

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 39.659/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 23 décembre 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé de quinze jours ^(*), sur un avant-projet de loi "réformant le divorce", a donné le 30 janvier 2006 l'avis suivant :

^(*) Par la lettre de la Vice-Première Ministre du 23 décembre 2005.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 l'avant-projet, 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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

I. Portée de l'avant-projet quant à ses axes essentiels

L'avant-projet à l'examen a pour objectif de fusionner les différentes procédures de divorce en une seule.

L'exposé des motifs éclaire l'avant-projet comme suit :

"Le divorce peut être demandé sur base d'une seule cause : la désunion irrémédiable des époux. Cette constatation peut résulter - quoique rarement - de l'intime conviction du juge. La désunion peut être prouvée par l'écoulement du temps ou par la réitération de l'affirmation de cette désunion (délais de 3 mois à un an selon que la demande est faite par un conjoint ou par les deux, ou qu'il y a séparation de fait avant la demande).

Enfin, la désunion irrémédiable est encore présumée lorsque l'un des époux prouve qu'il existe des indices sérieux que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune. Dans ce cas, le juge peut prononcer immédiatement le divorce."

L'article 2 de l'avant-projet (article 229, en projet, du Code civil) traduit ces différentes hypothèses.

.../...

Si la notion de faute est, en principe (voir l'article 229, § 4, en projet, du Code civil), abandonnée dans le cadre de la procédure fusionnée de divorce, elle réapparaît toutefois dans le règlement de la pension alimentaire après divorce que prévoit l'avant-projet. En effet, en vertu de l'article 301, § 2, alinéas 1^{er} et 2, en projet, du Code civil (article 8 de l'avant-projet),

"À défaut de la convention visée au § 1^{er}, le tribunal peut, dans le jugement prononçant le divorce ou lors d'une décision ultérieure, accorder à la demande de l'époux dans le besoin, une pension alimentaire à charge de l'autre époux.

Le juge peut refuser d'accorder cette pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune."

Comme le précise l'exposé des motifs,

"La réforme opte pour un droit élargi (à la pension alimentaire après divorce) puisqu'il est ouvert même au conjoint qui aura sollicité le divorce sans cause. L'exclusion n'est possible que si le débiteur potentiel prouve que le demandeur a commis une faute grave rendant impossible la poursuite de la vie commune."

Par ailleurs, l'avant-projet prévoit, en son article 25 (article 1271, en projet, du Code judiciaire) que

"Les décisions prononçant le divorce ne sont pas susceptibles d'appel."

L'appel reste cependant possible contre une décision refusant le divorce, de même que le pourvoi en cassation mais, en application de l'article 26 de l'avant-projet, dans un délai raccourci de trois à un mois (article 1274, en projet, du Code judiciaire).

II. Articulation interne de l'avant-projet quant aux notions utilisées

Le nouveau régime mis en place par l'avant-projet se fonde sur diverses notions dont l'articulation interne n'apparaît pas clairement.

.../...

1. À l'article 229, § 4, en projet, du Code civil, le Conseil d'État s'interroge sur la portée de la notion de "comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" et se demande plus particulièrement en quoi elle est différente de la notion de "désunion irrémédiable" visée aux paragraphes 1^{er} et 2 de la même disposition.

Il semble que l'élément important du paragraphe 4 ne soit pas le fait de l'impossibilité de poursuivre la vie commune mais bien la notion de "comportement".

Autrement dit, la désunion irrémédiable peut soit être prouvée directement, en elle-même (§ 1^{er}), soit être présumée en fonction :

- ou d'une certaine durée de séparation de fait ou de l'écoulement d'une certaine durée entre deux comparutions devant le juge (§§ 2 et 3);
- ou du comportement d'un des conjoints (§ 4).

La notion de "comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" - qui dans les cas où l'exigence de l'écoulement d'un certain délai, même fort réduit, est jugée inutile - recouvre-t-elle une certaine idée de faute, voire la notion de faute grave au sens de l'article 231, actuel, du Code civil ? L'exposé des motifs semble le reconnaître lorsqu'il souligne que

"L'avant-projet prévoit toutefois que l'existence d'une faute (plus précisément : un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune) peut accélérer la procédure : en somme, le comportement culpeux ⁽¹⁾ établit le caractère irrémédiable de la désunion, sans plus, et permet dès lors à la victime d'éviter de devoir subir les délais de réflexion imposés par la loi.

(...)

Il est donc proposé de maintenir la faute dans la législation, mais il ne s'agit plus d'en faire la cause du divorce. Elle aura deux effets : accélérer la procédure (on parlera dans ce cas de comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune) et limiter le droit à la pension alimentaire après divorce (faute grave)."

⁽¹⁾ De "culpa", la faute en latin.

La lecture combinée des passages précités de l'exposé des motifs et du texte de l'article 229, § 4, en projet, du Code civil, met en lumière l'ambiguïté des termes utilisés dans la réforme, la notion de "comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" pouvant recevoir un champ d'application très large, alors que l'exposé des motifs indique, quant à lui, que seuls des comportements fautifs, culpeux sont visés, ce qui place le dispositif en porte-à-faux par rapport à l'intention par ailleurs exprimée de l'auteur d'exclure tout recours à la notion de faute au niveau de l'admissibilité du divorce.

Il convient dès lors que l'auteur de l'avant-projet lève, au cours des travaux préparatoires, cette ambiguïté ⁽²⁾ que crée l'exposé des motifs par rapport au dispositif en projet.

2. Comme il vient d'être exposé, l'une des causes du prononcé du divorce par le juge est l'existence d'"indices sérieux que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" (article 229, § 4, en projet, du Code civil), ces indices sérieux paraissant pouvoir être simplement allégués sans que la preuve du comportement lui-même qui rend impossible la poursuite de la vie commune, doive être apportée.

Par contre, dans le cadre de l'octroi de la pension, le juge peut refuser d'accorder celle-ci si le demandeur a "commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune" (article 301, § 2, alinéa 2, en projet, du Code civil).

L'exposé des motifs précise, à ce sujet, que :

"(...) même si le divorce est prononcé parce qu'il y a eu «comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune» dans le chef d'une partie, le débat sur la faute grave restera ouvert".

⁽²⁾ D'autant qu'il utilise aussi, pour qualifier le comportement qu'il vise, les termes de "faute", de "comportement culpeux", de "comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" ou, comme dans l'article 1255, § 4, en projet, du Code judiciaire, de "comportement inadéquat".

Le Conseil d'État se demande si la notion d'"indices sérieux que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" est une notion propre à la procédure en divorce tandis que celle de "faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune" l'est pour la procédure en demande d'octroi d'une pension alimentaire et, dans l'affirmative, si ces notions sont ou non de nature à se recouper à certains égards.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de veiller à ce que les nouvelles règles qu'il prévoit ne soient pas de nature à créer une insécurité juridique qui ne pourrait être que néfaste dans une matière aussi délicate que l'est celle du divorce. Il convient dès lors qu'il apporte la clarté dans le rapport qui existe entre, d'une part, le "droit au divorce" qui sous-tend un système où la notion de faute n'a plus - sous réserve de l'observation formulée au regard de l'article 229, § 4, en projet, du Code civil - à jouer aucun rôle et, d'autre part, le "droit à la pension" où cette notion récupère son utilité lorsqu'il s'agit, pour le juge, de refuser l'octroi d'une pension alimentaire.

III. Respect du principe d'égalité

La réforme que porte l'avant-projet pose différentes questions au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

A. Preuve du comportement rendant impossible la vie commune

À l'article 229, § 4, en projet, du Code civil, les mots "prouve qu'il existe des indices sérieux que l'autre (époux) a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" sont ambigus, dès lors qu'ils semblent mélanger une condition de fond avec une question de preuve. Il en va de même de l'article 1255, § 4, en projet, du Code judiciaire qui mentionne la circonstance que "la preuve du comportement inadéquat invoqué est établie, à tout le moins par des indices sérieux".

En droit commun, une décision de justice définitive ⁽³⁾ doit toujours se fonder sur des faits prouvés ⁽⁴⁾, la preuve d'un fait pouvant se faire au moyen de "présomptions graves, précises et concordantes" ⁽⁵⁾, conformément à l'article 1353 du Code civil.

Si, en mentionnant les "indices sérieux", l'auteur de l'avant-projet a voulu se référer à l'article 1353 du Code civil, cette précision est inutile. Il est suffisant de se référer au fait que l'un des époux a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune, étant entendu que ce fait pourra être prouvé, conformément à l'article 1353 du Code civil, par des présomptions graves, précises et concordantes.

Si, par contre, l'auteur de l'avant-projet a entendu atténuer les exigences en matière de preuve ⁽⁶⁾, comme semble l'indiquer l'exposé des motifs, il convient de justifier cette différence par rapport au droit commun et aux articles 10 et 11 de la Constitution, il en va d'autant plus ainsi :

- que, d'une part, l'avant-projet supprime la possibilité de l'appel à l'encontre d'un jugement prononçant le divorce, notamment sur la seule base de l'existence d'"indices sérieux";

⁽³⁾ Il en va différemment des décisions provisoires pour lesquelles les exigences de la preuve peuvent être atténuées (cf. les ordonnances de référé qui statuent *prima facie* ou les ordonnances du juge de paix sur le fondement de l'article 223 du Code civil).

⁽⁴⁾ Dans le même sens, voir l'avis 32.204/2, donné le 14 novembre 2001, sur un avant-projet devenu la loi du 28 janvier 2003 visant à l'attribution du logement familial au conjoint ou au cohabitant légal victime d'actes de violence physique de son partenaire, et complétant l'article 410 du Code pénal (Doc. parl., Chambre, session 2001-2002, n° 1693/1).

⁽⁵⁾ L'article 1349 du Code civil définit la présomption comme étant "des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu - c'est-à-dire prouvé - à un fait inconnu".

⁽⁶⁾ La preuve de la désunion irrémédiable pourrait non seulement être établie sur la base d'une présomption - ce qui est le droit commun de la preuve - mais, en outre, la présomption pourrait se fonder, à son tour, sur des faits qui ne seraient pas prouvés conformément au droit de la preuve.

- et que, d'autre part, la loi serait ainsi moins exigeante pour établir la preuve de faits permettant de prendre la décision principale, à savoir le prononcé du divorce, qu'elle ne le serait lorsqu'il s'agit d'établir la preuve de faits permettant de prendre la décision subséquente à celle du divorce, à savoir l'octroi d'une pension alimentaire, sauf "faute grave" prouvée.

À défaut de pouvoir dûment justifier cette différence de traitement, l'avant-projet devra être adapté.

B. Voies de recours

1. L'époux défendeur semble discriminé dès lors qu'il ne peut interjeter appel si le divorce est prononcé, alors que son conjoint peut interjeter appel si le divorce n'est pas prononcé. Cette discrimination joue également par rapport aux autres défendeurs dans les procès civils puisque, sous réserve d'un examen plus complet que ne permet pas le délai imparti au Conseil d'État, il n'existe pas de cas où le défendeur perdant son procès ne peut interjeter appel alors que le demandeur le peut ⁽⁷⁾.

2. Un traitement discriminatoire, contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, apparaît en tout état de cause établi dès lors qu'il résulte d'une combinaison des dispositions en projet que si la décision d'accorder une pension alimentaire après divorce est prononcée en même temps que l'est le divorce, cette décision n'est, en vertu de l'article 1271, en projet, du Code judiciaire, pas susceptible d'appel, alors qu'elle le sera si elle est prise, comme peut le faire le juge, en application de l'article 301, § 2, alinéa 1^{er}, ultérieurement au prononcé du divorce.

⁽⁷⁾ Certes, il est des cas où l'appel n'est pas possible, mais cette impossibilité s'applique toujours à toutes les parties au procès.

3. La question se pose enfin de savoir quelles sont les raisons qui expliquent l'impossibilité qui est posée d'interjeter appel, alors qu'un pourvoi en cassation reste possible, en vertu de l'article 1274, en projet, du Code judiciaire (article 26 de l'avant-projet), le délai étant, dans ce cas, ramené de trois à un mois. Par ailleurs, qu'en est-il lorsqu'il s'agit d'un pourvoi dirigé contre un arrêt refusant le divorce.

4. Il conviendrait en tout cas que ces différents aspects de la réforme soient justifiés lors des travaux préparatoires et, à défaut de pouvoir le faire, de modifier les dispositions en projet afin d'éliminer toute discrimination.

IV. Simplification de la procédure

S'il convient de souligner l'effort fait par l'avant-projet pour simplifier le droit du divorce en ce qui concerne la procédure, du moins s'impose-t-il aussi de relever qu'un domaine échappe à cette simplification, à savoir celui de l'éclatement des compétences et des dispositions prévoyant ces compétences.

En effet, pendant l'instance en divorce, c'est le tribunal de première instance (le juge du divorce) qui est compétent pour homologuer les accords des parties sur les mesures provisoires relatives aux enfants, à la personne, aux aliments et aux biens des époux (article 1256, alinéa 1^{er}, en projet, du Code judiciaire).

À défaut d'accord, c'est le président du tribunal de première instance siégeant en référé qui est compétent (article 1256, alinéa 3, en projet, du Code judiciaire et article 1280 actuel du Code judiciaire que l'avant-projet ne modifie pas).

En vertu de l'article 301, en projet, du Code civil, le tribunal de première instance est compétent, en même temps qu'il prononce le divorce, pour accorder la pension après le divorce.

Après la dissolution du lien matrimonial, la compétence relative à la personne des enfants passe au juge de la jeunesse (article 387*bis* du Code civil) et la compétence relative à la pension alimentaire pour les enfants au juge de paix (article 591,7°, du Code judiciaire) ou, en cas de connexité, au juge de la jeunesse.

Après le prononcé du divorce la compétence relative à la pension entre époux passe au juge de paix (articles 591, 7°, du Code judiciaire).

Lorsqu'ils ont été saisis avant la dissolution du mariage, le président du tribunal de première instance et le juge du divorce restent compétents pour se prononcer sur les questions de leur compétence, même après le divorce.

Enfin, le maintien, après divorce, des accords ou des décisions prises pendant la procédure en ce qui concerne les enfants est prévu par l'article 301, en projet, du Code civil.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

Il y a lieu d'écrire "La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution".

Article 2

(article 229, en projet)

1. Tel que rédigé, le paragraphe 2 pourrait laisser penser que la demande doit être formulée après plus de six mois de séparation de fait, de sorte qu'une demande formulée avant l'écoulement de ce délai serait irrecevable.

.../...

Le Conseil d'État suppose cependant que le délai de six mois n'est pas une condition de recevabilité mais une condition de fond que le juge apprécie au moment de l'audience. En effet, l'article 1255, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, du Code judiciaire dispose que

"Si les parties ne sont pas séparées depuis plus de six mois, le juge fixe une nouvelle audience".

Il y a lieu, dès lors, de rédiger le paragraphe 2 afin d'éviter toute ambiguïté.

La même observation vaut pour le paragraphe 3.

2. En vertu de l'article 229, § 2, en projet, du Code civil, la désunion irrémédiable est présumée lorsque les époux sont séparés de fait depuis plus de six mois.

Il est dès lors contradictoire, à l'article 1255, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, du Code judiciaire, de permettre au juge, lorsqu'il constate, à l'audience initiale, que le délai de six mois n'est pas écoulé, de fixer une nouvelle audience qui a lieu soit à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois - ce qui est logique - soit trois mois après la première comparution, ce qui est illogique.

En effet, si les parties se présentent au juge, une première fois, après un mois de séparation et que le juge fixe la seconde audience trois mois après, les parties ne seront séparées que depuis cinq mois ce qui est insuffisant pour faire jouer la présomption.

Un second cas de figure peut se présenter : celui où les parties qui divorcent ne sont pas encore séparées de fait. Dans ce cas, ce n'est évidemment pas une durée de séparation de fait qui fait présumer la désunion irrémédiable mais la réitération, à deux reprises, de la demande, la seconde comparution ayant lieu trois mois après la première, conformément à l'article 1255, § 1^{er}, en projet, du Code judiciaire.

L'on se demande pour quelle raison, lorsqu'il y a séparation de fait, c'est-à-dire un élément objectif montrant que le couple traverse des difficultés, une période d'épreuve de six mois, vérifiée le cas échéant lors d'une seconde comparution, est exigée alors que, lorsque cet élément objectif fait défaut, la période d'épreuve est seulement de trois mois ?

Il y a lieu de justifier cette différence, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

Les mêmes observations valent pour le paragraphe 3.

Article 8

(article 301, en projet, du Code civil)

1. Le paragraphe 1^{er} mentionne la pension alimentaire éventuelle et le montant que l'un des époux est tenu de verser à l'autre.

Il serait moins ambigu d'écrire : "(...) la pension alimentaire éventuelle et le montant de celle-ci".

2. En vertu du paragraphe 2, alinéa 1^{er}, et du paragraphe 4, la compétence d'octroyer et de modifier une pension alimentaire appartient au juge lorsqu'il prononce le divorce ou même "lors d'une décision ultérieure".

Cette dernière précision ne fait que confirmer la règle actuelle selon laquelle le juge du divorce reste compétent pour statuer ultérieurement sur la pension, pour autant que la demande lui en ait été faite avant la dissolution du lien matrimonial.

3.1. En vertu du paragraphe 2, alinéa 2, le juge peut refuser d'accorder une pension alimentaire à l'époux qui a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune.

.../...

L'exposé des motifs précise :

"La réforme proposée opte pour un droit de principe élargi, puisqu'il pourra être ouvert même au conjoint qui aura sollicité et obtenu le divorce sans cause. L'exclusion ne sera possible que si le débiteur potentiel prouve que le demandeur a commis une faute grave rendant impossible la poursuite de la vie commune. Si la réforme permet au juge de prononcer le divorce sans faute, il est apparu prématuré d'envisager d'exclure toute référence à la faute pour ce qui concerne les conséquences financières."

Et l'exposé des motifs de poursuivre que

"Le sentiment d'équité pourrait être heurté si le conjoint qui par son comportement inapproprié a provoqué la rupture obtient néanmoins une aide financière" ⁽⁸⁾.

3.2. Le mot "peut" utilisé dans le dispositif implique que le juge a un pouvoir d'appréciation. Compte tenu de l'intention exprimée dans l'exposé des motifs, il semble que cette faute ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune si elle revêt un caractère grave, doit et non peut conduire le juge à refuser l'octroi de la pension alimentaire.

Le texte doit être adapté en conséquence.

4. Il y a contradiction entre le paragraphe 2, alinéa 1, qui dispose que la pension alimentaire n'est accordée qu'à l'époux dans le besoin et le paragraphe 2, alinéa 3, qui dispose que le tribunal fixe le montant de la pension alimentaire en tenant compte, notamment, "du train de vie qui était celui des parties durant la vie commune". L'exposé des motifs confirme par ailleurs le critère du maintien du train de vie durant la vie commune.

Cela implique donc que pour pouvoir obtenir une pension alimentaire, il faudrait être dans le besoin, mais que le montant de ladite pension pourrait aller au-delà de ce qui est nécessaire pour couvrir cet état de besoin.

⁽⁸⁾ Il en va de même du commentaire par article qui réitère la même affirmation.

Cela est illogique : soit la pension est liée à l'état de besoin et, alors, son montant doit être fixé à ce qui est nécessaire pour couvrir cet état de besoin; soit la pension a pour but, comme actuellement, d'assurer l'existence du bénéficiaire dans des conditions équivalentes à celles dont il bénéficiait durant la vie commune et, alors, elle ne doit pas être réservée aux seules personnes dans le besoin.

Comme en a convenu le représentant du ministre, ce n'est pas l'époux dans le besoin qu'il faut viser mais l'époux qui perdra le train de vie dont il bénéficiait durant la vie commune.

5. Le paragraphe 2, alinéa 5, dispose que la durée de la pension ne peut être supérieure à la durée du mariage.

Il s'agit d'un choix que le législateur doit opérer. Il conviendrait toutefois, lors de l'examen qui sera consacré aux arguments qui sous-tendent cette thèse, que soit pris en considération le fait qu'il n'existe, a priori, pas dans le régime des pensions du secteur public de règles équivalentes à celles prévues dans le régime des pensions du secteur privé qui prévoient l'octroi, à l'un des ex-conjoints, d'une partie de la pension de retraite de l'autre. Dans le bref délai qui lui était imparti le Conseil d'État n'a pu approfondir cette question.

6. Le paragraphe 2, dernier alinéa, dispose que

"Si le défendeur prouve que l'état de besoin du demandeur résulte d'une décision prise unilatéralement par celui-ci, et sans que les besoins de la famille aient justifié ce choix, il peut être dispensé de payer la pension ou n'être tenu qu'à payer une pension réduite".

Par ailleurs, le paragraphe 2, alinéa 3, implique, comme expliqué dans l'exposé des motifs, que le juge peut prendre en compte positivement la situation du conjoint qui a choisi de se consacrer à sa famille plutôt que d'exercer un travail à l'extérieur.

Compte tenu de ce qu'il sera souvent difficile d'établir si une décision a été prise unilatéralement ou de commun accord et que la notion de "besoin de la famille" peut varier selon la conception que l'on a de la famille, le Conseil d'État se demande si la situation du conjoint qui se consacre entièrement à sa famille, sans travailler à l'extérieur, ne sera pas rattachée à l'une ou l'autre des dispositions précitées selon la sensibilité du juge.

L'on notera cependant que c'est au défendeur à prouver que les conditions du paragraphe 2, dernier alinéa, sont remplies.

Article 9

Il résulte de cette disposition que les articles 302 et 304 ne sont à juste titre pas abrogés. Il convient toutefois d'adapter à l'article 302, le renvoi à l'article 1258 du Code judiciaire.

Article 10

(article 308, en projet, du Code civil)

Le Conseil d'État n'aperçoit pas pour quelle raison, justifiable au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, le devoir de secours n'est pas supprimé au détriment de l'époux qui a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune, comme le fait l'article 301, § 2, alinéa 3, en projet, en matière de pension alimentaire.

Article 11

(article 311*bis*, en projet, du Code civil)

Le Conseil d'État n'aperçoit pas pour quelle raison, justifiable au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, le renvoi aux articles 299 et 302 du Code civil ont été supprimés.

.../...

Le représentant du ministre a convenu que ces articles devaient être mentionnés.

Article 12

(article 318, § 3, en projet, du Code civil)

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que de nombreuses dispositions du Code civil relatives à la filiation sont sur le point d'être modifiées (notamment l'article 318) ou abrogées (notamment l'article 320) suite au projet de loi "modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci" qui a été voté par la Chambre des représentants et le sera prochainement par le Sénat ⁽⁹⁾.

Article 14

(article 628, 1°, en projet, du Code judiciaire)

Les mots "ou de séparation de corps pour cause déterminée ou d'une demande de conversion de la séparation de corps en divorce" ne doivent pas être supprimés mais remplacés par les mots "ou de séparation de corps".

Article 15

(article 1016*bis*, en projet, du Code judiciaire)

Il y a discordance entre l'article 229, § 4, en projet, qui vise "un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune" et l'article 1016*bis*, 1°, en projet, qui vise la "faute grave rendant impossible la poursuite de la vie commune".

Par ailleurs ne faut-il pas viser également la faute grave permettant au juge de refuser d'accorder une pension alimentaire en application de l'article 301, nouveau, du Code civil ?

⁽⁹⁾ La section de législation du Conseil d'État a donné, le 16 janvier 2006, l'avis 39.715/2 sur ce projet.

Le Conseil d'État suggère de modifier l'article 1016*bis* en supprimant, sans les remplacer, les mots "comme cause de divorce".

Article 16

Il y a lieu de remplacer l'intitulé de la section première et d'abroger les sections II et IV.

Article 17

(article 1254, en projet, du Code judiciaire)

Au paragraphe 2, 3°, il y a lieu de mentionner "des enfants visés au § 1^{er}, alinéa 2" et non "au § 2".

Article 18

(article 1255, en projet, du Code judiciaire)

1. Au paragraphe 2, il y a lieu de préciser qu'il s'agit de l'article 229, § 3, du Code civil.

La même observation vaut pour le paragraphe 4.

2. Le paragraphe 5, alinéa 2, dispose que, sauf circonstances exceptionnelles, la comparution personnelle de la partie demanderesse est requise lors de la première comparution.

Dès lors que le juge est tenu de tenter de concilier les parties, comme le prévoit le paragraphe 4, il serait logique de prévoir la comparution personnelle des deux parties.

Cependant, le défendeur, par son refus de comparaître, ne peut bloquer éternellement la procédure.

Pour concilier ces deux exigences, il est suggéré de prévoir que les deux époux sont convoqués à la conciliation. Si l'époux défendeur ne comparaît pas à l'audience (ou à l'audience ultérieurement fixée, s'il n'a pas comparu à l'audience initiale), la procédure sera poursuivie.

Article 19

(article 1256, en projet, du Code judiciaire)

1. L'avant-projet vise notamment "les mesures provisoires relatives aux enfants" alors que le texte actuel de l'article 1258, § 2, vise "les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens de leurs enfants".

Le Conseil d'État se demande si une conséquence particulière s'attache à ce changement de terminologie.

2. Actuellement, le juge n'entérine l'accord relatif à la personne, aux aliments et aux biens des enfants que "s'il le juge convenable" (article 1258, § 2, alinéa 2, du Code judiciaire).

Désormais, il ne pourra refuser d'homologuer cet accord que "s'il est manifestement contraire à l'intérêt des enfants".

Il convient de remplacer les termes "peut refuser" par les termes "refuse".

Selon le représentant du ministre, cette modification a pour but d'alléger le contrôle qu'exerce le juge en ce qui concerne l'intérêt des enfants.

Il y a lieu de le préciser dans l'exposé des motifs.

.../...

Article 20

(article 1257, en projet, du Code judiciaire)

1. L'alinéa 1^{er} vise les accords "entérinés ou homologués". Le Conseil d'État se demande pour quelle raison viser les accords "entérinés" alors que l'article 1256, en projet du Code judiciaire, ne mentionne que l'homologation des accords et non leur entérinement.

2. Le Conseil d'État se demande si la demande visée à l'alinéa 2, en projet, pourra être faite également après le prononcé du divorce.

Articles 26 et 27

Les articles 26 et 27 de l'avant-projet remplacent les articles 1274 et 1276 du Code judiciaire. Il convient de modifier l'article 1275, § 1^{er}, du Code judiciaire afin de ne plus viser le divorce pour cause déterminée.

Article 29

Il y a lieu de préciser, dans l'exposé des motifs, pour quelle raison les articles 1284 et suivants relatifs à la réconciliation sont abrogés.

Article 30

(article 1288, en projet, du Code judiciaire)

1. Le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement à quel moment a lieu la première (et parfois unique) audience devant le juge du divorce.

Le paragraphe 3, alinéa 2, fait référence aux articles 766 et suivants du Code judiciaire qui concernent la communication de la cause au ministère public après la clôture des débats. Or, en l'espèce, l'on se trouve, semble-t-il, avant que toute audience ait eu lieu et donc, logiquement, avant toute clôture des débats.

De même, le paragraphe 4, alinéa 5, fait référence à une "comparution supplémentaire". Or, aucune comparution initiale n'a été mentionnée.

En conclusion, il y a lieu de préciser, dans l'article 1288, en projet, à quel moment a lieu l'audience initiale et comment celle-ci s'articule avec les autres phases de la procédure.

L'auteur de l'avant-projet pourrait s'inspirer utilement de l'actuel article 1289^{ter} du Code judiciaire.

2. Le paragraphe 5, alinéa 2 dispose :

"Lorsque les conventions sont incomplètes ou que l'une des parties en fait la déclaration en cours de procédure, elles ont les effets prévus à l'article 1257".

Le Conseil d'État se demande quelle hypothèse visent exactement les mots "ou que l'une des parties en fait la déclaration en cours de procédure".

Selon le représentant du ministre le texte sera adapté afin de viser l'époux qui ne souhaite plus divorcer de commun accord ou n'est plus d'accord avec tout ou partie des stipulations de la convention.

Article 31

Cet article abroge notamment les articles 1288^{bis} et suivants du Code judiciaire. Le Conseil d'État se demande s'il ne convient pas d'abroger également ou, à tout le moins, de modifier l'article 1259 du Code judiciaire qui se réfère expressément à ces articles.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.659/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 23 december 2005 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen verlengd met vijftien dagen ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de hervorming van de echtscheiding", heeft op 30 januari 2006 het volgende advies gegeven :

^(*) Bij brief van de Vice-Eerste Minister van 23 december 2005.

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 voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Algemene opmerkingen

I. Strekking van het voorontwerp wat de hoofdlijnen ervan betreft

Het onderzochte voorontwerp strekt ertoe de verschillende echtscheidingsprocedures in één enkele procedure te groeperen.

In de memorie van toelichting bij het voorontwerp staat te lezen :

"De echtscheiding kan worden aangevraagd op basis van één enkele reden : de duurzame ontwrichting tussen de echtgenoten. Deze vaststelling kan voortkomen uit de innerlijke overtuiging van de rechter, alhoewel dat maar zelden gebeurt. De duurzame ontwrichting zal meestal bewezen worden door het verstrijken van een bepaalde termijn dat men feitelijk gescheiden is of door het opnieuw bevestigen van de ontwrichting (termijnen van 3 maanden tot 1 jaar, naargelang het verzoek gebeurt door één of door beide echtgenoten).

Tot slot wordt aangenomen dat er een duurzame ontwrichting is wanneer een van de echtgenoten bewijst dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de ander gedrag heeft vertoond, waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt. In dat geval kan de rechter de echtscheiding onmiddellijk uitspreken."

Artikel 2 van het voorontwerp (ontworpen artikel 229 van het Burgerlijk Wetboek) voorziet in die verschillende mogelijkheden.

Er wordt in het kader van de samengevoegde echtscheidingsprocedure in beginsel (zie ontworpen artikel 229, § 4, van het Burgerlijk Wetboek) weliswaar afgestapt van het begrip fout, maar dat begrip duikt opnieuw op in de regeling betreffende de

.../...

uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding, waarin het voorontwerp voorziet. Het ontworpen artikel 301, § 2, eerste en tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 8 van het voorontwerp) bepaalt immers :

"Bij gebrek aan overeenkomst zoals bedoeld in § 1, kan de rechtbank in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt of bij een latere beslissing, op vraag van de behoeftige echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud toestaan, ten laste van de andere echtgenoot.

De rechter kan weigeren deze uitkering toe te kennen indien de verweerder bewijst dat verzoeker een zware fout heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt."

In de memorie van toelichting staat daaromtrent te lezen :

"De hervorming opteert voor een verruimd basisrecht, aangezien het zelfs zou opensta[n] voor de echtgenoot die de echtscheiding zou hebben gevraagd en verkregen, zelfs zonder daarbij een reden aan te halen. Uitsluiting is alleen mogelijk indien de potentiële uitkeringsplichtige bewijst dat de uitkeringsgerechtigde een zware fout heeft begaan, waardoor het gemeenschappelijk leven onmogelijk verder kan worden gezet."

Bovendien bepaalt artikel 25 van het voorontwerp (ontworpen artikel 1271 van het Gerechtelijk Wetboek) :

"De beslissingen die de echtscheiding uitspreken, komen niet in aanmerking voor hoger beroep."

Hoger beroep blijft evenwel mogelijk tegen een beslissing waarbij echtscheiding wordt geweigerd, evenals voorziening in cassatie, maar, met toepassing van artikel 26 van het voorontwerp, binnen een termijn die van drie maanden is teruggebracht tot één maand (ontworpen artikel 1274 van het Gerechtelijk Wetboek).

II. Interne samenhang van het voorontwerp wat betreft de gehanteerde begrippen

De nieuwe regeling ingevoerd bij het voorontwerp is gebaseerd op verschillende begrippen waarvan de interne samenhang niet duidelijk is.

1. De Raad van State vraagt zich af wat in het ontworpen artikel 229, § 4, van het Burgerlijk Wetboek de draagwijdte is van het begrip "gedrag waardoor het

.../...

voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt" en vraagt zich inzonderheid af in welk opzicht dat begrip verschilt van het begrip "duurzame ontwrichting", dat voorkomt in de paragrafen 1 en 2 van dezelfde bepaling.

Het hoofdgegeven in paragraaf 4 lijkt niet de onmogelijkheid tot het voortzetten van het samenleven te zijn, maar wel het begrip "gedrag".

Met andere woorden, de duurzame ontwrichting kan ofwel rechtstreeks worden bewezen, op zich (§ 1), ofwel worden vermoed op basis van :

- hetzij een bepaalde duur van feitelijke scheiding of het verstrijken van een bepaalde duur tussen twee verschijningen vóór de rechter (§§ 2 en 3);
- hetzij het gedrag van één van de echtgenoten (§ 4).

Omvat het begrip "gedrag waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt", dat onnodig wordt geacht in de gevallen waarin het vereiste van het verstrijken van een zelfs zeer beperkte termijn geldt, een zekere gedachte van fout, of zelfs het begrip zware fout in de zin van het huidige artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek ? In de memorie van toelichting lijkt zulks te worden gehuldigd, daar aldaar het volgende te lezen staat :

"Het voorontwerp van wet voorziet niettemin dat indien er sprake is van een fout (meer bepaald : gedrag dat het voortzetten van het samenleven onmogelijk maakt), de procedure kan worden versneld. In feite toont het bestaan van een fout ⁽¹⁾ zonder meer het onherstelbare karakter aan van de ontwrichting van het huwelijk, welk bewijs het slachtoffer vrijstelt van de door de wet opgelegde bedenkingstermijnen.

(...)

Er wordt dus voorgesteld om het begrip fout te behouden in de wetgeving, maar niet meer om er een echtscheidingsgrond van te maken. Dit zal twee gevolgen hebben : de procedure versnellen (men zal in dat geval spreken over gedrag dat het voortzetten van het gemeenschappelijk leven onmogelijk maakt) en het recht op een uitkering tot onderhoud na de echtscheiding beperken (zware fout)."

⁽¹⁾ De in de Franse lezing gebezigde uitdrukking "comportement culpeux" is afgeleid van het woord "culpa" in het Latijn, dat schuld betekent in het Nederlands.

Uit de gezamenlijke lezing van de voornoemde passages in de memorie van toelichting en in de tekst van het ontworpen artikel 229, § 4, van het Burgerlijk Wetboek blijkt de dubbelzinnigheid van de uitdrukkingen die in de hervormde procedure worden gebruikt, met dien verstande dat het begrip "gedrag dat het voortzetten van het samenleven onmogelijk maakt" een zeer ruime werkingssfeer kan hebben, terwijl in de memorie van toelichting harerzijds gesteld wordt dat alleen foutief, schuldig gedrag wordt bedoeld, waardoor het dispositief niet langer aansluit bij de overigens door de steller van de tekst verwoorde bedoeling om met betrekking tot de ontvankelijkheid van de echtscheiding volledig af te stappen van het begrip fout.

De steller van het voorontwerp moet daarom tijdens de parlementaire voorbereiding die dubbelzinnigheid ⁽²⁾ opheffen tussen het ontworpen dispositief en het bepaalde in de memorie van toelichting.

2. Zoals hierboven is uiteengezet, is één van de gronden voor het uitspreken van de echtscheiding door de rechter het bestaan van "ernstige aanwijzingen dat de andere echtgenoot gedrag heeft vertoond waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt" (ontworpen artikel 229, § 4, van het Burgerlijk Wetboek), welke ernstige aanwijzingen blijkbaar zonder meer kunnen worden aangevoerd zonder dat het bewijs behoeft te worden geleverd van het eigenlijke gedrag waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt.

In het kader van de toekenning van de uitkering tot levensonderhoud kan de rechter daarentegen weigeren deze toe te kennen indien de verzoeker "een zware fout heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt" (ontworpen artikel 301, § 2, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek).

⁽²⁾ Te meer daar de memorie van toelichting het daarbij bedoelde gedrag ook weergeeft met de woorden "fout", "bestaan van een fout" en "gedrag dat het voortzetten van het gemeenschappelijk leven onmogelijk maakt", of nog, zoals in het ontworpen artikel 1255, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, met de woorden "ongepast gedrag".

In de memorie van toelichting staat daaromtrent te lezen :

"(...) zelfs indien de echtscheiding wordt uitgesproken omdat er «gedrag is dat het voortzetten van het samenleven onmogelijk maakt» in hoofde van een partij, zal het debat over de zware fout open blijven".

De Raad van State vraagt zich af of het begrip "ernstige aanwijzingen dat de andere echtgenoot gedrag heeft vertoond waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt" een specifiek begrip is in het kader van de echtscheidingsprocedure en of het begrip "zware fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt" specifiek is voor de procedure betreffende een verzoek tot toekenning van een uitkering tot levensonderhoud, en, zo ja, of die begrippen elkaar in sommige opzichten al dan niet kunnen overlappen.

Het staat aan de steller van het voorontwerp om zich ervan te vergewissen dat de nieuwe regels die hij stelt, geen aanleiding kunnen geven tot rechtsonzekerheid, wat beslist te mijden is in een dermate delicate materie als de echtscheiding. Hij moet bijgevolg duidelijkheid scheppen omtrent het verband tussen enerzijds het "recht op echtscheiding", dat een regeling veronderstelt waarin het begrip fout geen enkele rol meer zal spelen, onder voorbehoud van de opmerking gemaakt ten aanzien van het ontworpen artikel 229, § 4, van het Burgerlijk Wetboek, en anderzijds het "recht op een uitkering tot levensonderhoud", waar dat begrip zijn belang herwint wanneer de rechter beslist om de toekenning van een uitkering tot levensonderhoud te weigeren.

III. Inachtneming van het gelijkheidsbeginsel

De in het voorontwerp voorgestelde hervorming doet enkele vragen rijzen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

A. Bewijs van het gedrag waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt

De woorden "bewijst dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de andere echtgenoot gedrag heeft vertoond waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt" in het ontworpen artikel 229, § 4, van het Burgerlijk Wetboek zijn dubbelzinnig, daar aldus blijkbaar een grondvereiste wordt verward met een

.../...

bewijsmiddel. Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 1255, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin sprake is van de omstandigheid dat "het bewijs van het ingeroepen ongepaste gedrag aangetoond is, ten minste met ernstige aanwijzingen".

In het gemene recht moet een definitieve rechterlijke beslissing ⁽³⁾ steeds gebaseerd zijn op bewezen feiten ⁽⁴⁾, waarbij een feit kan worden bewezen bij wege van "gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens" ⁽⁵⁾, overeenkomstig artikel 1353 van het Burgerlijk Wetboek.

Indien de steller van het voorontwerp met de woorden "ernstige aanwijzingen" heeft willen verwijzen naar artikel 1353 van het Burgerlijk Wetboek, is die precisering overbodig. Het is voldoende te verwijzen naar het feit dat één van de echtgenoten een gedrag heeft aangenomen waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt, met dien verstande dat dat feit overeenkomstig artikel 1353 van het Burgerlijk Wetboek bewezen kan worden bij wege van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens.

Indien de steller van het voorontwerp daarentegen de vereisten inzake de bewijsvoering heeft willen afzwakken ⁽⁶⁾, zoals uit de memorie van toelichting zou blijken,

⁽³⁾ Zulks geldt niet wat betreft de voorlopige beslissingen, waarvoor de vereisten met betrekking tot de bewijsvoering kunnen worden afgezwakt (zie de beschikkingen in kort geding, waar prima facie uitspraak wordt gedaan, en de beschikkingen van de vrederechter gebaseerd op artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek).

⁽⁴⁾ Zie in dezelfde zin advies 32.204/2, op 14 november 2001 verstrekt omtrent een voorontwerp dat is geworden de wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning aan de echtgenoot of aan de wettelijk samenwonende die het slachtoffer is van fysieke gewelddaden vanwege zijn partner en tot aanvulling van artikel 410 van het Strafwetboek (Gedr. Stuk Kamer, zitting 2001-2002, nr. 1693/1).

⁽⁵⁾ Artikel 1349 van het Burgerlijk Wetboek definieert het vermoeden als volgt : "gevolgtrekkingen die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit - met andere woorden een bewezen feit - om te besluiten tot een onbekend feit".

⁽⁶⁾ Het bewijs van de duurzame ontwrichting kan niet alleen worden geleverd op basis van een vermoeden, te weten de gemeenrechtelijke bewijsvoering, maar tevens kan het vermoeden op zijn beurt gebaseerd zijn op feiten die niet zouden zijn bewezen overeenkomstig het recht inzake het bewijs.

moet die regeling, die zich onderscheidt van het gemene recht en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, verantwoord worden; zulks geldt des te meer daar :

- enerzijds het voorontwerp de mogelijkheid schrapt van hoger beroep tegen een vonnis waarbij de echtscheiding wordt uitgesproken, inzonderheid op de enkele basis van het bestaan van "ernstige aanwijzingen";
- en anderzijds de wet aldus minder streng zou zijn wat betreft het leveren van het bewijs van de feiten met het oog op het nemen van de beslissing ten principale, te weten de uitspraak van de echtscheiding, dan indien het bewijs moet worden geleverd van feiten met het oog op het nemen van de beslissing volgend op de echtscheidingsbeslissing, te weten de toekenning van een uitkering tot levensonderhoud, behoudens het geval van bewezen "zware fout".

Het voorontwerp moet worden aangepast, ofwel moet die verschillende behandeling deugdelijk worden verantwoord.

B. Rechtsmiddelen

1. Het lijkt erop dat de verwerende echtgenoot ongelijk wordt behandeld, daar hij geen hoger beroep kan instellen indien de echtscheiding is uitgesproken, terwijl zijn huwelijkspartner hoger beroep kan instellen indien de echtscheiding niet is uitgesproken. Die ongelijke behandeling geldt eveneens ten aanzien van de overige verwerende partijen in een burgerrechtelijke zaak, daar er volgens de Raad van State, althans voorzover hij binnen de gestelde termijn heeft kunnen onderzoeken, geen geval bestaat waarin de verweerder die in het geding in het ongelijk is gesteld geen hoger beroep kan instellen, terwijl de verzoeker dat wel kan ⁽⁷⁾.

2. Een ongelijke behandeling, die strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, blijkt hoe dan ook vast te staan daar uit de gezamenlijke lezing van de ontworpen bepalingen volgt dat indien de beslissing om na de echtscheiding een uitkering

⁽⁷⁾ Er bestaan weliswaar gevallen waarin hoger beroep onmogelijk is, maar zulks geldt dan wel voor alle partijen in het geding.

tot levensonderhoud toe te kennen gelijktijdig met de echtscheiding wordt uitgesproken, tegen deze beslissing krachtens het ontworpen artikel 1271 van het Gerechtelijk Wetboek geen hoger beroep openstaat, terwijl daartegen wel hoger beroep mogelijk is indien ze genomen is, zoals een rechter daartoe bevoegd is, met toepassing van artikel 301, § 2, eerste lid, na de uitspraak van de echtscheiding.

3. Tot slot rijst de vraag om welke redenen het onmogelijk zou zijn hoger beroep in te stellen, terwijl krachtens het ontworpen artikel 1274 van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 26 van het voorontwerp) voorziening in cassatie mogelijk blijft, in welk geval de termijn wordt teruggebracht van drie maanden tot één maand. Wat gebeurt er voorts wanneer de voorziening gericht is tegen een arrest waarbij de echtscheiding wordt geweigerd ?

4. Hoe dan ook dienen die verschillende aspecten van de hervorming verantwoord te worden tijdens de parlementaire voorbereiding, en indien zulks niet mogelijk is moeten de ontworpen bepalingen aldus worden gewijzigd dat iedere discriminatie wordt weggewerkt.

IV. Vereenvoudiging van de procedure

Het voorontwerp strekt er weliswaar toe de procedure in het echtscheidingsrecht te vereenvoudigen, maar tevens moet worden opgemerkt dat die vereenvoudiging niet geldt voor het domein van de opsplitsing van de bevoegdheden en de bepalingen die die bevoegdheden voorschrijven.

Tijdens het echtscheidingsgeding is het immers de rechtbank van eerste aanleg (de rechter in echtscheidingszaken) die bevoegd is om de overeenkomsten van de partijen over de voorlopige maatregelen met betrekking tot de kinderen, de persoon, het levensonderhoud en de goederen van de echtgenoten te homologeren (ontworpen artikel 1256, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

Indien er geen overeenkomst is, is de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend in kort geding bevoegd (ontworpen artikel 1256, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek en het huidige artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek, dat door het voorontwerp niet wordt gewijzigd).

Krachtens het ontworpen artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd om, gelijktijdig met het uitspreken van de echtscheiding, de uitkering na de echtscheiding toe te kennen.

Na de ontbinding van de huwelijksband gaat de bevoegdheid voor de persoon van de kinderen over naar de jeugdrechter (artikel 387*bis* van het Burgerlijk Wetboek) en gaat de bevoegdheid met betrekking tot de uitkering tot levensonderhoud voor de kinderen over naar de vrederechter (artikel 591, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek) of, indien de zaken verknocht zijn, naar de jeugdrechter.

Na de uitspraak van de echtscheiding gaat de bevoegdheid voor de uitkering tot levensonderhoud tussen de echtgenoten over naar de vrederechter (artikel 591, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek).

De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg en de rechter in echtscheidingszaken blijven, indien ze geadieerd zijn vóór de ontbinding van het huwelijk, bevoegd om uitspraak te doen over aangelegenheden binnen hun bevoegdheidssfeer, zelfs na de echtscheiding.

Het behoud, na de echtscheiding, van de overeenkomsten of beslissingen die met betrekking tot de kinderen tot stand gekomen zijn tijdens de procedure, wordt geregeld bij het ontworpen artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 1

Men schrijve : "Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet."

.../...

Artikel 2
(ontworpen artikel 229)

1. Paragraaf 2 kan in zijn huidige lezing de indruk wekken dat de aanvraag moet worden gedaan na meer dan zes maanden feitelijke scheiding, wat zou meebrengen dat een aanvraag gedaan vóór het verstrijken van die termijn niet-ontvankelijk zou zijn.

De Raad van State veronderstelt evenwel dat de termijn van zes maanden geen voorwaarde van ontvankelijkheid is, maar een grondvereiste, dat de rechter beoordeelt op het tijdstip van de zitting. Het ontworpen artikel 1255, § 1, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt immers :

"Als de partijen niet langer dan zes maanden gescheiden zijn, stelt de rechter een nieuwe zitting vast."

Paragraaf 2 moet derhalve aldus worden geredigeerd dat iedere dubbelzinnigheid wordt weggewerkt.

Dezelfde opmerking geldt voor paragraaf 3.

2. Krachtens het ontworpen artikel 229, § 2, van het Burgerlijk Wetboek bestaat het vermoeden van de duurzame ontwrichting wanneer de echtgenoten meer dan zes maanden feitelijk gescheiden zijn.

Het is dan ook tegenstrijdig om in het ontworpen artikel 1255, § 1, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek te bepalen dat de rechter, wanneer hij op de oorspronkelijke zitting vaststelt dat de termijn van zes maanden niet is verstreken, een nieuwe zitting kan vaststellen, die kan plaatshebben op een datum onmiddellijk na het verstrijken van de termijn van zes maanden, wat logisch is, of drie maanden na de eerste verschijning, wat onlogisch is.

Indien de partijen een eerste maal vóór de rechter verschijnen na een maand gescheiden te zijn geweest en de rechter de tweede zitting drie maanden later vaststelt, zullen de partijen immers slechts vijf maanden gescheiden zijn geweest, wat onvoldoende is om het vermoeden te kunnen laten gelden.

.../...

Er kan zich nog een tweede mogelijkheid voordoen, namelijk wanneer de in een echtscheiding verwikkelde partijen nog niet feitelijk gescheiden zijn. In dat geval is het uiteraard niet de duur van de feitelijke scheiding die het vermoeden doet rijzen van de duurzame ontwrichting, maar het feit dat de aanvraag tot tweemaal toe wordt gedaan, met dien verstande dat de tweede verschijning plaatsheeft drie maanden na de eerste, overeenkomstig het ontworpen artikel 1255, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek.

De vraag rijst waarom in het geval van feitelijke scheiding, dat wil zeggen in aanwezigheid van een objectief gegeven dat aantoonst dat het echtpaar een moeilijke tijd meemaakt, een proeftijd van zes maanden wordt geëist die eventueel gecontroleerd wordt tijdens een tweede verschijning, terwijl de proeftijd slechts drie maanden bedraagt wanneer dat objectief gegeven niet voorhanden is ?

Dat onderscheid moet worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Dezelfde opmerkingen gelden voor paragraaf 3.

Artikel 8

(ontworpen artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek)

1. Paragraaf 1 vermeldt de eventuele uitkering tot levensonderhoud en het bedrag dat één van de echtgenoten moet betalen aan de andere.

Minder dubbelzinnig luidt de volgende lezing : "(...) en omtrent het bedrag ervan."

2. Krachtens paragraaf 2, eerste lid, en paragraaf 4 komt de bevoegdheid om een uitkering tot levensonderhoud toe te kennen en te wijzigen toe aan de rechter wanneer hij de echtscheiding uitspreekt, of zelfs "bij een latere beslissing".

Deze laatste precisering bevestigt de huidige regel volgens welke de rechter in echtscheidingszaken bevoegd blijft om achteraf uitspraak te doen over de uitkering tot levensonderhoud, voorzover de aanvraag daartoe aan hem gericht is vóór de ontbinding van de huwelijksband.

3.1. Krachtens paragraaf 2, tweede lid, kan de rechter weigeren een uitkering tot levensonderhoud toe te kennen aan de echtgenoot die een zware fout heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt.

In de memorie van toelichting staat daaromtrent te lezen :

"De voorgestelde hervorming opteert voor een verruimd basisrecht, aangezien het zelfs zal openstaan voor de echtgenoot die de echtscheiding zou hebben gevraagd en bekomen zonder concrete vorderingsgrond. De uitsluiting zal alleen mogelijk zijn indien de mogelijke schuldenaar bewijst dat de aanvrager een zware fout heeft begaan, waardoor het onmogelijk werd om nog verder samen te leven. Ook al maakt de hervorming het mogelijk dat de rechter de schuldloze echtscheiding uitspreekt, het is voorbarig te overwegen elke verwijzing naar de fout uit te sluiten voor wat de financiële gevolgen betreft."

De memorie van toelichting vervolgt :

"Het rechtvaardigheidsgevoel zou kunnen worden gekwetst indien de echtgenoot die door zijn onaangepaste gedrag de breuk heeft veroorzaakt niettemin financiële steun verkrijgt." ⁽⁸⁾

3.2. Het gebruik van het woord "kan" in het dispositief wijst erop dat de rechter beoordelingsbevoegdheid bezit. Gelet op de in de memorie van toelichting genoemde opzet, zou moeten worden voorgeschreven dat de rechter in geval van een fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt, indien het een zware fout is, de toekenning van een uitkering tot levensonderhoud niet zozeer kan, maar moet weigeren.

De tekst moet dienovereenkomstig worden herzien.

⁽⁸⁾ Diezelfde bewering wordt trouwens bevestigd in de artikelsgewijze bespreking.

4. Er bestaat tegenspraak tussen paragraaf 2, eerste lid, waarin te lezen staat dat de uitkering tot levensonderhoud alleen wordt toegekend aan een behoeftige echtgenoot, en paragraaf 2, derde lid, naar luid waarvan de rechtbank het bedrag van de uitkering tot levensonderhoud vaststelt, onder meer rekening houdend met "de levensstijl van de partijen tijdens het samenleven". In de memorie van toelichting wordt overigens het criterium van het behoud van de levensstijl van de partijen tijdens het samenleven bevestigd.

Dat houdt dus in dat wie een uitkering tot levensonderhoud wenst te ontvangen, behoeftig moet zijn, maar dat het bedrag van die uitkering hoger kan zijn dan wat nodig is om die staat van behoeftigheid ongedaan te maken.

Dat is onlogisch : ofwel wordt de uitkering gekoppeld aan de staat van behoeftigheid, in welk geval het bedrag ervan moet worden vastgesteld op wat noodzakelijk is om die staat van behoeftigheid ongedaan te maken; ofwel strekt de uitkering ertoe om, zoals thans, "de andere echtgenoot in staat te stellen in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven", en in dat geval dient ze niet uitsluitend aan behoeftige personen te worden uitgekeerd.

De vertegenwoordiger van de minister is het ermee eens dat niet naar de behoeftige echtgenoot dient te worden verwezen, maar naar de echtgenoot die de levensstijl zou kwijtspelen welke hij had tijdens het samenleven.

5. Paragraaf 2, vijfde lid, bepaalt dat de duur van de uitkering niet langer mag zijn dan de duur van het huwelijk.

Dit is een keuze die aan de wetgever toekomt. Tijdens het onderzoek van de argumenten waarop dit standpunt gebaseerd is, dient evenwel rekening te worden gehouden met het feit dat er in de pensioenregeling in de overheidssector a priori geen regels bestaan die gelijkwaardig zijn met die van de pensioenregeling in de privé-sector, waar wordt voorzien in de toekenning, aan één van de gewezen echtgenoten, van een gedeelte van het rustpensioen van de andere echtgenoot. De Raad van State heeft, in de beperkte tijd die hem was toegemeten, die aangelegenheid niet nader kunnen onderzoeken.

.../...

6. Paragraaf 2, laatste lid, bepaalt :

"Indien de verweerder aantoont dat de staat van behoefte van verzoeker het gevolg is van een eenzijdig door deze laatste genomen beslissing en zonder dat de noden van de familie deze keuze gerechtvaardigd hebben, kan hij worden ontheven van het betalen van de uitkering of slechts verplicht worden tot het betalen van een verminderde uitkering."

Voorts houdt paragraaf 2, derde lid, in, zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, dat de rechter de situatie van de echtgenoot die ervoor gekozen heeft zich aan zijn gezin te wijden, veeleer dan buitenshuis te werken, in gunstige zin in aanmerking kan nemen.

Gelet op het feit dat het vaak moeilijk zal zijn vast te stellen of een beslissing eenzijdig dan wel na onderling overleg is genomen en dat het begrip "noden van de familie" kan verschillen naargelang van wat onder "familie" wordt verstaan, vraagt de Raad van State zich af of de situatie van de echtgenoot die zich volledig aan zijn gezin wijdt, veeleer dan buitenshuis te werken, niet zal worden verbonden aan de ene of de andere van de voornoemde bepalingen, naargelang van de gevoeligheden van de rechter.

Er moet echter worden opgemerkt dat het aan de verweerder staat om te bewijzen dat de voorwaarden gesteld in paragraaf 2, laatste lid, vervuld zijn.

Artikel 9

Uit deze bepaling volgt dat de artikelen 302 en 304 met recht niet worden opgeheven. De verwijzing, in artikel 302, naar artikel 1258 van het Gerechtelijk Wetboek moet evenwel worden aangepast.

Artikel 10

(ontworpen artikel 308 van het Burgerlijk Wetboek)

De Raad van State ziet niet in om welke reden die kan worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de plicht van hulp niet wordt afgeschaft ten nadele van de echtgenoot die een zware fout heeft begaan die de

.../...

voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt, zoals het geval is met het ontworpen artikel 301, § 2, derde lid, inzake de uitkering tot levensonderhoud.

Artikel 11

(ontworpen artikel 311*bis* van het Burgerlijk Wetboek)

De Raad van State ziet niet in om welke reden die kan worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de verwijzing naar de artikelen 299 en 302 van het Burgerlijk Wetboek vervallen.

De vertegenwoordiger van de minister is het ermee eens dat die artikelen moesten worden vermeld.

Artikel 12

(ontworpen artikel 318, § 3, van het Burgerlijk Wetboek)

De steller van het voorontwerp wordt erop gewezen dat tal van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de afstamming eerlang worden gewijzigd (inzonderheid artikel 318) of opgeheven (inzonderheid artikel 320) als gevolg van het ontwerp van wet "tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan", dat door de Kamer van volksvertegenwoordigers is goedgekeurd en binnenkort door de Senaat zal worden behandeld ⁽⁹⁾.

Artikel 14

(ontworpen artikel 628, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek)

De woorden "of tot scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten of een vordering tot omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding" dienen

⁽⁹⁾ De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft op 16 januari 2006 omtrent dit ontwerp advies 39.715/2 verstrekt.

niet te worden geschrapt, maar moeten worden vervangen door de woorden "of tot scheiding van tafel en bed".

Artikel 15

(ontworpen artikel 1016*bis* van het Gerechtelijk Wetboek)

Er bestaat een discordantie tussen het ontworpen artikel 229, § 4, waarin sprake is van "gedrag waardoor het voortzetten van het samenleven onmogelijk wordt", en het ontworpen artikel 1016*bis*, 1°, waarin sprake is van een "zware fout die de voortzetting van de levensgemeenschap onmogelijk maakt".

Dient voorts niet eveneens te worden verwezen naar de zware fout op basis waarvan de rechter met toepassing van het nieuwe artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek kan weigeren een uitkering tot levensonderhoud toe te kennen ?

De Raad van State stelt voor artikel 1016*bis* aldus te wijzigen dat de woorden "als grond tot echtscheiding" vervallen, zonder dat ze worden vervangen.

Artikel 16

Het opschrift van afdeling I moet worden vervangen en de afdelingen II en IV moeten vervallen.

Artikel 17

(ontworpen artikel 1254 van het Gerechtelijk Wetboek)

In paragraaf 2, 3°, moet worden verwezen naar "de kinderen bedoeld in § 1, tweede lid;" in plaats van "de kinderen bedoeld in § 2;".

Men schrijve : "3° de plaats en datum van geboorte van de kinderen bedoeld in § 1, tweede lid;".

.../...

Artikel 18

(ontworpen artikel 1255 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. In paragraaf 2 moet worden gepreciseerd dat het gaat om artikel 229, § 3, van het Burgerlijk Wetboek.

Dezelfde opmerking geldt voor paragraaf 4.

2. Paragraaf 5, tweede lid, bepaalt dat behoudens uitzonderlijke omstandigheden de persoonlijke verschijning van de verzoekende partij tijdens de eerste verschijning vereist is.

Daar de rechter gehouden is te pogen de partijen te verzoenen, zoals paragraaf 4 voorschrijft, zou het logisch zijn de verschijning van de beide partijen in persoon voor te schrijven.

De verweerder mag, indien hij weigert te verschijnen, de procedure echter niet eindeloos blokkeren.

Om die twee vereisten met elkaar in overeenstemming te brengen, wordt voorgesteld voor te schrijven dat de beide echtgenoten uitgenodigd worden om op de verzoeningsvergadering te verschijnen. Indien de verwerende echtgenoot niet verschijnt op de zitting (of op de achteraf vastgestelde zitting indien hij niet is verschenen op de oorspronkelijke zitting), wordt de procedure voortgezet.

Artikel 19

(ontworpen artikel 1256 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. In het voorontwerp wordt onder meer verwezen naar de "voorlopige maatregelen met betrekking tot de kinderen", terwijl in de huidige tekst van artikel 1258, § 2, sprake is van de "voorlopige maatregelen met betrekking tot de persoon, het onderhoud en de goederen van hun kinderen".

De Raad van State vraagt zich af of deze gewijzigde formulering bepaalde gevolgen meebrengt.

2. Thans bekrachtigt de rechter de overeenstemming over de voorlopige maatregelen met betrekking tot de persoon, het onderhoud en de goederen van de kinderen alleen indien hij "zulks geraden acht" (artikel 1258, § 2, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

Voortaan zal hij die overeenstemming ("overeenkomst" in de ontworpen bepaling) alleen kunnen weigeren te homologeren "als deze duidelijk in strijd is met het belang van de kinderen".

Men vervange de woorden "Hij kan weigeren om" door de woorden "Hij weigert".

Volgens de vertegenwoordiger van de minister strekt die wijziging ertoe de controle te vereenvoudigen die de rechter uitoefent met betrekking tot het belang van de kinderen.

Zulks moet in de memorie van toelichting worden gepreciseerd.

Artikel 20

(ontworpen artikel 1257 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. In het eerste lid is sprake van de "bekrachtigde of gehomologeerde" overeenkomsten. De Raad van State vraagt zich af waarom wordt verwezen naar de "bekrachtigde" overeenkomsten, terwijl in het ontworpen artikel 1256 van het Gerechtelijk Wetboek alleen sprake is van de homologatie van overeenkomsten, doch niet van de bekrachtiging ervan.

2. De Raad van State vraagt zich af of de aanvraag bedoeld in het ontworpen tweede lid eveneens kan worden ingediend na de uitspraak van de echtscheiding.

Artikelen 26 en 27

De artikelen 26 en 27 van het voorontwerp vervangen de artikelen 1274 en 1276 van het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 1275, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek moet worden gewijzigd, zodat niet meer wordt verwezen naar het geval van echtscheiding op grond van bepaalde feiten.

Artikel 29

In de memorie van toelichting moet worden gepreciseerd waarom de artikelen 1284 en volgende, die de verzoening betreffen, worden opgeheven.

Artikel 30

(ontworpen artikel 1288 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Het is de Raad van State niet duidelijk wanneer de eerste (en soms enige) zitting vóór de rechter in echtscheidingszaken plaatsheeft.

In paragraaf 3, tweede lid, wordt verwezen naar de artikelen 766 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, die de mededeling van de zaak aan het openbaar ministerie na de sluiting van de debatten betreffen. In het onderhavige geval heeft naar het zich laat aanzien nog geen enkele zitting plaatsgehad en zijn de debatten logischerwijs nog niet gesloten.

Zo ook is in paragraaf 4, vijfde lid, sprake van een "bijkomende verschijning", terwijl nog geen enkele oorspronkelijke zitting ter sprake is gekomen.

Kortom, in het ontworpen artikel 1288 moet worden gepreciseerd op welk tijdstip de oorspronkelijke zitting plaatsheeft en hoe deze aansluit bij de overige stadia van de procedure.

De steller van het voorontwerp zou ter zake kunnen voortbouwen op het huidige artikel 1289^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek.

2. Paragraaf 5, tweede lid, bepaalt :

"Wanneer de overeenkomsten onvolledig zijn, of één van de partijen dit aangeeft in de loop van de rechtspleging, hebben ze de gevolgen voorzien in artikel 1257."

De Raad van State vraagt zich af welk geval precies wordt bedoeld met de woorden "of één van de partijen dit aangeeft in de loop van de rechtspleging".

Volgens de vertegenwoordiger van de minister zal de tekst aldus worden aangepast dat verwezen wordt naar de echtgenoot die niet meer uit de echt wenst te scheiden in onderlinge overeenstemming of die niet meer akkoord gaat met een deel of het geheel van de clausules van de overeenkomst.

Artikel 31

Dit artikel heft onder meer de artikelen 1288^{bis} en volgende van het Gerechtelijk Wetboek op. De Raad van State vraagt zich af of niet eveneens artikel 1259 van het Gerechtelijk Wetboek, waarin uitdrukkelijk naar die artikelen wordt verwezen, dient te worden opgeheven of op zijn minst worden gewijzigd.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

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. P. LIÉNARDY, conseiller d'État.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS