LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.360/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 26 avril 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi "modifiant les dispositions légales relatives à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès" (Doc. parl., Chambre, session 2003-2004, n° 51 0614/001) ainsi que sur les amendements nos 1 à 16 (Doc. parl., Chambre, session 2004-2005, n° 51 0614/002), a donné le 23 mai 2005 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.360/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 26 april 2005 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over voorstel van wet "tot wijziging van de wetsbepalingen betreffende de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden" (Parl. St., Kamer, zitting 2003-2004, nr. 51 0614/001) alsook over de amendementen nrs 1 tot 16 (Parl. St., Kamer, zitting 2004-2005, nr. 51 0614/002), heeft op 23 mei 2005 het volgende advies gegeven :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations ci-après.

Observation générale

Dans l'avis 38.067/2, donné le 26 janvier 2005 sur un avant-projet de loi "relative aux déclarations de décès suite à des catastrophes naturelles exceptionnelles", la section de législation du Conseil d'État avait estimé que l'intégration des dispositions de l'avant-projet dans le Code civil devrait se faire dans le Livre premier, Titre II, chapitre IV, intitulé "des actes de décès", ou par l'introduction d'un chapitre IV*bis*, intitulé "De la déclaration judiciaire de décès", et non dans le titre IV du même livre consacré aux absents. En effet, l'absent est celui dont on ne sait s'il est mort ou vivant, alors que la mort du disparu est certaine bien que le corps n'ait pas été retrouvé.

La proposition examinée a un objet plus large. Elle remplace le Titre IV du Code civil, dont l'intitulé "Des absents" est conservé, en vue, d'une part de réformer les dispositions relatives à l'absence (chapitre premier) et, d'autre part, d'y intégrer la déclaration judiciaire de décès (chapitre II). Désormais, en ce qui concerne l'absence proprement dite, la loi distingue entre une période de "présomption d'absence" (chapitre premier, section première), pendant laquelle la survie de l'absent est présumée, et une période "d'absence déclarée" (chapitre premier, section 2), qui implique une présomption de décès. Dès lors que l'absence déclarée et la déclaration judiciaire de décès ont les mêmes conséquences [(1)], il peut être admis que les deux notions soient traitées dans le même titre IV du Code civil, consacré aux absents.

---

(1) Y.-H. LELEU, note sous Cass. 14 septembre 1993, R.W. 1994-1995, n° 6, p. 644.

Observations particulières

Dispositif

Article 1er

Les dispositions de la proposition qui confèrent une compétence, une prérogative ou une attribution au tribunal de première instance ou au ministère public concernent "l'organisation des cours et tribunaux" et règlent donc une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

Article 2

L'article 2 de la proposition remplace les articles 112 à 142 du Code civil par les articles 112 à 139.

L'article 76 de la Constitution dispose que :

"Un projet de loi ne peut être adopté par une Chambre qu'après avoir été voté article par article.

Les chambres ont le droit d'amender ou de diviser les articles et les amendements proposés."

Il en résulte que l'article 2 doit être omis. En effet, son adoption par les chambres législatives entraînerait l'adoption automatique de l'ensemble des articles 112 à 139 proposés du Code civil, sans possibilité de respecter cette exigence constitutionnelle.

La même observation vaut pour l'article 3.

Article 112 proposé

1. La caractéristique essentielle de l'absence est l'incertitude dans laquelle l'on se trouve sur la vie ou la mort d'une personne.

.../...

Il serait dès lors souhaitable de mentionner expressément ce critère, même s'il pourrait implicitement se déduire de la non-parution de la personne depuis un certain temps et de l'absence de nouvelles.

2. Le Conseil d'État suppose que l'action peut également être introduite par le ministère public. Pour éviter toute interrogation à ce sujet, il y a lieu de le préciser expressément [(2)].

3. Il ne serait pas inutile de préciser quel est le tribunal territorialement compétent, comme le fait l'article 130 en ce qui concerne la déclaration judiciaire de décès.

La même observation vaut pour l'article 118 proposé.

Article 113 proposé

La désignation, par le tribunal de première instance, d'un administrateur provisoire ne peut avoir lieu que si l'absent "n'a pas donné procuration à un mandataire pour veiller à la gestion de ses biens".

Il va de soi que seul le mandat général est visé et non le mandat spécial.

Article 114 proposé

1. Cet article, qui détermine les pouvoirs de l'administrateur provisoire, est inspiré, selon l'exposé des motifs, de l'article 31 de la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés. Cet article et la loi du 18 juin 1850 ont été abrogés par la loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental.

---

(2) Voir, en ce sens, l'article 118 de la proposition ainsi que pour comparaison, l'article 488*bis*-B, du Code civil, en ce qui concerne la déclaration d'absence.

Cependant, l'amendement n° 8 vise à insérer un nouvel alinéa 2 dans l'article 113 proposé, rédigé comme suit : "Les articles 488*bis*-C, et suivants s'appliquent par analogie".

L'article 488*bis*-F du Code civil détermine les pouvoirs de l'administrateur provisoire du majeur qui, en raison de son état de santé est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement. Cet article est incompatible avec l'article 114 proposé. La liste des actes soumis à autorisation spéciale n'est pas la même (exemple : la conclusion d'un bail à ferme ou d'un bail commercial est soumise à autorisation spéciale par l'article 488bis-F, § 3, du Code civil alors qu'elle ne l'est pas par l'article 114 proposé). Toute une série d'actes pouvant être accomplis moyennant autorisation spéciale en vertu de l'article 488bis-F, § 3, du Code civil (exemple : aliénation d'immeubles autre que ceux appartenant en copropriété à l'absent et à d'autres personnes, constitution d'une hypothèque, etc) ne sont pas mentionnés à l'article 114 proposé, ce qui implique, semble-t-il, que de tels actes sont interdits. La manière dont les deux dispositions décrivent le pouvoir de représentation de l'administrateur provisoire est également différente, l'article 114 proposé ne prévoyant pas, comme le fait l'article 488*bis*-F, § 2, du Code civil, que "l'administrateur provisoire représente la personne protégée dans tous les actes juridiques".

La proposition doit être revue afin de déterminer de manière complète, claire et précise les règles applicables à l'administration provisoire des biens de l'absent (acceptation de la désignation, rapport sur la nature et la composition des biens à gérer, conflits d'intérêt, garanties à fournir, obligation de rendre compte de la gestion, rémunération, etc.) et notamment les pouvoirs de l'administrateur. Rien n'empêche de procéder par renvoi si cela ne nuit pas à la clarté du texte.

Une différence de traitement en ce qui concerne l'administration provisoire des biens de l'absent et l'administration provisoire des biens du majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement, devra être justifiée, conformément aux articles 10 et 11 de la Constitution, par les éventuelles différences que présenteraient les deux situations.

2. Les pouvoirs conférés par l'article 114 proposé à l'administrateur provisoire, le sont "sous réserve de l'application de l'article 220, § 2 [3]". Selon les développements de la proposition, cette réserve a cependant un champ d'application plus restreint que ne le prévoient les termes généraux du texte proposé, puisqu'elle ne s'applique que "lorsque le tribunal a désigné le conjoint en qualité d'administrateur provisoire" et non dans l'hypothèse où le tribunal aurait désigné une autre personne. Sous réserve des observations qui seront formulées ci-dessous, le texte proposé devrait traduire l'intention exprimée dans les développements.

La réserve faite à l'article 114 proposé, même réduite comme mentionné ci-dessus, pose problème. En effet, l'article 220, § 2, du Code civil ne s'applique que "lorsque l'époux qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté n'a pas (...) été pourvu d'un représentant légal". Or, l'administrateur provisoire prévu à l'article 114 est un "représentant légal" [4], même s'il s'agit du conjoint de l'absent, ce qui exclut la possibilité d'appliquer l'article 220, § 2, du Code civil. Il y a donc contradiction entre la réserve formulée au début de l'article 114 proposé et l'article 220, § 2, du Code civil.

La contradiction relevée à l'alinéa précédent pourrait certes être levée par une adaptation des textes concernés. Cependant, si l'article 220, § 2, du Code civil devait être rendu applicable nonobstant la désignation d'un administrateur provisoire, se poserait la question de la coexistence de deux mécanismes différents, notamment quant au niveau du contrôle exercé par l'autorité judiciaire. L'on pourrait alors imaginer :

1° soit que l'article 220, § 2, du Code civil ne s'appliquerait que pour les actes que ne peut accomplir le conjoint en tant qu'administrateur provisoire, notamment la vente d'immeubles non indivis;

---

(3) Il semble qu'une réserve identique pourrait être faite en ce qui concerne l'article 1426 du Code judiciaire qui, selon Y. LELEU et Y.-H. LELEU, pourrait s'appliquer à l'absence (''Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès", Revue du Notariat Belge,1993, n° 18, p. 493).

(4) Sauf si, en application de l'article 488bis-F du Code civil, le pouvoir de représentation était réduit par le tribunal.

2° soit, comme en droit français et comme le mentionne la justification de l'amendement n° 2, faire prévaloir les règles du régime matrimonial sur les dispositions en matière d'absence.

La proposition devrait donc être complétée pour régler ces questions.

3. Indépendamment de la question soulevée au point 2, la désignation d'un administrateur provisoire autre que le conjoint du disparu pourrait faire naître, entre ces derniers, des litiges en ce qui concerne la gestion du patrimoine commun. L'amendement n° 2 permet d'éviter ces litiges en prévoyant la priorité donnée à l'article 1420 du Code civil, ce qui permettra à l'époux de l'absent de gérer seul (et non "seulement" comme mentionné dans la justification française de l'amendement) les biens communs.

La règle gagnerait cependant à être exprimée de manière plus explicite que ne le font les mots "sans préjudice de l'article 1420".

4. L'article 114 dispose que les baux conclus par l'administrateur provisoire ne pourront excéder trois ans, sous réserve des dispositions légales concernant les baux à ferme et les baux commerciaux. L'amendement n° 3 propose de mentionner également les "baux à loyer".

Il semble que l'auteur de l'amendement veuille viser "les baux relatifs à la résidence principale du preneur". Il y a lieu d'adapter le texte de l'amendement en conséquence.

La règle générale, à savoir l'interdiction de consentir des baux excédant trois ans, ne jouera plus que dans les cas marginaux de baux non soumis aux trois législations précitées.

5. Le projet fait référence aux articles 1187, 1206 et 1225 du Code judiciaire.

L'article 1206 du Code judiciaire ne concerne cependant que les mineurs. Il est donc suffisant de viser l'article 1225 du Code judiciaire qui déclare applicables au présumé absent "les dispositions du présent chapitre relatives aux partages auxquels des mineurs sont intéressés".

Article 116 proposé

Le système mis en place par les articles 116 et 122 proposés est parfaitement logique : puisque l'on ne sait si l'absent est vivant ou mort, il sera représenté, s'il est appelé à une succession, par l'administrateur provisoire (article 116 proposé). Une fois transcrit, le jugement déclaratif d'absence produira, quant aux biens, tous les effets du décès (article 122 proposé). Dès lors, les biens faisant partie de la succession à laquelle l'absent avait été appelé passeront, de même que ses autres biens, à ses héritiers.

Il est vrai que ce mécanisme est moins favorable aux enfants de l'absent que l'article 136 actuel qui leur aurait permis d'obtenir immédiatement (sans même attendre l'envoi en possession provisoire) la dévolution de la succession en représentation de leur auteur [(5)]. C'est la raison pour laquelle l'amendement n° 10 rétablit, avec quelques modifications, l'article 136 actuel [(6)].

---

(5) Selon l'article 136 actuel, "S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut". Cette disposition est interprétée en ce sens que la dévolution a lieu de la même manière que si l'absent était prédécédé, même si cela paraît peu compatible avec la définition de l'absence qui implique l'incertitude en ce qui concerne la vie ou la mort d'une personne.

(6) Le texte de l'amendement n° 10 est rédigé comme suit : "Si le présumé absent est appelé à une succession, celle-ci est dévolue aux personnes qui viendraient à la succession si le présumé absent était décédé".

Cette manière de procéder pose cependant problème au regard de l'économie générale de la proposition qui prévoit que c'est la transcription du jugement déclaratif d'absence qui produit tous les effets du décès. Il n'y a dès lors pas lieu d'anticiper ces effets pour la seule question des successions auxquelles le présumé absent est appelé. Si le législateur entend favoriser les héritiers de l'absent, et notamment ses enfants, mieux vaut, comme suggéré au dernier alinéa de la justification de l'amendement n° 9, réduire la durée de la phase de l'absence présumée.

Article 117 proposé

1. Il ne serait pas inutile de préciser selon quelle procédure la demande de l'absent "réapparu" sera introduite (droit commun, requête unilatérale ou bilatérale ?).

La même observation vaut pour l'action du ministère public ou de toute personne intéressée prévue aux articles 125 et 138 proposés.

2. À l'alinéa 2 [(7)], il y a lieu de viser également les actes régulièrement accomplis par le notaire visé à l'article 116, alinéa 2.

3. Il est à noter que la fin des mesures prises pour la représentation de l'absent présumé et pour la gestion de ses biens pourra également résulter de l'absence déclarée et du décès prouvé ou déclaré judiciairement.

---

(7) Il n'y a pas lieu, dans la version française, de numéroter les alinéas comme le fait le projet et, dans la version néerlandaise, de diviser la disposition en paragraphes distincts dès lors que chaque paragraphe ne comporte qu'un seul alinéa.

Article 121 proposé

La dernière phrase dispose que le jugement de déclaration d'absence n'est opposable aux tiers qu'à dater de sa transcription.

Il s'en déduit, a contrario, qu'à l'égard des parties il produit des effets antérieurement à la transcription. Le Conseil d'État se demande cependant quels sont ces effets, puisque l'article 122 proposé et l'article 123, tel que remplacé par l'amendement n° 11, disposent que le jugement déclaratif d'absence ne produit ses effets (sans distinction entre les tiers et les parties) qu'à dater de sa transcription.

Articles 122 à 124 proposés

Il semble suffisant de remplacer ces trois articles par une seule disposition prévoyant qu'à la date de sa transcription, la décision déclarative d'absence (qui peut être un jugement ou un arrêt) produit tous les effets du décès.

La dissolution du mariage résultera de la combinaison de l'article 122 proposé avec l'article 227, 1°, du Code civil. Elle se produira, comme le propose l'amendement n° 11, à la date de la transcription de la décision de déclaration d'absence et non, comme le prévoit l'article 123 proposé, au jour du prononcé de ce jugement.

Quant aux successions, l'on appliquera le droit commun, c'est-à-dire les articles 720, 739 et suivants du Code civil. C'est, dès lors, à juste titre que l'amendement n° 9 propose de supprimer l'article 124 proposé, et ce d'autant plus que l'article 136 actuel du Code civil, dont s'inspire l'article 124 proposé, a donné lieu à des controverses doctrinales.

À l'égard des enfants mineurs, la déclaration d'absence fera en sorte que le transfert de l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens, seront déférés définitivement - et non plus provisoirement comme mentionné à l'article 128, alinéa 1er -, conformément aux articles 389 et suivants du Code civil.

L'énumération des différents effets de l'absence déclarée, en lieu et place de la disposition générale suggérée à l'alinéa 1er, ne se justifierait que si le législateur entendait exclure, en matière d'absence, certains effets produits par le décès.

Article 125 proposé

Cet article permet de poursuivre la nullité du jugement (8) déclaratif devenu définitif (9).

Cependant, l'article 20 du Code judiciaire dispose que :

"Les voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements. Ceux-ci ne peuvent être anéantis que sur les recours prévus par la loi".

Si le jugement définitif n'est pas passé en force de chose jugée, aucun problème ne se pose, il suffira de faire usage des voies de recours pour rectifier la situation.

Si le jugement définitif est passé en force de chose jugée, les tiers pourront toujours avoir recours à la tierce opposition.

L'on pourrait, peut-être, admettre une action en nullité de la décision en tant que celle-ci constituerait un acte de l'état civil. En effet, un acte de l'état civil peut être déclaré nul (10). Cependant, contrairement à l'article 136 proposé en ce qui concerne le jugement déclaratif de décès, l'article 122 proposé n'assimile pas le jugement déclaratif d'absence à un acte de l'état civil.

---

(8) L'on suppose qu'il s'agit de la "décision", puisqu'en cas d'appel il ne s'agira plus d'un jugement mais d'un arrêt de déclaration d'absence.

(9) L'on suppose que l'intention de l'auteur du projet est de viser la décision "passée en force de chose jugée".

(10) H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. II, Vol. I, éd. 4, Bruxelles, Bruylant 1990, nos 298 et 299, p. 298.

Article 128 proposé

1. L'alinéa 1er utilise la notion de "disparition". Il y a lieu de définir cette notion qui ne correspond pas, semble-t-il, avec celle de l'article 129 proposé.

2. En cas de disparition, l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens sont provisoirement déférés conformément aux articles 389 et suivants du Code civil "si l'autre [parent] est décédé".

Il faut viser, de manière plus large, l'hypothèse ou l'autre parent est décédé ou dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale (11).

Article 131 proposé

Cet article dispose que la demande aux fins de voir déclarer le décès est formée par requête "suivant les dispositions du droit commun".

Telle que rédigée, cette disposition ne permet pas de déterminer si c'est seulement l'acte introductif d'instance qui doit se conformer au "droit commun" ou toute la procédure.

Le droit commun, en matière de requête unilatérale, ce sont les articles 1025 à 1034 du Code judiciaire qui concernent non seulement l'introduction mais aussi l'instruction de la demande et même les voies de recours.

L'article 1025 du Code judiciaire dispose que :

"Sauf dans les cas où il y est formellement dérogé par la loi les procédures sur requête sont réglées ainsi qu'il est dit au présent titre".

(11) Voir article 389 du Code civil.

Conformément à cette disposition, l'article 132 proposé déroge à l'article 1028, alinéa 2, du Code judiciaire dès lors qu'il prévoit la comparution obligatoire - et non facultative - des parties. Il en va de même de l'article 134, alinéa 1er, proposé qui prévoit une notification de la décision dans la quinzaine du prononcé par pli recommandé, alors que l'article 1030 du Code judiciaire prévoit une notification sous pli judiciaire de l'ordonnance dans les trois jours de la prononciation (12). La référence que fait l'article 134, alinéa 2, proposé aux articles 1050 et suivants du Code judiciaire, exclut l'application de l'article 1031 du Code judiciaire.

Bien que la proposition ne prévoie pas expressément de dérogation à l'article 1029, alinéa 2, du Code judiciaire qui dispose que l'ordonnance "est exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution", la volonté de l'auteur du projet est bien en ce sens comme l'atteste, a fortiori, l'article 134, alinéa 3, proposé.

Compte tenu de ce qui précède la proposition devrait être plus explicite en ce qui concerne l'application - ou la non application - des articles 1025 à 1034 du Code judiciaire.

Article 135 proposé

Compte tenu de la définition même de la déclaration judiciaire de décès, la référence au "lieu réel du décès" doit être omise.

Articles 135 et 136 proposés

En vertu de l'article 135 proposé, la décision judiciaire déclarative de décès, "lorsqu'elle est devenue définitive" est transmise à l'officier de l'état civil pour y être transcrite dans le registre à ce destiné.

---

(12) Le fait que le texte proposé fasse état d'une "décision" n'entraîne pas dérogation à l'article 1029, alinéa 1er, du Code judiciaire qui dispose que : "L'ordonnance est délivrée en chambre du conseil". Il en aurait été autrement si le texte proposé avait fait état d'un "jugement". En effet, en vertu de l'article 149 de la Constitution, tout jugement est prononcé en audience publique.

En vertu de l'article 136, alinéa 1er, proposé, la décision judiciaire de décès "passée en force de chose jugée" tient lieu d'acte décès.

Dès lors que c'est la décision judiciaire de décès passée en force de chose jugée qui tient lieu d'acte de décès, seule cette décision doit être transcrite dans les registres de l'état civil et non la décision définitive.

L'article 135 proposé doit, dès lors, être corrigé en conséquence.

Il ne pourrait en être autrement que si le législateur considérait que la notion de force de chose jugée ne pouvait être appliquée à un jugement déclaratif de décès, au motif que ce dernier "is geen rechtsbedeling; ze is enkel een administratieve rechtshandeling, genomen in uitvoering van de oneigenlijke rechtsmacht" (13). Selon H. De Page, l'on ne peut parler de chose jugée à propos des jugements déclaratifs d'état civil "puisque souvent il n'y aura pas de contradicteur" (14). Il n'en demeure pas moins que l'action peut être introduite par le ministère public ou par toute personne intéressée, que d'autres personnes peuvent intervenir, que le tribunal n'est pas obligé de faire droit à la requête, et que les parties peuvent interjeter appel. Il est, dès lors, envisageable de parler d'une décision judiciaire déclarative de décès "passée en force de chose jugée", c'est-à-dire, selon l'article 28 du Code judiciaire, qui "n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel, sauf les exceptions prévues par la loi et sans préjudice des effets des recours extraordinaires".

Articles 136, alinéa 2 et 138, première phrase, proposés

Il n'apparaît pas clairement si ces dispositions introduisent une seule et même procédure ou deux procédures distinctes.

---

(13) M. MARINOWER, "Over de wet van 20 Augustus 1948 betreffende de gerechtelijke verklaring van overlijden", R.W., 1950, p. 1046.

(14) Traité élémentaire de droit civil belge, T. 2, Vol. I, éd. 4, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 360, p. 345.

En tout état de cause, l'article 136, alinéa 2, proposé est suffisant, et ce d'autant plus que ce n'est qu'en tant qu'elle tient lieu d'acte d'état civil que la décision peut être annulée puisque, en vertu de l'article 20 du Code judiciaire, "(l)es voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements".

Article 3

1. Les abrogations doivent être expresses. Il ne suffit pas d'abroger "toutes dispositions antérieures contraires". L'abrogation d'un texte antérieur ne doit pas se déduire de sa seule contradiction avec le texte nouveau mais doit être formulée (15).

En conséquence, le paragraphe 1er doit indiquer expressément toutes les dispositions qu'il entend abroger.

2. À l'article 764, alinéa 1er, 2°, du Code judiciaire les mots "à l'envoi en possession des biens d'un absent" doivent être remplacés par une formulation correspondant aux nouvelles dispositions et non être purement et simplement abrogés.

Observation finale

La proposition reste en défaut d'envisager l'hypothèse où, aux différents stades des procédures, la preuve (et la date) du décès de l'intéressé sont apportées.

---

(15) http://www.raadvst-consetat.be, légistique formelle, recommandations et formules. Novembre 2001, n° 8.8.3.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorstel, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen

Algemene opmerking

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in advies 38.067/2, dat ze op 26 januari 2005 gegeven heeft over een voorontwerp van wet "betreffende de verklaringen van overlijden als gevolg van uitzonderingsnatuurrampen", geoordeeld dat de bepalingen van het voorontwerp opgenomen zouden moeten worden in boek I, titel II, hoofdstuk IV, van het Burgerlijk Wetboek, met als opschrift "Akten van overlijden", of daaraan worden toegevoegd als een hoofdstuk IV*bis*, met als opschrift "Gerechtelijke verklaring van overlijden", en niet in titel IV van hetzelfde boek, dat over de afwezigen handelt. De afwezige is immers de persoon van wie men niet weet of hij dood, dan wel levend is, terwijl het overlijden van de vermiste vaststaat, ook al is het lichaam niet teruggevonden.

Het onderzochte voorstel heeft een ruimer oogmerk. Het vervangt Titel IV van het Burgerlijk Wetboek, waarvan het opschrift "Afwezigen" behouden blijft, teneinde enerzijds de bepalingen met betrekking tot de afwezigheid (hoofdstuk I) te herzien en anderzijds er de gerechtelijke verklaring van overlijden in op te nemen (hoofdstuk II). Voortaan wordt in de wet, wat de eigenlijke afwezigheid betreft, een onderscheid gemaakt tussen een periode van "vermoeden van afwezigheid" (hoofdstuk I, afdeling 1), tijdens welke periode ervan wordt uitgegaan dat de afwezige nog leeft, en een periode van "verklaring van afwezigheid" (hoofdstuk I, afdeling 2), waarbij het overlijden wordt vermoed. Aangezien de verklaring van afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van

overlijden dezelfde gevolgen hebben [1], kan ermee worden ingestemd dat beide begrippen behandeld worden in dezelfde titel IV van het Burgerlijk Wetboek, die gewijd is aan de afwezigen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 1

De bepalingen van het voorstel die aan de rechtbank van eerste aanleg of aan het openbaar ministerie een bevoegdheid of een prerogatief verlenen of ze met een bepaalde taak belasten, hebben betrekking op "de organisatie van de hoven en rechtbanken" en regelen dus een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Artikel 2

Artikel 2 van het voorstel vervangt de artikelen 112 tot 142 van het Burgerlijk Wetboek door de artikelen 112 tot 139.

Artikel 76 van de Grondwet luidt als volgt :

"Een wetsontwerp kan door een Kamer eerst worden aangenomen nadat daarover artikelsgewijs is gestemd.

De Kamers hebben het recht de artikelen en de voorgestelde amendementen te wijzigen en te splitsen".

---

[1] Y.-H. LELEU, noot onder Hof van Cassatie, 14 september 1993, R.W. 1994-1995, nr. 6, blz. 644.

.../...

Uit het voorgaande vloeit voort dat artikel 2 moet vervallen. Mochten de wetgevende kamers dat artikel immers goedkeuren, dan zou dat tot gevolg hebben dat de voorgestelde artikelen 112 tot 139 van het Burgerlijk Wetboek automatisch in globo zouden worden goedgekeurd, zonder dat aan het grondwettelijk vereiste kan worden voldaan.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 3.

Voorgesteld artikel 112

1. Wat vooral kenmerkend is voor afwezigheid is de onzekerheid of een persoon al dan niet nog in leven is.

Het zou dan ook wenselijk zijn dit criterium uitdrukkelijk te vermelden, zelfs al kan dit impliciet worden afgeleid uit het feit dat de persoon al enige tijd niet gezien is en er van deze persoon geen nieuws meer is.

2. De Raad van State gaat ervan uit dat de vordering ook kan uitgaan van het openbaar ministerie. Teneinde eventuele vragen hieromtrent te voorkomen, behoort dit uitdrukkelijk te worden vermeld [(2)].

3. Het is niet overbodig om te verduidelijken welke rechtbank territoriaal gezien bevoegd is, zoals ook gedaan wordt in artikel 130 wat betreft de gerechtelijke verklaring van overlijden.

Dezelfde opmerking geldt voor het voorgestelde artikel 118.

---

(2) Zie in die zin artikel 118 van het voorstel, alsook ter vergelijking, artikel 448*bis*-B, van het Burgerlijk Wetboek, in verband met de verklaring van afwezigheid.

.../...

Voorgesteld artikel 113

De aanwijzing, door de rechtbank van eerste aanleg, van een voorlopige bewindvoerder kan enkel als de afwezige "geen gevolmachtigde heeft aangewezen om toe te zien op het beheer van zijn goederen".

Het spreekt vanzelf dat het hier enkel gaat om een algemene lastgeving en niet om een bijzondere lastgeving.

Voorgesteld artikel 114

1. Dat artikel, waarin de bevoegdheden worden vastgelegd van de voorlopige bewindvoerder, steunt volgens de memorie van toelichting op artikel 31 van de wet van 18 juni 1850 op de behandeling van de krankzinnigen. Dat artikel en de wet van 18 juni 1850 zijn opgeheven bij de wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren.

Amendement nr. 8 beoogt echter een nieuw tweede lid in te voegen in het voorgestelde artikel 113, een amendement dat als volgt is gesteld : "Artikel 488*bis*-C, en volgende zijn van overeenkomstige toepassing".

In artikel 488*bis*-F van het Burgerlijk Wetboek worden de bevoegdheden bepaald van de voorlopige bewindvoerder van de meerderjarige die, wegens zijn gezondheidstoestand, geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is zijn goederen te beheren. Dat artikel is onverenigbaar met het voorgestelde artikel 114. De lijst van handelingen waarvoor een bijzondere machtiging vereist is, is niet dezelfde (bijvoorbeeld : voor het sluiten van een pachtovereenkomst of een handelshuurovereenkomst wordt een bijzondere machtiging vereist door artikel 488*bis*-F, § 3, van het Burgerlijk Wetboek, terwijl dit niet gedaan wordt door het voorgestelde artikel 114). Een hele reeks handelingen die krachtens artikel 488*bis*-F, § 3, van het Burgerlijk Wetboek verricht kunnen worden met een bijzondere machtiging

.../...

(bijvoorbeeld : het vervreemden van onroerende goederen die niet mede-eigendom zijn van zowel de afwezige als van andere personen, het aangaan van een hypotheek, enz) worden niet vermeld in het voorgestelde artikel 114, hetgeen lijkt in te houden dat zulke handelingen verboden zijn. De manier waarop in beide bepalingen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder beschreven wordt, is eveneens verschillend, aangezien in het voorgestelde artikel 114 niet wordt bepaald, zoals wel wordt gedaan in artikel 488*bis*-F, § 2, van het Burgerlijk Wetboek, dat "de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon in alle rechtshandelingen (vertegenwoordigt)".

Het voorstel dient te worden herzien, teneinde volledig, duidelijk en nauwkeurig te bepalen welke regels van toepassing zijn op het voorlopig beheer van de goederen van de afwezige (aanvaarding van de aanwijzing, rapportering over de aard en de samenstelling van de goederen die beheerd moeten worden, belangenconflicten, garanties die geboden moeten worden, verplicht verslag uitbrengen over het beheer, bezoldiging, enz) en meer in het bijzonder op de bevoegdheden van de bewindvoerder. Niets staat eraan in de weg dat gebruik gemaakt wordt van verwijzingen, als dat de duidelijkheid van de tekst niet schaadt.

Een verschil in behandeling wat het voorlopig beheer betreft van de goederen van de afwezige en het voorlopig beheer van de goederen van de meerderjarige die, wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is zijn goederen te beheren, dient te worden gerechtvaardigd overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, door te wijzen op de mogelijke verschillen tussen beide situaties.

2. Het toekennen van de bevoegdheden aan de voorlopige bewindvoerder door het voorgestelde artikel 114 geschiedt "onverminderd de toepassing van artikel 220, § 2 [(3)]". Volgens de toelichting bij het voorstel geldt dit voorbehoud echter voor minder gevallen dan wat uit de algemene bewoordingen van de voorgestelde tekst blijkt, aangezien dat voorbehoud enkel van toepassing is "wanneer de rechtbank de

---

(3) Een identiek voorbehoud lijkt gemaakt te kunnen worden met betrekking tot artikel 1426 van het Gerechtelijk Wetboek dat, volgens Y. LELEU en Y.-H. LELEU, ook van toepassing kan zijn op afwezigheid ("Réflexions au sujet d'une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès", Revue du Notariat Belge, 1993, nr. 18, blz. 493).

.../...

echtgenoot aangewezen heeft als voorlopige bewindvoerder" en niet voor het geval dat de rechtbank een andere persoon zou hebben aangewezen. Onder voorbehoud van de hierna geformuleerde opmerkingen, zou de voorgestelde tekst een weergave moeten zijn van de bedoeling die uit de toelichting blijkt.

Zelfs in zijn hierboven vermelde afgezwakte versie levert het voorbehoud dat gemaakt wordt in het voorgestelde artikel 114 een moeilijkheid op. Artikel 220, § 2, van het Burgerlijk Wetboek is immers enkel van toepassing "indien de echtgenoot die in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, (...) geen wettelijke vertegenwoordiger heeft". De voorlopige bewindvoerder waarvan sprake in artikel 114 is echter een "wettelijke vertegenwoordiger" [(4)], zelfs al gaat het om de echtgenoot van de afwezige, waardoor artikel 220, § 2, van het Burgerlijk Wetboek niet kan worden toegepast. Er is dus een tegenstrijdigheid tussen het voorbehoud dat gemaakt wordt aan het begin van het voorgestelde artikel 114 en artikel 220, § 2, van het Burgerlijk Wetboek.

De tegenstrijdigheid waarop in het vorige lid wordt gewezen, zou zeker opgeheven kunnen worden door de betrokken teksten aan te passen. Indien evenwel artikel 220, § 2, van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zou worden verklaard niettegenstaande een voorlopige bewindvoerder wordt aangewezen, zou het probleem rijzen dat er twee verschillende systemen naast elkaar bestaan, inzonderheid op het stuk van de controle uitgeoefend door de rechterlijke overheid. Eén van de mogelijkheden zou dan zijn :

1° ofwel dat artikel 220, § 2, van het Burgerlijk Wetboek alleen van toepassing zou zijn op de handelingen die de echtgenoot alleen als voorlopige bewindvoerder kan stellen, inzonderheid de verkoop van niet-onverdeelde onroerende goederen;

2° ofwel, zoals in het Franse recht en zoals in de verantwoording van amendement nr. 2 staat, dat de regels van het huwelijksstelsel de voorrang krijgen op de bepalingen inzake afwezigheid.

Het voorstel zou dus moeten worden aangevuld, zodat die kwesties geregeld worden.

---

(4) Behalve als krachtens artikel 488*bis*-F van het Burgerlijk Wetboek de vertegenwoordigingsbevoegdheid door de rechtbank beperkt wordt.

.../...

3. Los van de vraag opgeworpen in punt 2, zou de aanstelling van een andere voorlopige bewindvoerder dan de echtgenoot van de afwezige, tussen laatstgenoemden geschillen kunnen doen ontstaan met betrekking tot het beheer van het gemeenschappelijk vermogen. Dankzij amendement nr. 2 kunnen die geschillen voorkomen worden, doordat bepaald wordt dat artikel 1420 van het Burgerlijk Wetboek voorrang heeft, waardoor de echtgenoot van de afwezige alleen (seul) (en niet "seulement", zoals vermeld in de Franse verantwoording van het amendement) de gemeenschappelijke goederen zal kunnen beheren.

Het zou evenwel beter zijn dat de regel explicieter geformuleerd wordt dan met de woorden "onverminderd artikel 1420".

4. Artikel 114 bepaalt dat de huurovereenkomsten aangegaan door de voorlopige bewindvoerder niet langer mogen duren dan drie jaar, onverminderd de wetsbepalingen inzake de pacht en de handelshuur. In amendement nr. 3 wordt voorgesteld ook de "woninghuur" te vermelden.

De steller van het amendement lijkt "huurovereenkomsten met betrekking tot de hoofdverblijfplaats van de huurder" te bedoelen. De tekst van het amendement moet dienovereenkomstig worden aangepast.

De algemene regel, namelijk het verbod om huurovereenkomsten van meer dan drie jaar toe te staan, zal alleen nog gelden in de enkele gevallen van huurovereenkomsten die niet onder de voornoemde drie regelgevingen vallen.

5. In het ontwerp wordt verwezen naar de artikelen 1187, 1206 en 1225 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 1206 van het Gerechtelijk Wetboek heeft echter alleen betrekking op minderjarigen. Er kan dus worden volstaan met de vermelding van artikel 1225 van het Gerechtelijk Wetboek, waarbij "de bepalingen van dit hoofdstuk betreffende verdelingen waarbij minderjarigen belang hebben", van toepassing worden verklaard op de vermoedelijk afwezige.

Voorgesteld artikel 116

De regeling ingevoerd bij de voorgestelde artikelen 116 en 122 is volstrekt logisch : aangezien niet geweten is of de afwezige leeft of overleden is, wordt hij, wanneer hij betrokken is bij een erfenis, vertegenwoordigd door de voorlopige bewindvoerder (voorgesteld artikel 116). Zodra het vonnis houdende verklaring van afwezigheid is overgeschreven, zal het ten aanzien van de goederen, alle gevolgen hebben die het overlijden heeft (voorgesteld artikel 122). De goederen die deel uitmaken van de erfenis waarbij de afwezige betrokken was, zullen bijgevolg, net als zijn andere goederen, naar zijn erfgenamen gaan.

Het is juist dat dit systeem minder gunstig is voor de kinderen van de afwezige dan het huidige artikel 136, op grond waarvan ze onmiddellijk (zonder zelfs de voorlopige inbezitstelling af te wachten) de erfopvolging zouden hebben verkregen, ter vertegenwoordiging van hun rechtsvoorganger [(5)]. Dat is de reden waarom met amendement nr. 10 het huidige artikel 136, met enkele wijzigingen, hersteld wordt [(6)].

Deze werkwijze schept evenwel problemen ten aanzien van de algemene opzet van het voorstel, dat bepaalt dat de overschrijving van het vonnis houdende verklaring van afwezigheid alle gevolgen heeft die een overlijden heeft. Er is dus geen reden om die gevolgen alleen voor de erfenissen waarbij de vermoedelijk afwezige betrokken is, te vervroegen. Indien de wetgever de erfgenamen van de afwezige, en inzonderheid diens kinderen, wil bevoordelen, zou het beter zijn, zoals voorgesteld in het laatste lid van de verantwoording van amendement nr. 9, de duur van de fase van vermoedelijke afwezigheid te verkorten.

---

(5) Het huidige artikel 136 luidt als volgt : "Wanneer een erfenis openvalt waartoe een persoon geroepen is wiens bestaan niet erkend wordt, vervalt zij uitsluitend aan degenen met wie hij samen gerechtigd zou zijn geweest, of aan degenen die, bij gebreke van hem, de nalatenschap zouden hebben verkregen". Deze bepaling wordt zo geïnterpreteerd dat devolutie op dezelfde wijze plaatsvindt als indien de afwezige vooroverleden was, ook al lijkt dat moeilijk verenigbaar met de definitie van afwezigheid, die inhoudt dat er onzekerheid bestaat omtrent de vraag of iemand nog leeft dan wel overleden is.

(6) Amendement nr. 10 luidt als volgt : "Indien de vermoedelijk afwezige wordt geroepen tot een erfenis, dan vervalt zij aan de personen die tot de nalatenschap zouden komen alsof de vermoedelijk afwezige overleden is".

.../...

Voorgesteld artikel 117

1. Het zou dienstig zijn te preciseren volgens welke procedure het verzoek van de "teruggekeerde" afwezige ingediend zal worden (gemeen recht, eenzijdig of tweezijdig verzoekschrift?).

Dezelfde opmerking geldt voor de vordering van het openbaar ministerie of van iedere betrokkene, bedoeld in de voorgestelde artikelen 125 en 138.

2. In het tweede lid [(7)] moet ook melding worden gemaakt van de handelingen die op regelmatige wijze zijn gesteld door de notaris bedoeld in artikel 116, tweede lid.

3. Er zij op gewezen dat de beëindiging van de maatregelen die voor de vertegenwoordiging van de vermoedelijk afwezige en het beheer van zijn goederen zijn genomen, ook het gevolg kan zijn van een verklaring van afwezigheid, een bewezen overlijden of een gerechtelijke verklaring van overlijden.

Voorgesteld artikel 121

In de laatste zin wordt bepaald dat het vonnis houdende verklaring van afwezigheid eerst aan derden kan worden tegengeworpen nadat het is overgeschreven.

Omgekeerd kan daaruit worden afgeleid dat het vonnis ten aanzien van de partijen gevolgen heeft voordat het is overgeschreven. De Raad van State vraagt zich evenwel af wat die gevolgen zijn, aangezien volgens het voorgestelde artikel 122 en artikel 123, zoals het vervangen wordt door amendement nr. 11, het vonnis houdende verklaring van afwezigheid eerst gevolgen heeft (zowel ten aanzien van derden als ten aanzien van de partijen) zodra het overgeschreven is.

---

(7) Er is geen reden om in de Franse versie de leden te nummeren zoals in het ontwerp geschiedt, of, in de Nederlandse versie, de bepaling in afzonderlijke paragrafen in te delen, aangezien iedere paragraaf slechts één lid omvat.

.../...

Voorgestelde artikelen 122 tot 124

Men lijkt te kunnen volstaan met het vervangen van deze drie artikelen door een enkele bepaling, waarbij gesteld wordt dat de beslissing houdende verklaring van afwezigheid (welke beslissing een vonnis of een arrest kan zijn) vanaf de datum van de overschrijving alle gevolgen van het overlijden heeft.

De ontbinding van het huwelijk volgt uit het in onderlinge samenhang lezen van het voorgestelde artikel 122 en artikel 227, 1°, van het Burgerlijk Wetboek. Zoals voorgesteld wordt in amendement nr. 11, wordt het huwelijk ontbonden op de datum van overschrijving van de beslissing houdende verklaring van afwezigheid, en niet, zoals voorgeschreven wordt in het voorgestelde artikel 123, op de dag dat het vonnis wordt uitgesproken.

Wat erfenissen betreft, zal het gemene recht worden toegepast, dit wil zeggen de artikelen 720, 739 en volgende van het Burgerlijk Wetboek. In amendement nr. 9 wordt dan ook terecht voorgesteld het voorgestelde artikel 124 weg te laten, temeer daar over het huidige artikel 136 van het Burgerlijk Wetboek, naar het model waarvan het voorgestelde artikel 124 is geredigeerd, in de rechtsleer controverses hebben geheerst.

Ten aanzien van minderjarige kinderen zal de verklaring van afwezigheid tot gevolg hebben dat het gezag over de persoon van het kind en het beheer van zijn goederen definitief geregeld worden - en niet langer voorlopig zoals vermeld in artikel 128, eerste lid, - overeenkomstig de artikelen 389 en volgende van het Burgerlijk Wetboek.

Dat een opsomming zou worden gegeven van de onderscheiden gevolgen van de verklaring van afwezigheid ter vervanging van de algemene bepaling die in het eerste lid wordt voorgesteld, zou alleen verantwoord zijn als het de bedoeling van de wetgever zou zijn uit te sluiten dat afwezigheid bepaalde gevolgen heeft die eigen zijn aan het overlijden.

Voorgesteld artikel 125

Dit artikel maakt het mogelijk om de vernietiging te vorderen van het definitief geworden vonnis [8] houdende verklaring van afwezigheid [9].

Artikel 20 van het Gerechtelijk Wetboek luidt evenwel als volgt :

"Middelen van nietigheid kunnen niet worden aangewend tegen vonnissen. Deze kunnen alleen worden vernietigd door de rechtsmiddelen bij de wet bepaald."

Als het definitief vonnis niet in kracht van gewijsde is getreden, rijst geen enkel probleem, daar ermee kan worden volstaan de rechtsmiddelen aan te wenden om de situatie recht te zetten.

Als het definitief vonnis wel in kracht van gewijsde is getreden, kunnen derden nog altijd gebruik maken van het derdenverzet.

Misschien zou een vordering tot vernietiging van de beslissing kunnen worden aanvaard voorzover de beslissing een handeling van de burgerlijke stand zou zijn. Een handeling van de burgerlijke stand kan immers nietig verklaard worden [10]. Anders dan in het voorgestelde artikel 136 betreffende het vonnis houdende verklaring van overlijden, wordt het vonnis houdende verklaring van afwezigheid in het voorgestelde artikel 122 evenwel niet gelijkgesteld met een handeling van de burgerlijke stand.

---

(8) Verondersteld wordt dat hier "beslissing" wordt bedoeld, aangezien in geval van beroep het geen vonnis meer zal zijn maar een arrest houdende verklaring van afwezigheid.

(9) Aangenomen wordt dat de steller van het ontwerp wil verwijzen naar de "in kracht van gewijsde gegane" beslissing.

(10) H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, deel II, band I, 4e editie, Brussel, Bruylant, 1990, nrs. 298 en 299, blz. 298.

.../...

Voorgesteld artikel 128

1. In het eerste lid wordt het begrip "verdwijning" gebezigd. Dat begrip, dat blijkbaar niet overeenstemt met dat van het voorgestelde artikel 129, dient te worden gedefinieerd.

2. In geval van verdwijning worden het gezag over de persoon van het kind en het beheer van zijn goederen voorlopig geregeld overeenkomstig artikel 389 en volgende van het Burgerlijk Wetboek "indien [de andere ouder] overleden is".

Er dient, meer in het algemeen, te worden verwezen naar het geval dat de andere ouder overleden is of in de voortdurende onmogelijkheid verkeert het ouderlijk gezag uit te oefenen (11).

Voorgesteld artikel 131

In dit artikel wordt bepaald dat de vordering tot verklaring van overlijden bij verzoekschrift wordt ingesteld "volgens de bepalingen van het gemeen recht".

Zoals deze bepaling gesteld is, maakt ze het niet mogelijk vast te stellen of alleen het inleidend verzoekschrift dan wel de volledige procedure overeenkomstig het "gemeen recht" moet zijn.

De gemeenrechtelijke bepalingen inzake het eenzijdig verzoekschrift zijn de artikelen 1025 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek, die niet alleen betrekking hebben op de inleiding, maar ook op de behandeling van de vordering en zelfs op de rechtsmiddelen.

Artikel 1025 van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt :

"Behoudens in de gevallen waarin de wet er uitdrukkelijk van afwijkt, zijn de rechtsplegingen op verzoekschrift geregeld zoals in deze titel is bepaald."

(11) Zie artikel 389 van het Burgerlijk Wetboek.

Overeenkomstig die bepaling wijkt het voorgestelde artikel 132 af van artikel 1028, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, aangezien in de eerstgenoemde bepaling voorzien wordt in de verplichte - en niet facultatieve - verschijning van de partijen. Hetzelfde geldt voor het voorgestelde artikel 134, eerste lid, waarin wordt bepaald dat van de beslissing binnen vijftien dagen na de uitspraak bij aangetekende brief kennis wordt gegeven, terwijl in artikel 1030 van het Gerechtelijk Wetboek wordt voorgeschreven dat van de beschikking binnen drie dagen na de uitspraak kennis wordt gegeven bij gerechtsbrief [(12)]. Doordat in het voorgestelde artikel 134, tweede lid, verwezen wordt naar de artikelen 1050 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, is het uitgesloten dat artikel 1031 van het gerechtelijk Wetboek daarop van toepassing zou zijn.

Hoewel het voorstel niet uitdrukkelijk voorziet in een afwijking van artikel 1029, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin wordt bepaald dat de beschikking "uitvoerbaar (is) bij voorraad, niettegenstaande voorziening en zonder borgstelling", is zulks wel degelijk de bedoeling van de steller van het ontwerp, zoals a fortiori blijkt uit het voorgestelde artikel 134, derde lid.

Gelet op hetgeen voorafgaat, zou in het voorstel explicieter moeten worden aangegeven of de artikelen 1025 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek al dan niet van toepassing zijn.

Voorgesteld artikel 135

Gelet op de definitie zelf van de gerechtelijke beslissing houdende verklaring van overlijden dient de verwijzing naar de werkelijke plaats van het overlijden te vervallen.

---

(12) Het feit dat in de voorgestelde tekst sprake is van een "beslissing" houdt geen afwijking in van artikel 1029, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, welke bepaling als volgt luidt: "De beschikking wordt in raadkamer gegeven." De zaken zouden anders liggen als in de voorgestelde tekst sprake zou zijn van een "vonnis". Krachtens artikel 149 van de Grondwet wordt elk vonnis immers in openbare terechtzitting uitgesproken.

.../...

Voorgestelde artikelen 135 en 136

Krachtens het voorgestelde artikel 135 wordt de gerechtelijke beslissing houdende verklaring van overlijden "zodra ze definitief is geworden" overgezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand ten einde te worden overgeschreven in het daartoe bestemde register.

Krachtens het voorgestelde artikel 136, eerste lid, staat de gerechtelijke beslissing houdende verklaring van overlijden "die in kracht van gewijsde is gegaan" gelijk met een akte van overlijden.

Doordat het de in kracht van gewijsde gegane gerechtelijke beslissing houdende verklaring van overlijden is die gelijkstaat met een akte van overlijden, moet alleen deze beslissing worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand en niet de definitieve beslissing.

Het voorgestelde artikel 135 dient bijgevolg te worden aangepast.

Dit zou alleen niet het geval kunnen zijn indien de wetgever ervan zou uitgaan dat het begrip kracht van gewijsde niet kan worden toegepast op een vonnis waarbij het overlijden wordt vastgesteld, om reden dat dit vonnis "(geen) rechtsbedeling (is); ze is enkel een administratieve rechtshandeling, genomen in uitvoering van de oneigenlijke rechtsmacht" [(13)]. Volgens H. De Page kan niet worden gesproken van gewijsde in verband met vonnissen houdende verklaring van burgerlijke staat, omdat er dikwijls geen tegenspreker is [(14)]. Niettemin kan de vordering worden ingesteld door het openbaar ministerie of door iedere belanghebbende, kunnen andere personen tussenkomen, is de rechtbank niet verplicht in te gaan op het verzoekschrift, en kunnen de partijen hoger beroep instellen. Er kan derhalve worden overwogen te spreken van een "in kracht van gewijsde gegane" gerechtelijke beslissing houdende verklaring van overlijden, namelijk, volgens artikel 28 van het Gerechtelijk Wetboek, die "niet meer voor verzet of hoger beroep vatbaar is, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt en onverminderd de gevolgen van de buitengewone rechtsmiddelen".

---

(13) M. MARINOWER, "Over de wet van 20 augustus 1948 betreffende de gerechtelijke verklaring van overlijden", R.W., 1950, blz. 1.046.

(14) Traité élémentaire de droit civil belge, boekdeel 2, band I, vierde uitgave, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 360, blz. 345.

.../...

Voorgestelde artikelen 136, tweede lid, en 138, eerste zin

Het is niet duidelijk of bij deze bepalingen een en dezelfde procedure of twee afzonderlijke procedures worden ingevoerd.

In ieder geval is het voorgestelde artikel 136, tweede lid, toereikend, des te meer daar de beslissing slechts kan worden vernietigd in zoverre ze gelijkstaat met een akte van de burgerlijke stand, aangezien krachtens artikel 20 van het Gerechtelijk Wetboek "middelen van nietigheid (...) niet (kunnen) worden aangewend tegen vonnissen".

Artikel 3

1. Opheffingen moeten duidelijk en uitdrukkelijk worden vermeld. Een formule als "alle vroegere hiermee strijdige bepalingen worden opgeheven" schiet tekort. Dat een bepaling opgeheven wordt, mag niet uitsluitend af te leiden zijn uit de vaststelling dat zij in strijd is met de nieuwe regeling, maar moet worden vermeld [(15)].

Bijgevolg moeten in paragraaf 1 uitdrukkelijk alle bepalingen worden aangegeven waarvan bij deze paragraaf de opheffing wordt beoogd.

2. In artikel 764, eerste lid, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek dienen de woorden "de inbezitstelling van de goederen van een afwezige" te worden vervangen door een formulering die overeenstemt met de nieuwe bepalingen en mogen ze niet zonder meer worden opgeheven.

Slotopmerking

In het voorstel wordt niet het geval in overweging genomen waarin, in de verschillende stadia van de procedures, het bewijs van het overlijden van de betrokkene wordt geleverd (en daartoe de datum ervan wordt aangevoerd).

---

(15) http://www.raadvst-consetat.be, wetgevingstechniek, aanbevelingen en formules. November 2001, 8.8.3.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

B. VIGNERON

De kamer was samengesteld uit

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

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

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

Y. KREINS