

## ROYAUME DE BELGIQUE

-----

## KONINKRIJK BELGIE

-----

## AVIS DU CONSEIL D'ETAT

-----

## ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

-----

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Affaires étrangères, le 4 avril 1997, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet de loi dépourvu d'intitulé, mais présenté en ces termes dans la lettre du Ministre : "Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, opgemaakt te 's-Gravenhage op 25 oktober 1980", a donné le 4 juin 1997 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 4 april 1997 door de Minister van Buitenlandse Zaken, verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een ontwerp van wet zonder opschrift, maar in de brief van de Minister aangekondigd als : "Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, opgemaakt te 's-Gravenhage op 25 oktober 1980", heeft op 4 juni 1997 het volgende advies gegeven :

### Observation préalable

L'avant-projet de loi a pour principal objet de porter assentiment à la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye, le 25 octobre 1980.

La section de législation a déjà été saisie par le passé d'une telle initiative. Ainsi, le 30 novembre 1992 (1), elle constatait que l'avant-projet avait des incidences budgétaires et que l'auteur du projet n'avait pas sollicité l'avis de l'inspecteur des Finances en application de l'arrêté royal du 5 octobre 1961 portant organisation du contrôle administratif et budgétaire.

En outre, elle soulignait que

"Dès juillet 1992, l'auditeur rapporteur au Conseil d'Etat a fait plusieurs démarches auprès du fonctionnaire délégué par le ministre, afin d'obtenir une réponse à une série de questions relatives à l'exécution de la convention dont la loi en projet prévoit l'approbation. Ce fonctionnaire a demandé un délai afin de permettre au ministre des Affaires étrangères de se concerter avec le ministre de la Justice.

A ce jour, les renseignements demandés n'ont pas encore été communiqués, de même que n'a pas encore été transmis le texte de la Recommandation accompagnant la convention."

---

(1) Avis n° L. 21.566/2.

Le 24 décembre 1996, la section de législation rendait un deuxième avis en application de l'article 84, alinéa 2, 2<sup>o</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, dans un délai ne dépassant pas trois jours. Décidant que l'urgence invoquée n'était pas spécialement motivée, elle déclara la demande d'avis irrecevable (1).

Par une lettre adressée au Conseil d'Etat le 4 avril 1997, le ministre des Affaires étrangères a demandé un nouvel avis. Le 21 avril 1997 a été communiqué au Conseil d'Etat la notification de la délibération du Conseil des ministres du 28 février 1997 indiquant que l'avant-projet de loi serait soumis à la procédure d'urgence prévue à l'article 84, alinéa 1er, 1<sup>o</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'examen devant avoir lieu dans un délai d'un mois.

A la suite d'un entretien téléphonique entre l'auditeur rapporteur et le fonctionnaire désigné dans la demande d'avis, il est apparu que celui-ci ignorait cette désignation et n'avait pas participé à l'élaboration de l'avant-projet.

Un contact avec la direction générale de la Chancellerie du ministère des Affaires étrangères a établi qu'il s'agissait d'une erreur et qu'un nouveau délégué serait désigné. A ce jour, aucune nouvelle désignation n'est intervenue, mais un fonctionnaire du ministère de la

---

(1) Avis n<sup>o</sup> L. 25.902/2.

Justice, ayant participé à l'élaboration de l'avant-projet, a pu fournir certaines explications.

### Observations générales

I. Le projet, dépourvu d'intitulé, instaure une procédure judiciaire unique destinée à être mise en oeuvre tant pour les demandes fondées sur la Convention de Luxembourg que pour celles fondées sur la Convention de La Haye. L'article 3 du projet insère, à cet effet, dans le Code judiciaire, un chapitre XIIbis intitulé "Des demandes relatives à la protection des droits de garde et de visite transfrontières". Aux termes de l'article 1322bis en projet, les demandes fondées sur les conventions de Luxembourg et de La Haye sont introduites par requête contradictoire auprès du tribunal de première instance qui "siège comme en référé".

L'instauration d'un tel mécanisme procédural destiné à assurer uniformément l'application des deux conventions précitées paraît totalement inadéquat.

1. L'on observe, dès l'abord, que, si les deux conventions sont complémentaires, les techniques juridiques auxquelles elles ont recours sont néanmoins différentes. "Alors que la Convention de Luxembourg établit, dans son ensemble, un système de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de visite, la Convention de La Haye appréhende directement le problème du déplacement sans droit pour aboutir à une remise

.../...

de l'enfant, sans préjuger du fond du droit" (N. WATTE, Les nouvelles Conventions de La Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants, Rev. trim. dr. fam., 1983, p. 15).

Les deux conventions invitent, certes, les Etats contractants à adopter des procédures rapides à l'effet d'en assurer la mise en oeuvre. Ainsi, en vertu de l'article 14 de la Convention de Luxembourg, une procédure simple et rapide est exigée pour "la reconnaissance et l'exécution d'une décision relative à la garde. A cette fin (chaque Etat contractant) veille à ce que la demande d'exequatur puisse être introduite sur simple requête". De même, en vertu de l'article 11, alinéa 1er, de la Convention de La Haye, "les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant, doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant".

L'obligation pour les Etats signataires d'avoir à mettre en oeuvre des procédures rapides n'entraîne cependant pas cette conséquence que celles-ci devraient être identiques. Une procédure tenant à obtenir l'exequatur d'une décision étrangère n'a ni le même objet ni la même portée qu'une procédure tendant à assurer le retour immédiat d'un enfant déplacé ou retenu illicitement. La première se prête davantage à un mode d'introduction unilatéral (c'est bien en ce sens, du reste, que disposent les articles 2 et 3 de la loi du 1er août 1985 portant approbation de la Convention de Luxembourg, que le projet abroge en son article 5); la seconde implique plus naturellement le recours au débat contradictoire. Le souci exprimé dans l'exposé des motifs

.../...

d'instaurer, dans tous les cas, une procédure contradictoire ne tient pas compte de ces différences. Il ne se justifie pas que l'on traite, sans distinction, des mécanismes juridiques profondément distincts.

2. S'agissant, aussi bien, d'assurer la mise en oeuvre de la Convention de La Haye, l'instauration d'une procédure telle que prévue par le projet n'est point davantage justifiée.

L'article 3 du projet soumet, en effet, indistinctement à la même procédure, d'une part, les demandes ayant pour objet le retour de l'enfant et, d'autre part, celles qui tendent à l'organisation d'un droit de visite ou à la protection de l'exercice effectif d'un tel droit. Cette assimilation méconnaît les mécanismes mis en place par la Convention de La Haye. Ainsi, les obligations énoncées par l'article 11 de la convention aux fins de procéder d'urgence au retour de l'enfant, ne sont pas applicables lorsque la demande se fonde sur l'article 21. Il s'ensuit que, pour cette dernière catégorie de demandes, des dérogations apportées aux règles du droit commun régissant la compétence et la procédure ne trouvent aucune justification dans la convention. Si l'urgence exigée par celle-ci peut autoriser des aménagements apportés à l'instruction de la cause en ce qui concerne les demandes tendant au retour de l'enfant, la même légitimité n'existe pas pour les demandes en matière de droit de visite.

.../...

De surcroît, l'intégration dans le Code judiciaire des mesures d'exécution de la convention nécessite que l'on ait égard aux questions spécifiques qui se posent en matière de droit de visite, notamment en ce qui concerne la détermination du juge compétent pour connaître de la demande ou l'introduction de demandes incidentes. En effet, en droit interne, le droit de visite ressortit à la compétence tantôt du juge de paix, tantôt du président du tribunal de première instance, tantôt du juge de la jeunesse, selon les cas. A cet égard, le projet ne règle d'aucune manière les hypothèses de connexité. Il ne se prononce pas davantage sur la question de savoir si, au cours d'une procédure mue en application de l'une des conventions, devant la juridiction belge, en vue d'obtenir le retour de l'enfant, le défendeur pourrait réclamer, à titre reconventionnel, l'organisation d'un droit de visite.

Il suit de ce qui précède que la procédure relative aux demandes fondées sur l'article 21 de la convention doit de toute évidence être réglée de manière distincte.

3. Aux termes de l'article 1322bis en projet, le président du tribunal de première instance "siège comme en référé". Cette technique procédurale appliquée dans plusieurs législations particulières (ainsi, par exemple, dans le cadre de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce) conduit le président du tribunal à statuer au fond. La décision rendue n'est point provisoire. Le président est saisi suivant la procédure accélérée du référé mais, contrairement à ce qui se pratique dans cette procé-

.../...

dure, il se prononce sur le fond de l'affaire, l'urgence étant présumée de droit. En d'autres termes, la décision a autorité de chose jugée. Outre que pareille technique procédurale n'est guère adéquate pour assurer l'exequatur d'une décision étrangère (voyez supra a)), l'on peut, aussi bien, s'interroger sur sa compatibilité avec l'article 19 de la Convention de La Haye qui précise qu'une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de cette convention "n'affecte pas le fond du droit de garde". Le rapport explicatif de Mme Elisa PEREZ-VERA insiste sur le caractère provisoire des mesures prises en ce qui concerne le retour de l'enfant (rapport n° 40). Il paraît paradoxal, sinon contradictoire, d'aménager une procédure destinée à déboucher sur une mesure provisoire en en confiant l'exercice à la juridiction présidentielle définitive.

II. L'article 1322bis en projet consacre le recours à la requête contradictoire. Les dispositions relatives à cette requête appellent une double remarque.

1. Aux termes de l'article 1322quinquies en projet, "sans préjudice de l'application des articles 1035 et 1036, les parties sont convoquées par le greffier sous pli judiciaire". Il importe de relever que les articles 1035 et 1036 sont applicables à la citation en référé. La requête et la citation ne sont évidemment pas à confondre. Faut-il dès lors déduire du texte en projet qu'indépendamment de la requête contradictoire, la citation en référé demeure un mode alternatif d'introduction de l'instance ? Tel qu'il est rédigé, le texte est profondément ambigu. S'il entre

.../...

dans les intentions des auteurs du projet de maintenir les modes habituels de l'introduction de l'action, il conviendra d'adapter l'article 1322bis en projet en prévoyant notamment la possibilité d'une citation. Au vu des objectifs de célérité poursuivis, il paraît nécessaire que le président du tribunal de première instance puisse être saisi dans le cadre de la procédure d'extrême urgence visée à l'article 1036 du Code judiciaire (référé d'hôtel). Les modalités et délais de notification d'une requête contradictoire paraissent, à cet égard, totalement inappropriés dans toutes les hypothèses où le moindre retard pourrait causer un préjudice grave.

2. L'article 1322bis en projet consacre le recours à la requête contradictoire telle qu'elle est organisée par les articles 1034bis à 1034quinquies du Code judiciaire. En vertu de l'article 1034ter, la requête doit contenir, à peine de nullité, plusieurs mentions. Si l'on compare ces mentions avec celles qui sont exigées dans la demande adressée à l'Autorité centrale en vertu de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de La Haye, il apparaît que la requête sera dépourvue d'informations relatives à l'enfant alors même que la résidence de celui-ci détermine la compétence territoriale du président du tribunal de première instance (article 1322quater en projet). Par ailleurs, la requête ne contiendra aucune indication relative à l'identité de l'enfant alors qu'un tel élément peut s'avérer nécessaire pour apprécier la recevabilité ou le bien-fondé de la demande, compte tenu, par exemple, de l'âge de l'enfant, étant entendu que les deux conventions ne s'ap-

.../...

pliquent que pour autant que l'enfant n'ait pas encore atteint l'âge de 16 ans.

III. L'article 4 du projet insère un paragraphe 4 dans l'article 728 du Code judiciaire. Selon ce paragraphe 4 en projet, "Dans le cas visé à l'article 1322ter, le requérant peut être représenté par le ministère public".

Il ne paraît guère compatible avec le statut du ministère public de prévoir que celui-ci agit en qualité de représentant d'une partie. Lorsque le ministère public agit en justice, il met en oeuvre un droit d'action qui lui est propre et dont le principe se trouve du reste inscrit à l'article 138, alinéa 2, du Code judiciaire. En saisissant le président du tribunal, le ministère public ne peut dès lors se confondre avec le représentant d'une partie.

Par ailleurs, la disposition en projet n'envisage point la possibilité pour le requérant qui a saisi l'Autorité centrale de se faire représenter, personnellement, par un avocat. Pareille possibilité doit demeurer ouverte, par application du principe général du droit de la défense.

L'article 4 du projet doit, dès lors, être fondamentalement revu.

.../...

IV. Tant la Convention de Luxembourg (article 15-1) que la Convention de La Haye (article 13, alinéa 2) prévoient, dans certaines circonstances, l'audition de l'enfant.

L'article 931 du Code judiciaire organise, de manière générale, l'audition du mineur capable de discernement dans toute procédure le concernant. La question se pose si cette disposition est conciliable avec les hypothèses d'audition prévues dans les deux conventions précitées. Dans la négative, le texte doit le prévoir expressément et organiser, de manière autonome, une procédure d'audition de l'enfant.

V. En vertu de l'article 7, alinéa 2, b, de la Convention de La Haye, l'Autorité centrale peut prendre directement ou "avec le concours de tout intermédiaire" des mesures provisoires en vue de prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées.

Aucune disposition du projet ne permet de déterminer quelle autorité est compétente pour imposer ces mesures provisoires ni comment celles-ci seront prises. Le texte devra être complété en vue de combler cette lacune. Il paraît, en tout cas, que de telles mesures ne pourraient être décidées par le président du tribunal statuant "comme en référé" puisque, par définition, les mesures à prendre sont expressément qualifiées dans la convention de "mesures provisoires".

.../...

VI. Il appartient aux auteurs du projet de prévoir quels recours peuvent être exercés contre la décision du président du tribunal. Cette décision sera-t-elle exécutoire par provision ? L'article 1039, alinéa 2, du Code judiciaire (qui prévoit que les ordonnances sur référé "sont exécutoires par provision nonobstant opposition ou appel") sera-t-il d'application ? L'on peut en douter dans la mesure où, en son alinéa 1er, le même article dispose que les ordonnances sur référé "ne portent préjudice au principal". Or, en l'occurrence, le président statue "comme en référé" c'est-à-dire, comme on l'a relevé ci-dessus, dans l'exercice d'une juridiction définitive. Ces questions doivent être clairement résolues dans le texte.

VII. L'article 26, alinéa 2, de la Convention de La Haye dispose que "l'Autorité centrale et les autres services publics des Etats contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la convention. Notamment, ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat. Cependant, ils peuvent demander le paiement des dépenses causées ou qui seraient causées par les opérations liées au retour de l'enfant".

Le troisième alinéa de cette disposition permet aux Etats contractants de faire, conformément à l'article 42, une réserve afin de limiter leur obligation de payer les frais visés à l'alinéa 2, liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique, ou les frais de

.../...

justice, à ceux qui peuvent être couverts par leur système d'assistance judiciaire et juridique.

Il ressort de l'exposé des motifs que le Gouvernement n'entend pas faire usage de cette réserve. Des explications fournies par la fonctionnaire, il apparaît que la gratuité de la procédure n'interviendrait que lorsque l'Autorité centrale a elle-même saisi le président du tribunal de première instance, la requête étant, dans cette hypothèse, signée par le ministère public. Par contre, si le demandeur entend lui-même saisir le juge sans faire appel à l'Autorité centrale, la procédure n'est pas gratuite.

A la différence de la Convention de Luxembourg qui impose, en son article 5, § 3, la gratuité lorsque la procédure est mise en oeuvre par l'autorité centrale, la Convention de La Haye prévoit, en son article 29, que les particuliers pourront eux-mêmes saisir les autorités administratives ou judiciaires des Etats contractants, par application ou non de la convention.

Or, en vertu de l'article 26, alinéa 2, de cette même convention, "l'Autorité centrale et les autres services publics des Etats contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la convention". Compte tenu de la formulation assez générale de cette disposition, les cours et tribunaux risquent d'être confrontés à des divergences d'interprétation.

.../...

En outre, la solution d'un certain nombre de contestations auxquelles l'application de la convention peut donner naissance, peut engendrer le recours à l'expertise; il pourrait en aller ainsi lors de la mise en oeuvre des articles 12, alinéa 2 (intégration de l'enfant dans son nouveau milieu), et 13, alinéa 1er, b (danger physique ou psychique que le retour risquerait de causer). Pour la charge du paiement des frais d'expertise et de la provision, il y a lieu de faire référence notamment aux articles 984 et 990 du Code judiciaire.

Il est également renvoyé à l'article 1017 du Code judiciaire en ce qui concerne les dépens.

Afin d'éviter toute divergence d'interprétation de la Convention de La Haye en ce qui concerne la gratuité de la procédure, il convient de compléter l'exposé des motifs en indiquant le raisonnement tenu par la fonctionnaire.

-----

Voorafgaande opmerking

Door middel van het voorontwerp van wet wordt voornamelijk beoogd instemming te betuigen met het Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, gedaan te 's Gravenhage op 25 oktober 1980.

De afdeling wetgeving is vroeger reeds geraadpleegd in verband met zulk een initiatief. Zo heeft ze op 30 november 1992 (1) vastgesteld dat het voorontwerp een budgettaire weerslag had en dat de steller ervan het advies van de inspecteur van Financiën niet had gevraagd met toepassing van het koninklijk besluit van 5 oktober 1961 tot regeling van de administratieve en begrotingscontrole.

Zij heeft tevens op het volgende gewezen :

"Reeds vanaf juli 1992 heeft de auditeur-verslaggever bij de Raad van State verscheidene stappen ondernomen bij de door de Minister gemachtigde ambtenaar om een antwoord te verkrijgen op een reeks vragen betreffende de uitvoering van het Verdrag waarvan de ontworpen wet in de goedkeuring voorziet. Deze ambtenaar heeft uitstel gevraagd om de Minister van Buitenlandse Zaken de mogelijkheid te bieden overleg te plegen met de Minister van Justitie.

Tot op heden zijn de gevraagde inlichtingen nog niet verstrekt en is de tekst van de Aanbeveling bij het Verdrag evenmin toegestuurd."

---

(1) Advies nr. L.21.566/2.

Op 24 december 1996 heeft de afdeling wetgeving, met toepassing van artikel 84, tweede lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, een tweede advies uitgebracht binnen een termijn van ten hoogste drie dagen. Ze heeft beslist dat de aangevoerde spoed niet met bijzondere redenen was omkleed en de adviesaanvraag niet-ontvankelijk verklaard (1).

Bij een brief van 4 april 1997 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken de Raad van State om een nieuw advies gevraagd. Op 21 april 1997 is de Raad van State in kennis gesteld van de beslissing van de Ministerraad van 28 februari 1997 om ten aanzien van het voorontwerp van wet de in artikel 84, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde spoedbehandeling toe te passen, waarbij het onderzoek binnen een termijn van één maand dient plaats te vinden.

Uit een telefoongesprek tussen de auditeur-rapporteur en de in de adviesaanvraag aangewezen ambtenaar is gebleken dat deze niet op de hoogte was van die aanwijzing en dat hij niet had meegewerkt aan de voorbereiding van het voorontwerp.

Uit een contact met de algemene directie van de kanselarij van het Ministerie van Buitenlandse Zaken is gebleken dat het om een vergissing ging en dat een andere gemachtigde zou worden aangewezen. Tot op heden heeft geen enkele nieuwe aanwijzing plaatsgevonden, maar een ambtenaar

---

(1) Advies nr. L.25.902/2.

van het Ministerie van Justitie, die heeft deelgenomen aan de voorbereiding van het voorontwerp, heeft een aantal toelichtingen kunnen verstrekken.

### Algemene opmerkingen

I. Bij het ontwerp, dat geen opschrift heeft, wordt een enige gerechtelijke procedure ingevoerd die moet worden toegepast zowel voor de verzoeken die op het Verdrag van Luxemburg als voor die welke op het Verdrag van 's Gravenhage steunen. Daartoe wordt bij artikel 3 van het ontwerp in het Gerechtelijk Wetboek een hoofdstuk XIIbis ingevoegd met als opschrift "Verzoeken betreffende de bescherming van het grensoverschrijdend hoederecht en bezoekrechten". Naar luid van het ontworpen artikel 1322bis worden de verzoeken die op de verdragen van Luxemburg en 's Gravenhage steunen bij een verzoekschrift op tegenspraak ingeleid bij de rechtbank van eerste aanleg die "zitting (houdt) zoals in kort geding".

De invoering van een dergelijke processuele regeling die bestemd is om een eenvormige toepassing van de twee voormelde verdragen te waarborgen, lijkt volledig ongeschikt te zijn.

1. Er zij onmiddellijk op gewezen dat de twee verdragen weliswaar aanvullend zijn, maar dat de juridische technieken waarop zij een beroep doen verschillend zijn. Terwijl het Verdrag van Luxemburg in zijn geheel een

.../...

regeling vaststelt voor de erkenning en de uitvoering van de rechterlijke beslissingen inzake hoederecht en bezoekrechten, heeft het Verdrag van 's Gravenhage rechtstreeks betrekking op het probleem van het onrechtmatig overbrengen om te komen tot het teruggeven van het kind, ongeacht het recht zelf (N. WATTE, Les nouvelles Conventions de La Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants, Rev. trim. dr. fam., 1993, blz. 15).

In de beide verdragen worden de verdragsluitende Staten weliswaar verzocht snelle procedures aan te nemen teneinde de toepassing ervan te waarborgen. Krachtens artikel 14 van het Verdrag van Luxemburg is aldus een eenvoudige en snelle procedure vereist voor de "erkenning en tenuitvoerlegging van een beslissing inzake het gezag" en dient iedere verdragsluitende Staat ervoor te zorgen "dat het verzoek tot tenuitvoerlegging kan worden ingediend door middel van een eenvoudig verzoekschrift". Evenzo moeten krachtens artikel 11, eerste lid, van het Verdrag van 's Gravenhage "de rechterlijke of administratieve autoriteiten van iedere Verdragsluitende Staat (...) onverwijld maatregelen [treffen] ter bevordering van de terugkeer van het kind".

De aan de verdragsluitende Staten opgelegde verplichting om te zorgen voor snelle procedures brengt echter niet met zich dat die volstrekt dezelfde zouden moeten zijn. Een procedure die ertoe strekt de tenuitvoerlegging te verkrijgen van een buitenlandse beslissing heeft noch hetzelfde onderwerp, noch dezelfde strekking als een procedure die de onmiddellijke terugkeer beoogt van een kind dat

.../...

wederrechtelijk is overgebracht of wordt vastgehouden. De eerstgenoemde procedure leent zich meer tot een eenzijdige rechtsingang (aldus luiden, overigens, de artikelen 2 en 3 van de wet van 1 augustus 1985 houdende goedkeuring van het Verdrag van Luxemburg, die bij artikel 5 van het ontwerp worden opgeheven); de tweede procedure impliceert uit zichzelf meer dat men tot een behandeling op tegenspraak komt. De in de memorie van toelichting uitgedrukte wens om in alle gevallen een procedure op tegenspraak in te stellen, houdt met die verschillen geen rekening. Er is geen enkele reden om fundamenteel verschillende juridische stelsels op dezelfde wijze te behandelen.

2. Aangezien het tevens de bedoeling is voor de uitvoering van het Verdrag van 's Gravenhage te zorgen, is er evenmin een reden om één enkele procedure in te stellen, zoals bepaald in het ontwerp.

Krachtens artikel 3 van het ontwerp geldt dezelfde procedure zonder onderscheid, enerzijds, voor de verzoeken die op de terugkeer van het kind gericht zijn en, anderzijds, voor de verzoeken tot regeling van een bezoekrecht of op de bescherming van de daadwerkelijke uitoefening van zulk een recht. Die gelijkschakeling gaat voorbij aan de mechanismen die door het Verdrag van 's Gravenhage zijn ingesteld. Zo zijn de verplichtingen die artikel 11 van het verdrag oplegt ter bevordering van de onverwijld terugkeer van het kind niet van toepassing wanneer het verzoek op artikel 21 steunt. Daaruit volgt dat het verdrag, wat deze laatste categorie van verzoeken betreft, geen enkele grond

.../...

oplevert om af te wijken van de gemeenrechtelijke regels die de bevoegdheid en de procedure regelen. Hoewel de regels voor het onderzoek van de zaak op basis van de door het verdrag geleverde spoed kunnen worden aangepast, wat betreft de verzoeken die gericht zijn op de terugkeer van het kind, is er geen reden om hetzelfde te doen voor de verzoeken inzake bezoekrecht.

Bovendien vereist de opneming in het Gerechtelijk Wetboek van de maatregelen tot uitvoering van het Verdrag dat men rekening houdt met de specifieke vragen die rijzen inzake bezoekrecht, inzonderheid wat betreft het bepalen welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van het verzoek of de indiening van tussentijdse verzoeken. In intern recht immers behoort het bezoekrecht tot de bevoegdheid van hetzij de vrederechter, hetzij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, hetzij de jeugdrechter, al naargelang het geval. In dit verband regelt het ontwerp de gevallen van verknochtheid op generlei wijze. Het spreekt zich evenmin uit over de vraag of de verdediger tijdens een procedure die met toepassing van een van de verdragen voor een Belgische rechtbank met het oog op de terugkeer van het kind is ingesteld, bij wijze van tegeneis zou kunnen vorderen dat een bezoekrecht wordt geregeld.

Uit wat voorafgaat volgt dat de procedure betreffende de verzoeken gegrond op artikel 21 van het Verdrag uiteraard op afzonderlijke wijze behoort te worden geregeld.

.../...

3. Naar luid van het ontworpen artikel 1322bis "houdt (de voorzitter) zitting zoals in kort geding". Deze proceduretechniek die in vele specifieke wetgevingen wordt gebruikt (zoals, bijvoorbeeld, in het kader van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken) brengt de voorzitter van de rechtbank ertoe over de grond van de zaak uitspraak te doen. De gewezen beslissing is geen voorlopige beslissing. De zaak wordt volgens de versnelde procedure van het kort geding bij de voorzitter aanhangig gemaakt, maar, in tegenstelling tot wat bij een kort geding gebruikelijk is, spreekt hij zich over de grond van de zaak uit, aangezien er een wettelijk vermoeden van dringende noodzakelijkheid bestaat. De beslissing heeft met andere woorden gezag van gewijsde. Zulke proceduretechniek is niet alleen nauwelijks geschikt om ervoor te zorgen dat een buitenlandse beslissing wordt uitgevoerd (zie supra sub a)), maar de vraag kan ook worden gesteld of ze samengaat met artikel 19 van het Verdrag van 's Gravenhage, dat bepaalt dat "een ingevolge (dat) verdrag genomen beslissing betreffende de terugkeer van het kind ... de grond van het gezagsrecht niet aan(tast)". Het verklarend verslag van mevrouw Elisa PEREZ-VERA benadrukt dat de maatregelen die betreffende de terugkeer van het kind worden genomen voorlopig zijn (verslag nr. 40). Het lijkt paradoxaal, of zelfs contradictorisch, een procedure te organiseren die ertoe strekt tot een voorlopige maatregel te komen terwijl men de uitoefening ervan aan de definitieve rechtspraak van de voorzitter toevertrouwt.

.../...

II. Het ontworpen artikel 1322bis huldigt het gebruik van het verzoekschrift op tegenspraak. De bepalingen betreffende dat verzoekschrift geven aanleiding tot twee opmerkingen.

1. Het ontworpen artikel 1322quinquies bepaalt : " Onverminderd de toepassing van de artikelen 1035 en 1036 worden de partijen door de griffier bij gerechtsbrief opgeroepen ...". Er moet worden op gewezen dat de artikelen 1035 en 1036 van toepassing zijn op de dagvaarding in kort geding. Het verzoekschrift en de dagvaarding mogen uiteraard niet met elkaar worden verward. Moet dan ook uit de ontworpen tekst worden afgeleid dat, los van het verzoekschrift op tegenspraak, de dagvaarding in kort geding een alternatieve manier blijft om het geding aan te spannen ? Zoals de tekst is opgesteld, is hij zeer dubbelzinnig. Als het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is de gebruikelijke wijzen voor het aanspannen van een geding te behouden, zou het ontworpen artikel 1322bis moeten worden aangepast door inzonderheid in de mogelijkheid van een dagvaarding te voorzien. In het licht van het snelle optreden dat wordt beoogd, lijkt het noodzakelijk te bepalen dat de zaak in het kader van de procedure van de uiterst dringende noodzakelijkheid bedoeld in artikel 1036 van het Gerechtelijk Wetboek bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aanhangig kan worden gemaakt (kort geding ten huize). De nadere regels en de termijnen voor de kennisgeving van een verzoekschrift op tegenspraak lijken in dit opzicht volledig ongeschikt in alle gevallen waar de minste vertraging een ernstig nadeel zou kunnen opleveren.

.../...

2. Het ontworpen artikel 1322bis voorziet in het gebruik van het verzoekschrift op tegenspraak zoals het geregeld is in de artikelen 1034bis tot 1034quinquies van het Gerechtelijk Wetboek. Krachtens artikel 1034ter moet het verzoekschrift op straffe van nietigheid verscheidene vermeldingen bevatten. Als men die vermeldingen vergelijkt met die welke krachtens artikel 8, tweede lid, van het Verdrag van 's Gravenhage moeten voorkomen in het aan de centrale autoriteit gerichte verzoek, blijkt dat het verzoekschrift geen informatiegegevens betreffende het kind zal bevatten, terwijl net de verblijfplaats van het kind bepalend is voor de territoriale bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (het ontworpen artikel 1322quater). Overigens zal het verzoekschrift geen enkele aanwijzing betreffende de identiteit van het kind bevatten, terwijl zulk een gegeven noodzakelijk kan blijken om de ontvankelijkheid of de gegrondheid van het verzoek te beoordelen, gelet op, bijvoorbeeld, de leeftijd van het kind, met dien verstande dat de beide verdragen slechts van toepassing zijn voor zover het kind de leeftijd van 16 jaar nog niet heeft bereikt.

III. Bij artikel 4 van het ontwerp wordt in artikel 728 van het Gerechtelijk Wetboek een paragraaf 4 ingevoegd. Volgens die ontworpen paragraaf 4 "... kan de verzoeker(, in het geval bedoeld in artikel 1322ter,) ... door het openbaar ministerie (worden vertegenwoordigd).".

Dat het openbaar ministerie handelt als vertegenwoordiger van een partij lijkt nauwelijks met het statuut

.../...

van het openbaar ministerie samen te gaan. Wanneer het openbaar ministerie in rechte optreedt, wendt het een eigen vorderingsrecht aan waarvan het principe overigens in artikel 138, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek is ingeschreven. Wanneer het openbaar ministerie een zaak bij de voorzitter van de rechtbank aanhangig maakt, mag het dan ook niet kunnen worden verward met de vertegenwoordiger van een partij.

Overigens voorziet de ontworpen bepaling voor de verzoeker die de zaak bij de centrale autoriteit aanhangig heeft gemaakt niet in de mogelijkheid om zichzelf in persoon door een advocaat te laten vertegenwoordigen. Zulk een mogelijkheid moet bestaan met toepassing van het algemeen beginsel van de rechten van verdediging.

Artikel 4 van het ontwerp behoort dan ook grondig te worden herzien.

IV. Zowel het Verdrag van Luxemburg (artikel 15-1) als het Verdrag van 's Gravenhage (artikel 13, tweede lid) bepalen dat het kind in bepaalde omstandigheden kan worden gehoord.

Artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek regelt op algemene wijze het verhoor van de minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt in elk geding dat hem betreft. De vraag rijst of deze bepaling samengaat met de gevallen van verhoor waarin de beide voormelde verdragen voorzien. Zo niet, moet de tekst dat uitdrukkelijk bepalen

.../...

en op autonome wijze een procedure voor het verhoor van het kind instellen.

V. Krachtens artikel 7, tweede lid, b, van het Verdrag van 's Gravenhage kan de centrale autoriteit rechtstreeks of "via tussenkomst van een andere instantie" voorlopige maatregelen treffen om te voorkomen dat het kind aan nieuwe gevaren wordt blootgesteld of de belangen van de betrokken partijen worden geschaad.

Geen enkele bepaling van het ontwerp maakt het mogelijk vast te stellen welke autoriteit bevoegd is om die voorlopige maatregelen op te leggen of hoe die maatregelen zullen worden getroffen. De tekst dient te worden aangevuld teneinde die leemte op te vullen. In elk geval lijkt de voorzitter van de rechtbank, zitting houdend "zoals in kortgeding" zulke maatregelen niet te kunnen treffen, aangezien de te treffen maatregelen, per definitie, in het verdrag uitdrukkelijk als "voorlopige maatregelen" worden bestemd.

VI. Het staat aan de stellers van het ontwerp te bepalen welke beroepen tegen de beslissing van de voorzitter van de rechtbank kunnen worden aangewend. Zal die beslissing bij voorraad uitvoerbaar zijn ? Zal artikel 1039, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek (dat bepaalt dat de beschikkingen in kortgeding bij voorraad (uitvoerbaar) zijn niettegenstaande verzet of hoger beroep") van toepassing zijn ? Men kan dat betwijfelen voor zover het eerste lid van

.../...

datzelfde artikel bepaalt dat de beschikkingen in kortgeding "aan de zaak zelf (geen nadeel toebrengen)". In casu echter houdt de voorzitter zitting "zoals in kortgeding", dat wil zeggen, zoals wij hiervoor hebben aangegeven, in de uitoefening van een definitieve rechtsprekende bevoegdheid. De tekst dient voor die vragen een duidelijke oplossing op te geven.

VII. Artikel 26, tweede lid, van het Verdrag van 's Gravenhage bepaalt dat "de centrale autoriteit en de andere openbare diensten van de Verdragsluitende Staten ... geen kosten in rekening (brengen) in verband met ingevolge dit Verdrag ingediende verzoeken. In het bijzonder mogen zij niet van de verzoeker betaling eisen van de proceskosten of, indien deze zijn gemaakt, van de kosten veroorzaakt door bijstand van een raadsman. Zij kunnen echter wel betaling verlangen van de kosten die zijn gemaakt in verband met de terugkeer van het kind."

Het derde lid van die bepaling biedt de Verdragsluitende Staten de mogelijkheid om overeenkomstig artikel 42 een voorbehoud te maken teneinde hun verplichting tot het betalen van de in het tweede lid bedoelde kosten die verband houden met de bijstand van een advocaat of een juridisch adviseur of de gerechtskosten te beperken tot die welke gedekt zijn door hun stelsel van rechtshulp en rechtsbijstand.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de Regering van dat voorbehoud geen gebruik wenst te maken. Uit

.../...

de door de ambtenaar verstrekte uitleg blijkt dat de procedure alleen dan gratis zou zijn wanneer de centrale autoriteit zelf de zaak bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aanhangig heeft gemaakt, waarbij het verzoekschrift, in die veronderstelling, door het openbaar ministerie wordt ondertekend. De procedure is daarentegen niet gratis wanneer de verzoeker de zaak zelf bij de rechter aanhangig wil maken zonder een beroep te doen op de centrale autoriteit.

In tegenstelling tot artikel 5, derde lid, van het Verdrag van Luxemburg, dat bepaalt dat de procedure gratis is wanneer ze door de centrale autoriteit wordt ingesteld, bepaalt artikel 29 van het Verdrag van 's Gravenhage dat particulieren zichzelf, al dan niet met toepassing van de regels van het Verdrag, tot de administratieve of rechterlijke autoriteiten van de Verdragsluitende Staten kunnen wenden.

Krachtens artikel 26, tweede lid, van datzelfde Verdrag echter "brengen de centrale autoriteit en de andere openbare diensten van de Verdragsluitende Staten geen kosten in rekening in verband met ingevolge dit Verdrag ingediende verzoeken". Gelet op de nogal algemene formulering van deze bepaling dreigen de hoven en de rechtbanken met uiteenlopende interpretaties te worden geconfronteerd.

Bovendien kan het voor het oplossen van een aantal betwistingen die bij de toepassing van het verdrag kunnen rijzen, nodig zijn een beroep te doen op expertise; dat zou het geval kunnen zijn met de uitvoering van artikel 12,

.../...

tweede lid (inworteling van het kind in zijn nieuwe omgeving), en 13, eerste lid, b (lichamelijk of geestelijk gevaar dat door de terugkeer zou kunnen ontstaan). Voor de betaling van de expertisekosten en het voorschot behoort te worden verwezen naar inzonderheid de artikelen 984 en 990 van het Gerechtelijk Wetboek.

Er wordt tevens verwezen naar artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek wat de kosten betreft.

Teneinde uiteenlopende interpretaties van het Verdrag van 's Gravenhage te voorkomen, wat de kosteloosheid van de procedure betreft, dient de memorie van toelichting te worden aangevuld met de vermelding van de door de ambtenaar gehouden redenering.

-----

La chambre était composée de  
Messieurs J.-J. STRYCKMANS,  
de Heren

Y. KREINS,  
P. LIENARDY,  
F. DELPEREE,  
J. van COMPERNOLLE,

Madame J. GIELISSEN,  
Mevrouw

De kamer was samengesteld uit  
président,  
voorzitter,

conseillers d'Etat,  
staatsraden,  
assesseurs de la  
section de législation,  
assessoren van de  
afdeling wetgeving,

greffier,  
griffier.

Le rapport a été présenté par  
Mme P. VANDERNACHT, auditeur  
adjoint. La note du Bureau de  
coordination a été rédigée et  
exposée par Mme G. JOTTRAND,  
référéndaire adjoint.

Het verslag werd uitge-  
bracht door Mevr. P. VANDERNACHT,  
adjunct-auditeur. De nota van  
het Coördinatiebureau werd op-  
gesteld en toegelicht door  
Mevr. G. JOTTRAND, adjunct-  
referendaris.

La concordance entre la  
version française et la ver-  
sion néerlandaise a été véri-  
fiée sous le contrôle de  
M. J.-J. STRYCKMANS.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN

J.-J. STRYCKMANS

.../...