

BELGISCHE SENAAT

ZITTING 2009-2010

28 APRIL 2010

Wetsvoorstel tot aanvulling van artikel 387ter, §1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, wat de bevoegdheid van de bodemrechter betreft in geval van een uitspraak inzake het omgangsrecht in hoger beroep

(Ingediend door de heer Guy Swennen)

TOELICHTING

Tijdens de studiedag van 19 maart 2010 over « De niet-naleving van het omgangsrecht — Actuele problemen en mogelijke alternatieven » suggereerde de heer Patrick Senaev, buitengewoon hoogleraar KU-Leuven en kamervoorzitter en dienstdoend jeugdrechter in hoger beroep in het hof van beroep te Brussel, een aantal wetswijzigingen om tegemoet te komen aan een aantal praktische problemen of discussies in de rechtsleer die gerezen zijn naar aanleiding van de wet van 18 juli 2006.

Indien hangende een procedure in graad van hoger beroep een geschil van tenuitvoerlegging van het aangevochten vonnis van eerste aanleg rijst, dient de vordering ex artikel 387ter van het Burgerlijk Wetboek niet voor de rechter die de niet-nageleefde beslissing genomen heeft, maar voor de rechter in hoger beroep aanhangig te worden gemaakt, door middel van hetzij een conclusie, hetzij een verzoekschrift, dit gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep (art. 1068, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

Dit geldt uiteraard slechts in de hypothese dat het geschil inzake verblijfsregeling/omgangsregeling in graad van hoger beroep aanhangig werd gemaakt. Indien bijvoorbeeld tegen een vonnis van de jeugd-

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2009-2010

28 AVRIL 2010

Proposition de loi complétant l'article 387ter, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil, en ce qui concerne la compétence du juge du fond en cas de décision rendue en degré d'appel dans le cadre du droit aux relations personnelles

(Déposée par M. Guy Swennen)

DÉVELOPPEMENTS

Lors de la journée d'étude du 19 mars 2010 intitulée « *De niet-naleving van het omgangsrecht — Actuele problemen en mogelijke alternatieven* » [Le non-respect du droit aux relations personnelles — Problèmes actuels et alternatives possibles], M. Patrick Senaev, professeur extraordinaire à la *KULeuven*, président de chambre et juge d'appel de la jeunesse faisant fonction à la cour d'appel de Bruxelles, a suggéré une série de modifications légales pour répondre à divers problèmes d'ordre pratique ou à des discussions doctrinales suscitées par l'adoption de la loi du 18 juillet 2006.

Lors d'une procédure en degré d'appel, lorsqu'un litige surgit au niveau de l'exécution du jugement du premier ressort entrepris, la demande fondée sur l'article 387ter du Code civil ne doit pas être portée devant le juge qui a pris la décision non respectée, mais devant le juge d'appel, soit par voie de conclusions, soit par voie de requête, compte tenu de l'effet dévolutif de l'appel (art. 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire).

Ceci ne vaut bien entendu que dans l'hypothèse où le juge d'appel a été saisi du litige en matière d'hébergement ou de droit aux relations personnelles. Ainsi, lorsqu'il est fait appel d'un jugement du tribunal

rechtbank hoger beroep werd ingesteld maar enkel wat betreft de onderhoudsbijdrage voor de minderjarige kinderen, en niet wat betreft de verblijfsregeling, is het hof van beroep niet geadieerd voor dit onderdeel en dient een uitvoeringsmaatregel ex artikel 387ter van het Burgerlijk Wetboek nog steeds voor de jeugdrechtbank te worden gevorderd. Indien de instantie in hoger beroep niet op regelmatige wijze geadieerd werd van de problematiek van het verblijf van het kind, kan de vordering ex artikel 387ter van het Burgerlijk Wetboek betreffende het niet-naleven van de verblijfsregeling niet voor de instantie in hoger beroep aanhangig gemaakt worden.

Indien evenwel een probleem van niet-naleving van de verblijfs- of omgangsregeling pas rijst nádat de beslissing in graad van hoger beroep dienaangaande is geveld, rijst de vraag bij welke rechtsinstantie de vordering ex artikel 387ter van het Burgerlijk Wetboek aanhangig dient te worden gemaakt.

Denk bijvoorbeeld aan :

— de situatie waarin de niet-nageleefde beslissing inzake verblijfs- of omgangsregeling een eindarrest betreft van de jeugdkamer van het hof van beroep, waarbij een vonnis van de jeugdrechtbank werd hervormd, en het arrest nadien door een ouder niet wordt nageleefd : dient de gedupeerde ouder een uitvoeringsmaatregel te vorderen voor [de jeugdkamer van] het hof van beroep dan wel voor de jeugdrechtbank ?

— idem in de situatie waarin de niet-nageleefde beslissing inzake verblijfs- of omgangsregeling een eindarrest betreft van de burgerlijke kamer van het hof van beroep, waarbij een kortgedingbeschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend in het kader van de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure werd hervormd, en het arrest nadien door een der ouders niet wordt nageleefd : dient de gedupeerde ouder een uitvoeringsmaatregel te vorderen voor [de burgerlijke kamer van] het hof van beroep dan wel voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg ?

In de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 18 juli 2006 wordt aan deze hypothese geen aandacht besteed.

Volgens de letter van de wet, die stelt dat de rechter « die de niet-nageleefde beslissing heeft gewezen » bevoegd is, zou de vordering bij de instantie in hoger beroep aanhangig gemaakt moeten worden (de rechtbank van eerste aanleg in geval van hoger beroep tegen een vonnis houdende dringende voorlopige maatregelen van de vrederechter, dan wel het hof van beroep in de overige hypothèses).

Dit zou betekenen dat de instantie in hoger beroep die als laatste uitspraak heeft gedaan, bij niet-naleving van haar beslissing bevoegd zou blijven om uitspraak

de la jeunesse, mais seulement pour ce qui concerne la contribution à l'entretien des enfants mineurs, et non pour ce qui concerne l'hébergement, la cour d'appel n'a pas été saisie pour cette branche et une mesure d'exécution fondée sur l'article 387ter du Code civil doit toujours être demandée devant le tribunal de la jeunesse. Lorsque l'instance d'appel n'a pas été saisie de façon régulière de la problématique de l'hébergement de l'enfant, la demande fondée sur l'article 387ter du Code civil pour non-respect des modalités d'hébergement ne peut pas être portée devant l'instance d'appel.

Toutefois, lorsqu'un problème de non-respect des modalités d'hébergement ou du droit aux relations personnelles surgit seulement après que la décision a été rendue à ce sujet en degré d'appel, la question se pose de savoir quelle juridiction doit être saisie de la demande fondée sur l'article 387ter du Code civil.

Le problème se pose par exemple :

— dans le cas où la décision non respectée en matière d'hébergement ou de droit aux relations personnelles concerne un arrêt définitif de la chambre de la jeunesse de la cour d'appel, réformant un jugement du tribunal de la jeunesse, et où l'arrêt n'est ensuite pas respecté par un des parents : le parent lésé doit-il demander une mesure d'exécution devant [la chambre de la jeunesse de] la cour d'appel ou devant le tribunal de la jeunesse ?

— et aussi dans le cas où la décision non respectée en matière d'hébergement ou de droit aux relations personnelles concerne un arrêt définitif de la chambre civile de la cour d'appel, réformant une ordonnance de référé rendue par le président du tribunal de première instance statuant dans le cadre des mesures provisoires durant la procédure en divorce, et où l'arrêt n'est ensuite pas respecté par l'un des parents : le parent lésé doit-il demander une mesure d'exécution devant [la chambre civile de] la cour d'appel ou devant le président du tribunal de première instance ?

Cette hypothèse n'a pas été envisagée dans les travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 2006.

D'après la lettre de la loi, qui dispose que le juge compétent « est celui qui a rendu la décision qui n'a pas été respectée », la demande devrait être portée devant l'instance d'appel (le tribunal de première instance en cas d'appel d'un jugement du juge de paix portant des mesures urgentes et provisoires, ou la cour d'appel dans les autres hypothèses).

Cela signifierait que l'instance d'appel qui a statué en dernier lieu resterait compétente en cas de non-respect de sa décision pour statuer sur les mesures

te doen over de uitvoeringsmaatregelen, en in dat kader zelfs een nieuwe beslissing zou kunnen bevelen omtrent het ouderlijk gezag en/of de verblijfsregeling. Volgens de verdedigers van deze opvatting zou de vordering voor de rechter in hoger beroep aanhangig gemaakt kunnen worden door middel van een dagvaarding.

Deze stelling is evenwel niet verdedigbaar en dit om tal van redenen.

a) Vooreerst is het zo dat de rechter in hoger beroep bij het vellen van de beslissing zijn rechtsmacht uitput. Indien bijvoorbeeld een definitieve uitspraak is getroffen door de jeugdkamer van het hof van beroep aangaande het hoger beroep tegen een vonnis van de jeugdrechtbank inzake uitoefening van het ouderlijk gezag en/of de verblijfsregeling, en een partij wenst nadien een wijzigende maatregel, dan dient deze wijziging voor de jeugdrechtbank gevorderd te worden, en niet voor de jeugdkamer van het hof van beroep. Nergens blijkt dat de wetgever van 18 juli 2006 wat betreft het opnieuw voor de rechter brengen met het oog op uitvoeringsmaatregelen, van deze algemene regel heeft willen afwijken.

b) Verder is er het probleem van het ontbreken van een wettelijke regel aangaande de rechtsingang voor het uitvoeringsgeschil bij de rechter in hoger beroep. Voor het hof van beroep (in geval van hoger beroep tegen een vonnis van de jeugdrechtbank, of tegen een beschikking van de voorzitter houdende voorlopige maatregelen) bestaat er immers geen systeem van blijvende saisine, zodat de zaak niet door de neerlegging van een conclusie aanhangig gemaakt kan worden.

Er bestaat evenmin een uitdrukkelijke wetsbepaling die regelt hoe de vordering in graad van hoger beroep aanhangig dient te worden gemaakt. Voor de problematiek van uitlegging van een vonnis of arrest in hoger beroep geweest, waarvoor de rechter in hoger beroep bevoegd blijft, zelfs als hij in hoger beroep het vonnis van eerste aanleg heeft bevestigd (art. 798, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek), bestaat er bijvoorbeeld wél een uitdrukkelijke wetsbepaling voor het aanhangig maken van de vordering voor de rechter in hoger beroep. In dat geval wordt de vordering voor de rechter in hoger beroep ingeleid bij vrijwillige verschijning of bij dagvaarding (art. 796 *j*^o art. 798, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek). Er bestaat daarentegen geen wetsbepaling die zou toelaten te dagvaarden voor het hof van beroep voor wat de toepassing van artikel 387ter van het Burgerlijk Wetboek betreft.

c) Voorts rijst een probleem in de hypothese dat de gedupeerde partij een wijziging vordert van de regeling inzake ouderlijk gezag en/of inzake de verblijfsregeling met toepassing van artikel 387ter,

d'exécution et pourrait même rendre dans ce cadre une nouvelle décision en ce qui concerne l'autorité parentale et/ou l'hébergement. Selon les partisans de cette théorie, la demande pourrait être portée devant le juge d'appel par voie de citation.

Cette thèse n'est cependant pas défendable, et ce pour de nombreuses raisons.

a) Tout d'abord, il est un fait qu'en rendant sa décision, le juge d'appel épuise sa juridiction. Lorsqu'une décision définitive a par exemple été rendue par la chambre de la jeunesse de la cour d'appel à propos de l'appel d'un jugement du tribunal de la jeunesse en matière d'exercice de l'autorité parentale et/ou d'hébergement, et qu'une partie souhaite ensuite obtenir une mesure modificatrice, cette modification doit alors être demandée devant le tribunal de la jeunesse, et non devant la chambre de la jeunesse de la cour d'appel. Rien n'indique que l'intention du législateur du 18 juillet 2006 était de s'écarter de cette règle générale pour ce qui concerne les causes ramenées devant le juge en vue d'obtenir des mesures d'exécution.

b) Un autre problème est celui de l'absence de règle légale en ce qui concerne l'introduction de l'instance pour le litige en matière d'exécution porté devant le juge d'appel. En effet, devant la cour d'appel (en cas d'appel d'un jugement du tribunal de la jeunesse ou d'une ordonnance du président portant des mesures provisoires), il n'existe pas de système de saisine permanente, si bien qu'il n'est pas possible de saisir la cour en déposant des conclusions.

Il n'existe pas non plus de disposition légale explicite précisant les modalités de l'introduction de la demande en degré d'appel. En revanche, il existe bien, par exemple, une disposition légale explicite précisant les modalités d'introduction de la demande devant le juge d'appel pour ce qui concerne le problème de l'interprétation d'un jugement ou arrêt rendu en appel, pour lequel le juge d'appel demeure compétent même s'il a confirmé en appel le jugement du premier degré de juridiction (article 798, alinéa 3, du Code judiciaire). Dans ce cas, le juge d'appel est saisi de la demande par comparution volontaire ou par voie de citation (article 796 *juncto* art. 798, alinéa 3, du Code judiciaire). Il n'existe toutefois pas de disposition légale qui permettrait une citation devant la cour d'appel pour ce qui concerne l'application de l'article 387ter du Code civil.

c) Un autre problème se pose également dans le cas de figure où la partie lésée demande une modification du régime d'autorité parentale et/ou d'hébergement en application de l'article 387ter, § 1^{er}, alinéa 4, du Code

§ 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek. Indien in deze laatste hypothese de zaak bij de instantie in hoger beroep aanhangig zou worden gemaakt, verliezen partijen een aanleg. Een vordering tot het uitlokken van een wijzigende maatregel dient echter niet noodzakelijk in het raam van artikel 387ter van het Burgerlijk Wetboek gevorderd te worden, maar kan ook bij autonome procedure worden gevraagd (bijvoorbeeld in het raam van artikel 387bis van het Burgerlijk Wetboek bij de jeugdrechtbank), in welk geval de dubbele aanleg wél geldt.

d) Ten slotte moet voor ogen gehouden worden dat niets de onwillige ouder belet om op zijn beurt een wijziging te vragen van de uitspraak in hoger beroep, op grond van gewijzigde omstandigheden, hetgeen hij noodzakelijk bij de eerste rechter dient in te leiden. In de andere opvatting zouden dan twee vorderingen aangaande de verblijfsregeling/omgangsregeling tegelijkertijd hangende kunnen zijn, de ene bij de rechter in hoger beroep (namelijk inzake de tenuitvoerlegging), en de andere bij de rechter in eerste aanleg (namelijk inzake de wijziging op grond van gewijzigde omstandigheden), hetgeen strijdig zou zijn met een goede rechtsbedeling.

Om al die redenen dient, eenmaal de gerechtshofinstantie in graad van hoger beroep een eindvonnis respectievelijk eindarrest heeft geveld en aldus zijn rechtsmacht heeft uitgeput, de zaak wat de uitvoeringsmaatregelen betreft opnieuw voor de eerste rechter (jeugdrechtbank dan wel kortgedingrechter of vrederechter, al naargelang het geval) ingeleid te worden. Het bezwaar dat hierdoor een systeem wordt gecreëerd waarbij de rechter in eerste aanleg een uitspraak dient te beoordelen en te doen uitvoeren van de rechter in hoger beroep waar hij mogelijk niet achter staat (met name indien zijn initiële beslissing werd hervormd) is niet ernstig, aangezien de jeugdrechters in protectionele zaken overeenkomstig artikel 60 WJB eveneens gehouden zijn tot uitvoering en tot evaluatie van de jeugdbeschermingsmaatregelen opgelegd door de jeugdrechter in hoger beroep.

Daarom kan evenmin de stelling gevolgd worden dat de rechter in hoger beroep bevoegd zou blijven voor het uitvoeringsgeschil indien hij bij het nemen van de niet-nageleefde beslissing de uitspraak van de eerste rechter heeft hervormd, maar dat indien hij de regeling getroffen door de eerste rechter heeft bevestigd, dit uitvoeringsgeschil opnieuw voor de eerste rechter gebracht zou moeten worden.

Het maken van dergelijk onderscheid kan niet op enige wettelijke basis teruggevalen, en zou bovendien op praktische bezwaren stuiten (*quid* bijvoorbeeld indien de rechter in hoger beroep enkel het aanvangsuur van het verblijf van het kind bij de andere ouder licht aangepast heeft?).

civil. Dans cette dernière hypothèse, si l'instance d'appel venait à être saisie, les parties perdraient un degré de juridiction. Toutefois, une demande visant à susciter une mesure modificative ne doit pas nécessairement être introduite dans le cadre de l'article 387ter du Code civil, mais peut également être formée en introduisant une procédure autonome (par exemple auprès du tribunal de la jeunesse dans le cadre de l'article 387bis du Code civil), auquel cas le double degré de juridiction s'applique bel et bien.

d) Enfin, il ne faut pas perdre de vue que rien n'empêche le parent récalcitrant de demander à son tour une modification de la décision en appel, en invoquant un changement de circonstances, cette demande devant nécessairement être portée devant le premier juge. Dans l'autre théorie, deux demandes portant sur le régime d'hébergement/de droit aux relations personnelles pourraient être pendantes simultanément, l'une devant le juge d'appel (en l'occurrence en ce qui concerne l'exécution) et l'autre devant le juge du premier ressort (en l'occurrence en ce qui concerne la modification en vertu d'un changement de situation), ce qui serait contraire à une bonne administration de la justice.

Pour toutes ces raisons, il vaut mieux, dès l'instant où la juridiction en degré d'appel a rendu un jugement ou un arrêt définitif et qu'elle a donc épuisé sa juridiction, que l'affaire qui concerne les mesures d'exécution soit ramenée devant le premier juge (le juge de la jeunesse, le juge des référés ou le juge de paix, selon le cas). L'on ne peut pas sérieusement objecter que l'on crée ainsi un système en vertu duquel le juge du premier degré de juridiction est tenu d'examiner et de faire exécuter une décision du juge d'appel qu'il ne soutient peut-être pas (par exemple si sa décision initiale a été réformée), étant donné que dans les affaires protectionnelles, les juges de la jeunesse sont également tenus, conformément à l'article 60 de la loi relative à la protection de la jeunesse, d'exécuter et d'évaluer les mesures de protection de la jeunesse imposées par le juge de la jeunesse en degré d'appel.

C'est pourquoi l'on ne peut pas davantage suivre la thèse qui soutient que le juge d'appel demeurerait compétent pour le litige d'exécution s'il a réformé la décision du premier juge en prenant la décision non respectée, mais que, s'il a confirmé le règlement pris par le premier juge, ce litige d'exécution devrait être ramené devant le premier juge.

Aucune base légale ne peut justifier l'établissement d'une telle distinction, laquelle se heurterait en outre à des griefs d'ordre pratique (qu'advierait-il, par exemple, si le juge d'appel avait seulement modifié légèrement l'heure du début de l'hébergement de l'enfant chez l'autre parent?).

Ook een andere stelling kan niet gevolgd worden dat het uitvoeringsgeschil opnieuw voor de eerste rechter moet worden gebracht als deze de jeugdrechtbank of de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend ex artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek is, op grond dat hier de bestendige saisine van toepassing is, maar dat de rechtbank van eerste aanleg als instantie in hoger beroep van de vrederechter aangaande dringende voorlopige maatregelen bevoegd zou blijven (althans als hij het vonnis van de vrederechter hervormd heeft) omdat voor de vrederechter geen regel van blijvende saisine geldt. Immers de regel van de bestendige saisine geeft enkel de mogelijkheid een zaak terug voor de rechter te brengen zonder nieuwe gedinginleidende akte, maar dit heeft geen uitstaans met de hier behandelde problematiek.

Gelet op deze discussie in de rechtspraak en de rechtsleer is het aangewezen dienaangaande een uitdrukkelijke bepaling in de wet toe te voegen.

Guy SWENNEN.

*
* *

WETSVOORSTEL

Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

Art. 2

Artikel 387ter, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij de wet van 18 juli 2006, wordt aangevuld met een derde zin, luidende :

« Ingeval het een einduitspraak in graad van hoger beroep betreft, wordt de zaak gebracht voor de rechter die in eerste aanleg bevoegd is. ».

25 maart 2010.

Guy SWENNEN.

L'on ne peut pas non plus souscrire à une autre thèse qui soutient que le litige d'exécution doit être ramené devant le premier juge si celui-ci est le tribunal de la jeunesse ou le président du tribunal de première instance statuant en vertu de l'article 1280 du Code judiciaire, au motif que la saisine permanente s'applique en l'espèce, mais qui soutient que le tribunal de première instance demeurerait compétent en tant qu'instance d'appel du juge de paix en ce qui concerne les mesures urgentes et provisoires (du moins s'il a réformé le jugement du juge de paix) parce que la règle de la saisine permanente ne s'applique pas au juge de paix. En effet, cette règle offre seulement la possibilité de ramener une affaire devant le juge sans nouvel acte introductif d'instance, mais cela n'a rien à voir avec la question examinée dans la présente proposition de loi.

Étant donné cette discussion qui agite la jurisprudence et la doctrine, il est indiqué en l'espèce d'ajouter dans la loi une disposition explicite.

*
* *

PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Art. 2

L'article 387ter, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil, inséré par la loi du 18 juillet 2006, est complété par une troisième phrase rédigée comme suit :

« S'il s'agit d'une décision définitive rendue en degré d'appel, la cause est portée devant le juge compétent du premier degré de juridiction. ».

25 mars 2010.