte bepaling strekt tot wijziging van artikel 221 van de AWDA om het in overeenstemming te brengen met het genoemde arrest van het Arbitragehof.

2. Het eerste lid van de ontworpen bepaling doet twee problemen rijzen waardoor het nodig is de redactie ervan te herzien.

Enerzijds kan, volgens deze bepaling, alleen de persoon die "op het ogenblik van de inbeslagneming" eigenaar was van de verbeurdverklaarde goederen de teruggave daarvan verkrijgen indien hij aantoonst dat hij vreemd is aan het strafbare feit. Die voorwaarde van eigenaar te zijn van de verbeurdverklaarde goederen "op het ogenblik van de inbeslagneming", beperkt de draagwijdte van het arrest van het Arbitragehof, aangezien de daarin voorkomende bevinding dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden, steunt op het feit dat er voor de eigenaar van de verbeurdverklaarde goederen geen mechanisme voorhanden is om aan te tonen dat hij vreemd is aan het strafbare feit, zonder dat het Hof de gevolgen van zijn bevinding heeft willen beperken tot diegene die op het ogenblik van de inbeslagneming van de goederen daarvan eigenaar was. Ook al zal het geval waarbij de eigendom van de verbeurdverklaarde goederen verandert na het ogenblik van de inbeslagneming niet vaak voorkomen, het kan geenszins van tevoren worden uitgesloten. De woorden "die eigenaar was van de goederen op het ogenblik van de inbeslagneming" hebben dus tot gevolg dat ze de rechtsgevolgen van het genoemde arrest van het Arbitragehof inperken, en kunnen dus, om die reden, niet worden aangenomen. Ze moeten vervangen worden door de woorden "die eigenaar is van de goederen".

Anderzijds wordt in hetzelfde lid bepaald dat teruggave van de verbeurdverklaarde goederen wordt verleend indien de eigenaar "in rechte" aantoonst dat hij vreemd is aan het strafbare feit. De woorden "in rechte" hebben geen enkel nut en zouden zelfs een andere strekking kunnen geven aan het dictum van het genoemde arrest van het Arbitragehof, indien ze zo zouden worden uitgelegd dat ze betekenen dat de eigenaar van de verbeurdverklaarde goederen niet op basis van een betoog dat voornamelijk steunt op feitelijke gegevens zou kunnen aantonen dat hij daarvan eigenaar is. Om uitzichtloze discussies te voorkomen en zich te richten naar het dictum van het arrest waaraan de steller van het ontwerp gevolg wil geven, moeten de woorden "in

rechte" bijgevolg vervallen; dezelfde opmerking geldt mutatis mutandis voor het gebruik van de woorden "en droit" in artikel 11 van de Franse lezing van het ontwerp.

3.1. Het ontworpen tweede lid van artikel 221, § 4, van de AWDA luidt als volgt :

"In het geval van teruggave blijven het risico en de eventuele kosten verbonden aan de inbeslagneming en de bewaring van de goederen ten laste van de eigenaar" ⁽⁵⁾.

Deze bepaling, die betrekking heeft op het geval dat een verbeurdverklaard goed aan de eigenaar ervan wordt teruggegeven wanneer deze, krachtens het eerste lid van dezelfde bepaling, heeft kunnen aantonen dat hij vreemd is aan het strafbare feit op grond waarvan de overheid het goed verbeurd heeft verklaard, strekt er dus toe het rechtsstelsel te regelen dat van toepassing is op het in het bezit houden van verbeurdverklaarde goederen die teruggegeven kunnen worden, en legt in dat verband aan de eigenaar van de genoemde goederen om de verplichting op zowel de risico's als de eventuele kosten te dragen van de bewaring van verbeurdverklaarde goederen door de overheid.

3.2. Wat betreft het feit dat de eigenaar van de verbeurdverklaarde goederen de risico's moet dragen die verbonden zijn aan de hoedanigheid van eigenaar van die goederen, moet de bepaling zo worden opgevat dat ze :

- ofwel een bestaande gemeenrechtelijke regel overneemt (namelijk dat de eigenaar van een goed de risico's draagt die inherent zijn aan zijn hoedanigheid van eigenaar), en in dat geval is ze overbodig;
- ofwel aan de genoemde gemeenrechtelijke regel een afwijking toevoegt van de regels betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid ten nadele van de eigenaar, door hem de risico's van beschadiging of verdwijning van het verbeurdverklaarde goed te laten dragen, ook al is de beschadiging of eventuele verdwijning het gevolg van verkeerd gedrag van de bewaarder van het verbeurdverklaarde goed, en in dat geval is het de Raad van State niet duidelijk

⁽⁵⁾ In de Franse versie leze men, zoals in de Nederlandse versie, "les risques et les coûts éventuels liés à la conservation...".

welke redenen de invoering kunnen wettigen van een regeling die afwijkt van het gemeenrecht van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek voor de eigenaar van een verbeurdverklaard goed, wanneer deze vreemd is aan het strafbare feit dat ten grondslag ligt aan de verbeurdverklaring van de goederen.

De bescherming van de rechten van de Schatkist is weliswaar een doelstelling van algemeen belang, maar ze kan niet als zodanig wettigen dat een particulier, van wie vaststaat dat hij vreemd is aan het strafbare feit dat ten grondslag ligt aan de verbeurdverklaring, als gevolg van die verbeurdverklaring, het recht ontnomen wordt dat iedere burger heeft op schadevergoeding onder de voorwaarden van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek in geval van onrechtmatige beschadiging of vernietiging van één van zijn goederen.

3.3. Bovendien mag de steller van het ontwerp niet uit het oog verliezen dat het onderzochte lid overigens een bepaling vormt waarin toezicht wordt uitgeoefend op "het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang" in de zin van artikel 1 van het eerste aanvullende protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend op 20 maart 1952 te Parijs en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955.

Uit die bevinding volgt dat de wetgever in het licht van het evenredigheidsbeginsel moet zorgen voor een juist evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van de particulier op wie de maatregel van toepassing is ⁽⁶⁾.

In het onderhavige geval blijkt noch uit de onderzochte bepaling - die geen enkele beoordelingsvrijheid laat omtrent de vraag wie de bewaringskosten moet dragen, zelfs als ze nutteloos of onnodig zijn -, noch uit de bespreking ervan, volgens welke

⁽⁶⁾ Voor de vraag of artikel 1 van het eerste aanvullende protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van toepassing is op een fiscale maatregel van voorlopige verbeurdverklaring van een goed en de gevolgen daarvan : zie V. SEPULCHRE, *Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2005, in het bijzonder blz. 464-465 en de aangehaalde arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

"de kosten van bewaring van goederen, die ook gemaakt worden met het oog op het behoud van de zaak, (...) niet gedragen (mogen) worden door de Schatkist, (doch) ten laste (moeten) vallen van de overtreders en van de eigenaar indien hem teruggave wordt verleend",

voldoende dat de overwogen regeling voor het in bezit houden van verbeurdverklaarde goederen die teruggegeven kunnen worden, zou voortvloeien uit een evenwichtige afweging van de in het geding zijnde belangen, namelijk, enerzijds, het belang van de Schatkist en anderzijds, het belang van de eigenaar van het goed om op zijn minst te kunnen betwisten dat bepaalde bewaringskosten die de overheid heeft gemaakt, noodzakelijk of nuttig zijn ⁽⁷⁾.

Aangezien alle kosten voor het bewaren van verbeurdverklaarde goederen van ambtswege ten laste vallen van de eigenaar ervan, moet dus het tweede lid in het licht van deze opmerking worden herzien of moet de artikelsgewijze bespreking wat dat lid betreft worden vervolledigd, als de steller van het ontwerp kan aantonen in welk opzicht de onderzochte bepaling een juist evenwicht tussen de verschillende in het geding zijnde belangen weergeeft.

3.4. De voorgaande opmerkingen over de verplichting om als eigenaar de risico's te dragen en de bewaringskosten voor zijn rekening te nemen, gelden mutatis mutandis voor artikel 11 van het ontwerp, dat in een soortgelijke regeling voorziet wanneer een vervoermiddel waarin goederen zijn gevonden die een strafbaar feit opleveren, in beslag wordt genomen zonder te worden verbeurdverklaard.

⁽⁷⁾ Aangezien, zoals in de bespreking van de onderzochte bepaling staat, ze worden gemaakt "met het oog op het behoud van" de verbeurdverklaarde goederen, zou het wellicht geen onevenredige en in het licht van artikel 1 van het eerste aanvullende protocol laakbare maatregel zijn dat alleen die kosten van bewaring ten laste worden gebracht die noodzakelijk of nuttig zijn voor het behoud van de verbeurdverklaarde goederen, vooral gelet op de ruime beoordelingsvrijheid die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geneigd is aan de Staten te laten wanneer die maatregelen nemen die ze noodzakelijk achten om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom (zie, in dat verband, R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Gent, Mys & Breesch, Coll, CDPK - Libri, 2000, nr. 289, blz. 170-171).

Artikel 11

Zie de opmerkingen 2 en 3 onder artikel 10.

Artikel 13

De onderzochte bepaling strekt ertoe artikel 401*bis*, tweede lid, van de gewone wet van 16 juli 1993 ter vervollediging van de federale staatsstructuur op te heffen.

Artikel 401*bis*, tweede lid, van de voormelde gewone wet van 16 juli 1993, ingevoegd bij artikel 31 van de wet van 30 december 2002 houdende diverse fiscale bepalingen op het stuk van milieutaksen en ecobonussen, is vernietigd bij arrest nr. 195/2004 van 1 december 2004 van het Arbitragehof.

De wetgever is niet bevoegd om een bepaling op te heffen die, door de uitwerking van een vernietigingsarrest van het Arbitragehof, reeds uit de rechtsorde is verdwenen en zelfs met terugwerkende kracht geacht wordt nooit te hebben bestaan. Overigens, gesteld dat de wetgever zou kunnen optreden, wat niet het geval is, zou een opheffing zonder terugwerkende kracht voorbijgaan aan de terugwerkende kracht van het arrest in kwestie.

Artikelen 14 tot 17

De onderzochte bepalingen dienen tot wijziging van de wetsbepalingen waarop ze betrekking hebben, gelet op de arresten nr. 38/2000 en nr. 40/2000 van 29 maart en 6 april 2000 van het Arbitragehof.

Volgens die arresten, die naar aanleiding van verschillende prejudiciële vragen zijn gewezen, zijn de betrokken wetsbepalingen ⁽⁸⁾, gelezen in samenhang met artikel 634, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, niet in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als ze in die zin worden geïnterpreteerd dat herstel in eer en rechten het beroepsverbod waarin die wetsbepalingen voorzien, doet ophouden.

Die interpretatie van de beschouwde bepalingen, die conform de artikelen 10 en 11 van de Grondwet wordt geacht, wordt in het ontwerp uitdrukkelijk bekrachtigd doordat in het ontwerp staat dat de gevallen van beroepsverbod die uit de twee betrokken wetgevingen voortvloeien, alleen bestaan "onverminderd artikel 634, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering".

De steller van het ontwerp beperkt de geplande wijziging niet tot de gevallen van beroepsverbod die voor onderzoek zijn voorgelegd aan het Arbitragehof, maar laat haar gelden voor alle gevallen van beroepsverbod waarin de betrokken wetsbepalingen voorzien, wat geen enkel bezwaar oplevert uit het oogpunt van de motivering van de voormelde arresten.

Het is de Raad van State echter niet duidelijk waarom artikel 37, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 3 april 1953 en artikel 27, § 5, van de voormelde wet van 28 december 1983 niet uitdrukkelijk worden gewijzigd, terwijl het voornoemde arrest 40/2000 ook op die bepalingen betrekking heeft.

Bovendien vraagt de Raad van State zich in verband met artikel 16 van het ontwerp af waarom artikel 11, § 3, van de voormelde wet van 28 december 1983 niet ook wordt gewijzigd in dezelfde zin als de §§ 1 en 2 ervan : uit het oogpunt van de voormelde arresten van het Arbitragehof is er immers geen reden om de personen genoemd in artikel 11, § 1, 2° tot 7°, van die wet de mogelijkheid te ontnemen om op één of andere manier mee te werken aan het houden van een drankgelegenheid voor ter plaatse te gebruiken sterke dranken, als die personen in eer en rechten hersteld zijn in de zin van artikel 634, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering.

⁽⁸⁾ Het gaat om de artikelen 1, eerste lid, 3° en 4°, 2 en 37, § 3, van het koninklijk besluit van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken en de artikelen 11, § 1, 4°, 11, § 2, 12, 2°, en 27, § 5, van de wet van 28 december 1983 betreffende de vergunning voor het verstrekken van sterke drank.

Slotopmerking

De ontworpen tekst bevat geen overgangsmaatregel en biedt geen duidelijk antwoord op situaties waarover nog geen beslissing is genomen. Er wordt immers niets geregeld voor de borg die, onder de huidige wet, geen verklaring heeft kunnen afleggen als bedoeld in het nieuwe ontworpen hoofdstuk IV*bis* (artikel 5 van het ontwerp). Dat is een heel netelige kwestie, te meer daar de nieuwe wet volgens de uitleg van de gemachtigde van de minister van toepassing zal zijn op lopende faillissementen.

De tekst moet worden herwerkt. Daarbij moet worden voorzien in overgangsmaatregelen voor situaties waarover nog geen beslissing zal zijn genomen bij de inwerkingtreding van de tekst ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ In de conclusie van hun recente bijdrage in het Journal des Tribunaux, merken P. HENRY en F. ABU DALU op dat de wetgever zorg zal moeten besteden aan de overgangsmaatregelen die hij noodzakelijkerwijs zal moeten nemen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouwen	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	griffier.

De verslagen werden opgesteld door de H. P. RONVAUX, adjunct-auditeur en H. G. SCOHY, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS