CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 57.529/2-3
du 11 juin 2015

sur

un avant-projet de loi
'modifiant le droit de la procédure civile'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 57.529/2-3
van 11 juni 2015

over

een voorontwerp van wet
'houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht'

Le 12 mai 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant le droit de la procédure civile'.

Les articles 1er à 8, 29 à 57, 62 à 67, 91 et 92 de l'avant-projet ont été examinés par la deuxième chambre les 8 et 11 juin 2015. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Martine BAGUET et Luc DETROUX, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Alain LEFEBVRE, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

Les articles 1er, 9 à 28, 58 à 61, 68 à 90 et 93 de l'avant-projet ont été examinés par la troisième chambre le 2 juin 2015. La chambre était composée par Jan SMETS, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 11 juin 2015.

*

Op 12 mei 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht'.

De artikelen 1 tot 8, 29 tot 57, 62 tot 67, 91 en 92 van het voorontwerp zijn door de tweede kamer onderzocht op 8 en 11 juni 2015. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Luc DETROUX, staatsraden, Yves DE CORDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Alain LEFEBVRE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

De artikelen 1, 9 tot 28, 58 tot 61, 68 tot 90 en 93 van het voorontwerp zijn door de derde kamer onderzocht op 2 juni 2015. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frederic VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 juni 2015.

*

INTITULÉ

L'avant-projet est intitulé 'avant-projet de loi modifiant le droit de la procédure civile'. Cet intitulé est cependant inexact, voire ambigu, dès lors que l'avant-projet règle de nombreuses autres matières, telles que certains aspects de l'organisation judiciaire, le recouvrement extrajudiciaire de certaines créances ou la prescription de l'action publique. Il s'impose dès lors d'adapter l'intitulé de l'avant-projet.

DISPOSITIF

Article 2
(article 23 en projet du Code judiciaire)

1. La modification proposée à l'article 23 du Code judiciaire tend à empêcher la réitération d'une procédure ayant le même objet qu'une procédure antérieurement introduite (et qui par hypothèse aura été déclarée non fondée) mais qui reposerait sur un autre fondement juridique.

Le but consiste à étendre l'autorité de la chose jugée d'une décision judiciaire définitive [1], quel que soit le fondement juridique qui était invoqué.

Pour rappel, l'article 25 du Code judiciaire énonce que « [l']autorité de la chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande ».

L'article 23, dans sa rédaction actuelle précise qu'il n'y a autorité de chose jugée « qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision », tout en précisant qu'il faut que « la chose demandée soit la même », que « la demande soit fondée sur la même cause » et qu'elle soit formée entre les mêmes parties en même qualité.

2. Selon la doctrine,

> « la 'chose' dont l'autorité est invoquée n'a pu être 'jugée' que sur le fondement des faits juridiquement qualifiés et appréciés par le juge en vertu des règles de droit applicables. Ainsi, un jugement de débouté fait obstacle à la présentation d'une nouvelle demande si celle-ci repose sur les mêmes faits envisagés au regard de la même règle de droit » [2].

Cet enseignement autorisait donc, en l'état actuel du droit, la réitération du procès pour autant que « les mêmes faits » justifiant la réitération de la demande soient envisagés au regard d'une autre règle de droit.

---

[1] Cette notion doit être prise au sens du droit judiciaire, c'est-à-dire comme concernant la décision par laquelle le juge épuise sa juridiction sur une question litigieuse, seule une telle décision étant revêtue de l'autorité de chose jugée.

[2] G. de Leval, *Eléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2ème éd., 2005, p. 249. L'auteur souligne que la situation est différente en matière pénale. En effet, au pénal, ce sont les faits qui sont jugés, quelle qu'en soit la qualification retenue.

Cet enseignement est toutefois difficilement compatible avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle il appartient au juge, saisi par une partie d'une qualification juridique des faits qui constituent la cause de la demande, le cas échéant, sans modifier les faits (donc la cause), de leur attribuer une meilleure qualification. Il était répondu à cette objection qu'en ce qui concerne l'identité de cause « il convient de ne point confondre la cause de la demande au regard de l'office du juge et la notion de cause envisagée pour déterminer l'étendue de l'autorité de la chose jugée » [3].

Il convient par ailleurs de relever que les exemples tirés de la jurisprudence [4] ne permettent pas d'être aussi formel quant à la possibilité effective de réitérer la même demande en ne modifiant que le fondement légal qui la soutient.

Ainsi, la Cour d'appel de Mons a estimé que, lorsqu'au cours d'une première procédure il a été décidé que l'objet litigieux n'avait pas été prêté mais avait été vendu, sans que n'ait été abordée la question si le prix de vente avait été ou non payé, cette première procédure ne faisait pas obstacle à un nouveau procès ayant pour objet le paiement du prix de la vente [5]. Pour la Cour d'appel, l'objet de la demande n'est pas le même. Dans la première procédure, il s'agissait de restituer un engin prêté, alors que, dans la seconde procédure, l'objet portait sur le paiement du prix de vente.

Dans un autre exemple cité par le professeur de Leval, le tribunal de Commerce de Verviers avait estimé que, pour apprécier une exception de chose jugée, il fallait vérifier ce qui avait été antérieurement débattu et jugé [6]. Lorsque l'unique question tranchée par le jugement précédent était la qualification du contrat (contrat de bail ou contrat de concession), le tribunal pouvait encore décider, sans violer l'autorité de chose jugée, que le mobilier et le matériel qui équipaient l'immeuble étaient devenus des immeubles par destination.

Il apparaît ainsi que, pour illustrer la possibilité de réitérer la même demande sur la base d'un autre fondement juridique, la doctrine fournit des exemples de demandes réitérées dont, en réalité, l'objet est différent de la demande ayant fait l'objet du premier procès.

[3] G. de Leval, *op. cit.*, p. 248.

[4] Cités par G. de Leval, *op. cit.*

[5] Mons, 19 avril 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 125.

[6] Comm. Verviers, 17 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1301.

Or, comme le précise l'exposé des motifs, la modification proposée à l'article 23 du Code judiciaire n'exclut pas la possibilité d'une nouvelle procédure, entre les mêmes parties et fondée sur la même cause, c'est-à-dire les mêmes faits, devant la même juridiction ou éventuellement devant une autre juridiction, si elle n'a pas le même objet. L'illustration donnée dans l'exposé des motifs pour justifier la persistance de ce droit, qui évoque un même fait dommageable pouvant être poursuivi, d'une part, devant le tribunal correctionnel et faire l'objet, d'autre part, d'une demande d'indemnisation devant un tribunal civil, n'est pas pertinente. Il s'agit de deux procédures, l'une pénale, l'autre civile, qui ne répondent pas aux mêmes objectifs, ni aux mêmes règles de procédure et qui n'opposent pas les mêmes parties. Au pénal, la partie poursuivante est le ministère public. De même la référence à l'hypothèse d'une litispendance entre deux procédures au civil est ici sans pertinence dès lors que la modification de l'article 23 du Code judiciaire vise à empêcher la réitération d'une même procédure après qu'un jugement ayant autorité de chose jugée ait été prononcé dans le cadre d'une procédure antérieure alors que la litispendance présuppose deux procédures entre les mêmes parties, ayant la même cause et le même objet, soumises concomitamment aux juridictions civiles.

3. Ainsi interprétée, la modification proposée n'interdira, à l'avenir, que la réitération de la même demande (même objet, mêmes parties et même cause) en ne modifiant que le fondement juridique à la base de la demande. Elle tend, comme le souligne l'exposé des motifs, à la « concentration de l'instance », forçant la partie demanderesse à soulever, dans le cadre d'une même instance, tous les fondements juridiques qui pourraient soutenir sa demande.

Mise en parallèle avec l'obligation faite au juge de requalifier, le cas échéant, le fondement juridique de la demande, sans en modifier ni l'objet, ni la cause, cette modification permet augmenter l'efficacité de la procédure sans compromettre de manière disproportionnée les droits des parties, et répond donc aux objectifs de l'auteur du projet.

Afin d'éviter toute controverse quant à la portée de la modification proposée, l'auteur du projet veillera toutefois à adapter l'exposé des motifs.

Article 3
(article 32*ter* en projet du Code judiciaire)

Remarque générale

1. L'article 3 du projet tend à insérer un article 32*ter* dans le Code judiciaire prévoyant la possibilité de recourir à une communication électronique entre les « acteurs » de la justice. Cette communication électronique pourra être utilisée pour toute « notification », pour tout « dépôt » et plus généralement pour « toute communication » « d'une instance judiciaire à ou auprès d'une autre instance judiciaire, d'un avocat, d'un huissier de justice ou d'un notaire » et inversement.

À ce stade, la disposition en projet se limite à créer la base juridique rendant ces communications électroniques juridiquement possible. Elle habilite le Roi à fixer les modalités de ce système informatique qui devra garantir la confidentialité et l'efficacité des communications.

Une base légale existe toutefois déjà en cette matière : il s'agit des lois du 10 juillet 2006 'relative à la procédure par voie électronique' et du 5 août 2006 'modifiant certaines dispositions du Code judiciaire en vue de la procédure par voie électronique' (dites lois Phenix II et III).

L'article 3 de la loi précitée du 5 août 2006 a ainsi introduit notamment dans l'article 32 du Code judiciaire la notion « d'adresse judiciaire électronique ».

Ces deux lois sont entrées partiellement en vigueur, notamment en vertu des lois du 31 décembre 2012 'portant des dispositions diverses en matière de justice' et 'portant des dispositions diverses, spécialement en matière de justice', qui visaient à faire entrer en vigueur les dispositions des lois Phenix qui ne nécessitaient apparemment pas la mise en place concomitante d'une procédure électronique.

Cette entrée en vigueur partielle de certaines dispositions modifiant le Code judiciaire était justifiée comme suit :

> « Vu l'imminence des projets d'informatisation au sein du Service Justice, plusieurs dispositions des lois susmentionnées entreront en vigueur le 1er janvier 2013. Pour les autres dispositions, cette date n'était pas considérée comme opportune, notamment car elles font référence à certaines structures administratives anciennes qui ne sont plus d'actualité » [7]. […] « La loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique (Phenix II) et la loi du 5 août 2006 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire en vue de la procédure par voie électronique (Phenix III) modifient certains articles du Code Judiciaire de manière à le rendre 'neutre technologiquement', sans toutefois changer la procédure judiciaire proprement dite. Dans une optique de modernisation de la législation, et aux fins d'anticiper les innovations technologiques imminentes, il parait opportun de faire rentrer ces dispositions en vigueur dès ce mois de janvier 2013 » [8].

L'entrée en vigueur des autres dispositions des lois Phenix II et III a été reportée au plus tard au 1er janvier 2017 par l'article 21 de la loi du 19 décembre 2014 'portant des dispositions diverses en matière de Justice'.

[7] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2572/001, p. 5.

[8] *Ibid.*, p. 20. L'exposé des motifs précise toutefois que « [l]a loi du 10 juillet 2006 et la loi du 5 août 2006 contiennent également d'autres dispositions sur la procédure judiciaire par voie électronique. Dans la mesure où ces dispositions se réfèrent explicitement aux différents Comités institué par la loi du 10 août 2005 instituant le Système Phénix, il ne parait pas opportun, pour l'instant, de permettre l'entrée en vigueur en janvier 2013 » (*loc. cit.*, p. 21).

2. On comprend du commentaire de l'article 32*ter* en projet, que les dispositions des lois Phénix II et III portant précisément sur la procédure électronique n'entreront jamais en vigueur, un autre projet d'informatisation de la justice étant envisagé (actuellement, selon le commentaire de l'article, le système eBox ou tout autre système plus efficace disponible à l'avenir). L'auteur de l'avant-projet précise, au commentaire de l'article 31 de l'avant-projet, que « la modification de la loi du 10 juillet 2006 fera l'objet d'une autre initiative législative ».

Il convient, eu égard à l'insertion du nouvel article 32*ter* en projet, de fixer le sort des dispositions des lois précitées, non encore entrée en vigueur, et de vérifier par ailleurs la compatibilité des dispositions de ces lois déjà entrées en vigueur avec le nouveau système informatique que le Roi est chargé, par l'article en projet, de mettre en place.

Remarques particulières

1. La notion d'« instance judiciaire » doit être précisée dès lors qu'à ce jour elle n'est pas utilisée par le Code judiciaire et qu'elle peut recouvrir, dans le langage courant, diverses acceptions mais qui concernent, en principe, une juridiction. Il s'impose en effet d'englober dans cette notion toutes les *instances*, mais également tous les services relevant du pouvoir judiciaire, auxquels le Roi entend pouvoir offrir et le cas échéant imposer le recours au « système informatique de la Justice ». Ainsi, par exemple, ni les greffes, manifestement visés par la disposition, qui évoque expressément les notifications, ni les secrétariats des parquets ne peuvent être considérés, sans autre précision, comme des « instances judiciaires ».

2. Dès lors que le texte porte sur les notifications, les dépôts et les communications d'une instance judiciaire vers une autre instance judiciaire ou vers les « acteurs de la justice », à savoir les avocats, les huissiers de justice et les notaires, et inversement, il ne permettra pas de constituer la base juridique suffisante pour mettre en place une véritable procédure judiciaire électronique. D'une part, ni les communications électroniques entre les « acteurs de la justice », ni la signification d'un acte de procédure, qui intervient entre un huissier de justice et un justiciable, ne sont concernées par le texte en projet. De façon plus générale, les justiciables ne sont pas visés par cette disposition, qui n'autorisera pas une informatisation complète de la procédure. D'autre part, il n'est rien prévu en ce qui concerne, au delà des communications entre les instances judiciaires et les acteurs de la justice, le « dossier électronique », tel qu'il est prévu, au civil comme au pénal, par les lois Phenix [9].

[9] Voir l'ouvrage collectif *Phenix – Les tribunaux à l'ère électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, spécialement les contributions suivantes : V. Lamberts, « La signification par voie électronique », pp. 178 et s. ; D. Mougenot, « Le code judiciaire à l'épreuve du cyberespace : une réforme réussie ? », pp. 89 et s. ; D. Vandermeersch, « Phenix à l'épreuve de la procédure pénale », pp. 122 et s.

La base juridique mise ainsi en place semble insuffisante pour englober l'ensemble des situations procédurales où une communication électronique pourrait avantageusement remplacer une communication traditionnelle. Elle risque en outre de créer une inégalité de traitement entre les justiciables, selon qu'ils aient ou non recours aux services d'un avocat.

Article 7
(article 46/1 en projet du Code judiciaire)

1. Afin de décharger les greffes d'un travail fastidieux d'envois de notifications diverses, tant aux parties qu'à leurs avocats, le texte en projet prévoit que, lorsqu'une partie est représentée à la procédure par un avocat, la notification par « pli ordinaire » à cette partie se fera par l'envoi du « pli ordinaire » uniquement à l'avocat de celle-ci. Cette hypothèse est circonscrite aux hypothèses suivantes selon le texte en projet :

- lorsqu'un avocat a comparu pour une partie à l'audience d'introduction ou à une audience ultérieure (article 728, § 1er, du Code judiciaire) ;

- lorsqu'un avocat adresse au juge, par voie de conclusions, une demande d'audition de l'expert-comptable (écrite ou verbale) du contribuable (article 728, § 2*bis*, du Code judiciaire) ;

- lorsqu'un avocat « comparaît » pour un centre public d'aide sociale (article 728, § 3, alinéa 4, du Code judiciaire) ;

- lorsque les avocats des parties ont adressé, de commun accord, une déclaration écrite de postulation (article 729 du Code judiciaire) ;

- lorsque qu'un avocat a informé le greffe par courrier qu'il agissait pour une partie qui n'avait auparavant pas d'avocat ou qu'il succédait à un autre avocat (article 729/1 du Code judiciaire) ;

- et tant que le greffe n'aura pas été informé par une déclaration d'un avocat que celui-ci cessait d'agir pour cette partie conformément à l'article 729/1 du Code judiciaire [10].

2. Dans sa version française, la notion de « pli ordinaire » n'est pas utilisée par le Code judiciaire, qui distingue, en son article 53*bis*, le « pli judiciaire », le « recommandé avec accusé de réception », le « pli simple » et le « pli recommandé » (sous-entendu sans accusé de réception). L'article 46 du Code judiciaire décrit ce qu'il convient d'entendre par « pli judiciaire ».

Le greffe adresse également, dans les cas prévus par la loi (notamment les articles 706, 732, 792, 943, 951 et 952 du Code judiciaire), des plis « par simple lettre », soit aux seules parties (article 732 du Code judiciaire), soit aux parties et le cas échéant à leurs avocats (article 706 du Code judiciaire), soit aux parties ou à leurs avocats (article 792 du Code

[10] Voir plus bas les observations sur cette disposition en projet à l'article 30.

judiciaire). Soit encore certains articles énoncent qu'un pli est adressé « par pli judiciaire » aux parties et par « simple lettre » à leurs avocats. Enfin, l'article 1342 du Code judiciaire notamment prévoit déjà un cas où une ordonnance n'est envoyée, par « simple lettre », qu'à l'avocat de la partie (en l'espèce l'avocat du requérant) et non à celle-ci.

3. L'usage de l'expression « bij gewone brief », dans la version néerlandaise de l'article 46/1 en projet [11], permet de penser que le texte français envisage l'hypothèse précitée de l'envoi par « simple lettre ».

Il convient d'adapter en ce sens la version française de la disposition en projet.

Articles 9 à 18 de l'avant-projet

Observations générales

1. Les articles 9, 10, 15, 17 et 18 de l'avant-projet visent à généraliser le système du juge siégeant seul au tribunal de première instance et du conseiller siégeant seul en matière civile dans les cours d'appel. Au niveau du tribunal de première instance, en matière civile et pénale, seul l'appel des jugements rendus en matière pénale par les tribunaux de police continuera d'être attribué systématiquement à une chambre composée de trois juges. Les autres affaires sont attribuées à une chambre composée d'un juge unique, sauf lorsque le président du tribunal les attribue d'office à une chambre comprenant trois juges. Au niveau de la cour d'appel, seul l'appel des décisions en matière pénale (y compris en matière de dessaisissement) est attribué systématiquement à une chambre composée de trois conseillers, sauf si l'appel porte exclusivement sur des dispositions civiles. Les autres affaires sont attribuées à des chambres composées d'un seul conseiller, sauf lorsque le premier président les attribue d'office à une chambre comprenant trois conseillers.

Dans son avis du 27 mai 2015, le Conseil supérieur de la Justice a formulé des critiques fondamentales à l'égard de la généralisation du système du juge ou du conseiller siégeant seul. À cet égard, le Conseil supérieur de la Justice met en exergue la plus-value que représente la décision collégiale quant à la qualité, l'objectivité et la légitimité de la décision judiciaire ainsi que l'unité de la jurisprudence, tout en soulignant le risque de dénaturer l'appel en un simple réexamen de l'affaire par un nouveau juge. Le Conseil supérieur souligne également que la généralisation du juge siégeant seul au tribunal de première instance comporte le risque que les juges récemment nommés en matière civile ne puissent plus bénéficier de l'encadrement de collègues ayant plus d'ancienneté pour acquérir de l'expérience.

Dans l'exposé des motifs, la mesure est essentiellement justifiée par des considérations relatives à l'efficience, à la résorption de l'arriéré judiciaire et à l'accélération du cours de la justice.

[11] Expression déjà utilisée dans le Code judiciaire lorsque celle employée dans la version française est « par simple lettre ».

Lorsque le législateur invoque des motifs d'efficacité pour renoncer à une garantie importante pour les justiciables, l'élaboration adéquate de la réglementation requiert que la mesure envisagée fasse l'objet d'une mise en balance minutieuse des principes et intérêts en cause. Il est recommandé à cet égard, dans un souci de transparence du processus décisionnel et de bonne information de la Chambre des représentants, de joindre à l'avant-projet l'avis précité du Conseil supérieur de la Justice et de préciser dans l'exposé des motifs pourquoi les auteurs de l'avant-projet estiment pouvoir passer outre à ces objections.

À ce propos, la question se pose plus particulièrement de savoir s'il est justifié que l'appel des jugements du juge de paix et celui des jugements du tribunal de première instance en matière civile, qui (après décision du président du tribunal de première instance) ont été rendus par une chambre collégiale, soient traités, respectivement, par un juge ou un conseiller siégeant seul, sans même qu'il soit possible de demander qu'ils soient examinés par une chambre collégiale.

Quant à l'appel des jugements du juge de paix, il faut attirer l'attention sur les conditions plus strictes relatives à une nomination en tant que juge de paix que celles relatives à une nomination en tant que juge du tribunal de première instance, ainsi que sur l'expérience professionnelle généralement plus longue des juges de paix par rapport aux juges du tribunal de première instance (il s'agit d'ailleurs souvent d'anciens magistrats de ce dernier tribunal). Le Conseil d'État souligne ensuite que l'appel des jugements des tribunaux de première instance rendus par une chambre composée de trois juges sera en principe jugé par un conseiller siégeant seul (éventuellement tout récemment nommé à la cour d'appel). Plus particulièrement dans les cas précités, le risque existe que l'appel consiste simplement en un second jugement prononcé par un autre magistrat, ou du moins que le justiciable le perçoive ainsi, compromettant ainsi la légitimité de la décision judiciaire.

2. Les articles 9 à 18 de l'avant-projet concernent l'organisation judiciaire en général (et donc pas uniquement des juridictions civiles) et n'ont pas leur place sous le titre « Modifications du droit de la procédure civile ». Au demeurant, le chapitre 2 du titre 3 de l'avant-projet concerne déjà l'organisation judiciaire. Il s'impose dès lors de revoir la division de l'avant-projet.

Articles 10 et 11

(articles 91 et 92, § 1er, en projet du Code judiciaire)

1. Selon l'article 91, alinéa 2, en projet du Code judiciaire, le président du tribunal de première instance peut attribuer d'office à une chambre à trois juges des affaires en matière civile et pénale. Il a été demandé au délégué sur la base de quels critères le président décidera quelles affaires doivent être examinées par une chambre composée de trois juges. Il a répondu en ces termes :

> « Zoals de memorie van toelichting stelt, is de beslissing van de voorzitter om een zaak al dan niet aan een collegiale kamer toe te vertrouwen een maatregel van inwendige aard. Als manager van zijn rechtbank is het aan de voorzitter zelf om te beslissen welke zaak hij al dan niet collegiaal zal laten behandelen, hetgeen uiteraard afhangt van de

mogelijkheden en middelen die hij ter beschikking heeft. Wellicht zal de complexiteit, het principieel karakter en de commotie in de publieke opinie van een te behandelen zaak een belangrijke rol spelen in zijn beslissing. De criteria stelt hij als manager voor zichzelf op en zijn van inwendige aard ».

En laissant simplement au président du tribunal de première instance, qui décide librement à ce sujet [12], le soin d'attribuer éventuellement l'affaire à une chambre composée de trois juges, on peut concevoir qu'il y aura d'importantes différences entre les tribunaux quant au traitement des affaires, dont ils seront saisis, par une chambre siégeant à juge unique ou par une chambre composée de plusieurs juges et, dès lors, également en ce qui concerne les garanties offertes par un examen collégial. La question se pose au demeurant de savoir de quelle manière le président du tribunal qui, à cet effet, peut difficilement se faire une idée suffisamment précise de l'ensemble des affaires dont est saisie sa juridiction, décidera d'attribuer certaines d'entre elles à une chambre composée de trois juges [13]. La question se pose dès lors de savoir s'il faut renoncer quasi intégralement à la définition, dans la loi, des catégories d'affaires requérant un examen collégial ou si, à tout le moins, elle ne doit pas fixer des critères sur la base desquels le président du tribunal doit décider de les soumettre ou non à un tel examen.

À cet égard, en ce qui concerne l'attribution d'un pouvoir de décision discrétionnaire en matière de répartition des affaires entre les chambres de la juridiction concernée, il convient de rappeler les observations suivantes que la section de législation du Conseil d'État, siégeant en assemblée générale, a formulées dans l'avis 53.000/AG/3 : [14]

« A. Conformité à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'Homme

6.1. Diverses dispositions du projet accordent aux chefs de corps le pouvoir de répartir les affaires et précisent que ce faisant, ils doivent respecter le règlement de répartition des affaires [15] et le règlement particulier du tribunal. Toutefois, lorsque les nécessités du service le justifient, ils peuvent répartir une partie des affaires attribuées à une chambre entre les autres chambres du tribunal.

En ce qui concerne les tribunaux de police, l'article 68, en projet, du Code judiciaire (article 8 du projet) accorde ce pouvoir au président des juges de paix et des juges au tribunal de police.

[12] Selon l'exposé des motifs, la mesure doit être exceptionnelle, mais cette exigence, qui soulève d'ailleurs à nouveau la question des critères sous-tendant ce caractère exceptionnel, n'a pas trouvé d'écho dans le texte de l'article 91, alinéa 2, en projet du Code judiciaire.

[13] Comparer avec l'article 90, § 1er, alinéa 4, et § 2, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, qui prévoit que l'initiative du renvoi à une chambre collégiale revient au président de chambre concerné et, dans le cas de l'article 90, § 1er, alinéa 4, éventuellement après demande motivée du requérant, lorsque la complexité juridique ou l'intérêt de l'affaire ou des circonstances spécifiques le requièrent.

[14] Avis C.E. 53.000/AG/3 donné le 22 avril 2013 sur un avant-projet devenu la loi du 1er décembre 2013 'portant réforme des arrondissements judiciaires et modifiant le Code judiciaire en vue de renforcer la mobilité des membres de l'ordre judiciaire', *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n° 2858/1.

[15] *Note 4 de l'avis cité :* Au sujet du « règlement de répartition des affaires », voir l'article 34 du projet, qui vise à remplacer l'article 186, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire.

L'article 90, en projet (article 19 du projet), accorde ce pouvoir au président du tribunal de première instance, du tribunal du travail ou du tribunal de commerce [16].

La marge d'autonomie ainsi conférée aux présidents précités est d'autant plus importante que les 'règlements particuliers' auxquels il leur est ainsi permis de déroger, sont établis par eux-mêmes, et non plus par le Roi, comme le prévoient actuellement les articles 66 (pour les justices de paix et les tribunaux de police) et 88 du Code judiciaire (pour les tribunaux de première instance, du commerce et du travail). Comme l'indique le commentaire de cette dernière disposition, '([l]e règlement particulier) doit devenir un règlement souple qui n'est plus établi par le [R]oi mais par le chef de corps et qui peut être adapté avec souplesse au fonctionnement du tribunal'.

6.2. Les articles cités au 6.1 doivent être appréciés au regard des dispositions constitutionnelles et conventionnelles qui, pour assurer l'indépendance et l'impartialité du juge, garantissent à chacun le droit à un juge institué par la loi.

L'article 13 de la Constitution dispose:

'Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne'.

Il résulte de cette disposition que tous les individus '[ont] le droit d'être jugés suivant les mêmes règles de compétence et de procédure' [17]. Une dérogation aux règles de droit commun en matière de compétence et de degré de juridiction pour certaines catégories de personnes ne se concilie avec ce droit fondamental que si elle repose sur une justification raisonnable et objective [18].

L'article 146 de la Constitution dispose en outre :

'Nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi.

Il ne peut être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit'.

L'article 6, paragraphe 1, première phrase, de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose :

'Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle'.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,

'La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1, un 'tribunal' doit toujours être 'établi par la loi'. Cette expression reflète le principe de l'État de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses protocoles. En effet, un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers […].

[16] *Note 5 de l'avis cité :* L'article 90, alinéa 3, actuel, du Code judiciaire permet également au président, lorsque les nécessités du service le justifient, de déroger au règlement particulier du tribunal et de répartir une partie des affaires attribuées à une chambre entre les autres chambres du tribunal.

[17] *Note 6 de l'avis cité :* Cass., 1er février 1984, Pas., 1984, I, 616; C.C., n° 40/2009, 11 mars 2009, B.12.2.

[18] *Note 7 de l'avis cité :* C.C., n° 16/91, 13 juin 1991.

La 'loi' visée par l'article 6 § 1 est non seulement la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également toute autre disposition du droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire. Il s'agit notamment des dispositions relatives aux mandats, aux incompatibilités et à la récusation des magistrats […]. En outre, le terme 'établi par la loi' concerne non seulement la base légale de l'existence même du 'tribunal' mais encore la composition du siège dans chaque affaire […].

Selon la jurisprudence, l'introduction du terme 'établi par la loi' dans l'article 6 de la Convention a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement. Dans des pays de droit codifié, *l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires*, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière […]' [19].

Enfin, la recommandation CM/Rec (2010)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe 'sur les juges: indépendance, efficacité et responsabilités' dispose [20] :

'24. La répartition des affaires au sein d'un tribunal devrait obéir à des critères objectifs préétablis, de manière à garantir le droit à un juge indépendant et impartial. Elle ne devrait pas être influencée par les souhaits d'une partie à l'affaire ni de toute autre personne concernée par l'issue de cette affaire'.

et

'9. Un juge en particulier ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif. Une décision de dessaisissement d'un juge devrait être prise par une autorité relevant du système judiciaire sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente'.

6.3. Dans un avis récent des 16 et 17 mars 2012 [21], la Commission pour la démocratie par le droit, plus connue sous le nom de 'Commission de Venise', a souligné que pour garantir l'indépendance et l'impartialité du juge, il importe que la répartition des affaires soit effectuée selon des critères objectifs et transparents, établis à l'avance par la loi. La Commission a observé :

'86. La répartition des affaires est un élément essentiel de l'impartialité des tribunaux. Conformément aux normes du Conseil de l'Europe [22], la Commission de Venise affirme à ce sujet que 'l'attribution des affaires aux différents juges devrait être régie par des critères objectifs et transparents, établis à l'avance par la

[19] *Note 8 de l'avis cité :* Cour eur. D.H., 20 octobre 2009, *Gorguiladze c. Géorgie*, §§ 67-69 ; Cour eur. D.H., 4 mai 2000, *Buscarini c. San Marino ;* Cour. eur. D.H., 4 mars 2003, *Posokhov c. Russie ;* Cour eur. D.H., 20 janvier 2005, *Accardi e.a. c. Italie ;* Cour eur. D.H., 27 octobre 2005, *Pandjikidze c. Géorgie ;* Cour eur. D.H., 10 juin 2010, *Zakharin c. Russie.*

[20] *Note 9 de l'avis cité :* Adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098e réunion des délégués des Ministres. Cette recommandation a déjà été invoquée par la Cour européenne des droits de l'homme pour interpréter les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Voir par exemple Cour eur. D.H., 20 novembre 2012, *Harabin c. Slovakije.*

[21] *Note 10 de l'avis cité :* Avis sur la loi 'CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges' et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux de la Hongrie', adopté par la Commission de Venise lors de sa 90e session plénière (Venise, 16-17 mars 2012), CDL-AD(2012)001.

[22] *Note 11 de l'avis cité : Note 40 de l'avis :* Recommandation CM(2012)12, paragraphe 24.

loi' [23]. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'introduction de l'expression 'établi par la loi' à l'article 6 de la Convention a pour objet d'éviter 'que l'organisation du système judiciaire […] ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement' [24]. Dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière [25]. Selon les termes exprès de l'article 6 de la CEDH selon lesquels la garantie de l'accès à la justice dans les conditions d'un procès équitable passe par un tribunal non seulement établi par la loi, mais en outre 'indépendant' et 'impartial' sur un plan général et spécifique […], les affaires ne doivent pas être confiées à des juges ou à des collèges de juges sur une base ad hoc et/ou ad personam, mais en fonction de critères objectifs et transparent [26].

[…]

91. […] Les règles générales (y compris les exceptions) devraient être définies par la loi ou par un règlement spécial fondé sur la loi, par exemple le règlement du tribunal établi par le presidium ou le président. Il n'est pas toujours possible de mettre en place un système conceptuel d'une portée exhaustive, qui soit applicable à toutes les affaires et élimine tout cas particulier appelant une décision d'attribution. Dans certains cas, il peut être nécessaire de prendre en compte la charge de travail ou la spécialisation des juges. Pour certaines questions juridiques particulièrement complexes, il peut être utile de faire appel à des juges spécialistes du domaine considéré. […] Quoi qu'il en soit, il faudrait définir à l'avance [27] dans quels cas la décision d'attribution d'une affaire est prise par le président ou le presidium du tribunal'.

6.4. Le Conseil d'État est conscient que le Code judiciaire contient d'ores et déjà, et parfois de longue date, des dispositions qui permettent aux présidents des cours et tribunaux, 'pour les nécessités du service', de déroger aux règles relatives à la répartition des affaires. Ces dispositions impliquent cependant qu'elles ne peuvent être appliquées que pour les nécessités du service et qu'il ne s'agit donc pas, comme la Cour de cassation l'a également jugé à propos de l'article 98, alinéa 2, du Code judiciaire [28], d''influencer la composition du siège pour l'instruction d'une cause déterminée. Les circonstances dans lesquelles s'effectuent ces désignations ne sauraient davantage être de nature à faire naître chez les parties ou des tiers une ombre de partialité ou de dépendance' [29].

---

[23] *Note 12 de l'avis cité : Note 41 de l'avis :* CDL-AD(2010)004, paragraphe 81, 82.16.

[24] *Note 13 de l'avis cité : Note 42 de l'avis :* Voir *Zand c. Autriche,* requête n° 7360/76, Rapport de la Commission du 12 Octobre 1978, Décisions et Rapports, (DR) 15, pp. 70 et 80.

[25] *Note 14 de l'avis cité : Note 43 de l'avis :* Voir *Coëme et autres c. Belgique*, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, paragraphe 98, CEDH 2000-VII.

[26] *Note 15 de l'avis cité : Note 44 de l'avis :* CDL-AD (2010)004, paragraphe 77.

[27] *Note 16 de l'avis cité : Note 48 de l'avis :* CDL-AD(2010)004, paragraphe 80.

[28] *Note 17 de l'avis cité :* L'article 98, alinéa 2, du Code judiciaire dispose : « Le premier résident peut également, lorsque les nécessités du service le justifient, charger par ordonnance, dans le respect de la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire, un juge du ressort de la cour d'appel, avec son accord, d'exercer ses fonctions, à titre complémentaire et pour un délai déterminé, dans un autre tribunal de première instance ou un autre tribunal de commerce situé dans ce ressort ».

[29] *Note 18 de l'avis cité :* Cass. 19 avril 2007, R.G. P.06.1605.N.

6.5. Le Conseil d'État estime en conséquence que l'autonomie accrue que le projet entend conférer aux chefs de corps (supra, observation 6.1), tout en étant appréciable en termes d'efficacité de gestion des juridictions dont ils ont la responsabilité, est malgré tout susceptible d'entrer en tension avec l'exigence croissante que le droit européen des droits de l'homme pose en termes de transparence, d'objectivité et de prévisibilité des critères qui président à la répartition des affaires au sein de ces juridictions, et ce, aux fins de préserver la confiance des justiciables en l'indépendance et l'impartialité des juges qui y siègent.

Afin d'éviter toute difficulté à l'avenir quant aux exigences ci-avant visées de transparence, d'objectivité et de prévisibilité [30], le Conseil d'État est d'avis qu'il est recommandé de définir, d'une manière aussi objective que possible dans la loi, les critères sur la base desquels les présidents sont autorisés à déroger au règlement particulier relatif à la répartition des affaires [31]. Ces critères objectifs peuvent par exemple légitimement tenir à la charge de travail respective des chambres de la juridiction concernée, à l'indisponibilité d'un ou plusieurs magistrats normalement appelés à y siéger, à l'expertise particulière que présenteraient certains d'entre eux pour le traitement d'une ou plusieurs affaires hautement techniques, ou encore, au degré d'avancement de l'instruction ou de la mise en état de l'affaire ou des affaires dont il serait envisagé de modifier l'attribution, en dérogation au règlement précité. Il appartient aux auteurs du projet d'apprécier les diverses circonstances qui peuvent être considérées comme des 'nécessités du service' et de les définir dans la mesure du possible. Dès lors que, d'une part, il ne sera probablement pas possible d'énumérer les 'nécessités du service' d'une manière exhaustive dans la loi, mais que, d'autre part, il importe toutefois de ne prendre en considération que des critères objectifs et de tendre ainsi vers un maximum de transparence, on peut inscrire dans la liste des critères 'ou d'autres critères objectifs qui leur sont comparables' ».

Ces observations peuvent être formulées *mutatis mutandis* concernant l'attribution d'affaires à une chambre composée de trois magistrats.

2. Dans l'hypothèse où le pouvoir de décision discrétionnaire du président en matière d'attribution d'affaires à une chambre composée de trois juges serait néanmoins maintenu, on pourrait envisager, par souci de transparence, de prescrire que les critères à utiliser soient inscrits dans le règlement particulier du tribunal concerné, visé à l'article 88, § 1er, du Code judiciaire.

3. Les articles 91 et 92 du Code judiciaire auront pour effet que la majeure partie des chambres du tribunal de première instance siégeront avec un juge unique. La question se pose de savoir si, compte tenu de la logique qui sous-tend l'avant-projet [32], il ne faudrait pas prévoir que les magistrats suppléants visés à l'article 156*bis* du Code judiciaire peuvent également être désignés pour siéger en tant que magistrat unique, du moins lorsqu'ils ont déjà été désignés à

[30] *Note 19 de l'avis cité :* Dans l'avis précité, la Commission de Venise a estimé que les critères « raisons importantes ayant des effets sur le fonctionnement du tribunal ou dans l'intérêt du tribunal » étaient « trop généraux au vu du paragraphe 9 de la Recommandation CM/Rec(2010)12 », qui requiert qu'« un juge en particulier ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif. Une décision de dessaisissement d'un juge devrait être prise par une autorité relevant du système judiciaire sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente » (§ 89).

[31] *Note 20 de l'avis cité :* Voir, *mutatis mutandis*, l'avis 51.119/AV/3 des 22 mai et 5 juin 2012 sur une proposition de loi 'modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline', *Doc. parl.*, Sénat, 2010-11, n° 5-1067/4, p. 15.

[32] Voir à ce propos l'observation générale concernant les articles 9 à 18 de l'avant-projet.

cette fin auparavant. Actuellement, en vertu de l'article 195, alinéa 1er, du Code judiciaire, seuls les juges effectifs peuvent être désignés à cet effet, hormis l'exception visée à l'article 195, alinéa 4, de ce même Code.

4. Il serait plus logique et préférable du point de vue rédactionnel d'insérer l'article 91, alinéa 2, en projet du Code judiciaire – moyennant une formulation adaptée – dans l'article 92 de ce Code.

Article 15

(article 109*bis* en projet du Code judiciaire)

1. Les observations 1 et 2 relatives à l'article 10 de l'avant-projet peuvent être formulées *mutatis mutandis* à l'égard de l'article 109*bis*, § 2, en projet du Code judiciaire.

2. Afin de lever toute ambiguïté quant au fait que la chambre qui examine les affaires de dessaisissement est également composée de trois conseillers [33], on supprimera le mot « ou » ainsi que, dans le texte français, la virgule après le mot « échéant » à l'article 109*bis*, § 1er, en projet [34].

Article 16

(article 138*bis* en projet du Code judiciaire)

1. En ce qui concerne le fait de rendre facultatif l'avis du ministère public relatif aux affaires visées aux articles 764 et 765/1 du Code judiciaire, on peut se référer aux observations formulées à propos des articles 33 à 37 de l'avant-projet.

2. Concernant l'article 16, 1°, de l'avant-projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Ainsi formulée, la phrase peut donner à penser que les mots 'lorsqu'il le juge convenable' s'appliquent à la fois aux actions, aux réquisitions et aux avis, alors que, sauf erreur, ils ne doivent s'appliquer qu'aux avis.
>
> Il pourrait donc être proposé de reformuler comme suit cette phrase : 'Dans les matières civiles, le ministère public intervient par voie d'action, de réquisition ou, lorsqu'il le juge convenable, par voie d'avis' ».

On peut accueillir ces dernières précisions.

[33] Conformément à l'article 101, § 2, alinéa 3, du Code judiciaire.

[34] Dans le texte néerlandais, on supprimera le mot « of ».

Article 18
(article 210, alinéa 1er, en projet du Code judiciaire)

Eu égard notamment aux considérations formulées dans l'observation générale 1 sur les articles 9 à 18, la Chambre des représentants doit examiner si une nomination comme conseiller depuis un an peut suffire pour siéger comme conseiller unique à la cour d'appel.

Articles 19 à 28

Observations générales

1. Les articles 19 à 28 de l'avant-projet visent à introduire dans le Code judiciaire des règles matérielles et formelles relatives au recouvrement de certaines dettes d'argent non contestées. Ces règles n'ont toutefois pas leur place dans la deuxième partie du Code judiciaire, qui concerne l'organisation judiciaire. Il faut les inscrire à un autre endroit.

2. L'exposé des motifs établit un lien entre l'instauration de la nouvelle procédure de recouvrement et l'article 10 de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 'concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales'. Si les articles 20 à 28 de l'avant-projet visent effectivement à transposer cet article de la directive, il faut en faire mention dans un article introductif du chapitre à insérer.

Article 21
(article 520/1 en projet du Code judiciaire)

1. Le champ d'application matériel et personnel du dispositif en projet est formulé dans l'article 520/1 en projet du Code judiciaire d'une manière très complexe et non transparante, ce qui faît naître une doute quant à la question de savoir si le dispositif en projet ne concerne que des « dettes de professionnels qui se situent dans leurs activités professionnelle », comme l'indique l'exposé des motifs.

En ce qui concerne le champ d'application matériel du régime à instaurer, il y a tout d'abord une discordance entre les textes français et néerlandais, en ce que le texte français fait état de « dommages-intérêts et intérêts de retard complémentaires », alors que le texte néerlandais fait mention d'une manière vague de « bijkomende vergoedingen en interesten ». Par ailleurs, l'exposé des motifs mentionne que « tous les autres frais possibles [sont visés] » (ce qui est tout aussi vague), « tels que les intérêts de retard, les clauses pénales, et les frais d'avocat, ... éventuellement convenus, à l'exclusion des majorations légales ». Cette dernière catégorie est quant à elle expressément mentionnée dans l'article en projet.

En ce qui concerne le champ d'application personnel de l'article, on n'aperçoit pas clairement comment s'articulent les 2°, 3° et 5°[35] de l'article 520/1 en projet du Code juciaire : du fait notamment qu'il est difficile de déterminer ce qui fait exception à quoi, l'article est quasi illisible. En outre, le terme « débiteurs qui sont des autorités publiques » [36] est susceptible de plusieurs interprétations. En ce qui concerne ce dernier point, le délégué a déclaré ce qui suit :

> "De bedoeling was aan te sluiten bij de bestaande wetgeving waarin met de notie 'publieke overheid' publiekrechtelijke overheidsinstanties in ruime zin wordt beoogd. Zie bijvoorbeeld de wet van 4 april 2014 houdende de invoeging van Boek XVI, 'Buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen' in het Wetboek van economisch recht, de wet van 15 juli 2013 betreffende het reizigersvervoer over de weg en houdende uitvoering van de Verordening (EG) nr. 1071/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen en tot intrekking van Richtlijn 96/26/EG van de Raad en houdende uitvoering van de Verordening (EG) nr. 1073/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de internationale markt voor touringcar- en autobusdiensten en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 561/2006, de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen, de wet van 3 mei 2005 houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, de wet van 3 mei 2005 houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, de wet van 17 mei 2004 tot aanpassing van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 op het vlak van het pensioensparen, de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, de wet van 12 december 1994 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en van de wet van 17 juni 1991 tot organisatie van de openbare kredietsector en van het bezit van de deelnemingen van de openbare sector in bepaalde privaatrechtelijke financiële vennootschappen, de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw.
>
> De overheidsbedrijven kunnen hier inderdaad onder vallen.
>
> Wij willen niet verwijzen naar de term 'administratieve overheid' zoals gedefinieerd door het Hof van Cassatie, want dat lijkt een engere notie. Zie bijvoorbeeld artikel 14, § 1 RvS-wet, waaruit blijkt dat er bijvoorbeeld onder de Belgische Staat instanties ressorteren die géén 'administratieve overheid' zijn".

Il faut toutefois constater que la définition de la notion d'« autorités publique » est également absente dans la plupart de ces lois. Du reste, compte tenu du contexte, l'utilisation de cette notion dans un certain nombre de ces lois ne soulève pas de problème d'interprétation, alors que ce n'est pas le cas en l'occurrence, dès lors que la portée exacte de la notion d'« autorités publiques » ne ressort ni du texte de l'avant-projet, ni de l'exposé des motifs. Cette imprécision devra être éliminée.

---

[35] Au demeurant, ces deux dernières divisions ne s'accordent pas sur le plan grammatical avec la phrase liminaire de l'article en projet.

[36] Voir également à ce propos l'observation 3.2 concernant cet article.

2. Il convient de préciser, au moins dans l'exposé des motifs, ce qu'il faut entendre par « autres formes de concours légal » à l'article 520/1, 4°, en projet du Code judiciaire.

3.1. Les exceptions prévues à l'article 520/1 en projet du Code judiciaire ont pour effet d'introduire un certain nombre de différences de traitement qui doivent pouvoir être justifiées au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Compte tenu notamment du champ d'application imprécis du dispositif en projet, il n'est pas toujours possible de retrouver et d'apprécier la justification des différences de traitement établies. Il est en tout cas recommandé, après avoir précisé le champ d'application du régime, de justifier dans l'exposé des motifs les différences de traitement qu'il comporte.

3.2. Une des catégories exclue du champ d'application du dispositif en projet est celle « des débiteurs qui sont des autorités publiques » [37]. Invité à justifier la différence de traitement ainsi établie, le délégué a répondu ce qui suit :

> « Deze niet-toepassing is verantwoord door de moeilijkheden die zouden rijzen in het licht van het beslag op de goederen van de betrokken overheid, die domeingoederen zijn. Het lijkt niet aangewezen te hunnen opzichte een uitvoerbare titel te laten tot stand komen buiten een jurisdictionele procedure ».

Il faut toutefois observer que le principe de l'inaliénabilité des biens appartenant au domaine public ne s'applique plus sans réserve [38]. Ainsi, le principe de l'immunité d'exécution et de l'insaisissabilité des biens publics, tant du domaine public que du domaine privé, est tempéré par l'article 1412*bis*, § 2, du Code judiciaire. Cette disposition prévoit que peuvent néanmoins faire l'objet d'une saisie, les biens dont les autorités de droit public concernées ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis et, à défaut d'une telle déclaration ou lorsque la réalisation des biens qui y figurent ne suffit pas à désintéresser le créancier, les biens qui ne sont manifestement pas utiles pour l'exercice de la mission de la personne morale concernée ou pour la continuité du service public, sans faire de distinction à cet égard entre des biens appartenant au domaine public ou au domaine privé. Compte tenu notamment de ce qui précède, l'explication fournie par le délégué ne suffit pas à justifier la différence de traitement découlant de l'exception relative aux débiteurs qui sont des autorités publiques. L'exeption doit être réexaminée au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Si, à la lumière de ce principe, une justification adéquate peut être trouvée pour cette exception, il faudra en faire mention dans l'exposé des motifs.

4. On n'aperçoit pas pour quel motif le recouvrement de « tous les dommages-intérêts et intérêts de retard complémentaires » est limité à 10 % du montant principal. L'exposé des motifs fait uniquement mention d'une « troisième garantie », mais il est recommandé de préciser pourquoi il en est ainsi, notamment compte tenu du fait que le montant du principal n'est assorti d'aucun plafond.

---

[37] Voir à propos de l'imprécision de cette notion, l'observation 1, alinéa 3.

[38] A. Mast (e.a.), *Overzicht van Belgisch Administratief Recht*, Malines, Kluwer, 2014, p. 335, n° 320.

Article 22
(article 520/2 en projet du Code judiciaire)

La terminologie utilisée à l'article 520/2, alinéa 2, en projet du Code judiciaire, doit être alignée sur celle qui est utilisée à l'article 520/1 en projet de ce code.

Article 23
(article 520/3 en projet du Code judiciaire)

L'article 520/3 en projet du Code judiciaire prévoit deux manières possibles de transmettre à l'huissier instrumentant le formulaire de réponse visé dans cet article et dispose en outre que la transmission peut être effectuée « d'une autre manière décrite dans le formulaire ». Cette dernière possibilité n'est admissible que si le Roi détermine cette (ces) autre(s) manière(s) dans le modèle de formulaire de réponse qu'il doit établir, mais dans un souci de clarté, on pourrait néanmoins, à cet effet, donner une délégation expresse au Roi.

Article 24
(article 520/4 en projet du Code judiciaire)

L'article 520/4 en projet du Code judiciaire dispose que si la contestation de la dette est manifestement non fondée, le débiteur peut en outre être condamné à l'amende visée à l'article 780*bis* du Code judiciaire. Ce dernier article fait toutefois mention de l'utilisation de la procédure à des fins « manifestement dilatoires ou abusives ». Dès lors que les fins précitées ne sont pas les seules susceptibles d'entraîner la contestation de la créance manifestement non fondée, mais qu'elle peut par exemple également résulter d'une méconnaissance juridique, les conditions d'application des articles précités sont différentes. La question se pose de savoir quelle en est la justification, puisque la même amende peut être infligée dans les deux cas.

Article 25
(article 520/5 en projet du Code judiciaire)

La terminologie de l'article 520/5, § 4, en projet du Code judiciaire sera alignée sur celle (à corriger – voir à ce sujet l'observation 1 relative à l'article 21 de l'avant-projet) de l'article 520/1 en projet de ce code.

Article 28
(article 520/8 en projet du Code judiciaire)

1. L'article 520/8 en projet du Code judiciaire vise à créer à la Chambre nationale des huissiers de justice une base de données informatisée, appelée « Registre central pour le recouvrement de dettes d'argent non contestées », qui gère toutes les données en matière de recouvrement de dettes d'argent non contestées visées aux articles 520/1 à 520/7 en projet du Code judiciaire.

Pour se conformer aux principes de légalité et de finalité découlant de l'article 22 de la Constitution, il faudrait tout d'abord spécifier quelles sont les données qui doivent ou qui peuvent être introduites dans la banque de données précitée. La description qui en est actuellement donnée à l'article 520/8, § 1er, alinéa 1er, en projet (« les données mentionnées dans le présent chapitre ») est trop vague. Il faudrait en outre expliciter les objectifs du traitement des données et il serait préférable que l'avant-projet règle lui-même le délai de conservation des données plutôt que d'habiliter le Roi à le faire.

2. Selon l'article 520/8, § 7, en projet du Code judiciaire, le Roi fixe les modalités de la création et du fonctionnement du registre central pour le recouvrement de dettes d'argent non contestées. La portée de cette disposition n'est pas claire : soit elle ne fait que rappeler le pouvoir général d'exécution dont dispose le Roi en vertu de l'article 108 de la Constitution, mais dans ce cas elle est superflue et doit être omise, soit la délégation octroyée vise davantage que ce qui découle du pouvoir général d'exécution du Roi, mais elle doit alors être spécifiée, en tenant évidemment compte du principe de légalité consacré par l'article 22 de la Constitution.

Article 30
(article 729/1 en projet du Code judiciaire)

1. L'article 30 tend à introduire dans le Code judiciaire un nouvel article 729/1, portant sur l'information à donner par les avocats aux greffes quant à leur intervention pour une partie ou quant à la fin de leur intervention.

Le Code judiciaire n'impose pas de façon expresse une obligation d'information des tribunaux et des greffes sur l'intervention d'un avocat (ou de la fin de cette intervention) pour une partie à une procédure. Au regard des pratiques actuelles, le tribunal saisi d'une procédure et le greffe sont informés d'une telle intervention par l'un ou l'autre acte de procédure ou circonstance suivants :

- par l'acte introductif d'instance (ou de recours) qui mentionne, le cas échéant, le nom de l'avocat qui intervient pour la partie demanderesse (ou pour la partie qui introduit le recours) ;

- par la comparution des avocats à l'audience d'introduction ou par leur déclaration écrite de postulation ;

- par la comparution des avocats à toute autre audience ;

- par courrier adressé par l'avocat au tribunal, signalant son intervention ou la fin de celle-ci.

En cas de succession d'avocats ou lorsqu'une partie n'est plus représentée par un avocat ou encore en cas d'intervention d'un avocat pour une partie qui n'en avait jusque là pas, le Code judiciaire ne prévoit actuellement aucun mode d'information particulier du tribunal ou du greffe. En pratique, l'avocat qui, en cours d'instance, intervient pour une partie qui n'avait pas encore d'avocat, qui succède à un autre avocat ou qui n'intervient plus pour une partie, en avise, en général par courrier, la juridiction saisie d'une procédure concernant le client ou l'ex-client. En cas de succession d'avocats, il s'agit d'une obligation déontologique dans le chef de l'avocat qui succède [39].

Il arrive que l'avocat se trouvant dans une telle situation omette d'informer correctement le tribunal ou le greffe ou qu'il ne le fasse que tardivement. Il arrive aussi, en pratique, que les greffes omettent de tenir compte des informations en ce sens qui leurs sont communiquées par les avocats.

2. Il contribue à un souci de bonne administration de la justice que les greffes des juridictions concernées soient informés, le plus rapidement possible, de l'identité des avocats qui interviennent pour des parties à des procédures en cours ou du fait qu'un avocat n'intervient plus pour une partie.

Cette information est indispensable pour permettre au greffe de remplir correctement ses missions notamment dans les communications qu'il doit adresser aux parties et/ou à leurs avocats. Elle est également nécessaire au tribunal qui doit constater si, à l'audience, une partie est valablement ou non représentée.

L'introduction de l'article 46/1 en projet rend cette information d'autant plus nécessaire que dans certains cas, les communications provenant des greffes se feront uniquement à l'attention de l'avocat de la partie et non plus à celle-ci.

3. Les modalités de cette information doivent tenir compte tant d'un besoin de sécurité juridique que de souplesse, pour ne pas exagérément alourdir la charge qui s'impose aux avocats.

Le texte en projet prévoit que l'avocat qui intervient pour une partie qui n'avait pas d'avocat ou qui succède à un autre avocat, doit prévenir le greffe de son intervention « par lettre ordinaire » [40] (« bij gewone brief » dans la version néerlandaise), alors que, lorsqu'il cesse d'intervenir pour une partie sans qu'un autre avocat ne lui succède, il devrait faire « une déclaration au greffe » ; l'exposé des motifs précise que, « dans ce cas, un courrier ordinaire ne suffit pas, et une déclaration doit être déposée au greffe ».

Cette dernière exigence peut poser des problèmes en pratique.

---

[39] Voir notamment l'article 6.28, alinéa 1er, du *Code de déontologie de l'avocat*, OBFG, 2013.

[40] Il conviendrait, dans la version française, dans un souci d'uniformisation des termes utilisés dans le Code judiciaire de remplacer les termes « lettre ordinaire » par « simple lettre » (voir les observations formulées sur l'article 7).

D'une part, l'hypothèse visée est celle où l'avocat a été déchargé de sa mission par son client. Son mandat est terminé. À ce stade, il est douteux que l'avocat pourra encore se faire rémunérer par son ex-client pour les démarches procédurales que le texte en projet lui impose : se déplacer lui-même ou envoyer un confrère au greffe de la juridiction saisie pour « déposer une déclaration ». La procédure justifiant cette démarche peut être poursuivie devant une juridiction d'un autre arrondissement, voire d'un autre ressort, que celui dont dépend l'avocat qui n'intervient plus, imposant à celui-ci soit un déplacement, soit le recours à un correspondant. Chaque hypothèse génère inévitablement des frais qui resteront à la charge des avocats.

D'autre part, un avocat n'est pas toujours informé par son ex-client du fait qu'il est succédé. Un client peut mettre fin au mandat de son avocat et récupérer son dossier et immédiatement après consulter un autre avocat. Dans ce cas, l'avocat déchargé, dans l'ignorance d'un confrère le succédant, risque d'effectuer une démarche inutile dès lors que, par simple courrier, le nouvel avocat aura pu prévenir le greffe de son intervention.

Il serait plus efficace de prévoir que, dans toutes les hypothèses mentionnées à l'article 729/1 en projet, l'avocat doit avertir le greffe par écrit, étant précisé que, tant que le greffe n'aura pas réceptionné cet écrit, toutes les communications pourront valablement être adressées à l'avocat apparaissant, à la consultation du dossier de la procédure, comme étant celui de la partie concernée, ou directement à la partie tant qu'il n'apparaît pas qu'un avocat intervient pour son compte.

La souplesse de cette procédure, au bénéfice des barreaux, implique corrélativement une responsabilité accrue de ceux-ci vis-à-vis des justiciables.

Articles 31 et 39
(articles 744 et 780 en projet du Code judiciaire)

Remarque générale

Les modifications apportées à l'article 744 du Code judiciaire par l'article 31 tendent à préciser le contenu des conclusions.

Les « conclusions » d'une partie sont formées par l'acte de procédure par lequel la partie s'adresse au tribunal pour lui exposer sa version des faits, ses demandes ou ses défenses, ses moyens de droit et de faits et les arguments qui les soutiennent. C'est un acte par nature personnel qui peut prendre de multiples formes. Il en va d'autant plus ainsi que les conclusions ne sont pas nécessairement rédigées par des professionnels du droit et que les parties se défendant en personne doivent rédiger elles-mêmes leurs conclusions. Celles-ci peuvent encore être rédigées par toutes les personnes visées à l'article 728 du Code judiciaire qui ne sont pas des avocats.

En principe, l'auteur d'un tel acte de procédure procèdera à sa rédaction en poursuivant le but d'exposer le plus clairement et le plus complètement sa « position » au juge chargé de trancher le litige [41].

[41] Cl. Parmentier, « Le devoir de motivation et les conclusions », *Le Pli Judiciaire*, n° 26, décembre 2013, p. 7.

Les modifications apportées à l'article 780 du Code judiciaire par l'article 39 tendent à adapter le contenu des jugements aux modifications apportées par l'article 744 du Code judiciaire au contenu des conclusions.

Selon le commentaire de l'article 31, le but poursuivi par ces modifications est « de responsabiliser les parties et de rationaliser l'obligation de motivation du juge ». L'auteur de l'avant-projet expose qu'il ne convient pas, en vue de réaliser cet objectif, de recourir à la théorie de la « motivation positive » dès lors que celle-ci ne répond ni aux exigences de l'article 149 de la Constitution, ni à celles de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il y a lieu également d'attirer l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur la nécessité d'une motivation complète de la décision afin de satisfaire la bonne compréhension de celle-ci par les parties et, partant, de favoriser leur acceptation de la décision, ce qui contribuerait par ailleurs à réduire la tentation d'introduire un recours au seul motif d'une motivation incomplète.

L'article 149 de la Constitution dispose que « tout jugement est motivé ». Les contours de cette motivation sont précisés par l'article 780 du Code judiciaire, qui dans sa rédaction actuelle (modifiée par l'article 39 de l'avant-projet) énonce notamment que « Le jugement contient, à peine de nullité, outre les motifs et le dispositif : […] 3° […] la réponse aux conclusions ou moyens des parties ». La Cour de cassation a, par une jurisprudence nourrie, détaillé le contenu de cette obligation [42].

En cette matière il convient également de tenir compte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne, pour laquelle, comme le résume M. Regout, « si un justiciable invoque par écrit un moyen suffisamment clair et précis […], il importe […] que la juridiction qui statue analyse ce moyen et y réponde de manière spécifique et explicite. […] [L]'important est de s'assurer que le tribunal a répondu, au moins en substance, à chacun des points soulevés » [43].

[42] Les enseignements de cette jurisprudence peuvent être synthétiquement résumés comme suit :
- Tout jugement doit être motivé. Cette obligation impose aux juges de répondre à toutes demandes, défenses ou exceptions invoquées par les parties, en particulier dans leurs conclusions. Une décision ayant respecté cette obligation constitutionnelle est « régulièrement » motivée.
- La circonstance qu'un motif serait erroné en droit ne constitue pas une violation de l'article 149 de la Constitution, mais le cas échéant la violation d'une autre disposition légale ou réglementaire. Selon la formulation utilisée par la Cour de cassation, un jugement est régulièrement motivé au sens de l'article 149 de la Constitution « lorsque le juge indique clairement les raisons, fussent-elles erronées ou illégales, qui l'ont amené à statuer comme il l'a fait » (not. Cass., 8 avril 1941, *Pas*., 1941, I, 139).
- Le juge répond à une simple affirmation en la contredisant (not. Cass., 25 octobre 1979, *Pas*., 1980, I, 265).
- Le juge n'est pas tenu de répondre à une argumentation devenue sans pertinence en raison de sa décision (not. Cass., 22 janvier 1996, *Pas*., 1996, I, 46).
- Le juge n'est pas tenu de répondre à une argumentation dont il n'est pas tiré de conséquences juridiques (not. Cass., 26 juin 1989, *Pas*., 1989, I, 1175).
- En se fondant sur certains éléments de fait, le juge rejette les éléments de fait différents ou contraires exposés dans les conclusions (not. Cass., 18 juin 1985, *Pas*., 1985, I, 634).
- La réponse aux moyens avancés en conclusions peut être implicite (not. Cass., 7 septembre 1982, *Pas*., 1983, I, 22).

[43] M. Regout, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile », *in Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 199 et 200, citant l'arrêt *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne* du 9 décembre 1994 de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans ces conditions, l'énoncé de conditions trop strictes relatives à la rédaction des conclusions peut soulever des difficultés quant au droit d'accès aux tribunaux garanti par l'article 13 de la Constitution et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et même, compte tenu du lien entre l'article 744, alinéa 1er, et 780, alinéa 1er, 3°, en projet, quant à la garantie de la motivation des jugements prescrite par l'article 149 de la Constitution et l'article 6 précité de la Convention européenne [44].

Tenant compte de cette remarque générale, et sous réserve de ce qui y est exposé, le texte en projet appelle les observations particulières suivantes [45].

Remarques particulières

1. La rédaction des conclusions « de manière structurée » (article 744, alinéa 1er, phrase liminaire, en projet du Code judiciaire)

L'alinéa 1er de l'article 744 en projet énonce que les conclusions doivent contenir une série d'éléments qui doivent y figurer « de manière structurée » et énonce ensuite les différentes parties de ces conclusions. Le commentaire de l'article précise que le but de cette disposition est d'imposer « une structure fixe [...] sans devoir pour cela en arriver à un véritable 'formulaire' ».

La portée précise de cette exigence de structuration des conclusions est difficile à cerner.

Si la structure en question est celle constituée par la suite des différents éléments énumérés dans cette disposition, l'exigence d'une structuration est superflue.

S'il s'agit au contraire d'une exigence supplémentaire, elle doit être précisée, et ce d'autant plus que l'étendue de l'obligation constitutionnelle de motivation des jugements est circonscrite par l'article 780, alinéa 1er, 3°, en projet, tel que modifié par l'article 39 de l'avant-projet, par référence à l'article 744, alinéa 1er, en projet.

La seule notion de « structure » ne répond en effet pas à une notion précise et univoque. Ce qui est structuré dans l'esprit d'une personne, ne l'apparaîtra pas nécessairement dans l'esprit d'une autre. Il s'agit d'une exigence subjective que nul ne pourra contrôler de façon précise.

[44] Cour eur. D. H., *Lhermite c. Belgique*, 26 mai 2015, § 27.

[45] Il convient d'observer également que les règles énoncées à l'article 744 en projet sont peu compatibles avec une série de conclusions spécifiques (notamment les conclusions contenant une demande additionnelles, les conclusions prises à la suite d'une réouverture des débats ou en réplique à l'avis du ministère public, les conclusions contenant une demande fondée sur l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, les conclusions prises dans le cadre de la procédure en débats succincts, les conclusions prises en application de l'article 756*bis* du Code judiciaire, etc.), qui ne devraient pas nécessairement contenir systématiquement l'ensemble des éléments repris à l'article 744 en projet.

2. La formulation expresse des éléments dans les conclusions (article 744, alinéa 1er, en projet du Code judiciaire)

Comme dans sa version actuelle, l'article 744 en projet énumère les éléments que doivent contenir les conclusions. Toutefois, dans sa rédaction actuelle, l'article 744 du Code judiciaire précise que les conclusions « doivent formuler expressément les prétentions du concluant ainsi que les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée ».

Si le texte en projet complète l'exigence actuelle quant au contenu des conclusions, il ne précise plus que les conclusions doivent contenir ces éléments de façon « expresse ». L'auteur de l'avant-projet ne s'explique pas sur la suppression de cette exigence, de laquelle la doctrine et la jurisprudence ne manqueront pas de déceler une diminution du caractère contraignant du contenu des conclusions tel que décrit dans la disposition en projet.

3. La formulation des « prétentions des parties » (article 744, alinéa 1er, 2°, en projet du Code judiciaire)

L'exposé des prétentions n'est pas une exigence nouvelle. Elle est toutefois complétée dans le texte en projet par l'obligation, dorénavant, de formuler « la demande quant au dispositif du jugement ».

Dans le domaine judiciaire, la prétention d'une partie est synonyme de la revendication d'un droit, effectif ou supposé [46]. Si, par « prétention », l'auteur du projet vise l'objet de la demande ou de la défense, ce que confirme le commentaire de l'article, il conviendrait de le préciser dans le texte pour permettre de mieux distinguer les différents éléments que devront à l'avenir contenir les conclusions.

Il y a lieu de préciser, à tout le moins dans l'exposé des motifs, la différence entre « les prétentions du concluant (article 744, alinéa 1er, 2°, en projet) et la demande quant au dispositif du jugement (article 744, alinéa 1er, 4°, en projet).

4. La formulation des « moyens invoqués à l'appui de la demande ou de la défense, le cas échéant en numérotant les différents moyens et en indiquant leur caractère principal ou subsidiaire » (article 744, alinéa 1er, 3°, en projet du Code judiciaire)

4.1. En ce qui concerne la formulation des moyens, le Conseil d'État ne perçoit pas quand la numérotation des moyens devra intervenir. La précision « le cas échéant » signifie-t-elle qu'une numérotation des moyens devra intervenir dès qu'il y en a plus qu'un, ce que précise le commentaire de l'article 39 de l'avant-projet ? Si tel est le cas, il convient de le préciser. Sinon, il convient de préciser quand la numérotation des moyens devra intervenir ou de préciser que cette numérotation des moyens est laissée à l'appréciation des parties.

[46] Trésor de la langue française informatisé, http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/ advanced.exe?8;s=2389833735.

4.2. La portée de la formalité nouvelle de numérotation des moyens doit se lire en rapport avec l'article 39 de l'avant-projet, modifiant l'article 780 du Code judiciaire. Cette disposition précise ce que doit contenir le jugement. Le 3° est modifié comme suit : « l'objet de la demande et la réponse aux moyens des parties *exposés conformément à l'article 744, alinéa 1er* » [47].

Le commentaire de l'article 31 expose qu'en prévoyant « une structure fixe » et la numérotation des moyens « il sera plus facile pour le juge de répondre à ces moyens en suivant la même structure ».

Le nouvel article 780 du Code judiciaire n'impose toutefois nullement au juge de rédiger son jugement en « suivant la même structure » que les conclusions des parties. Il serait totalement contreproductif d'imposer aux juges de « suivre » la structure des conclusions des parties, ce qui suppose en outre que les parties à la cause adoptent toutes la même structure. L'œuvre de jugement est une œuvre originale, d'un tiers au procès, qui ne peut se voir imposer une quelconque structure par les parties.

L'exemple suivant permet d'illustrer les dangers d'une telle exigence : dans le cadre d'une action en responsabilité civile extracontractuelle, les parties concluent et développent divers moyens, en sens contraire, d'abord sur l'existence d'une faute, ensuite sur le dommage prétendument subi par le demandeur et enfin sur le lien causal entre la faute et le dommage ; si le juge estime qu'il n'y a pas de lien causal entre la faute et le dommage, il pourra déclarer la demande non fondée dès lors qu'un des éléments constitutifs de la responsabilité fait défaut, sans devoir analyser ni répondre aux moyens développés par les parties quant à la faute et au dommage. Il serait parfaitement contreproductif au regard de l'objectif poursuivi, de contraindre dans ce cas le juge à suivre « la structure » de l'argumentation retenue par les parties.

4.3. L'analyse du commentaire donné sur les deux dispositions du texte en projet, fait apparaître qu'en réalité l'auteur de l'avant-projet souhaite contraindre les parties à numéroter leurs moyens sous peine de dispenser le juge d'y répondre. Le commentaire de l'article 31 de l'avant-projet précise en effet que « les parties sont obligées […] de numéroter les moyens […] ». L'article 780, 3°, en projet énonce que le juge doit répondre aux moyens « exposés conformément à l'article 744, alinéa 1er ». Le commentaire de l'article 39 de l'avant-projet ajoute : « si une partie néglige de structurer ses moyens conformément à l'article 744 du Code judiciaire, le tribunal n'est pas tenu d'y répondre ».

Ces commentaires ne reflètent toutefois pas exactement le dispositif proposé, dont il ne ressort explicitement aucune sanction de l'absence de numérotation des moyens par les parties.

[47] Non souligné dans le texte.

Une telle sanction serait difficilement compatible avec la jurisprudence constante, depuis 2005 [48], de la Cour de cassation – dont le texte en projet ne cherche pas à modifier l'enseignement –, selon laquelle il appartient au juge, sur la base des éléments qui lui sont soumis par les parties et en ne modifiant ni la cause ni l'objet de la demande, de correctement qualifier les prétentions des parties, le cas échéant en relevant d'office un moyen non soulevé par les parties ou en attribuant à leurs prétentions une autre qualification que celle retenue par ces dernières.

Le moyen « est l'énonciation d'un raisonnement juridique d'où la partie entend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense » [49]. Par son arrêt du 14 avril 2005, la Cour de cassation a précisé « que le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leur prétention » [50]. Cette obligation ne disparaît pas du seul fait qu'une partie aurait omis de numéroter un moyen, d'autant moins qu'il se peut que les conclusions d'une partie contiennent des éléments dont il est possible de déduire un moyen qui n'a pas été perçu par la partie et qu'il appartient au juge de relever d'office.

Analysant une suggestion de « modélisation » des conclusions, formulée il y a quelques années [51], fort semblable au texte en projet, le conseiller émérite à la Cour de cassation Cl. Parmentier a écrit ce qui suit :

> « les propositions […] suggèrent l'image d'un juge enfermé dans le strict cadre processuel tel que l'ont tracé les plaideurs et dont il ne pourrait s'écarter que par l'effet de disposition d'ordre public [52]. Ce serait là une désastreuse régression par rapport aux avancées réalisées par la jurisprudence de la Cour de cassation, initiée par l'arrêt du 14 avril 2005, confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs tant des sections néerlandaise que française de la Cour et saluée avec un rare enthousiasme par une doctrine unanime. Cette jurisprudence est seule conforme à la haute mission du magistrat : rechercher, appréhender, interpréter la règle de droit et, partant, au besoin, relever d'office un moyen de droit, c'est-à-dire faire spontanément application au litige de la règle de droit qu'aucune des parties n'invoquait. Ce faisant, le juge n'exerce pas 'une justice venant en aide aux justiciables dont la défense présente des imperfections' […] mais il accomplit sa mission de dire le droit » [53].

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet était effectivement de chercher à contraindre les parties à numéroter leurs moyens avec pour sanction la dispense faite au juge de répondre dans sa décision au(x) moyen(s) non numéroté(s), les mêmes critiques qu'énoncées par Cl. Parmentier pourraient être opposées au texte en projet.

---

[48] L'arrêt de principe de la Cour de cassation du 14 avril 2005, plusieurs fois confirmé depuis lors, mettant un terme à une importante controverse ayant divisé doctrine et jurisprudence sur ce point pendant de très nombreuses années.

[49] Cl. Parmentier, « *Comprendre la technique de cassation* », Bruxelles, Larcier, 2011, n° 91.

[50] Cass. 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659 et note de J. van Compernolle ; Cass., 8 janvier 2014, *J.T.*, 2015, p. 447. Sur la conception factuelle de l'objet, voy. not. Cass. (ch. réun.), 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, I, 615, et Cass. 22 janvier 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 289.

[51] H. Mackelbert, « La modélisation des conclusions : une éclaircie après trente ans », *J.T.*, 2013, pp. 509 et s.

[52] Le Conseil d'État relève que le commentaire de l'article 31 de l'avant-projet ne reproduit pas cette réserve.

[53] Cl. Parmentier, « Le devoir de motivation et les conclusions », *op. cit.*, pp. 7 et 8.

La sanction qui frapperait le moyen non numéroté ne serait pas de nature à constituer « une mesure simple d'économie en ce qui concerne la motivation » mais constituerait au contraire une atteinte à l'obligation de motivation peu compatible avec les articles 149 de la Constitution et 780 du Code judiciaire, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour de cassation, non contredite par l'avant projet.

Par ailleurs, elle ne manquerait pas de susciter des controverses générant des procès dans le procès [54] et elle pénaliserait très sensiblement les justiciables qui se défendent en personne ou par une personne qui n'est pas juriste.

4.4. Plus fondamentalement, il convient en outre d'être attentif au fait que la partie demanderesse peut parfaitement se contenter de son acte introductif d'instance (ou de recours), qui peut en pratique être circonstancié, si elle estime ne pas devoir répondre aux conclusions de la partie adverse. Il se peut également que seul cet acte puisse être pris en considération par le juge si la partie demanderesse (ou celle introduisant un recours) n'a pas ultérieurement conclu dans les délais qui lui étaient impartis ou que ses conclusions tardives ont été d'office écartées des débats.

Or, l'énumération des éléments que doit contenir l'acte introductif d'instance, à l'article 702 du Code judiciaire, ne correspond pas au contenu des conclusions imposé par l'article 744 en projet. Ainsi, l'acte introductif d'instance ne doit contenir que « l'objet et l'exposé sommaire des moyens de la demande ».

Dès lors, même non numérotés, le juge devra répondre aux moyens repris dans l'acte introductif d'instance si aucune conclusion n'est valablement prise par la suite.

La même observation vaut pour les mentions visées aux 1°, 2° et 4° de l'article 744 en projet.

5. La formulation de « la demande quant au dispositif du jugement, le cas échéant en indiquant le caractère principal ou subsidiaire de ses différentes branches » (article 744, alinéa 1er, 4°, en projet du Code judiciaire)

L'incitation faite aux parties d'insérer dans leurs conclusions un dispositif ne fait que confirmer une pratique actuelle généralisée et restera sans incidence sur l'objet réel et précis des demandes ou défenses, tel qu'il ressort de l'ensemble des conclusions.

La formalité serait mieux rédigée comme suit : « 4° en fin de texte, un dispositif, récapitulant de manière précise et complète l'ensemble des demandes et/ou défenses, le cas échéant en précisant leur caractère principal ou subsidiaire ».

[54] Par précaution, les parties pourraient numéroter, outre leurs moyens, l'ensemble de leurs arguments, voire même l'énonciation de certains faits, ce qui alourdirait considérablement le travail du juge, tenu de justifier pourquoi le « moyen » numéroté par une partie n'en est pas un.

Remarque finale

Il se déduit des observations qui précèdent que tel qu'il est rédigé, le dispositif de l'article 744 en projet ne peut consister qu'en des recommandations faites aux parties en vue de faciliter la tâche du juge de trancher le litige qui lui est soumis en motivant sa décision afin, comme le souligne le commentaire de l'article 31 de l'avant-projet, que les parties puissent avoir une bonne compréhension de la décision, ce qui en facilite l'acceptation et restreint l'exercice des voies de recours. Dès lors qu'il n'appartient toutefois pas au législateur de fixer des recommandations dans la loi, la nécessité de modifier l'article 744 du Code judiciaire n'apparaît pas.

Articles 33 à 37
(articles 764 à 767 en projet du Code judiciaire)

Les causes communicables au ministère public et son avis

A. Rappel de la situation existante

L'article 33 du projet tend à supprimer le caractère obligatoire de l'avis du ministère public dans les causes énumérées à l'article 764 du Code judiciaire et, plus généralement, à laisser en toute matière au ministère public seul le soin d'apprécier s'il convient ou non qu'il rende un avis dans le cadre d'une procédure civile, sauf dans les causes touchant aux matières sociales énoncées au 10° de l'article 764, alinéa 1er. Sauf par la suppression du point 8° de l'alinéa 1er de l'article 764, le texte en projet ne modifie pas l'énumération des causes communicables au ministère public. Il supprime par contre l'obligation pour le ministère public de rendre systématiquement un avis dans ces causes de même que dans les causes où un avis lui est expressément demandé par le tribunal.

Pour percevoir correctement la portée substantielle de la modification proposée il convient de rappeler le régime actuel des causes communicables et les pratiques en la matière.

a. Quant au principe de l'avis

1. Jusqu'à présent, il convient de distinguer trois hypothèses de procédure d'avis :

1°) *L'avis prévu par la loi* : dans toutes les causes visées à l'alinéa 1er de l'article 764 et à l'article 765/1 du Code judiciaire, le ministère public est tenu, à peine de nullité, de donner un avis, au tribunal ou à la cour, sur la direction qu'à son estime devait prendre la décision à intervenir.

Quoique le texte actuel précise que c'est la « communication » de ces causes au ministère public qui est prévue « à peine de nullité » (article 764, alinéa 1er, première phrase, du Code judiciaire), c'est en réalité essentiellement le défaut d'avis effectivement donné par le ministère public dans ces causes qui frappe de nullité la décision rendue sans avoir reçu cet avis [55].

2°) *L'avis demandé par le juge* : le tribunal ou la cour, dans les hypothèses non visées à l'alinéa 1er de l'article 764 du Code judiciaire, peut aussi « ordonner d'office » la communication de la cause au ministère public. Cette « communication » de la cause a pour effet dans la pratique actuelle d'obliger le ministère public de donner un avis sur la cause ainsi « communiquée » [56].

3°) *L'avis spontané* : conformément à l'article 764, alinéa 2, première phrase, du Code judiciaire, le ministère public peut « se faire communiquer » toutes les autres causes s'il entend y siéger pour donner son avis « lorsqu'il le juge convenable » [57].

2. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est toutefois attirée sur les éléments suivants :

1° La notion de « communication » d'une cause au ministère public revêt un double sens :

- au sens strict ou technique, conformément à l'article 766 actuel du Code judiciaire, la communication d'une cause au ministère public, qu'il s'agisse d'un cas de communication obligatoire ou facultatif, est le transfert par le siège de cette cause, après la clôture des débats mais avant la prise en délibéré, au ministère public afin que celui-ci donne son avis ; une cause « communicable » au sens de l'article 764, alinéa 1er, du Code judiciaire est une cause qui doit obligatoirement être communiquée au ministère public à la clôture des débats et pour laquelle il doit impérativement donner son avis ;

- dans un sens large ou courant, qui est utilisé notamment à l'article 764, alinéa 2, du Code judiciaire, la communication d'une cause au ministère public consiste seulement à informer le ministère public de l'existence de cette cause.

---

[55] Not. Cass., 22 juin 2012, C.11.0493.F. On ajoutera que l'article 780, alinéa 1er, 1° et 4°, impose, à peine de nullité, que le jugement mentionne « le nom du magistrat du ministère public qui a donné son avis » et comporte la « mention de l'avis du ministère public ».

[56] Il est vrai que, comme le relève la doctrine, « même si on voit mal pour quelle raison le ministère public refuserait de déférer à la demande du tribunal ou de la cour, il demeure qu'aucun texte n'oblige celui-ci à émettre un avis oral ou écrit » dans cette dernière hypothèse (J. Van Compernolle, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », *in* J. Englebert (dir), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 181). Toutefois, ainsi que l'observe G. de Leval, le magistrat du ministère public qui refuserait de donner un avis dans cette hypothèse pourrait faire l'objet de sanctions disciplinaires (G. de Leval, « L'avis du ministère public en matière civile : une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge », *in* M. Storme et P. Van Orshoven (dir.), *Amicus curiae, quo vadis ?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 40 et s., ici p. 45).

[57] « Le ministère public reçoit communication de toutes les autres causes et y siège lorsqu'il le juge convenable » (article 764, alinéa 2, du Code judiciaire).

2° En l'état actuel du droit et de la pratique, le ministère public n'est informé de l'existence d'une procédure introduite dans laquelle il doit donner un avis que lorsqu'il s'agit d'une cause énumérée aux articles 764, alinéa 1er, et 765/1 du Code judiciaire ou lorsque, en dehors d'une de ces causes, le juge sollicite son avis.

En principe, il en est informé avant l'audience des plaidoiries pour lui permettre d'y assister.

Il n'y a donc pas communication systématique de toutes les « autres causes » [58] au ministère public pour lui permettre d'apprécier s'il est opportun ou non de donner un avis. Dans ces « autres causes », le ministère public intervient pour donner son avis (et se fait alors communiquer le dossier) sur base d'informations qu'il aura obtenues de façon informelle sur l'existence de telle ou telle autre procédure [59].

3° Lorsqu'il est obligé par la loi ou par le juge de donner son avis ou qu'il l'estime opportun, le ministère public assiste à l'audience des plaidoiries avant de rendre son avis, sauf devant le juge de paix [60].

b. Quant aux modalités de l'avis

1. En ce qui concerne les modalités pratiques de la « communication » du dossier au ministère public et la façon dont celui-ci donne effectivement son avis, le texte actuel précise que le juge « communique la cause au ministère public au moment où il prononce la clôture des débats ».

L'avis sera en principe toujours présenté verbalement à l'audience :

- soit, lorsqu'il s'agit d'un « avis oral » donné sur-le-champ, immédiatement après les plaidoiries des parties auxquelles, pour rappel, il aura assisté ;

- soit, si le ministère public informe à l'issue des plaidoiries le juge et les parties qu'il estime devoir donner un avis écrit, le juge fixe, à ce moment la date à laquelle l'avis sera déposé au greffe et l'audience à laquelle il sera « lu » par le ministère public ; le juge peut toutefois décider que l'avis sera simplement déposé au greffe dans le délai qu'il fixe (article 767, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire).

[58] « Autres » par rapport à celles visées par l'article 764, alinéa 1er, du Code judiciaire ou qui font l'objet d'une communication d'office par le juge.

[59] Ainsi, à titre d'exemple, le ministère public a décidé de sa propre initiative et alors qu'il n'en était nullement tenu par la loi, d'assister aux audiences et de donner un avis dans le cadre de la procédure en référé (tant en première instance qu'en appel) dans « l'affaire Fortis », qui a opposé des « petits porteurs » au SFPI et à la banque Fortis, fin 2008 (en référé, l'avis du ministère public n'est jamais obligatoire).

[60] Voir plus bas les observations sur l'article 34 de l'avant-projet.

Le paragraphe 3 de l'article 767 du Code judiciaire, dans sa version actuelle, précise encore qu'« immédiatement après l'audience » (c'est-à-dire l'audience où le ministère public donne lecture de son avis écrit) ou après le dépôt de l'avis au greffe, celui-ci est notifié aux parties qui disposent à leur tour d'un délai pour y répliquer. Pour rappel, ce délai est fixé par le juge au même moment que celui où il fixe le délai imparti au ministère public pour « donner » son avis écrit, c'est-à-dire au moment de la clôture des débats (article 766 du Code judiciaire).

2. En pratique, il est rare que la procédure se déroule dans le strict respect des étapes précitées.

3. Lorsqu'il s'agit d'un cas d'avis obligatoire en vertu de la loi, le ministère public est informé par le greffe de la juridiction que son avis doit être donné dans telle cause ainsi que de la date de l'audience des plaidoiries. Dans ce cas, un membre du parquet assiste à l'audience (ou aux audiences) de plaidoiries. À l'issue de celle(s)-ci, le juge clôture les débats sans toutefois prendre la cause en délibéré. Il invite à ce moment le ministère public à donner son avis et, pour ce faire, lui « communique la cause ». En principe, le représentant du ministère public aura étudié le dossier avant l'audience.

Dans cette hypothèse d'avis obligatoire prévu par la loi :

- soit le ministère public donne, sur-le-champ, un avis simplement oral ; les parties peuvent y répliquer également simplement oralement sur-le-champ ou elles peuvent solliciter une remise pour conclure en réplique ; en général le juge fixe une nouvelle audience pour entendre les parties en leurs répliques ;

- soit la cause est mise en continuation pour permettre au ministère public de donner son avis purement oral à une audience ultérieure (en général parce que le temps manque à l'audience des plaidoiries, à l'issue de celles-ci, pour encore entendre le ministère public et les éventuelles répliques des parties) ;

- soit enfin le ministère public fait part au tribunal de son souhait de donner un avis écrit ; dans ce cas, le tribunal fixe le délai imparti au ministère public pour déposer son avis et les délais impartis aux parties pour déposer leurs éventuelles conclusions en réplique ; la cause est alors remise à une audience, postérieure à l'expiration de ces délais pour entendre le ministère public « lire » son avis et les parties plaider leurs répliques.

À l'issue du débat sur l'avis du ministère public, le juge prend la cause en délibéré.

4. Dans les autres affaires, qui ne sont pas communicables de plein droit, aucune information systématique du parquet n'est actuellement mise en place.

Dans ces cas :

- soit le juge, au cours de l'instruction du dossier, estime que celui-ci doit être « communiqué » au parquet en raison d'éventuels éléments infractionnels qu'il dévoile ; dans ce cas, le dossier est transmis au parquet par jugement en application de l'article 29 du Code d'instruction criminelle ; après l'analyse du dossier, le ministère public fera savoir s'il entend ou non entamer des poursuites pénales sur la base des éléments qui lui auront été dénoncés par le juge ;

- soit le tribunal estime nécessaire, à l'analyse du dossier, de recevoir l'avis du ministère public ; un représentant du parquet est dans ce cas « invité » à comparaître à l'audience des plaidoiries ; les mêmes règles que celles applicables aux cas d'avis obligatoire sont appliquées ; en pratique, de telles demandes sont rarissimes ;

- soit encore le parquet est informé de façon informelle d'une procédure non communicable de plein droit (notamment lorsqu'il s'agit d'affaires ayant un certain retentissement médiatique) et peut prendre l'initiative de se faire communiquer le dossier en vue de rendre spontanément un avis et donc d'assister préalablement à l'audience des plaidoiries.

B. La portée du texte en projet

Le texte en projet tend à supprimer toutes les hypothèses d'avis obligatoire du ministère public et laisse à la seule appréciation de celui-ci le soin de déterminer quand il s'impose de donner son avis et sous quelle forme, sous réserve de l'obligation maintenue au parquet de donner son avis dans les affaires sociales mentionnées à l'article 764, alinéa 1er, 10°, du Code judiciaire.

Cette modification est justifiée comme suit dans l'exposé des motifs :

> « l'intervention systématique du ministère public dans certaines catégories de procédures énumérées de manière exhaustive ne se justifie plus et il est préférable de s'en remettre à une appréciation par affaire ou à certaines sous-catégories. Le ministère public a le sens des responsabilités nécessaire pour décider dans quelles (sous-)catégories d'affaires ou affaires concrètes son avis peut jouer un rôle utile ».

Cette modification nécessite d'adapter les modes de « communication » du dossier au ministère public.

Le texte en projet :

- maintient la précision que, dans les cas énumérés à l'alinéa 1er de l'article 764 du Code judiciaire, une communication au ministère public de la cause doit intervenir de plein droit « à peine de nullité » [61] ;

[61] Sanction qui dès lors ne visera bien, à l'avenir, que la non-communication de la cause au ministère public et non plus l'absence d'avis.

- maintient la possibilité pour le tribunal ou la cour d'« ordonner d'office » la communication au ministère public des « autres causes » ;

- et maintient le principe de la possibilité pour le ministère public de se faire « communiquer » un dossier dans « toutes les autres causes ».

Il est toutefois précisé à l'alinéa 3 de l'article 764 en projet que, quelle que soit l'hypothèse envisagée, le ministère public ne devra plus émettre un avis que « lorsqu'il le juge opportun » (sans qu'il ne soit plus fait aucune distinction entre les trois hypothèses visées aux alinéas 1er et 2, sous réserve de l'exception prévue à l'article 764, alinéa 4, en projet dans les matières sociales énumérées à l'alinéa 1er, 10°, de cette disposition).

C. Observations générales

1. Selon J. van Compernolle,

> « la compétence d'avis du ministère public est trop souvent mal comprise. L'on y voit à tort une cause de retard dans la solution du litige ou une cause de surcharge alourdissant les tâches du parquet. Ces objections […] paraissent mal fondées. À condition de ne point multiplier les causes de communication obligatoire et de favoriser au contraire la communication facultative, l'assistance que prête le ministère public dans l'exercice de sa fonction consultative renforce l'efficacité de la justice et la qualité de l'œuvre juridictionnelle » [62].

La doctrine et les plus hautes autorités judiciaires ont en effet eu l'occasion de souligner, à plusieurs reprises, de façon unanime, l'intérêt pour le juge, pour les parties et pour la société de l'avis que le ministère public, considéré comme « une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge », est amené à rendre [63].

G. de Leval et Fr. Georges justifient les raisons de cet avis comme suit :

> « a) Si au premier chef les affaires civiles concernent la vie privée, des intérêts essentiels dépassant les particuliers peuvent être mis en jeu. Il est bon qu'une voix objective et compétente puisse se faire entendre.
>
> b) Grâce à l'avis, un meilleur traitement égalitaire peut être assuré devant l'application de la loi.
>
> c) L'avis facilite la mission de surveillance générale du parquet (article 29 du Code judiciaire).
>
> d) L'avis constitue un correctif éventuel à l'institution du juge unique » [64].

---

[62] J. Van Compernolle, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », *op. cit.*, p. 185.

[63] Not. J. Van Compernolle, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », *op. cit.* ; G. de Leval, « L'avis du ministère public en matière civile : une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge », *in* M. Storme et P. Van Orshoven (dir.), *Amicus curiae, quo vadis ?*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

[64] G. De Leval et Fr Georges, *Droit judiciaire, tome 1 : Institution judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2ème éd., 2014, p. 290.

Dans son discours prononcé le 1er septembre 2004 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le Procureur général J. du Jardin précisait que,

> « par son organisation fondée sur le principe de l'unité et de l'indivisibilité, le ministère public est à même de contribuer efficacement à l'unité dans l'interprétation de la loi et par là à la sécurité juridique, à la reconnaissance de l'égalité entre les justiciables et du crédit dont la Justice devrait bénéficier » [65].

Si l'on peut concevoir que cet intérêt se soit amenuisé dans une série de matières, ce qui pourrait justifier qu'elles soient retirées de l'énumération reprise à l'article 764, alinéa 1er, du Code judiciaire [66], il est difficilement concevable que l'intérêt d'un avis systématique ait totalement disparu, particulièrement dans les causes mettant en jeu des intérêts fondamentaux et certainement lorsque l'intérêt des mineurs, voire celui d'autres parties nécessitant ou justifiant une protection particulière, sont menacés [67].

Analysant cette « tendance réductionniste » dont témoignait déjà la réforme des causes communicables opérée par la loi du 3 août 1992, le Procureur général J. du Jardin relève toutefois que

> « L'objectif avéré de cette tendance réductionniste est cette fois plus terre à terre : il fallait éliminer le facteur retardateur de la procédure, que constitue, pensait-on, l'avis du ministère public ; il fallait, dans un souci d'économie de procédure, lui donner plus de temps à consacrer à ses tâches dites essentielles, c'est-à-dire répressives, comme si celles-ci étaient à ses yeux et pour l'ordre public préférentielles, alors même 'que les intérêts supérieurs de la société ne peuvent plus (aujourd'hui) être envisagés dans la seule perspective répressive et sécuritaire' » [68].

Le Procureur ajoutait :

> « Peut-on d'ailleurs vraiment soutenir qu'on améliore l'efficacité de la justice civile, en limitant […] les cas où l'avis du ministère public est obligatoire ? Le prétexte nous paraît spécieux, si l'on veut bien reconsidérer l'importance incontestable du rôle joué par le ministère public dans les matières non pénales. Il s'agit en tout cas d'une perception 'réductrice et contre-productive' de la fonction, à raison notamment du déficit en information qui en résultera. Fallait-il vraiment accroître l'efficacité du ministère public dans le domaine pénal ? Fallait-il, parce que les parquets sont surchargés, diminuer, voire défaire leurs interventions en matières civiles ? Nous estimons cette solution malencontreuse » [69].

---

[65] J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », http://justice.belgium.be/fr/binaries/discours2004_tcm421-210563.pdf, p. 5.

[66] C'est en ce sens qu'était intervenu le législateur par l'adoption de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire, qui supprimait ou restreignait une série de cas énumérés à l'article 764 (voy. Chr. Panier, « Collégialité du siège et communicabilité des causes dans les tribunaux de première instance », *in Le nouveau droit judiciaire privé*, Dossiers du J.T., n° 5, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 33 et 34).

[67] J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op. cit.*, pp. 6 et 15 et s.

[68] J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op. cit.*, p. 12, citant M. Storme, « Het openbaar Ministerie in burgerlijke zaken: in ademnood of nieuwe ademtocht ? Le ministère public en matière civile: à bout de souffle ou un deuxième souffle ? », *in* P. Van Orshoven en M. Storme (dir.), *Amice curiae, quo vadis ? Le ministère public en matière civile, commerciale et sociale*, Bruxelles, Kluwer - Bruylant, 2002, p. 238.

[69] J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op. cit.*, p. 12.

L'auteur de l'avant-projet ne précise pas les raisons pour lesquelles l'intervention obligatoire du ministère public, soit dans certaines matières, soit lorsqu'elle est sollicitée par la juge, ne se justifierait plus. Il n'est pas avancé que le motif de la suppression de son avis obligatoire serait justifié par le fait que celui-ci n'apporterait aucune plus-value à la procédure dans laquelle il doit actuellement être donné ni que cette plus-value serait insuffisante par rapport à la charge de travail que de tels avis – et la présence aux audiences qu'ils impliquent – imposent aux parquets ou aux retards qu'ils provoquent dans le traitement procédural des dossiers.

En outre, le commentaire de l'article 764 en projet expose que « l'intervention systématique du ministère public ne se justifie plus dans *certaines* catégories de procédures » [70] énumérées à l'article 764, alinéa 1er. Or, le dispositif supprime le caractère obligatoire de son avis dans *toutes* les matières énumérées par cette disposition. Si l'avis ne se justifie plus que dans *certaines* matières, il conviendrait que l'auteur de l'avant-projet expose pourquoi, au lieu de revoir la liste des procédures énumérées à l'alinéa 1er en vue d'en supprimer les causes pour lesquelles l'avis systématique ne se justifie plus, il supprime en toute matière le principe même de l'avis obligatoire.

2. L'exposé des motifs précise qu'à la place de l'avis obligatoire dans une série de contentieux ou à la demande du juge, il est préférable de s'en remettre au ministère public pour apprécier de l'opportunité de donner un avis dès lors que « le ministère public a le sens des responsabilités nécessaire pour décider dans quelles (sous-)catégories d'affaires ou affaires concrètes son avis peut jouer un rôle utile ».

Si le sens des responsabilités du ministère public n'est pas à mettre en doute, il apparaît que celui du magistrat du siège est tout autant acquis et que ce dernier est particulièrement bien placé pour apprécier si, dans une affaire qui lui est soumise et qu'il est appelé à trancher, l'avis du ministère public peut ou non s'avérer utile ou nécessaire, spécialement en vue de préserver les intérêts fondamentaux de certaines parties ou de tiers concernés par la procédure, spécialement lorsqu'il s'agit de mineurs.

Le texte en projet retire cette faculté aux magistrats du siège, sauf pour les causes mentionnées au 10° de l'article 764, alinéa 1er, du Code judiciaire, qui, au contraire, maintient l'avis obligatoire dans certaines matières relevant du droit social ou du droit du travail lorsque la demande d'avis est formulée par le tribunal.

L'exposé des motifs ne donne aucune justification quant au régime dérogatoire ainsi accordé pour ces matières ni aucun motif pour lequel d'autres matières ne bénéficieraient pas du même régime dérogatoire. Si les contentieux visés par l'article 764, alinéa 1er, 10°, impliquant par nature des parties économiquement faibles et nécessitant souvent des investigations de la part de l'auditorat du travail, peuvent justifier la nécessité d'un avis obligatoire, à tout le moins lorsque la demande en est formulée par le juge, d'autres contentieux, notamment le contentieux familial, lorsqu'il met en cause des mineurs ou des personnes protégées en vertu de l'article 492/1 du Code civil, présentent certainement, *mutadis mutandis*, les mêmes exigences.

[70] Non souligné dans le texte.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet, de justifier pareil traitement différent de situations comparables. À défaut, le texte sera adapté.

Il en va d'autant plus ainsi que, comme le souligne le commentaire de l'article 764, alinéa 5, en projet, il persiste des matières énumérées à l'article 764, alinéa 1er, pour lesquelles l'avis du ministère public paraît « essentiel » ou « du moins utile ». Il paraît dès lors préférable de maintenir, pour ces causes, un avis obligatoire, à tout le moins lorsque le tribunal en fait la demande.

3. La pratique impose de constater par ailleurs que, dans deux contentieux en particulier, à savoir celui relevant du droit social et le contentieux familial, lorsque l'intérêt de mineurs est en cause, au-delà d'un simple avis, c'est essentiellement la présence du ministère public à l'audience et son rôle actif qui apportent une plus-value à la procédure.

En ce qui concerne la plupart des contentieux visés à l'article 764, alinéa 1er, 10°, du Code judiciaire l'auditorat du travail procède souvent lui-même à l'instruction du dossier [71]. Pour rappel, en vertu de l'article 138*ter* du Code judiciaire, non modifié par le texte en projet, « [d]ans toutes les contestations qui relèvent de la compétence des juridictions du travail, le ministère public auprès des juridictions du travail peut requérir du ministre ou des institutions ou services publics compétents les renseignements administratifs nécessaires. Il peut à cet effet requérir le concours des fonctionnaires chargés par l'autorité administrative compétente de contrôler l'application des dispositions légales et réglementaires visées aux articles 578 à 583 ».

Selon le Procureur général J. du Jardin,

> « [l]a raison d'être d'un auditorat du travail, considéré comme une des innovations les plus marquantes de la réforme judiciaire peut s'expliquer par les particularismes de la procédure applicable en matière de droit du travail. Cette raison d'être était et est toujours, – et j'ajouterais même plus que jamais – la nécessité d'assurer l'égalité des parties devant les juridictions du travail, d'un côté les administrations ou organismes dispensateurs de prestations sociales, disposant des moyens nécessaires, et de l'autre côté l'assuré social, plutôt démuni. Cette égalité des armes se réalise par le biais du pouvoir d'instruire les causes, dévolu aux auditorats du travail » [72].

[71] « L'auditeur du travail dispose en effet d'un réel pouvoir *d'instruction* qu'il peut exercer d'office. Ce faisant, il devient une sorte *d'instructeur social*, qui peut faire entendre les personnes responsables de certains organismes pour obtenir les renseignements que requièrent les causes sur lesquelles les juridictions du travail doivent statuer » (J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op. cit.*, p. 24).

[72] J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op cit.*, p. 24.

En ce qui concerne le contentieux familial, lorsque l'intérêt de mineurs est en cause, ce rôle particulier à été souligné notamment lors des travaux parlementaires précédant le vote de la loi du 30 juillet 2013 'portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse' :

> « En pratique, les procès se déroulent plus rapidement si le ministère public peut directement donner son avis à l'audience avant que le juge prenne l'affaire en délibéré. Cela permet aussi d'ouvrir un dialogue dans la mesure où par exemple le ministère public peut proposer des solutions qui n'ont pas été envisagées par les parties elles-mêmes. La présence du ministère public au cours des débats présente également une plus-value car il entend les parties. Mme Delos rappelle qu'il convient de distinguer plusieurs cas de figure. L'avis oral émis par le ministère public dans une procédure civile présente un avantage dans la mesure où le ministère public est un intervenant neutre et peut s'adresser aux parties d'une manière différente que le juge. Il peut proposer des solutions ou rappeler aux parties que l'intérêt des enfants doit prévaloir » [73].

Cette importance particulière de l'intervention du ministère public dans les contentieux concernant les intérêts familiaux des mineurs a également été soulignée par le Procureur général J. du Jardin :

> « C'est finalement l'intérêt du mineur qui constitue la justification essentielle et la mesure du rôle du ministère public, comme de ses interventions dans les relations familiales. C'est l'intérêt de l'enfant, dont on a dit qu'il est *l'enfant du procureur*, qui est la pierre angulaire de cette mission du ministère public, gardien de l'ordre public, mais aussi *amicus curiae*, c'est à dire *conseiller du juge*, par l'avis éclairé et objectif qu'il lui apporte, et dont les parties bénéficient également au delà des ressentiments et attitudes égoïstes qui les opposent avant de les séparer » [74].

Lors des travaux parlementaires précédant le vote de la loi précitée du 30 juillet 2013, le rôle du ministère public dans le contentieux familial a fait l'objet de beaucoup d'attention. Le Conseil supérieur de la justice, auditionné par la commission de la Justice de la Chambre, estimait

> « qu'il faut saisir l'occasion pour dresser l'inventaire des tâches légales du ministère public en matière civile et se poser la question de la nécessité ou non de les maintenir. Dans quelle mesure celles-ci relèvent-elles des missions prioritaires du ministère public ? Quelle est la valeur ajoutée de la présence physique du ministère public à l'audience dans certaines matières civiles ? On pourrait imaginer un système dans lequel le juge conserverait la possibilité, par une demande motivée, de solliciter l'avis du parquet dans des situations où on soupçonne, par exemple, une fraude à la loi, une violation de l'ordre public, des faits punissables… On pourrait également laisser au ministère public la possibilité de déposer un avis écrit plutôt que d'être présent à l'audience. Le CSJ constate, au niveau des plaintes qu'il reçoit, que beaucoup de celles-ci portent sur des lenteurs et retards se situant au niveau des parquets dans les dossiers civils. Indépendamment de la mise en œuvre de la présente réforme, il est important de mener une réflexion en profondeur sur les missions prioritaires du ministère public et de se poser la question du rôle de celui-ci dans les affaires civiles. Il va toutefois sans dire que la présence du

[73] Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, (*Doc. parl.,* Sénat, 2012-2013, n° 5-1189/7, p. 68).

[74] J. du Jardin, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op. cit.*, p. 16, souligné dans le texte.

ministère public reste indispensable dans toutes les affaires portant sur l'autorité parentale » [75].

La suppression de l'avis systématique et surtout, en corollaire, de la présence du ministère public aux audiences du tribunal de la famille, lorsque les intérêts de mineurs sont en cause, soulève une question de principe imposant une plus ample justification si l'auteur de l'avant-projet entend maintenir cette modification.

En effet, toujours à l'occasion des mêmes travaux parlementaires, il a été insisté sur

« le maintien du caractère systématique et automatique du caractère communicable de toutes les causes soumises au nouveau tribunal qui ont trait, s'agissant d'enfants mineurs, à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement des enfants, au droit aux relations personnelles, à l'adoption et à la tutelle officieuse régie par les articles 475*bis* et suivants du Code civil. Dans ces matières, les causes restent communicables de manière systématique et automatique. Ce choix est justifié dans la mesure où le ministère public peut apporter une réelle plus-value. Le ministère public a tout d'abord un regard tiers sur le dossier, indépendamment des points de vue des parents impliqués dans le conflit. Il peut jouer dans ce contexte là un rôle de gardien de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit prévaloir aux termes de l'article 3.1 de la Convention des droits de l'enfant. Par ailleurs, le ministère public peut suggérer des solutions ou des mesures d'investigation, indépendamment de ce que les parties proposent, conformément à son droit d'initiative prévu à l'article 387*bis* du code civil. Enfin, il peut apporter des informations en provenance d'autres dossiers et faire le lien entre un dossier protectionnel et un dossier civil. Ce lien est d'autant plus important que le projet prévoit une scissure entre le juge qui statuerait sur les aspects civils et celui qui statuerait sur les aspects protectionnels. Cette présence du ministère public est par ailleurs conforme à l'article 8 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse (LPJ) qui prévoit que 'les fonctions du ministère public près le tribunal de la jeunesse sont exercées par un ou plusieurs magistrats du parquet désignés par le procureur du Roi. Ces magistrats exercent également les fonctions du ministère public près le (tribunal civil) chaque fois que celui-ci est appelé à statuer sur les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens d'enfants mineurs non émancipés dont les père et mère sont en instance de divorce ou de séparation de corps' » [76].

[75] Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme Kristien Van Vaerenbergh, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0682/015, pp. 196 et 197.

[76] Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, *loc.cit.*, pp. 54 et 55. Aux termes de l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Et encore que

> « Le ministère public devra assurer le lien et la transmission d'information entre le juge de la chambre de la famille et le juge de la chambre de la jeunesse. En matière civile, les mineurs concernés ne sont pas parties à la cause et leurs intérêts propres ne sont pas défendus par un avocat, indépendamment des positions des parents impliqués dans le litige. Le ministère public apparaît donc comme étant le garant du respect de l'article 3.1. de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui dispose que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » [77].

S'il n'est pas contestable qu'une loi nouvelle peut modifier une loi antérieure, il appartient à l'auteur du projet, spécialement au regard de l'article 22*bis* de la Constitution et de l'article 3, § 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, d'expliquer en quoi ces considérations émises en 2013 et traduites à l'époque dans le dispositif législatif, ne seraient plus pertinentes aujourd'hui pour justifier le maintien du caractère systématique de la présence du ministère public dans les causes, soumises au tribunal de la famille, où l'intérêt de mineurs est en cause [78].

Il en va ainsi également en ce qui concerne le respect du principe d'égalité des armes et d'accès à la justice que garantit la présence du ministère public dans une série de contentieux relevant de la compétence des juridictions du travail.

Dès lors qu'il est notoire que les particularités et l'importance de l'intervention du ministère public dans les deux contentieux précités ne se retrouvent pas, en tous cas pas avec la même intensité, dans les autres contentieux énumérés à l'article 764, alinéa 1er, cette différence pourrait justifier que les deux premiers contentieux cités ne fassent pas l'objet des mêmes règles que les autres, ce que prévoit déjà, partiellement, le texte en projet en énonçant une exception d'avis obligatoire pour les contentieux visés au 10° de l'article 764, alinéa 1er, lorsque le juge en fait la demande.

4. Eu égard aux difficultés budgétaires auxquelles doit faire face le pouvoir judiciaire, en ce compris les parquets, il est à craindre que le ministère public soit *de facto* contraint de renoncer à donner des avis, non pas parce ceux-ci manqueraient d'utilité dans les procédures civiles concernées, mais parce qu'il devra à l'avenir, dans le cadre d'enveloppes budgétaires fermées, se fixer des priorités dans ses diverses missions et qu'il risque de ne plus pouvoir effectivement toutes les accomplir avec les moyens limités qui sont mis à sa

---

[77] Rapport précité, p. 61.

[78] On relève encore, à cet égard, que « La commission de la Justice de la Chambre et, avant cela le groupe de travail chargé de réfléchir à la création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, se sont interrogés sur la juridiction à qui il serait le plus approprié d'attribuer le contentieux civil familial. Après en avoir largement débattu et après avoir entendu tous les intervenants internes et externes, le groupe de travail a décidé de regrouper tout le contentieux familial devant un tribunal de la famille, section du tribunal de première instance. Les députés de la commission de la Justice ont suivi cette option à la quasi-unanimité. En effet, comme le montre le rapport établi par le groupe de travail 'Familles et droits civil et judiciaire' des états généraux de la famille de 2004, les avantages de l'attribution du contentieux familial au tribunal de première instance – plutôt qu'aux juges de paix – sont les suivants :
- […] ;
- présence du ministère public dans les affaires familiales communicables (autorité parentale, hébergement, etc.), et plus grandes possibilités d'investigations ;
- […] » (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, *loc. cit.*, p. 7).

disposition [79]. Dans sa réponse à l'auditeur-rapporteur, le représentant du ministre évoque à ce sujet « la nécessité d'utiliser avec parcimonie les rares moyens disponibles » [80].

5. Il faut enfin tenir compte également du fait que le texte en projet tend à généraliser, quasi en toutes circonstances, les chambres où ne siège qu'un juge unique [81], alors que, comme l'a souligné la doctrine,

« l'avis constitue un correctif éventuel à l'institution du juge unique » [82].

Tenant compte des observations générales, les textes en projet devraient soit être revus, soit – à tout le moins – être autrement motivés.

C'est sous cette réserve que le Conseil d'État formule par ailleurs les observations particulières suivantes.

Article 33
(article 764 en projet du Code judiciaire)

Article 764, alinéa 1er, en projet

Le texte en projet prévoit la suppression des « demandes en réorganisation judiciaire, en déclaration de faillite, en report de la date de cessation de paiement ainsi que les demandes de révocation d'un plan de réorganisation et en clôture de la faillite » de l'énumération des procédures mentionnées à l'article 764, alinéa 1er, du Code judiciaire.

Cette suppression est justifiée :

1°) en raison des conséquences que déduit le Tribunal de commerce d'Anvers d'un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers à propos de cette disposition, conduisant cette juridiction à solliciter l'avis du ministère public dans toutes les demandes s'inscrivant dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises ;

2°) au motif que l'article 36 de la loi du 8 août 1997 'sur les faillites', qui énonce que « le procureur du Roi peut assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier de la faillite, prendre connaissance des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles », et

[79] Les modifications apportées à l'article 764, alinéa 1er, par la loi du 3 août 1992, réduisant sensiblement l'énumération des cas d'avis obligatoire, avaient déjà été analysées comme étant la conséquence d'un manque de moyens : « il est incontestable […] que la présence obligatoire du ministère public en matière civile tend à se raréfier, pour de simples raisons pratiques de disponibilité et de 'choix d'investissement' » (Chr. Panier, « Collégialité du siège et communicabilité des causes dans les tribunaux de première instance », *in Le nouveau droit judiciaire*, Dossiers du J.T., n° 5, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 33).

[80] Il ressort par ailleurs de la note de l'Inspection des Finances que la modification de l'article 764 du Code judiciaire présente incontestablement un objectif budgétaire dès lors que, selon les estimations du SPF Justice, elle serait de nature à susciter une économie de 30 ETP de magistrats et de 100 ETP de personnel judiciaire.

[81] Voir sur ce point les observations formulées plus haut sur les articles 9 à 15 de l'avant-projet.

[82] G. De Leval et Fr. Georges, *Droit judiciaire, tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2ème éd., 2014, p. 290.

l'article 17 de la loi 'relative à la continuité des entreprises', qui prévoit les mêmes droits du procureur du Roi dans cette matière, sont « similaires » à la disposition dont la suppression est prévue ;

3°) au motif que, selon le rapport des procureurs généraux de 2011-2012 au Comité parlementaire de suivi législatif, cette « intervention systématique n'a pas de plus-value », en sorte qu'il est demandé d'abroger « la modification de l'article 764, 8° ».

Dès lors que c'est manifestement l'obligation pour le ministère public de devoir assister aux audiences et donner systématiquement un avis dans ces matières qui pose problème, la justification de la suppression de cette disposition en particulier n'apparait pas au regard de la modification générale du mécanisme de l'article 764 du Code judiciaire, qui dispense le ministère public d'un avis systématique en toute matière.

Article 764, alinéa 2, en projet

2.1 La disposition à l'examen prévoit en premier lieu que le ministère public « reçoit communication de toutes les autres causes lorsqu'il le juge opportun ».

Le texte actuel énonce qu'il « reçoit communication de toutes les autres causes et y siège lorsqu'il le juge convenable ». C'est en effet, après avoir reçu la « communication » [83] de toutes les « autres » causes – que celles énumérées à l'article 764, alinéa 1er, du Code judiciaire – que le ministère public peut, en connaissance de cause, décider s'il estime opportun de donner un avis et donc de siéger dans une cause en particulier.

Dans le système mis en place, comme c'est déjà le cas dans le texte actuel, l'opportunité doit donc porter sur le fait de rendre ou non un avis et non sur la communication de la cause.

Dès lors que cette possibilité laissée au ministère public fait l'objet de l'article 764, alinéa 3, en projet, il convient de rédiger comme suit la première phrase de l'alinéa 2 :

« Le ministère public peut se faire communiquer toutes les autres causes ».

2.2 Le texte prévoit ensuite que « le tribunal ou la cour peut ordonner la communication de toute autre cause » [84].

L'expression « toute autre cause », utilisée dans la version française, dans la deuxième phrase du deuxième alinéa est de nature à susciter des controverses puisque la première phrase fait état déjà de « toutes les autres causes ».

[83] Entendu, en l'espèce, comme « le fait d'en avoir été informé ».

[84] À l'exception de l'action visée à l'article 138*bis*, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire, exception déjà inscrite dans le texte actuel.

L'objet du texte est de souligner que le juge peut lui-même demander au ministère public son avis (et donc lui communiquer la cause) dans toutes les causes. Il ne faut pas ici préciser que l'on ne vise que « les autres causes » dès lors que la demande d'avis formulée par le siège peut également porter sur les causes visées au premier alinéa pour lesquelles, nonobstant le fait que la loi prévoit une communication de plein droit, la communication par le juge conserve un intérêt. En effet, pour les causes visées au 10° de l'article 764, alinéa 1er, cette demande aura pour effet de contraindre le ministère public à donner son avis. Pour les autres causes, dans le cadre du système mis en place par l'avant-projet, cette demande est de nature à particulièrement attirer l'attention du parquet sur la nécessité de son avis.

Article 764, alinéa 3, en projet

Outre que l'article 764, alinéa 3, en projet est la disposition qui introduit la règle de l'opportunité laissée, en toute matière, au ministère public de donner un avis, il est précisé que celui-ci est émis « dans la forme la plus appropriée ».

La façon dont l'avis est donné fait l'objet de précisions spécifiques à l'article 766, qui prévoit soit un avis écrit, soit un avis oral.

Il est dès lors préférable de renvoyer à l'article 766.

Article 764, alinéa 4, en projet

Par exception au libre choix dorénavant laissé au ministère public quant à l'opportunité de donner ou non un avis, cette disposition maintient l'avis obligatoire dans certaines matières relevant du droit social ou du droit du travail lorsque la demande d'avis est formulée par le tribunal.

Il est à cet égard renvoyé aux observations générales formulées sous l'ensemble du dispositif modifiant la communication des causes au ministère public.

Article 764, alinéa 5, en projet du Code judiciaire

L'article 764, alinéa 5, en projet du Code judiciaire prévoit une habilitation donnée au ministre de la Justice d'« arrête(r) les directives concernant les avis à rendre dans les affaires visées à l'alinéa 1er » afin, précise le commentaire de l'article, « de veiller à une certaine uniformité dans la pratique et de garantir l'émission d'avis dans les affaires où ceux-ci sont essentiels, ou du moins utiles ».

L'avis donné par le ministère public, dans le cadre d'une procédure civile, relève de ses compétences juridictionnelles [85]. Comme le précise le Procureur général J. du Jardin, « Son intervention participe de la nature de l'acte juridictionnel » [86].

Le ministère public n'est pas partie au procès dans lequel il donne un avis. Cette mission ne peut être confondue avec l'exercice de l'action publique, rôle que remplit le ministère public au pénal. Dans cette hypothèse, le ministère public revêt le rôle de la partie poursuivante.

Cette distinction essentielle justifie qu'en sa qualité de partie poursuivante, le ministère public ne peut pas faire l'objet d'une récusation de la part de la partie poursuivie, ni des parties civiles, alors que tel est bien le cas, lorsqu'il intervient dans sa compétence juridictionnelle d'avis, au civil. C'est expressément ce que prévoit l'article 832 du Code judiciaire, qui énonce que

> « Les causes de récusation relatives aux juges sont applicables au ministère public, à moins qu'il n'agisse comme partie principale ».

Ainsi, la référence faite dans le commentaire de la disposition à l'article 143*quater* du Code judiciaire concernant les directives contraignantes du ministre de la Justice en matière de politique criminelle, qui trouve son fondement dans la deuxième phrase de l'article 151 de la Constitution, manque de pertinence. Cette disposition ne peut en aucun cas être considérée comme « similaire » à la disposition en projet. En vertu de la première phrase de l'article 151 de la Constitution, « les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles ». Ce n'est que dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, c'est-à-dire dans sa mission pénale, que la Constitution précise, dans la seconde phrase du même article que, si le ministère public est également indépendant dans l'exercice de cette mission, c'est « sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite » [87].

---

[85] « L'avis est une consultation juridique officielle par laquelle le ministère public, indépendant et impartial, donne son opinion sur la solution du litige » (J. Van Compernolle, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », *op. cit.*, p. 178).

[86] « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *op. cit.*, p. 6 ; en ce sens, J. Velu, *Considérations sur les rapports entre les commissions d'enquête parlementaire et le pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 41, n° 25.

[87] En ce sens les développements de la proposition de révision de l'article 151 de la Constitution, *Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1675/1, p. 4.

Comme le souligne J. van Compernolle,

> « En informant le juge sur l'exacte portée de la loi ou en l'aidant à apprécier les intérêts en présence, le ministère public exerce une activité relevant de l'exercice du pouvoir judiciaire. Il en résulte, d'une part, que le membre du ministère public qui exerce la fonction consultative peut être récusé pour les mêmes causes que celles qui sont applicables aux juges et que, d'autre part, dans l'exercice de cette fonction, le magistrat du ministère public est entièrement indépendant du Ministre de la Justice » [88].

Le ministre de la Justice ne dispose dès lors d'aucun pouvoir pour intervenir dans la compétence d'avis que le ministère public détient dans le cadre d'une procédure civile, qui relève de sa compétence juridictionnelle, sauf à méconnaître la disposition constitutionnelle précitée.

Il s'impose dès lors d'omettre cet alinéa de l'avant-projet.

La même observation vaut pour l'article 765/1, alinéa 3, en projet à l'article 35 de l'avant-projet.

Article 34
(article 765 en projet du Code judiciaire)

1. L'article 34 tend à adapter aux règles nouvelles mises en place par l'article 764, la communication au ministère public d'un dossier soumis au juge de paix.

Jusqu'au vote de la loi du 30 juillet 2013 'portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse', aucune procédure d'avis du ministère public n'était prévue pour les dossiers soumis à la compétence du juge de paix. Cette situation avait été, de longue date, fortement critiquée par la doctrine, qui soulignait à quel point certains contentieux soumis au juge de paix auraient pu utilement bénéficier d'un tel avis [89].

Le Conseil supérieur de la justice avait suggéré de

> « donner au juge de paix la possibilité, par une demande motivée, de solliciter l'avis du ministère public dans des cas particuliers (violation de l'ordre public, fraude à la loi, etc.) et donner la possibilité au ministère public de rendre un avis par écrit plutôt que de venir à l'audience » [90].

Répondant à ce souhait, le législateur a introduit cette possibilité dans l'article 154 de la loi précitée.

---

[88] J. Van Compernolle, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », *op. cit.*, p. 178.

[89] Not. A.-Ch. Van Gysel, « Le rôle du ministère public dans les procédures civiles concernant les enfants », *Rev. Dr. ULB*, vol. 13, Bruylant, 1996-1, pp. 40 à 43, qui relève déjà que « la véritable raison de son absence est fort probablement l'absence de budget permettant la mise en place et l'entretien d'un grand nombre de substituts cantonaux » (p. 41) ; J. Van Compernolle, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », *op. cit.*, p. 180 ; G. de Leval, « L'avis du ministère public en matière civile : une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge », *op. cit.*, p. 55.

[90] Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Kristien Van Vaerenbergh, *loc. cit.*, p. 275.

Toutefois, pour tenir compte également des préoccupations du parquet [91], comme précisé ci-avant, il s'agit d'une procédure d'avis sur dossier. Le texte actuel prévoit que le juge de paix peut requérir, « après instruction de la cause » (et donc à un moment où il aura une vue complète du dossier), l'avis écrit du ministère public, qui est tenu de le rendre, par écrit, dans le délai fixé par le juge.

2. Le texte en projet adapte le texte actuel en tenant compte de la possibilité dorénavant laissée au ministère public de donner ou non un avis lorsque la cause lui est communiquée. La modification consiste, pour l'essentiel, à ajouter le mot « éventuel » avant le mot « avis ».

Cette évolution revient sur ce qui avait été préféré, lors du vote de la loi du 30 juillet 2013 'portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse', où, face aux deux approches possibles [92], le législateur avait opté pour un système d'avis (écrit) obligatoire mais uniquement lorsqu'il est demandé par le juge de paix.

3. La procédure telle qu'elle est prévue actuellement n'est pas modifiée. Si le texte devait être maintenu en l'état (il est renvoyé à cet égard aux observations générales sous les dispositions modifiant la communication des causes au ministère public), il conviendrait de prévoir que, si le ministère public n'entend pas donner d'avis, il en informe sans délai le juge. En effet, le texte prévoit que le juge fixe le délai dans lequel l'avis doit être rendu. La procédure étant *de facto* suspendue pendant ce délai. Il apparaît inutile d'attendre l'échéance de ce délai si le ministère public décide de ne pas rendre d'avis.

Cette précision serait utilement apportée au texte.

[91] Voir l'exposé de Mme Monique Delos, avocate générale près la Cour d'appel de Mons, lors des travaux parlementaires sur le tribunal de la famille (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, *loc. cit.*, pp. 59 et 60) : « l'intervenante estime que la seule difficulté à résoudre réside dans le fait que le projet mentionne à plusieurs reprises les termes 'après avoir préalablement entendu le ministère public en son avis ou ses réquisitions ». Or, pour éviter d'inutiles déplacements des magistrats du ministère public et économiser au maximum le temps des magistrats, il devrait être possible au ministère public de rendre un avis écrit qui serait déposé au greffe sans qu'il en soit fait lecture lorsque le juge de paix en a décidé ainsi (article 767 du Code judiciaire). Elle propose, dans les articles énoncés ci-avant, d'énoncer que 'le juge de paix statue après l'avis du ministère public'; ce qui permettrait au ministère public de rendre un avis écrit ».

[92] « M. Delpérée pense que deux approches sont possibles. Soit on part du principe que le juge communique toutes les pièces au ministère public, lequel est libre de remettre un avis sur tel ou tel dossier. Soit on part du principe que le juge de paix ne communique que dans certaines affaires pour lesquelles il souhaite recevoir un avis. Dans ce dernier cas, il faut qu'il reçoive l'avis qu'il a requis. L'intervenant préfère la philosophie dans laquelle on laisse un pouvoir d'appréciation au juge de paix mais que la remise de l'avis soit obligatoire lorsqu'il a été sollicité » (rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, *loc. cit.*, p. 123).

Article 35
(article 765/1 en projet du Code judiciaire)

Article 765/1, alinéa 1er, en projet

L'article 765/1 actuel a été introduit dans le Code judiciaire par la loi du 12 mai 2014 'portant modification et coordination de diverses lois en matière de Justice (II)'.

Sous réserve des observations générales formulées sur les articles 33 à 37, si la disposition en projet est maintenue, il serait préférable d'ajouter, après les mots « qu'après avoir communiqué la cause au ministère public », les mots suivants « et qu'après avoir pris connaissance de son éventuel avis ».

Article 765/1, alinéa 2, en projet

La disposition nouvelle de l'article 765/1, alinéa 2, en projet précise que

« le ministère public a pour mission de communiquer de la façon la plus appropriée toutes les informations pertinentes au tribunal ».

Inscrite expressément à l'article 765/1 en projet, qui ne concerne que le tribunal de la famille et les chambres de la famille de la Cour d'appel, cette mission spécifique ne concerne donc pas les autres matières où la communication de la cause doit, à peine de nullité, être faite au ministère public.

Cette disposition tend manifestement à rencontrer la critique selon laquelle l'absence d'avis systématique du ministère public dans le contentieux familial où les intérêts de mineurs sont concernés est de nature à ne pas permettre une parfaite information du juge. Laissée toutefois à la seule appréciation du ministère public, il n'est pas acquis que cette mission nouvelle d'information puisse effectivement pallier l'absence d'avis systématique, et donc de présence à l'audience, du ministère public dans ce type particulier de contentieux. Il est sur ce point renvoyé aux observations générales formulées à propos de l'ensemble du dispositif concernant la communication des causes au ministère public.

2. Le texte proposé, qui pose le principe d'une telle communication, prévoit qu'elle interviendra « de la façon la plus appropriée ».

Même s'il va de soi que toute communication d'une information au tribunal, dans le cadre d'un procès civil, doit se faire dans le strict respect du principe du contradictoire, il n'apparaît pas superflu de confirmer expressément cette exigence en ajoutant, dans le texte proposé, après les mots « de la façon la plus appropriée », les mots « dans le respect du contradictoire », à défaut de mettre en place des règles précises pour une telle communication, garantissant le respect du principe du contradictoire.

Articles 36 et 37
(articles 766 et 767 en projet du Code judiciaire)

A. Portée des modifications en projet en ce qui concerne la communication des causes et la façon dont le ministère public donne son éventuel avis

1. Les articles 36 et 37 tendent à modifier sensiblement la procédure de « communication » des causes au ministère public et la façon dont le ministère public doit, le cas échéant, rendre son avis, tout en reprenant certaines règles théoriques qui, actuellement, ne sont pas appliquées (il est renvoyé sur ce dernier point au littera A des observations formulées sur les articles 33 à 37) et qui, si elles sont adoptées, risquent d'alourdir sensiblement le travail des greffes, déjà débordés.

2. En ce qui concerne l'information donnée au ministère public sur les causes pour lesquelles un avis pourrait être donné, l'article 766 en projet distingue :

- d'une part « la cause où la communication est prévue par la loi » et la cause dont le ministère public : « demande la communication » ; pour les premières, le greffe doit adresser « au procureur du Roi une copie de l'acte introductif d'instance et de ses annexes dans les huit jours de leur dépôt » ; pour les secondes, cette communication doit intervenir dans les deux jours de la demande qui en sera faite par le ministère public (article 766, § 1er, alinéa 1er, en projet) ;

- d'autre part, les « autres causes », c'est-à-dire les causes non communicables de plein droit mais pour lesquelles le juge souhaite obtenir l'avis du ministère public : le texte prévoit qu'elles doivent lui être communiquées au moment de la clôture des débats, par mention à la feuille d'audience, le juge fixant par ailleurs le délai dans lequel l'avis doit être « donné » (article 766, § 2, alinéa 1er, en projet).

3. En ce qui concerne la façon dont le ministère public donne son avis, l'article 766 en projet opère la même distinction :

- s'il s'agit d'une cause communicable de plein droit ou dont la communication a été demandée par le ministère public, celui-ci – s'il décide *in fine* d'effectivement donner un avis – dispose du choix, soit de donner son avis par écrit, qui devra être déposé au greffe « au plus tard la veille de l'audience » (sur cette communication « au plus tard la veille de l'audience », il est renvoyé aux observations formulées plus bas sous les articles 766, § 1er, alinéa 2, et § 2, alinéa 2, et 767 en projet), soit de donner un avis verbal, qui sera « émis » à l'audience [93] (article 766, § 1er, alinéa 2, en projet).

[93] Conformément aux précisions données par l'avocat général Nouwynck à la commission de la justice du Sénat, lors des travaux parlementaires précédant le vote de la loi du 30 juillet 2013 'portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse', « l'avis est écrit lorsque le ministère public est amené à se prononcer sur des questions de principe, ce qui permet également de laisser une trace du positionnement du ministère public sur l'une ou l'autre question juridique délicate ou pointue. En général, l'avis est oral […] » (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, *loc. cit.*, p. 67).

- s'il s'agit d'un avis à émettre à la demande du juge, le ministère public peut à nouveau opter soit pour un avis écrit, qui devra être déposé au greffe dans un délai fixé par le juge, soit pour un avis « émis oralement sur-le-champ à l'audience » (article 766, § 2, alinéa 2, en projet).

B. Remarques générales

Il ressort de ce système que, lorsque l'avis est donné par écrit, il le sera sans que le ministère public n'ait préalablement entendu les parties en leurs plaidoiries et, partant, sans que le ministère public ne comparaisse à l'audience des plaidoiries.

C'est ce qu'a confirmé le délégué du ministre à l'auditeur-rapporteur :

> « le ministère public n'est présent qu'en cas d'avis oral ; l'objectif est précisément de réduire sensiblement le nombre d'audiences où le représentant du ministère public est présent en permanence. Lorsque le ministère public émet un avis écrit […], il n'écoutera donc pas les plaidoiries des parties. Le fait que le ministère public émette son avis sur la seule base des pièces ne paraît pas poser de problème étant donné que tout est mentionné sur papier ».

Si l'avis « sur dossier » est déjà prévu, depuis la loi précitée du 30 juillet 2013, en faveur des juges de paix, il avait été insisté pour justifier ce choix, dans les travaux préparatoires à cette loi, sur l'aspect essentiellement technique des causes dans lesquelles le juge de paix pouvait demander un avis, aspect « technique » justifiant que le ministère public puisse donner un avis sans avoir assisté à l'audience. Dans le rapport fait au nom de la commission de la justice du Sénat, il est précisé ce qui suit en ce sens :

> « Pour les matières plus techniques entrant dans le champ des compétences qui seront transférées au juge de paix, Mme Delos ne voit pas d'inconvénient à ce que l'avis soit écrit. Le ministère public a accès à certaines informations et peut, par exemple, communiquer les résultats d'une enquête faite par un service de police, ce que le juge de paix n'a pas la possibilité de faire. […] Le collège des procureurs généraux propose uniquement que pour certaines matières qui seront transférées au juge de paix, on permette au ministère public de remettre un avis écrit qui peut être étayé d'éléments objectifs contenus dans des procès-verbaux » [94].

Le texte en projet vise à étendre cette possibilité d'avis écrit « sur dossier » à toutes les hypothèses où les causes sont communicables de plein droit. Or, d'une part, il est incontestable qu'en donnant un avis sans avoir entendu les parties, particulièrement dans certains contentieux communicables, spécialement ceux soumis au tribunal de la famille et au tribunal du travail, et donc sans avoir une vue complète du dossier, l'avis risque de manquer singulièrement de pertinence. D'autre part, dans ces contentieux spécifiques, au-delà de l'avis proprement dit, c'est essentiellement la présence du ministère public aux audiences et les initiatives qu'il peut prendre qui apportent la véritable plus-value, que n'autorise plus le texte en projet lorsque le ministère public opte pour un avis écrit préalable aux plaidoiries.

[94] Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Delpérée et Mme Taelman, *loc. cit.*, pp. 67 et 68.

C. Observations particulières sur la façon dont les causes sont communiquées au ministère public

Article 766, § 1er, alinéa 1er, et § 2, alinéa 1er en projet

1. Le système mis en œuvre de transmission systématique, par les soins du greffe, d'une copie des actes introductifs d'instance au ministère public, dans les causes communicables de plein droit, est de nature à provoquer une importante charge de travail pour les greffes, qui ne correspond pas à l'objectif général du texte en projet, d'autant plus que cette surcharge s'avèrera imposée en pure perte chaque fois que le ministère public estimera ne pas devoir donner d'avis.

Par ailleurs, l'acte introductif d'instance, qui peut présenter un caractère sommaire et qui intervient – nécessairement – avant tout échange entre les parties, peut ne pas révéler la portée réelle du litige qui sera soumis *in fine* au juge, en sorte qu'on voit mal comment, à la seule prise de connaissance de cet acte, le ministère public pourra déterminer s'il est opportun ou non de remettre un avis.

Dans les causes communicables à peine de nullité nécessitant d'être mises en état, un simple avis adressé par le greffe au ministère public, après la mise en état de la cause par les parties, informant celui-ci de la date de fixation de l'audience de plaidoiries, devrait en principe être une formalité suffisante pour permettre au ministère public de venir consulter le dossier au greffe – qui à ce stade présentera l'avantage d'être complet [95] – pour décider s'il lui paraît opportun ou non de donner un avis. Outre qu'elle évite une communication systématique de tous les actes introductifs d'instance concernant les contentieux communicables à peine de nullité, cette solution présenterait également l'avantage de ne communiquer au ministère public que les causes que les parties entendent effectivement plaider, un nombre relativement important d'affaires introduites n'étant en effet jamais mises en état et ne viennent dès lors jamais à l'audience pour plaidoiries. Dans cette suggestion, c'est l'avis envoyé par le greffe au ministère public qui réaliserait l'accomplissement de la « communication » de la cause à peine de nullité.

Quelle que soit la procédure de « communication » retenue, un régime spécifique doit par ailleurs être mis en place pour assurer la communication au ministère public des causes communicables à peine de nullité qui, ne nécessitant que des débats succincts (ou assimilés), visés à l'article 735 du Code judiciaire, peuvent être plaidées et prises en délibéré dès l'audience d'introduction, sans mise en état préalable. En effet, conformément à l'article 716 du Code judiciaire, lorsque la procédure est introduite par citation, ce qui est le droit commun, celle-ci peut être inscrite au rôle au plus tard jusqu'à la veille de l'audience d'introduction. Dans ce cas, l'envoi au ministère public d'une copie de l'acte introductif, dans les huit jours du « dépôt » de cet acte au greffe, comme le prévoit l'article 766, § 1er, alinéa 1er, en projet, risque en pratique de ne permettre la « communication » effective de la cause qu'après l'audience et sa prise en délibéré par le juge.

[95] Les parties auront en effet terminé à ce stade l'échange de leurs conclusions.

2. En ce qui concerne les causes communiquées par le juge, réglées par le paragraphe 2, alinéa 1er, en projet, le texte en projet n'explique pas comment le ministère public sera informé de ce qui est mentionné à la feuille d'audience d'une audience où il n'est par hypothèse pas présent.

Par ailleurs, dès lors que le ministère public ne sera pas tenu de donner un avis, la demande faite en ce sens par le juge, hormis dans le cas de l'article 764, alinéa 1er, 10°, aura pour effet, chaque fois qu'aucun avis ne sera pas donné, de retarder inutilement la prise en délibéré de la cause. Il conviendrait de prévoir un mécanisme selon lequel, s'il décide de ne pas donner d'avis, le ministère public en informe le juge sans délai afin que celui-ci puisse prendre la cause en délibéré.

D. Observations en ce qui concerne la façon dont les avis seront donnés par le ministère public (article 766, § 1er, alinéa 2, et § 2, alinéa 2, en projet) et la façon dont les parties pourront y répliquer (article 767 en projet)

a. Remarque préalable

1. Selon l'article 766, § 1er, alinéa 2, en projet, dans les hypothèses de communication de plein droit ou à l'initiative du parquet, si celui-ci estime devoir donner un avis, soit il le fait par écrit, en déposant l'avis au greffe au plus tard la veille de l'audience des plaidoiries, soit il le fait verbalement à l'audience des plaidoiries.

Selon l'article 766, § 2, alinéa 2, en projet, dans les hypothèses de communication à la demande du juge, si le ministère public estime devoir donner un avis, il le fait soit par écrit, en déposant l'avis au greffe dans le délai fixé par le juge, soit oralement « à l'audience » ou « à une audience ultérieure ».

Le Conseil d'État ne perçoit pas comment l'avis, dans l'hypothèse où il est demandé par le juge au moment de la clôture des débats dans les causes non communicables de plein droit, pourrait être donné « oralement sur-le-champ à l'audience » alors que, par hypothèse, à ce moment-là le ministère public n'assiste pas à l'audience.

De même, l'article 767, § 1er, alinéa 1er, ne doit plus envisager l'hypothèse d'un avis oral donné « sur-le-champ » à l'audience des plaidoiries. Cette hypothèse d'avis oral « sur-le-champ » doit être supprimée.

En réalité, un avis oral ne pourra plus être donné à l'audience des plaidoiries que lorsque le ministère public opte pour cette forme d'avis dans les causes qui lui sont communicables de plein droit ou à son initiative (article 766, § 1er, alinéa 2).

2. L'article 767 en projet fixe les modalités selon lesquelles les parties peuvent répliquer à l'avis du ministère public. Cette disposition ne concerne apparemment que l'hypothèse de l'avis donné par le ministère public à la demande du juge [96]. Il en résulte que les

[96] Les termes utilisés à l'article 767, § 1er, alinéa 1er, en projet (avis du ministère public émis « oralement sur-le-champ à l'audience ou à une audience ultérieure fixée à cette fin »), à l'article 767, § 2, alinéa 1er, en projet

textes en projet ne règlent plus la manière dont les parties répondent à l'avis du ministère public dans l'hypothèse – la plus fréquente – mentionnée à l'article 766, § 1er, en projet, d'un avis donné par le ministère public dans une cause communicable de plein droit ou à son initiative.

On observe en outre que :

1°) l'article 766 en projet règle la manière dont la cause est communiquée au ministère public ainsi que la manière dont le ministère public donne son avis s'il le juge opportun, dans les trois hypothèses visées, à savoir la communication en vertu de la loi ou à la demande du ministère public (§ 1er), et la communication à la demande du juge (§ 2) ;

2°) l'article 767 en projet règle la manière dont les parties sont « entendues » en leurs observations sur l'avis du ministère public, en distinguant l'hypothèse de l'avis donné oralement (§ 1er) de l'hypothèse de l'avis donné par écrit (§ 2).

Or, pour respecter cette structure, les alinéas 1er, 2 et 3, du paragraphe 2 de l'article 767 en projet devraient figurer dans l'article 766 en projet puisqu'ils concernent la manière dont le ministère public donne son avis par écrit et la manière dont cet avis est notifié aux parties.

3. Interrogé par l'auditeur-rapporteur sur ces incohérences, le délégué du ministre a admis qu'

> « une confusion [était] visiblement apparue lors de la combinaison procédurale des différentes possibilités, d'une part en ce qui concerne l'avis émis à l'initiative du ministère public ou à la demande du tribunal (article 766), d'autre part en ce qui concerne l'avis oral ou écrit et les possibilités de réplique des parties qui y sont chaque fois associées (article 767). Il convient d'adapter le projet pour éliminer les chevauchements et la contradiction signalée ».

Le délégué du ministre a en conséquence adressé au Conseil d'État une version adaptée du texte initialement proposé, visant à répondre à ces incohérences.

Outre la suppression, à l'article 766, § 2, alinéa 1er, en projet, de la fin de phrase « et dont les parties disposeront pour déposer au greffe des conclusions portant sur le contenu de cet avis » et l'ajout, à l'article 766, § 2, alinéa 2, des termes « et déposés au greffe », après « donné par écrit », le nouvel article 767 s'énonce comme suit :

> « § 1er. Si l'avis éventuel du ministère public est émis oralement, les parties qui comparaissent sont entendues immédiatement en leurs observations sur cet avis.
>
> Le juge peut toutefois autoriser la partie qui le demande, à déposer au greffe des conclusions sur l'avis du ministère public. La décision du juge n'est susceptible d'aucun appel.

(avis du ministère public déposé à l'audience « dans le délai fixé par le juge, aux jour et heure fixés lors de la clôture des débats ») et l'article 767, § 2, alinéa 4, en projet (le « délai fixé conformément à l'article 766, § 2, alinéa 1er») renvoient tous à l'hypothèse, mentionnée à l'article 766, § 2, en projet, d'un avis donné par le ministère public dans une cause communiquée à la demande du juge.

§ 2. Si l'avis éventuel est donné par écrit, le greffier le remet à l'audience aux parties comparantes ou leurs avocats, ou le notifie immédiatement après son dépôt au greffe par pli ordinaire aux avocats des parties et par pli judiciaire aux parties qui ont comparu sans avocat, selon [que] l'avis est déposé au greffe avant ou après l'audience.

Sauf lorsque les parties ont répliqué oralement après la remise de l'avis ou renoncé à leur droit de réplique, le juge fixe lors de la clôture des débats le délai dont ils disposent, à partir de la notification de l'avis du ministère public, pour déposer au greffe des conclusions portant exclusivement sur le contenu de cet avis.

§ 3. Les conclusions des parties sur l'avis du ministère public sont uniquement prises en considération pour autant qu'elles répondent à l'avis du ministère public ».

Les observations qui suivent portent sur la nouvelle version proposée des articles 766 et 767 du Code judiciaire.

b. Observations sur les nouveaux textes proposés des articles 766 et 767 du Code judiciaire en ce qui concerne la façon dont les avis seront donnés par le ministère public et la façon dont les parties pourront y répliquer

1. Nonobstant ces suggestions de modifications, le nouveau texte proposé présente encore de nombreuses incohérences qu'il convient de corriger.

2. Les retraits et ajouts apportés à l'article 766, § 2, ne répondent pas aux premières observations formulées ci-avant sous cette disposition en projet, qui, en conséquence, sont maintenues.

3.1. Les articles 766 et 767, nouvelle version, appellent les observations suivantes tenant compte de la nécessité absolue de préserver le principe du contradictoire.

L'avis donné par écrit

3.2. Dans l'hypothèse d'un avis donné dans les causes communicables à peine de nullité ou à l'initiative du ministère public, le texte de l'article 766, § 1er, alinéa 2, en projet prévoit que l'avis doit être déposé au greffe « au plus tard la veille de l'audience ». Bien que le texte ne le précise pas, il s'agit nécessairement de l'audience fixée pour les plaidoiries. Par contre, dans l'hypothèse d'un avis demandé par le tribunal, s'il y a un avis écrit, il sera déposé au greffe, nécessairement après l'audience.

L'article 767, § 2, alinéa 1er (nouvelle version), prévoit que, dans ce cas, le greffe remet l'avis « aux parties comparantes ou leurs avocats » à l'audience (il s'agit toujours nécessairement de l'audience des plaidoiries), ou « le notifie immédiatement après son dépôt au greffe par pli ordinaire aux avocats des parties et par pli judiciaire aux parties qui ont comparu sans avocat, selon [que] l'avis est déposé au greffe avant ou après l'audience ».

La communication de l'avis aux parties ou à leurs avocats le jour même de l'audience est de nature à perturber les débats. En effet, les parties ou leurs avocats vont devoir prendre connaissance et nécessairement tenir compte de l'avis du ministère public au moment même où ils entament leurs plaidoiries. Si l'avis donné est tranché dans un sens ou dans un autre, alors même qu'il n'aura pas pu être utilement soumis à la contradiction des parties, celles-ci ou leurs avocats devront soit l'ignorer, soit tenter d'en prendre en compte sur-le-champ, ce qui sera de nature à corrompre l'égalité des armes, spécialement à l'égard de la partie pour laquelle l'avis se révèlerait « négatif ».

Par ailleurs, le Conseil d'État présume que l'avis ne pourrait – seconde hypothèse retenue par le texte nouveau – être remis « après l'audience » et dans ce cas notifié aux parties, que dans l'hypothèse où il s'agit d'un avis demandé d'office par le juge, ce que le texte devrait préciser.

Les textes en projet ne prévoient pas la possibilité pour le juge qui aurait étudié le dossier avant l'audience d'en ordonner, préalablement à celle-ci, la communication au ministère public. Cette lacune devrait être comblée dès lors que cette façon de procéder serait de nature à éviter des retards dans le traitement de la cause.

En ce qui concerne la possibilité pour les parties de répliquer à l'avis donné par écrit, l'article 767, § 2, alinéa 2 (nouvelle version), envisage :

- soit la possibilité pour les parties de répliquer oralement après la remise de l'avis à l'audience, ce qui sera en pratique souvent illusoire dès lors que cela implique que les parties prennent connaissance de l'avis et préparent leur réplique à l'audience même, en même temps qu'elles plaident ; cela ne pourrait s'envisager que si l'avis est sommaire mais, dans ce cas, il conviendrait de privilégier un avis oral [97] ;

- soit la fixation par le juge, après la clôture des débats, d'un délai à dater de la notification de l'avis (qui ne devrait intervenir que si l'avis est remis après l'audience, selon les termes de l'article 767, § 2, alinéa 1er) dans lequel les parties pourront déposer au greffe des conclusions en réplique à l'avis ; outre que, dans ce cas, il n'est pas prévu une nouvelle audience pour que les parties puissent s'expliquer sur l'avis, ce délai risque d'être inutile puisque par hypothèse l'avis n'est pas encore remis et tant le tribunal que les parties ignorent si un avis sera effectivement remis, sauf l'hypothèse de l'article 764, alinéa 4, en projet.

Dans ce cas, comme déjà souligné dans d'autres hypothèses, il conviendrait de prévoir que, si le ministère public n'entend pas déférer à la demande d'avis qui lui est faite par le tribunal, il en informe sans délai celui-ci et les parties, afin que la cause puisse être prise en délibéré sans retard.

[97] Sur le choix d'un avis oral, ou écrit, il est renvoyé à la note de bas de page 93.

De façon plus fondamentale, le fait que le texte en projet prévoit une communication de l'avis le jour même de l'audience des plaidoiries lorsqu'il est déposé par le ministère public avant l'audience, ce qui devrait en principe constituer les cas les plus fréquents, et, par ailleurs, qu'il ne prévoit plus la possibilité de tenir une nouvelle audience pour permettre aux parties d'exposer oralement leurs répliques, porte atteinte aux droits procéduraux des parties, particulièrement lorsque l'avis du ministère public soulève des éléments, de droit ou de fait, de nature à remettre sensiblement en cause la nature des débats tels qu'ils avaient été développés jusqu'alors.

En effet, même si les répliques ne peuvent, à juste titre, que porter sur l'avis du ministère public et ne seront prises en considération que dans cette mesure, certains éléments de l'avis, qui pourrait soulever, par exemple, une irrecevabilité, une exception de prescription ou un moyen de fond qui auraient jusqu'alors échappé à la vigilance des parties, pourraient justifier des répliques remettant en cause l'ensemble de l'argumentation développées par les parties ou par l'une d'elles.

Il serait dès lors plus respectueux des droits de la défense et du principe général du contradictoire, de prévoir que, lorsque l'avis est donné par écrit avant l'audience, il doit être déposé au greffe en temps utile pour que les parties puissent en prendre connaissance suffisamment tôt avant l'audience pour pouvoir en prendre connaissance, l'étudier et en tenir effectivement compte lors de l'audience des plaidoiries.

L'avis donné oralement

3.3. Dans l'hypothèse où le ministère public opte pour un avis verbal, dans le cadre des causes communicables à peine de nullité ou à l'initiative du ministère public, l'article 766, § 1er, alinéa 2, prévoit qu'il sera donné oralement à l'audience. Les parties peuvent y répliquer sur-le-champ ou solliciter un délai pour déposer au greffe des conclusions en réplique. C'est la confirmation de la situation actuelle.

Par contre, l'article 766, § 2, alinéa 2, permet, si le ministère public opte pour un avis verbal, dans le cadre des causes dont la communication a été ordonnée par le juge, que l'avis soit donné « en raison des circonstances de la cause » « oralement sur-le-champ à l'audience ».

À nouveau, le Conseil d'État voit mal comment une telle hypothèse serait encore envisageable dès lors que ce n'est qu'à l'issue de l'audience des plaidoiries que, selon les textes en projet, le juge pourrait ordonner, après la clôture des débats, la communication de la cause pour avis au ministère public qui, par hypothèse, ne sera pas présent à l'audience.

***

3.4. Au vu de l'ensemble de ces observations, la rédaction des articles 766 et 767 doit être entièrement revue.

Article 38
(article 770 en projet du Code judiciaire)

1. La première modification vise à allonger d'un mois le délai de délibéré lorsque celui-ci se termine pendant les vacances judiciaires. Cette modification est justifiée par le fait que « le délai d'un mois pour la prononciation des jugements […] est relativement court, surtout pendant les vacances judiciaires ».

Toutefois, la mesure proposée, qui aura pour effet de prolonger d'un mois le délai du délibéré pour les causes prises en délibéré entre le 1er juin et le 31 juillet, ne répond que partiellement à sa motivation.

Par ailleurs, en général, pendant les vacances judiciaires, seules les affaires succinctes ou qui présentent un certain caractère d'urgence, introduites entre le 1er juillet et le 31 août, sont plaidées pendant cette période, outre les actions introduites en référé ou assimilées. La mesure en projet pourrait avoir l'effet contreproductif d'allonger pour les parties le temps d'attente du jugement dans des affaires où il s'impose qu'il soit rendu le plus rapidement possible.

Une mesure prévoyant que, dans les causes plaidées avant les vacances judiciaires mais pour lesquelles le délai de délibération d'un mois expire pendant les vacances, celui-ci sera prolongé, soit d'un mois, soit jusqu'au premier jour ouvrable après les vacances judiciaires, rencontrerait plus utilement la préoccupation de l'auteur du projet. Une telle règle devrait toutefois être exclue pour les causes traitées en référé ou assimilées (comme en référé, saisies, mesures urgentes – soit présumées, soit invoquées – devant le tribunal de la famille, etc.).

2. Le projet supprime l'envoi mensuel au chef de corps du ministère public près la juridiction concernée de la liste des affaires dans lesquelles le prononcé a été reporté au-delà d'un mois.

Le commentaire de l'article mentionne que

> « […] l'envoi de la liste au procureur du Roi et à l'auditeur du travail n'a peu ou pas d'utilité ».

Cet envoi semble cependant être utile pour permettre au ministère public de veiller « à la régularité du service des cours et tribunaux », comme lui en donnent mission les articles 140 et 399 du Code judiciaire.

Article 39
(article 780 en projet du Code judiciaire)

Il est renvoyé aux observations formulées à propos de l'article 31 de l'avant-projet.

Article 40
(article 806 en projet du Code judiciaire)

1. La modification proposée tend d'abord à supprimer la péremption du jugement par défaut non signifié dans l'année.

Dans son arrêt n° 60/2008 du 19 mars 2008, la Cour constitutionnelle explicite le risque auquel serait exposée la partie condamnée par défaut s'il n'y avait pas péremption du jugement :

> « La péremption du jugement par défaut non signifié dans l'année vise en effet à prémunir cette dernière contre les possibilités de manœuvres de la partie demanderesse, qui pourrait par exemple être tentée de retarder l'exécution du jugement qu'elle a obtenu par défaut jusqu'à un moment où les preuves utiles pour contester ses prétentions auraient disparu » (B.2.1).

Dans son *Précis de procédure civile*, le Chevalier Braas exprimait déjà la même idée :

> « Attribuer une durée de trente ans à une décision que le défendeur, qui n'a peut-être pas été touché par l'ajournement, ignore ou peut ignorer, c'est donner matière à des ruses et à des fraudes, dont il serait trop tard pour que la victime puisse utilement se défendre » [98].

On ne voit pas d'autres motifs qui pourraient justifier la manœuvre du créancier visant à retarder « adroitement » l'exécution de son titre.

Le législateur de 1967 avait manifestement perdu de vue que l'article 156 de l'ancien Code de procédure civile avait lui-même été inséré dans le Code de procédure civile au motif qu'« on avait constaté à plusieurs reprises qu'une personne avait été condamnée et que le jugement était passé en force de chose jugée, sans qu'elle ait eu connaissance de la citation et de la condamnation : l'article 156 a été prévu afin d'éviter pareille situation » [99]. Or, une telle situation n'est pas envisageable sous l'empire du Code judiciaire dès lors que, même si elle n'a pas été atteinte par l'acte introductif d'instance et ignore donc l'existence tant de la procédure que du jugement qui a été prononcé, la partie condamnée par défaut sera toujours officiellement informée par la signification de la décision de l'existence de celle-ci, à un moment où elle ne sera pas encore coulée en force de chose jugée puisque c'est la signification qui fait courir le délai d'opposition. Ce seul constat aurait dû inciter les rédacteurs du Code judiciaire à abandonner la règle énoncée à l'article 806 du Code.

[98] Chevalier Braas, *Précis de procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 2ème éd., 1934, p. 520.

[99] Note A.T. sous Cass., 22 février 1991, *Pas.*, 1991, I, 609.

La péremption du jugement par défaut en vue d'atteindre l'objectif annoncé de protéger le défaillant d'une exécution adroitement retardée, est dépourvue de toute pertinence. Si la partie qui a obtenu gain de cause par défaut pense avoir intérêt à retarder l'exécution de la décision jusqu'au moment où les preuves utiles à la partie adverse pour contester ses prétentions auront disparu, la sanction de la péremption de son titre exécutoire sera sans le moindre effet sur cette manœuvre puisqu'il suffira au bénéficiaire du jugement par défaut de faire refixer la cause pour faire revivifier son titre. Certes, comme le relève l'arrêt n° 60/2008 du 19 mars 2008 de la Cour constitutionnelle, la partie condamnée par défaut pourra, soit dans le cadre de cette « nouvelle procédure », soit ultérieurement dans le cadre d'une opposition à un jugement de revalidation du titre, lui-même rendu par défaut, contester le fond du droit. Cette possibilité qui lui est reconnue ne lui sera toutefois, par hypothèse, d'aucun secours puisque intervenant à un moment où, par l'effet de l'adroite manœuvre de son adversaire, les preuves utiles pour contester la demande auront disparu.

L'auteur de l'avant-projet peut dès lors légitimement s'interroger sur le but réel poursuivi par cette règle et sur l'opportunité de la maintenir.

Déjà en 1989 le groupe de travail « Procédure civile et arriéré judiciaire », présidée par le conseiller Meeûs, estimait que « la péremption du jugement par défaut non signifié dans l'année n'est qu'une survivance historique et la disposition de l'article 806 qui prévoit cette péremption n'a plus de justification suffisante » et qu'en conséquence cette disposition devait être abrogée [100].

Suivant cette suggestion, le projet de loi qui allait devenir la loi du 3 août 1992 'modifiant le Code judiciaire' proposait d'abroger l'article 806. Le Gouvernement avait toutefois lui-même déposé un amendement, lors de l'examen du projet en vue de revenir sur cette suggestion, avec toujours la même justification du risque d'une exécution de mauvaise foi, sciemment retardée [101].

G. de Leval est néanmoins revenu en 2006 sur l'idée d'une « modification » de l'article 806 du Code judiciaire,

> « non seulement en raison du caractère injustifié d'une telle disposition compte tenu des prérogatives du juge statuant par défaut, mais aussi en raison de la persistance d'irritantes controverses sur le caractère contradictoire ou non de la procédure de réactualisation du titre à l'initiative de la partie bénéficiaire du jugement » [102].

---

[100] « Les premiers et troisièmes rapports du groupe de travail 'procédure civile et arriéré judiciaire' (dits 'Rapports Meeûs') », *in L'arriéré judiciaire*, Acte du colloque tenu au Sénat le 26 mai 1989, Éd. Sénat de Belgique, 1989, annexes, pp. 156 à 168, ici p. 163.

[101] « Il est indiqué de maintenir le texte actuel de l'article 806 du Code judiciaire afin d'éviter qu'une partie fasse soudain procéder, après un long moment, à la signification et à l'exécution d'un jugement par défaut contre la partie défaillante. Le défaut peut en effet être imputable au fait que cette partie n'a eu aucune connaissance de la citation. Certaines parties qui ont gagné un procès peuvent, de mauvaise foi, avoir intérêt à une signification volontairement tardive d'un jugement par défaut, ce qui ne favorise pas la sécurité juridique » (*Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1198/1, document de commission n° 32).

[102] G. de Leval, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », *Rev. Dr. ULB*, vol. 34/2006-2, p. 133.

La modification proposée rencontre à juste titre ces diverses préoccupations.

2.1. Le nouvel article 806 vise à circonscrire les pouvoirs du juge statuant par défaut.

Il appelle les observations suivantes.

2.2. Le rôle et les pouvoirs du juge statuant par défaut font débat de longue date. Deux thèses s'opposent : l'une maximaliste, considérée comme traditionnaliste, et l'autre, minimaliste, considérée comme réformatrice.

2.3. La thèse maximaliste est parfaitement résumée par une formule du Tribunal de première instance de Bruxelles : le défendeur défaillant s'en remet à la sagesse du juge pour apprécier sa compétence, la recevabilité et le fondement de la demande [103]. En d'autres termes, le défaut est un mode de contestation globale et présumée de la demande, tant en ce qui concerne la compétence du juge saisi, la recevabilité de l'action et le fondement de la demande. Le juge devrait dès lors soulever, pour le compte de la partie défaillante, tous les moyens de défense (exceptions, fins de non-recevoir et défenses au fond) que celle-ci *aurait pu* soulever si elle avait été présente.

Cette thèse maximaliste autorise donc le juge à soulever d'initiative des contestations, même si elles ne sont fondées que sur une règle supplétive, pouvoir qui lui est strictement dénié dans le cadre des procédures contradictoires [104].

Cette thèse est retenue de manière constante par la Cour de cassation depuis un arrêt de principe du 30 avril 1936 [105]. La Cour l'a encore rappelée dans un arrêt du 14 novembre 2006 :

> « Le défaut d'une partie qui ne comparaît pas constitue un mode de contestation. Il s'ensuit que le juge doit, aussi dans le cas de défaut de la partie contre laquelle une action civile est intentée, examiner avec précision cette action. Ainsi le juge doit-il notamment vérifier s'il est compétent, si l'action est recevable et quel en est le fondement en fait et en droit. Le juge doit vérifier si des faits suffisants sont allégués à l'appui de l'action et si les faits ainsi allégués sont également établis » [106].

2.4. Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques dès lors qu'elle accorde une protection supplémentaire à la partie défaillante, qui peut paraître injustifiée dès lors qu'elle dispose d'une voie de recours ordinaire spécifique – l'opposition – contre la décision rendue par défaut.

---

[103] Civ. Bruxelles, 18 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 103.

[104] J.-Fr. Van Drooghenbroeck, « Absens indefensus est », *in Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, C.I.U.D.J., vol. 6, Bruxelles, Kluwer/Bruylant, 1999, pp. 176 à 251, ici n° 22.

[105] Cass., 30 avril 1936, *Pas.*, I, p. 228.

[106] Cass., 14 novembre 2006, R.G. P. 06.0896.N.

Par ailleurs, cette protection supplémentaire crée des différences de traitements difficilement justifiables, notamment entre les parties défaillantes selon qu'il s'agit du demandeur ou du défendeur. La doctrine a montré que, lorsque c'est le demandeur qui fait défaut, la jurisprudence est hésitante à le surprotéger comme elle le fait pour le défendeur défaillant [107]. En effet, le demandeur ne pouvant par hypothèse pas ignorer l'existence de la procédure qu'il a initiée mais dont il ne se préoccupe pas, les partisans de la thèse maximaliste estiment majoritairement qu'il n'y a pas de motifs qui justifieraient que le juge se préoccupe spécialement des intérêts du demandeur défaillant ni qu'il examine, en sa faveur, le fond du litige.

Il existe toutefois une tendance contraire, spécialement des juridictions du travail qui connaissent, plus que les autres juridictions, de contentieux où c'est souvent la partie demanderesse qui est la partie faible. Cette jurisprudence applique sans distinction la protection supplémentaire en faveur de la partie défaillante, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.

2.5. Le projet opte pour la thèse minimaliste.

Ce choix étant fait, il convient d'observer que, même pour les tenants de cette thèse, le juge doit d'abord vérifier si le défendeur a effectivement été atteint, en temps utile, par l'acte introductif d'instance et que c'est en conséquence en parfaite connaissance de la procédure qu'il a choisi de ne pas comparaître. Comme le souligne H. Boularbah, dans ce cadre, « le juge pourra soulever tous les moyens de procédure déduits de règles d'ordre public et impératives : contrôle des nullités absolues, de la régularité du mode de convocation, de son pouvoir de juridiction, de sa compétence matérielle, des compétences territoriales impératives et d'ordre public, fins de non-recevoir, exceptions déduites du non-respect de règles d'organisation judiciaire » [108].

Dans la mesure où l'auteur de l'avant-projet semble se situer dans cette logique, il lui appartient d'apprécier s'il est bien cohérent, comme le prévoit le texte, de permettre au juge, lorsqu'il statue par défaut, de faire application d'autres règles que celles dont il vient d'être question, fût-ce au titre de la violation manifeste de celles-ci.

Si la préoccupation de l'auteur de l'avant-projet est bien d'éviter que le juge statuant par défaut ne soulève effectivement ces autres règles, il paraît plus cohérent de préciser qu'en cas de défaut le juge statuera sur la demande sans pouvoir soulever d'office d'autres moyens que résultant de règles d'ordre public ou impératives, mais qu'il sera néanmoins tenu de vérifier la régularité de la procédure en ce qui concerne l'introduction de la cause en vue de s'assurer que le défaut n'est pas la conséquence d'une irrégularité à ce stade de la procédure.

---

[107] H. Boularbah, « Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail », *J.T.T.*, 1999, pp. 425 à 433, ici p. 429, n^os^22 et s.

[108] H. Boularbah, *op. cit.*, p. 430, n° 24.

Articles 42 à 45
(abrogation des articles 862, 864, alinéa 2, et 867 du Code judiciaire et
article 865 en projet du même Code)

Remarques générales

1.1. Les dispositions à l'examen aménagent les dispositions du Code judiciaire qui servent de fondement à la théorie des nullités des actes de procédure.

En l'état actuel, cette théorie s'articule autour des règles suivantes :

1° la partie qui invoque la nullité d'un acte doit établir que la formalité omise ou irrégulièrement accomplie est prescrite à peine de nullité par la loi (« Pas de nullité sans texte » – article 860) ;

2° la partie qui invoque la nullité d'un acte doit établir que l'omission de la formalité prescrite à peine de nullité ou son accomplissement irrégulier, lui a causé un grief (« Pas de nullité sans griefs » - article 861) ; il s'agit des nullités dites relatives ;

3° par exception à la règle prévue à l'article 861, lorsque l'omission ou l'irrégularité concerne un cas visé à l'article 862, § 1er, la partie qui invoque la nullité ne doit pas établir de grief ; il s'agit des nullités dites absolues ;

4° la loi prévoit par ailleurs des mécanismes de couverture des nullités en sorte que, même si la nullité est invoquée dans le respect des règles énoncées ci-avant, le juge ne pourra effectivement pas prononcer la nullité :

- s'il s'agit d'une nullité relative : si elle n'a pas été proposée simultanément et avant tout autre moyen ;

- s'il s'agit d'une nullité absolue : si elle n'a pas été soulevée avant qu'un jugement ou un arrêt contradictoire autre que celui prescrivant une mesure d'ordre intérieur ait été rendu, sans que la nullité ait été proposée par la partie ou prononcée d'office par le juge.

Enfin, une couverture spéciale, introduite par la loi du 3 août 1992 est prévue pour toutes les nullités (relatives ou absolues) : l'omission ou l'irrégularité de la forme d'un acte ou de la mention d'une formalité ne peut entraîner la nullité s'il est établi par les pièces de la procédure que l'acte a réalisé le but que la loi lui assigne ; il en va de même si la formalité non mentionnée a, en réalité, été remplie (article 867).

1.2. Comme le souligne à juste titre l'exposé des motifs, l'introduction dans l'article 867, en 1992, d'une couverture spéciale « lorsque le but de la loi a été atteint », a *de facto* fait disparaître l'intérêt des exceptions prévues à l'article 861 par l'article 862. En effet, la seule façon de démontrer que l'acte affecté d'une omission ou d'une irrégularité a néanmoins atteint le but que la loi lui assigne est d'établir que la partie qui soulève l'exception de nullité n'a pas subi de grief en raison de cette omission ou irrégularité. En conséquence, la partie qui soulève une exception de nullité, même si elle peut bénéficier d'un des cas visés à l'article 862, justifiera d'un grief pour tenter de faire échec à la couverture de l'article 867.

La seule différence entre les articles 861 et 867 consiste, comme le souligne le commentaire de l'article, en un renversement de la charge de la preuve. C'est à celui qui soulève l'exception de nullité de prouver l'existence, dans son chef d'un grief. C'est à celui qui soulève la couverture de l'article 867 de prouver que le but de la loi est atteint.

1.3. Eu égard à ce contexte, dans un souci de rationalisation de la procédure, rien ne s'oppose à ce que l'exception à l'article 861 du Code judiciaire, que constitue l'article 862 du même Code, et la couverture spéciale « lorsque le but de la loi est atteint » soient simultanément supprimées.

2. Par contre, en supprimant toute hypothèse de nullités dites « absolues », le projet fait également disparaître la distinction opérée entre nullités absolues et nullités relatives pour les couvertures visées à l'article 864, c'est-à-dire en fonction du moment où l'exception est soulevée. Jugées de moindre importance, les nullités dites relatives sont, jusqu'à présent, couvertes dans le temps procédural plus rapidement que les nullités dites absolues, jugées plus graves.

Cette radicalité dans la réforme n'est pas justifiée dans l'exposé des motifs. Si le caractère « absolu » de la nullité ne justifie pas nécessairement qu'elle puisse être prononcée sans qu'un grief ne soit établi, il pourrait par contre justifier une différence de traitement quant au moment jusqu'auquel l'exception nullité peut être utilement soulevée.

3. En ne maintenant que la règle de l'article 861 et en abrogeant corrélativement l'article 862, l'article 867 et l'alinéa 2 de l'article 864, la modification proposée pourrait générer des effets au-delà de l'objectif poursuivi.

En effet, les articles 860 à 867 traitent à la fois, non sans un manque réel de cohérence, du régime des nullités, sanction qui frappe en principe l'irrégularité d'un acte de procédure, et du régime des délais, prescrits en principe soit à peine de nullités (en ce qui concerne les délais d'attente), soit à peine de déchéance (en ce qui concerne les délais accélérateurs).

Après plusieurs modifications législatives [109], la couverture spéciale de l'article 867 a été étendue aux délais. Bien que, dans sa version actuelle, l'article 867 englobe tous les délais « visés par la présente section », ce qui recouvre également les délais prescrits à peine de déchéance, il ne mentionne toutefois toujours que la couverture de la nullité (vu les termes « ne peut entraîner la nullité »), en sorte que seuls sont effectivement visés les délais prescrits à peine de nullité, ce qui est logique dès lors qu'on voit mal comment le non respect d'un délai (accélérateur) prescrit à peine de déchéance pourrait réaliser le but que la loi assigne à un tel délai.

[109] Trois interventions du législateur ont été nécessaires pour aboutir au texte actuel de l'article 867 (lois du 3 août 1992, du 23 novembre 1998 et du 26 avril 2007).

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est en conséquence attirée sur le fait que l'article 861, qui seul subsisterait si la modification proposée est adoptée, ne vise expressément que la nullité « des actes de procédure ». Sans doute serait-il utile, en tenant compte de la modification proposée, d'insérer, tant à l'article 860, alinéa 1er, qu'à l'article 861, ainsi qu'à l'article 864 en projet une référence expresse aux délais prescrits à peine de nullité.

Les articles 860, alinéa 1er, 861 et 864 seront revus en conséquence.

Remarque particulière

L'article 44 tend à adapter l'actuel article 865 aux nouvelles règles mises en place par la modification suggérée.

Les articles 860, alinéa 1er, 861 et 864 (dans leur version actuelle ou dans la version suggérée ci-avant) n'ont pas vocation à s'appliquer aux délais prescrits à peine de déchéance puisque précisément ils ne visent que la nullité des actes de procédure et les délais prescrits à peine de nullité dans la version suggérée.

Eu égard à la réforme proposé du régime des nullités, il conviendrait d'abroger l'article 865.

Article 49
(article 1050 en projet du Code judiciaire)

L'objet de la modification est d'étendre à l'ensemble des décisions avant dire droit que peut ordonner le juge en vue d'instruire la demande ou de régler provisoirement la situation des parties, le régime de « l'appel postposé » [110], déjà introduit par la loi du 3 août 1992 pour l'appel des décisions sur la compétence, en restreignant la possibilité d'introduire un appel contre de telles décisions en le liant obligatoirement avec l'appel contre « le jugement définitif ».

Un jugement « définitif » n'est pas nécessairement un jugement qui règle définitivement le litige quant au fond. Il s'agit d'une décision par laquelle le juge vide sa saisine sur une question litigieuse, cette question pouvant ne porter que sur la procédure ou sur la recevabilité. L'auteur de l'avant-projet en est conscient puisqu'il cite, dans le commentaire de l'article, la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle

> « il suffit que dans le même jugement (interlocutoire), un point de litige sur la recevabilité ou sur le fond de l'affaire soit jugé, ce qui constitue un jugement 'définitif', pour que le jugement interlocutoire 'avant dire droit' y afférent soit bien susceptible d'appel ».

[110] M. Dewart, G. de Leval et Fr. Georges, « Optimalisation institutionnelle et fonctionnelle de l'appel », *Repenser l'appel*, éd. La Charte, 2012, pp. 187 et s.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attiré sur le fait qu'eu égard à la modification apportée par le projet à l'article 875*bis*, alinéa 1er, du Code judiciaire, selon laquelle, « sauf lorsque la mesure a trait au respect d'une condition de recevabilité, le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction qu'après que l'action concernée a été déclarée recevable », chaque fois qu'une mesure d'instruction sera ordonnée, ce qui constitue une part très significative des mesures « avant dire droit » que peut ordonner le juge, dans un jugement par lequel le juge tranche également la question de la recevabilité de l'action, les parties se retrouveront dans la situation décrite ci-dessus par la Cour de cassation, face à un jugement mixte (en partie définitif sur la recevabilité et en partie « avant dire droit » sur la mesure d'instruction) qui sera immédiatement appelable.

L'article 49 de l'avant-projet sera revu à la lumière de cette observation.

Articles 50 à 56
(articles 1397 et 1398 en projet du Code judiciaire)

1. En l'état actuel du droit, les jugements sont en principe exécutoires dès leur prononcé [111]. Les deux recours ordinaires (appel et opposition) ont, à partir du moment où ils sont introduits, un effet suspensif du jugement définitif attaqué, sauf si la loi ou le juge qui a rendu la décision autorise l'exécution provisoire de celle-ci, nonobstant l'introduction d'un tel recours (article 1398 du Code judiciaire).

Dès lors que la règle de l'effet suspensif des voies de recours ordinaires n'est prévue que lorsque ceux-ci sont introduits « contre le jugement définitif », il s'en déduit que les recours ordinaires introduits contre les jugements avant dire droit n'ont pas cet effet suspensif. L'article 1497 du Code judiciaire illustre expressément cette règle en ce qui concerne les jugements ordonnant une mesure d'instruction.

Par dérogation au caractère exécutoire des jugements définitifs dès leur prononcé, dans certains cas ce n'est pas l'introduction de la voie de recours ordinaire qui est suspensive mais le simple fait que le délai pour introduire ce recours court toujours. En d'autres termes, dans ces cas-là, le jugement définitif n'est pas exécutoire dès son prononcé. Il ne le sera qu'à l'échéance du délai d'appel ou d'opposition et pour autant qu'un tel recours n'ait pas été introduit. Ces cas particuliers concernent :

- les jugements qui ordonnent ou imposent à un tiers une mainlevée, une radiation hypothécaire, un paiement ou une prestation, qui ne sont exécutoires qu'après délivrance, par le greffe, d'un certificat de non appel ou de non opposition (article 1388, alinéa 1er, du Code judiciaire) ;

- les jugements portant condamnation à une somme d'argent, à moins que le jugement n'en ait disposé autrement (article 1495, alinéa 2, du Code judiciaire) et sous réserve du droit de saisir conservatoirement (article 1414 du Code judiciaire).

[111] Étant toutefois entendu que la poursuite de l'exécution forcée nécessite l'accomplissement de certaines formalités.

Ces cas ne s'opposent toutefois pas à l'exécution provisoire de la décision frappée d'appel si elle est de droit ou qu'elle a été accordée par le premier juge. C'est ce que confirme l'article 1388, alinéa 2, du Code judiciaire pour la première catégorie d'exceptions précitée (« Cette attestation n'est pas requise lorsque la décision […] est exécutoire nonobstant appel et, si elle a été rendue par défaut, nonobstant opposition […] ») et l'article 1495, alinéa 2, *in fine*, en ce qui concerne la seconde (« […] la condamnation au paiement d'une somme d'argent, qui fait l'objet d'une décision encore susceptible de recours ordinaires, ne peut être exécutée avant l'échéance d'un mois suivant la signification de la décision, à moins que l'exécution provisoire de celle-ci n'ait été ordonnée »).

2. L'article 50 tend à supprimer le principe de l'effet suspensif de l'appel afin « d'éviter qu'il ne soit fait appel uniquement pour obtenir un sursis à l'exécution de la condamnation ». En conséquence la règle énoncée à l'article 1397, alinéa 2, en projet sera dorénavant que le jugement exécutoire dès son prononcé, le restera nonobstant l'introduction d'un appel. Cet appel aura toutefois pour effet d'attribuer à l'exécution poursuivie un caractère provisoire dès lors que le titre exécutoire est susceptible d'être réformé en appel.

L'avant-projet maintient par ailleurs les exceptions classiques à l'exécution provisoire « particulièrement en matière du droit de la famille ».

Enfin, il est prévu que le juge pourra décider que l'éventuel appel contre son jugement aura, par dérogation, un effet suspensif.

Le système proposé remplace le système actuel en renversant le principe : à l'avenir, l'appel n'aura pas d'effet suspensif, sauf les exceptions prévues par la loi ou si le juge en décide autrement.

S'agissant d'exécuter un titre qui est nécessairement le fruit d'un débat contradictoire en première instance, il n'est pas illégitime de permettre au créancier de poursuivre, à ses risques et périls, l'exécution sur la base de ce titre. Au contraire, l'arriéré judiciaire endémique devant certaines juridictions, spécialement d'appel, justifie, comme le souligne le commentaire de l'article, que le caractère suspensif de ce recours ne constitue plus un moyen de reporter considérablement dans le temps l'exécution des condamnations.

3. Comme le souligne le commentaire de l'article, « une nouvelle distinction est dès lors établie entre l'opposition, qui garde un effet suspensif, et l'appel, qui n'a plus d'effet suspensif ».

Le maintien du caractère suspensif de l'opposition peut être justifié par la modification apportée par le texte en projet à l'article 806 du Code judiciaire et, plus particulièrement, aux pouvoirs du juge qui statue par défaut. Cette différence de traitement n'apparaît dès lors pas injustifiée mais cette justification mériterait d'être expressément précisée dans l'exposé des motifs.

Articles 50 et 51
(articles 1397 et 1398 en projet du Code judiciaire)

1. L'alinéa 1er de l'article 1397 en projet maintient la règle de l'effet suspensif de l'opposition. L'alinéa 2 pose la nouvelle règle de l'absence d'effet suspensif de l'appel.

Dans les deux cas, le texte prévoit qu'il peut être dérogé à la règle, soit par la loi, soit si le juge en décide autrement.

Le Conseil d'État ne perçoit pas la raison pour laquelle cette décision du juge devra être, selon le texte en projet, « spécialement motivée » lorsqu'il s'agit pour le juge, à l'issue d'un débat contradictoire, d'écarter l'absence d'effet suspensif de l'appel, alors que ce n'est pas le cas pour la décision contraire prise par le juge statuant par défaut.

L'exigence de motivation doit être la même, quelle que soit l'hypothèse envisagée.

La même observation vaut pour le nouvel article 1398/1, alinéa 2, en projet.

2. L'absence de garantie à fournir par la partie qui poursuit l'exécution provisoire, sauf décision contraire du juge, n'étant pas propre à l'exécution du titre nonobstant l'appel, dès lors que, dans certains cas (lorsque la loi ou le juge le prévoit), le créancier pourra poursuivre l'exécution provisoire d'une décision prononcée par défaut nonobstant l'opposition, la règle énoncée à la fin de l'alinéa 2 de l'article 1397 en projet devrait faire l'objet d'une disposition autonome.

Il serait à cet égard plus judicieux de compléter l'article 1398 en projet, qui concerne toutes les hypothèses d'exécution provisoire, d'un alinéa 2. Cette disposition pourrait être rédigée comme suit :

« L'exécution provisoire du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit.

Elle se poursuit sans garantie si le juge n'a pas ordonné qu'il en soi constitué une et sans préjudice des règles du cantonnement ».

Article 52
(article 1398/1 en projet du Code judiciaire)

La modification de l'article 1398, telle que proposée ci-avant, permettrait par ailleurs de ne pas devoir énoncer la même règle à l'article 1398/1, alinéa 1er, *in fine*.

Article 54
(article 1399 en projet du Code judiciaire)

Il y a lieu de préciser que l'exécution du jugement est également suspendue pendant le délai d'opposition et d'appel.

Article 56

(article 1495, alinéa 2, en projet du Code judiciaire)

La modification de l'article 1495 du Code judiciaire doit être revue pour mieux correspondre aux nouvelles règles mise en place en matière d'effet suspensif de l'appel.

Comme mentionné ci-avant, en l'état actuel du droit, soit l'appel est suspensif, soit, dans certains cas particuliers – spécialement en cas de condamnation de sommes –, le seul délai d'appel est en lui-même suspensif, l'exécution ne pouvant être poursuivie qu'à l'échéance du délai d'appel.

Dans ce dernier cas, pour pouvoir poursuivre l'exécution du jugement, il revient à la partie poursuivante de faire signifier la décision à la partie adverse afin de faire courir le délai d'appel, qui est d'un mois à dater de la signification. Si aucun appel n'a été interjeté dans le délai, la partie poursuivante pourra entreprendre l'exécution forcée du jugement qui, par l'écoulement du délai d'appel, sera coulé en force de chose jugée. Il ne s'agira donc plus d'une exécution provisoire. Si un appel est interjeté dans le délai, cet appel suspend à son tour l'exécution qui ne pourra se poursuivre qu'après le prononcé de la décision en appel.

Le caractère suspensif de l'exécution par l'effet du seul délai d'appel est donc directement lié au caractère suspensif de l'appel.

C'est ce qu'énonce l'actuel article 1495 du Code judiciaire :

> « La condamnation à une somme d'argent, qui fait l'objet d'une décision encore susceptible de recours ordinaires, ne peut être exécutée avant l'échéance d'un mois suivant la signification de la décision, à moins que l'exécution provisoire de celle-ci n'ait été ordonnée ».

Si la décision est exécutoire par provision, l'exception visée à l'article 1495 du Code judiciaire ne s'applique pas. Dès lors que, dans le nouveau système proposé par le texte en projet, l'appel n'est en principe plus suspensif, de même le délai d'appel ne peut plus l'être. Il ne peut l'être que lorsque l'appel aura été déclaré suspensif par la loi ou par le juge.

Le texte en projet devra être adapté en ce sens.

Article 59

Tel que rédigé, l'alinéa 3 doit trouver place dans l'article 58 relatif aux dispositions transitoires et être remplacé par une disposition prévoyant la date d'entrée en vigueur des articles concernés.

Articles 60 et 61
(article 8, alinéa 2, en projet de la loi du 8 avril 1965)

Il n'est pas correct d'insérer les articles 60 et 61 de l'avant-projet, qui constituent le chapitre 2 du titre 2 de l'avant-projet, sous le titre 2 de l'avant-projet. En effet, ce titre concerne le droit de la procédure civile, alors que l'article 60 de l'avant-projet (et la disposition d'entrée en vigueur y afférente visée à l'article 61) concerne l'action civile intentée dans le cadre de procédures à l'égard de mineurs qui ont commis un fait qualifié d'infraction. Le chapitre précité figurera de préférence dans le titre 3 de l'avant-projet (« Dispositions diverses »).

Article 62
(article 4, § 2, en projet de la loi du 13 janvier 1977)

Le commentaire de l'article 62 justifie comme suit la modification proposée :

> « Par la loi du 14 janvier 2013 portant diverses dispositions relatives à la réduction de la charge de travail au sein de la justice, l'article 1396 du Code civil a été abrogé.
>
> Ledit article prévoyait la publication au *Moniteur belge* de l'extrait de certaines modifications du régime matrimonial en vue de leur opposabilité à l'égard de tiers. La garantie de la protection des droits des tiers, par exemple des créanciers ou des contractants futurs, requiert que pareille publicité soit maintenue, de telle sorte qu'ils soient informés de modifications pouvant avoir une influence sur leurs droits ».

La protection des droits des tiers est cependant assurée par l'article 1395, § 2, du Code civil, remplacé par la loi du 14 janvier 2013 'portant diverses dispositions relatives à la réduction de la charge de travail au sein de la justice' qui dispose ce qui suit :

> « Les modifications conventionnelles ont effet entre époux à dater de l'acte modificatif. Elles n'ont effet à l'égard des tiers que du jour de l'inscription visée à l'article 4, § 2, 1°, de la loi du 13 janvier 1977 portant approbation de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, faite à Bâle le 16 mai 1972 et portant introduction d'un registre central des contrats de mariage, sauf si, dans leurs conventions conclues avec des tiers, les époux ont informé ceux-ci de la modification ».

Autrement dit, ce n'est plus la publication au *Moniteur belge* qui réalise la protection des droits des tiers, mais l'inscription au registre central des contrats de mariage, comme le mentionnait le commentaire des articles 5 et 6 dans l'exposé des motifs de la loi précitée du 14 janvier 2013 en ces termes :

> « La mention et la publication des modifications dans le régime matrimonial ne se font plus par le biais de l'état civil et du *Moniteur belge*, mais par le registre central des contrats de mariage, dont une partie sera gratuitement accessible au public. La publication est ainsi modernisée, tout en préservant les garanties dont bénéficiaient jusqu'à présent les créanciers » [112].

[112] *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-1804/001, p. 5.

La modification proposée paraît dès lors inutile, sauf si l'auteur de l'avant-projet estime que le mécanisme de publicité réalisé par le registre central des contrats de mariage est insuffisant et doit être renforcé par la restauration du mécanisme traditionnel de publicité via le *Moniteur belge* ; si tel est le cas, il convient de l'expliquer dans le commentaire de l'article. Par ailleurs, il sera précisé quelle formalité rend la modification opposable aux tiers.

Article 64
(article 6/1 en projet de la loi du 13 janvier 1977)

L'article 64 de l'avant-projet est la conséquence de l'article 4, § 2, alinéa 2, en projet.

Il est, dès lors, renvoyé à l'observation formulée sous l'article 62 de l'avant-projet.

Article 68
(article 21 en projet de la loi du 17 avril 1878)

L'alinéa 2 en projet de l'article 21 de la loi du 17 avril 1878 'contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale' a notamment pour objet de porter à vingt ans le délai de prescription de l'action publique lorsqu'il s'agit de crimes punissables de la réclusion à perpétuité. Du fait du mécanisme de l'interruption de la prescription, ce délai peut encore être au maximum doublé (voir l'article 22 du titre préliminaire du Code de procédure pénale), tandis que le délai de prescription de l'action publique peut encore être prolongé par le mécanisme de la suspension (voir l'article 24 du titre préliminaire du Code de procédure pénale).

L'application combinée des dispositions précitées peut avoir pour conséquence que l'action publique découlant des crimes concernés devienne *de facto* imprescriptible. Il appartient en premier lieu au législateur de décider si cette conséquence, et l'abandon ou la réduction des garanties qui sous-tendent l'institution de la prescription de l'action publique, peuvent se justifier compte tenu notamment de la gravité intrinsèque de la catégorie de crimes à laquelle le dispositif envisagé s'appliquera. Bien que le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de prescription [113], il convient néanmoins de vérifier à cet égard si la justification invoquée peut être réputée applicable à l'ensemble des crimes visés. Cette justification ne peut se limiter à invoquer purement et simplement un cas particulier pour lequel l'adaptation des règles en matière de prescription est jugée nécessaire [114], même si un tel cas peut mettre à jour une problématique plus générale. En outre, la mesure envisagée doit être raisonnablement proportionnée à l'objectif poursuivi. Il est recommandé que l'exposé des motifs, qui ne contient pour l'heure que quelques considérations très générales, ainsi qu'une référence à un cas particulier, soit adapté sur ce point.

[113] C.C., 11 juin 2015, n° 83/2015, B.8.3.

[114] C.C., 19 janvier 2000, n° 7/2000, B.9, *in fine*.

Article 70
(article 100, § 4, alinéas 3 à 5, en projet du Code judiciaire)

Dans le texte néerlandais de l'article [115] 100, § 4, alinéas 3 à 5, du Code judiciaire, tel qu'il doit être modifié, mieux vaut écrire, conformément au texte français, « van Waals-Brabant » [116] au lieu de « te Waals-brabant ». Certes, cette discordance existe déjà dans d'autres dispositions [117], mais l'occasion pourrait être mise à profit pour la supprimer.

Articles 71 et 76
(articles 156*bis* et 379*bis*, alinéa 1er, en projet du Code judiciaire)

1. Les articles 71 et 76 de l'avant-projet ont pour objet d'élargir le système des « magistrats suppléants » aux magistrats qui, à leur demande, sont admis à la retraite avant l'âge légal. Le terme « magistrat suppléant » n'est cependant pas toujours utilisé de manière cohérente dans le Code judiciaire. Ainsi, le terme figure également à l'article 378, alinéa 2, et 379 du Code judiciaire, alors que c'est précisément dans ces dispositions qu'il ne concerne pas les magistrats suppléants au sens de l'articel 156*bis* du Code judiciaire. L'occasion pourrait être mise à profit pour revoir et uniformiser la terminologie employée.

2. Dans le texte néerlandais de l'article 71 de l'avant-projet, on écrira dans un souci de clarté « worden toegelaten » au lieu de « is toegelaten » si, pour les magistrats admis à la retraite anticipée, une continuité entre la fonction exercée en tant que magistrat effectif et en tant que magistrat suppléant est requise (voir l'observation relative à l'article 77 de l'avant-projet).

Article 77
(article 383 en projet du Code judiciaire)

Il peut notamment se déduire de la mesure transitoire prévue à l'article 88 de l'avant-projet que les magistrats qui, à leur demande, sont admis à la retraite avant l'âge légal et qui en outre ont été autorisés à porter le titre honorifique de leur fonction (voir l'article 71 de l'avant-projet) ne peuvent être désignés comme magistrats suppléants dans le cadre du régime définitif que si leur désignation prend cours au moment de (et donc coïncide avec) leur mise à la retraite [118]. La désignation en tant que magistrat suppléant peut alors être considérée comme se situant dans le prolongement des fonctions exercées antérieurement, de sorte que l'on peut admettre qu'une nouvelle présentation par le Conseil supérieur de la justice n'est pas nécessaire sur la base de l'article 151, §§ 3 et 4, alinéa 2, de la Constitution [119]. Ce point de vue se situe dans le droit fil de la conception existante en ce qui concerne les effets juridiques de la mise à la

[115] Du reste, dans le texte néerlandais, il y a lieu de supprimer la virgule après le mot « artikel ».

[116] Comme d'ailleurs dans les articles 89, alinéa 1er, et 90, alinéa 1er, de l'avant-projet.

[117] Voir par exemple l'article 100, § 4, du Code judiciaire.

[118] Si la désignation pouvait encore avoir lieu après que l'intéressé a été mis à la retraite, le régime transitoire n'aurait en effet aucun sens.

[119] Voir aussi, concernant un cas certes quelque peu différent, C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014, B. 127 à B. 129.5.

retraite anticipée à la demande d'un magistrat (voir l'observation 1 concernant l'article 88 et la jurisprudence du Conseil d'État, section du contentieux administratif, qui y est citée). Il peut toutefois se déduire de certains passages de l'exposé des motifs, qui ne sont cependant pas tout à fait clairs, ainsi que de certaines déclarations du délégué, que les auteurs de l'avant-projet estiment qu'à la suite de la modification visée à l'article 77 de l'avant-projet, les magistrats qui sont admis à la retraite anticipée conservent en principe leur qualité de magistrat, à moins qu'ils ne demandent expressément leur démission. Le Conseil d'État se demande toutefois sur quelle base cette conclusion pourrait être tirée de la modification envisagée. Eu égard également à d'autres conséquences qui en découleraient encore, comme en matière de privilège de juridiction et d'incompatibilités, il est en tout cas nécessaire que le législateur exprime plus clairement sa volonté. Si l'intention est au contraire d'assurer une continuité entre l'exercice de la fonction à titre effectif et à titre suppléant, il est recommandé de préciser à l'article 383 du Code judiciaire que la demande pour être désigné comme magistrat suppléant ne peut être accueillie que lorsqu'elle est introduite en même temps que la demande de mise à la retraite (anticipée) et qu'elle doit prendre cours en même temps que celle-ci.

Article 78

(article 383*bis* en projet du Code judiciaire)

1. Étant donné qu'à l'article 383*bis*, § 1er, du Code judiciaire, il s'agit d'une autorisation de continuer à exercer la fonction jusqu'à ce qu'il soit pourvu à la place devenue vacante, il semble qu'il faille écrire dans la première phrase à remplacer de cet article « pour une période de six mois au maximum » au lieu de « pour une période de six mois ».

2. Dans la deuxième phrase de l'article 383*bis*, § 1er, alinéa 1er, à insérer, du Code judiciaire (article 78, 1°, de l'avant-projet, deuxième modification), on précisera ce qu'il y a lieu d'entendre par les mots « selon les mêmes modalités ».

Article 79

(article 383*ter* en projet du Code judiciaire)

1. Selon l'article 383*ter*, § 1er, alinéa 3, en projet du Code judiciaire, les chefs de corps ne sont pas autorisés à continuer à exercer leur *mandat* sur la base du régime à mettre en place en matière de prolongation de leur fonction. Compte tenu du fait qu'ils sont *nommés* dans une fonction, alors qu'ils sont *désignés* à partir de celle-ci dans un mandat et du fait qu'un régime spécifique est instauré en matière d'avis rendu pour les chefs de corps près des cours, des parquets généraux et du parquet fédéral (voir l'article 383*ter*, § 2, alinéa 7, en projet du Code judiciaire), on peut admettre que les anciens chefs de corps peuvent effectivement continuer à exercer la fonction dans laquelle ils ont été nommés. La question se pose cependant de savoir qui rendra un avis sur la prolongation pour les présidents et vice-présidents des juges de paix et des juges de police et pour les chefs de corps des tribunaux, des parquets et des auditorats du travail puisqu'ils n'ont évidemment pas eux-mêmes de chef de corps. De l'accord du délégué, l'article 383*ter* en projet du Code judiciaire doit être complété à l'égard de ces magistrats.

2. Selon le délégué, les titulaires d'un mandat adjoint visé à l'article 58*bis*, 3°, du Code judiciaire peuvent continuer à exercer leur mandat lorsqu'ils demandent l'application du futur article 383*ter* du Code judiciaire. Dans un souci de clarté, mieux vaudrait l'exprimer clairement à l'article 383*ter* précité.

3. Dans l'avant-dernier alinéa de l'article 383*ter*, § 2, en projet du Code judiciaire, on écrira « font l'objet d'un avis du Ministre de la Justice [120] » au lieu de « sont examinées par le Ministre de la justice ». Selon le dernier alinéa de cette disposition, c'est en effet le Roi qui prend la décision finale.

Article 80

(article 379*bis* en projet du Code judiciaire)

L'article 397*bis* en projet du Code judiciaire a pour objet de permettre aux référendaires près la Cour de cassation, aux référendaires près les cours et tribunaux et aux juristes de parquet de continuer à exercer leur fonction après l'âge de la pension à soixante-cinq ans. La période de polongation est de un an au maximum, mais elle est renouvelable.

Il a été demandé au délégué pourquoi aucun âge maximum jusqu'auquel la prolongation peut avoir lieu n'est imposé, par analogie avec le régime applicables aux magistrats (voir l'article 383*ter*, § 1er, alinéa 1er, en projet du Code judiciaire – l'article 79 de l'avant-projet). Il a renvoyé sur ce point au régime applicable aux greffiers, aux secrétaires de parquet, au personnel judiciaire et aux attachés, pour lesquels une telle limitation n'existe pas non plus.

Toutefois, ce n'est pas parce qu'un régime donné contient une éventuelle lacune qu'une lacune est justifiée dans un autre régime. En tout état de cause, il faudra justifier pourquoi un âge maximum est imposé pour les magistrats et pas pour les référendaires, les juristes de parquet et le personnel cité par le délégué. Si cette justification ne peut être trouvée, il faudra également prévoir un âge maximum pour ces dernières catégories de personnes.

Article 88

L'article 88 de l'avant-projet vise à permettre aux magistrats qui, à leur demande, en application de la loi du 15 mai 1984 'portant des mesures d'harmonisation des régimes de pensions', ont été admis à la retraite dans les cinq ans qui précèdent l'entrée en vigueur de la loi dont l'adoption est envisagée, de demander au Roi d'être désignés en tant que magistrat suppléant.

[120] Strictement parlant, il faudrait écrire « le ministre qui a la Justice dans ses attributions » au lieu de « le Ministre de la justice », mais ce dernier terme est déjà utilisé en de nombreux autres endroits du Code judiciaire.

À la suite de leur mise à la retraite anticipée, les personnes précitées ont perdu leur qualité de magistrat [121]. Par conséquent, la désignation en tant que magistrat suppléant doit être considérée comme une nouvelle nomination en tant que magistrat, pour laquelle une présentation par le Conseil supérieur de la Justice est nécessaire, en vertu de l'article 151, §§ 3 et 4, de la Constitution. L'avis de la commission de nomination compétente du Conseil supérieur de la Justice, visé à l'article 88, § 1er, alinéa 2, de l'avant-projet, doit dès lors être remplacé par une présentation de cette commission.

OBSERVATIONS FINALES DE LÉGISTIQUE ET DE FORME

L'avant-projet suscite des difficultés quant au respect des règles de la légistique et sur d'autres questions de forme.

Ainsi, par exemple, il y a lieu de relever les points suivants :

1. Au titre II, il y a lieu de diviser le chapitre 1er en trois sections intitulées respectivement :

[Section 1re. Dispositions modificatives] (concernant les articles 2 à 57)

[Section 2. Disposition transitoire] (concernant l'article 58)

[Section 3. Entrée en vigueur] (concernant l'article 59).

2. À l'article 2 de l'avant-projet, il y a lieu d'écrire : « Dans l'article 23 du Code judiciaire … ».

3. À l'article 4 de l'avant-projet, dans la phrase liminaire, il y a lieu de mentionner que l'article 38, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire, a été remplacé par la loi du 24 mai 1985.

4. La phrase liminaire de l'article 9 de l'avant-projet mentionne que l'article 78 du Code judiciaire « a été modifié en dernier lieu par la loi du 30 juillet 2013 ». Outre la constatation que ceci n'est pas correct [122], il y a lieu de relever qu'une phrase liminaire d'une disposition modificative doit, en principe, mentionner toutes les modifications encore en vigueur. Il ne peut y être dérogé que lorsque les modifications antérieures sont à ce point nombreuses que leur mention ne ferait qu'alourdir inutilement l'article concerné et n'apporterait plus qu'une faible plus-value, ce qui n'est toutefois pas le cas en l'occurrence. La phrase liminaire de l'article 9 de l'avant-projet doit dès lors être adaptée en conséquence.

Une même observation vaut à l'égard des articles 10, 11, 15, 18, 31, 34, 36 à 38, 68, 70, 71, 77, 78 et 80 de l'avant-projet.

---

[121] C.E., 29 novembre 2010, nos 209.286 et 209.287, Mertens et Winnen.

[122] L'article 78 du Code judiciaire a encore été modifié par la loi du 10 avril 2014 déjà entrée en vigueur.

5. L'abrogation visée à l'article 9, 1°, de l'avant-projet semble concerner l'alinéa 3, et non l'alinéa 2 de l'article 78 du Code judiciaire [123]. La disposition visée doit dès lors être adaptée en conséquence.

Par ailleurs, il convient de souligner que l'article 78 du Code judiciaire a été modifié par l'article 93 de la loi du 5 mai 2014 'relative à l'internement des personnes', qui n'est toutefois pas encore entrée en vigueur [124]. Il faudra tenir compte du fait que ce dernier article vise encore la division actuellement en vigueur de l'article 78 du Code judiciaire, alors que lors de l'intégration des modifications apportées par la loi du 5 mai 2014, sa nouvelle version devra être prise en considération [125] ; il vaudrait mieux que le législateur clarifie lui-même cette question.

6. Sans préjudice de l'observation 2, le mot « ancien » peut chaque fois être omis à l'article 9, 2° et 3°, de l'avant-projet.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 10, 2°, de l'avant-projet.

7. L'article 12 de l'avant-projet vise à remplacer, dans l'article 92*bis* du Code judiciaire, la référence à l'article 78, alinéa 6, du Code judiciaire par une référence à l'article 78, alinéa 4, de ce Code, et ce consécutivement aux modifications envisagées à l'article 9 de l'avant-projet. Si cette modification semble correcte dans l'état actuel du droit, le Conseil d'État relève toutefois que l'article 93, 2°, qui n'est pas encore entré en vigueur, de la loi du 5 mai 2014 vise à insérer un nouvel alinéa dans l'article 87 du Code judiciaire. Cette insertion nécessitera à son tour une adaptation de la référence à l'article 78, alinéa 4, du Code judiciaire, qui doit devenir une référence à l'article 78, alinéa 5.

Une disposition doit être insérée à cet effet dans l'avant-projet.

8. L'article 14 de l'avant-projet doit mentionner l'historique de l'article 104, alinéa 7, du Code judiciaire.

9. Lorsqu'un paragraphe est abrogé, il n'est pas judicieux de modifier la numérotation d'autres paragraphes, comme c'est le cas à l'article 15, 3°, de l'avant-projet [126].

---

[123] Dans le « texte de base »joint à l'avant-projet, l'alinéa 3 actuel de l'article 78 du Code judiciaire est reproduit à tort comme l'alinéa 2.

[124] Selon l'article 136 (qui n'est pas formulé correctement sur le plan de la légistique) de la loi du 5 mai 2014, son article 93, qui comporte en outre des références erronées, entrera en vigueur « au plus tard le 1er janvier 2016 ». L'article 93 de la loi du 5 mai 2014 ne semble pas encore avoir été mis en vigueur.

[125] Ce problème est symptomatique des difficultés générées par l'entrée en vigueur différée de certaines dispositions modificatives du Code judiciaire, auxquelles succèdent alors de nouvelles dispositions modificatives assorties ou non d'une entrée en vigueur différée. On risque ainsi de créer un écheveau inextricable sur le plan de la légistique, ce qui engendre l'insécurité juridique y afférente. En raison des délais contraignants qui sont quasi systématiquement imposés à la section de législation et compte tenu, par rapport à la charge de travail, du nombre réduit de magistrats qui composent la section de législation (voir l'article 79, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État), il n'est pas toujours possible de consacrer un examen approfondi à cette problématique.

[126] Toutefois pas d'une manière cohérente, dès lors que le paragraphe 3 de l'article 109*bis* du Code judiciaire est renuméroté, mais pas le paragraphe 4 de cet article.

10. La phrase liminaire de l'article 16 de l'avant-projet doit reproduire l'ensemble de l'historique de l'article 138*bis* du Code judiciaire, alors que celle-ci ne doit pas être reproduite à l'article 16, 2°, de l'avant-projet en ce qui concerne l'article 138*bis*, § 1er/1, du Code judiciaire.

11. Dans la phrase liminaire de l'article 19 de l'avant-projet, on supprimera les mots « l'article 2 de ».

12. Dans le texte néerlandais de l'article 20 de l'avant-projet, on écrira « opschrift » au lieu de « titel ».

13. Dans le texte néerlandais de l'article 520/5, § 2, alinéa 1er, en projet du Code judiciaire, la dénomination de l'organisme qui y est visé n'est pas tout à fait conforme à celle qui figure dans le texte néerlandais de l'article 1389*bis*/8 de ce code, qui présente elle-même une discordance avec son texte français. L'occasion pourrait être mise à profit pour éliminer cette dernière discordance (article 25 de l'avant-projet).

14. Dans les phrases liminaires des articles 21 à 28 de l'avant-projet, on supprimera chaque fois le mot « nouvel » devant le mot « article ».

15. À l'article 31 de l'avant-projet, mieux vaut réécrire entièrement l'article 744 en projet du Code judicaire.

16. À l'article 38 de l'avant-projet, dans la phrase liminaire, il y a lieu de mentionner, dans la version française, que l'article 770 en projet du Code judiciaire a été modifié en dernier lieu par la loi précitée du 25 avril 2014. Dans la version néerlandaise, on écrira « laatstelijk » au lieu de « laatst ».

17. À l'article 42 de l'avant-projet, il y a lieu d'écrire « remplacé par la loi du 3 août 1992 » et non « modifié par la loi du 3 août 1992 ».

La même observation vaut pour l'article 43 de l'avant-projet.

18. À l'article 48 de l'avant-projet, dans la phrase liminaire, il y a lieu de mentionner que l'article 1034*ter* en projet du Code judiciaire a été inséré par la loi du 3 août 1992.

19. Dans le texte néerlandais de l'article 58, alinéas 1er et 2, de l'avant-projet, on écrira chaque fois « die van toepassing waren » au lieu de « die geldig waren ».

20. À l'article 59 de l'avant-projet, tel que rédigé, l'alinéa 3 doit trouver place dans l'article 58 relatif aux dispositions transitoires et être remplacé par une disposition prévoyant la date d'entrée en vigueur des articles concernés.

21. À l'article 60 de l'avant-projet, on mentionnera que l'article 8 de la loi du 8 avril 1965 'relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant

commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait' a été remplacé par la loi du 30 juillet 2013.

22. À l'article 62 de l'avant-projet, dans la phrase liminaire, il y a lieu d'écrire « remplacé par la loi du 14 janvier 2013 ».

23. À l'article 63 de l'avant-projet, dans la phrase liminaire, il y a lieu d'écrire que l'article 4/1 a été inséré par la loi du 14 janvier 2013.

24. À l'article 66 de l'avant-projet, dans la version française, les mots à remplacer sont « les seize mois » et non « seize mois ».

25. À l'article 67 de l'avant-projet, dans la version française, il y a lieu d'écrire « est chargée » et non « est chargé ».

26. Avant l'intitulé « dispositions diverses » qui, par souci d'uniformité avec les intitulés des titres 1er et 2, devrait figurer en lettres minuscules, il y a lieu d'insérer la mention « Titre 3 ».

27. L'article 71 de l'avant-projet doit préciser que la modification en projet qu'il contient concerne l'alinéa 1er de l'article 156*bis* du Code judiciaire.

28. L'article 78, 1°, de l'avant-projet comporte deux modifications distinctes, qui doivent par conséquent être insérées par des (sous-)divisions distinctes de cette disposition. Au demeurant, l'ordre des modifications doit être inversé.

29. L'historique ne doit mentionner que les modifications encore en vigueur, de sorte qu'une loi de remplacement, qui a été suivie par une autre loi de remplacement, ne doit plus être mentionnée. L'article 82 de l'avant-projet devra être adapté en conséquence.

30. À l'article 86 de l'avant-projet, on remplacera le mot « modifié » par le mot « remplacé ».

31. La phrase liminaire de l'article 87 de l'avant-projet doit mentionner la loi modificative du 6 juillet 1976.

32. Dans le texte néerlandais de l'article 88, § 1er, de l'avant-projet, on remplacera le mot « voornoemde » par le mot « deze ».

33. Dans le texte néerlandais de l'article 89, alinéa 1er, de l'avant-projet, il y a lieu d'ajouter le mot « van » entre le mot « worden » et le mot « rechtswege ».

34. À l'article 91 de l'avant-projet, les mots « produit ses effets le jour de la publication » doivent être remplacés par les mots « entre en vigueur le jour de la publication ».

OPSCHRIFT

Het voorontwerp draagt als opschrift 'voorontwerp van wet houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht'. Dat opschrift is evenwel niet correct en zelfs misleidend nu in het voorontwerp tal van andere aangelegenheden worden geregeld, zoals bepaalde aspecten van de gerechtelijke organisatie, de niet-gerechtelijke invordering van bepaalde schuldvorderingen of de verjaring van de strafvordering. Het opschrift van het voorontwerp dient derhalve te worden aangepast.

DISPOSITIEF

Artikel 2
(ontworpen artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. De voorgestelde wijziging van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek strekt ertoe te beletten dat op basis van een andere rechtsgrond een nieuwe procedure wordt ingesteld die dezelfde strekking heeft als een eerder ingestelde procedure (die per definitie ongegrond is verklaard).

De bedoeling bestaat erin het gezag van het rechterlijk gewijsde van een definitieve gerechtelijke beslissing[1] te verruimen, ongeacht de aangevoerde rechtsgrond.

Er wordt aan herinnerd dat luidens artikel 25 van het Gerechtelijk Wetboek "[h]et gezag van het rechterlijk gewijsde verhindert dat de vordering opnieuw wordt ingesteld".

In de huidige redactie van artikel 23 wordt aangegeven dat het gezag van het rechterlijk gewijsde "zich niet verder uit[strekt] dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt", alsook dat "de gevorderde zaak dezelfde [moet zijn]", dat "de vordering op dezelfde oorzaak [moet] berust[en]" en dat ze door dezelfde partijen en tegen dezelfde partijen in dezelfde hoedanigheid moet zijn ingesteld.

2. De rechtsleer stelt het volgende:

> "la 'chose' dont l'autorité est invoquée n'a pu être 'jugée' que sur le fondement des faits juridiquement qualifiés et appréciés par le juge en vertu des règles de droit applicables. Ainsi, un jugement de débouté fait obstacle à la présentation d'une nouvelle demande si celle-ci repose sur les mêmes faits envisagés au regard de la même règle de droit".[2]

[1] Dat begrip moet in de zin van het gerechtelijk recht worden opgevat; het moet met andere woorden geacht worden betrekking te hebben op de beslissing waarmee de rechter zijn rechtsmacht over een geschilpunt volledig uitoefent, aangezien enkel een dergelijke beslissing gezag van het rechterlijk gewijsde kan hebben.

[2] G. de Leval, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2e uitg., 2005, 249. De auteur wijst erop dat dit in strafzaken niet geldt. In strafzaken zijn het immers de feiten die worden beoordeeld, ongeacht de kwalificatie die daaraan wordt gegeven.

Volgens die lering was het bij de huidige stand van de wetgeving dus toegestaan dat het proces opnieuw werd gevoerd voor zover dezelfde feiten ("les mêmes faits") op grond waarvan de nieuwe vordering ingesteld werd, in het licht van een andere rechtsregel werden beschouwd.

Die lering is evenwel moeilijk verenigbaar met de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof van Cassatie naar luid waarvan de rechter bij wie een partij op basis van een bepaalde juridische kwalificatie van de feiten een vordering heeft ingesteld, die kwalificatie in voorkomend geval passender dient te maken zonder de feiten (en dus de oorzaak) te wijzigen. Op dat bezwaar is geantwoord dat, wat de aard van de oorzaak betreft, "il convient de ne point confondre la cause de la demande au regard de l'office du juge et la notion de cause envisagée pour déterminer l'étendue de l'autorité de la chose jugée".[3]

Voorts moet worden opgemerkt dat de voorbeelden uit de rechtspraak[4] het niet mogelijk maken even beslist te zijn wat betreft de vraag of het werkelijk mogelijk is om dezelfde vordering opnieuw in te stellen door alleen de rechtsgrond ervan te wijzigen.

Zo heeft het hof van beroep te Bergen geoordeeld dat, wanneer in een eerste procedure is besloten dat het omstreden voorwerp niet geleend maar verkocht was, zonder dat ingegaan was op de vraag of de verkoopprijs al dan niet was betaald, die eerste procedure niet in de weg stond aan een nieuw proces betreffende de betaling van de verkoopprijs.[5] Voor het hof van beroep heeft de vordering een ander onderwerp. In de eerste procedure ging het om de teruggave van een geleende zaak terwijl de tweede procedure betrekking had op de betaling van de verkoopprijs.

In een ander voorbeeld dat professor de Leval aanhaalt, heeft de rechtbank van koophandel te Verviers geoordeeld dat voor de beoordeling van een exceptie van gewijsde nagegaan moest worden wat voordien bediscussieerd en geoordeeld was.[6] Wanneer het eerdere vonnis alleen de kwestie betreffende de kwalificatie van de overeenkomst had beslecht (huurovereenkomst of concessie-overeenkomst), kon de rechtbank, zonder afbreuk te doen aan het gezag van het rechterlijk gewijsde, alsnog beslissen dat de inboedel en de uitrusting van het onroerend goed door hun bestemming onroerend waren geworden.

Aldus blijkt dat de voorbeelden van hernieuwde vorderingen die de rechtsleer geeft ter illustratie van de mogelijkheid om dezelfde vordering op basis van een andere rechtsgrond opnieuw in te stellen, in feite een ander onderwerp hebben dan de vordering waarover het eerste proces handelde.

Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, wordt met de voorgestelde wijziging van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek de mogelijkheid echter niet uitgesloten van een nieuwe procedure tussen dezelfde partijen en die berust op dezelfde oorzaak, dat wil zeggen een procedure betreffende dezelfde feiten, voor dezelfde rechtbank of eventueel voor een

---

[3] G. de Leval, *o.c.*, 248.

[4] Aangehaald door G. de Leval, *o.c.*

[5] Bergen, 19 april 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 125.

[6] Kh. Verviers 17 juni 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 1301.

andere rechtbank indien ze niet hetzelfde voorwerp heeft. Het voorbeeld dat in de memorie van toelichting wordt gegeven ter rechtvaardiging van het voortbestaan van dat recht en waarbij verwezen wordt naar eenzelfde schadeverwekkend feit, dat enerzijds voor de correctionele rechtbank kan worden vervolgd en in verband waarmee anderzijds een vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld voor de burgerlijke rechtbank, is niet relevant. Het gaat om twee procedures, de ene strafrechtelijk en de andere burgerrechtelijk, die niet dezelfde doelstellingen nastreven, en waarvoor niet dezelfde procedureregels gelden en waarin evenmin dezelfde partijen tegenover elkaar staan. In strafzaken is het openbaar ministerie de vervolgende partij. Zo ook doet de verwijzing naar het geval dat twee burgerlijke procedures tegelijk aanhangig zijn hier niet ter zake, aangezien de wijziging van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek ertoe strekt te beletten dat eenzelfde procedure wordt ingesteld nadat een vonnis met gezag van het rechterlijk gewijsde is gewezen in het kader van een eerdere procedure, terwijl aanhangigheid veronderstelt dat twee procedures aanhangig zijn waarbij dezelfde partijen betrokken zijn, die dezelfde oorzaak en hetzelfde onderwerp hebben en die gelijktijdig aan burgerlijke rechtbanken zijn voorgelegd.

3. Volgens die lezing zal de voorgestelde wijziging het voortaan alleen onmogelijk maken dat dezelfde vordering (hetzelfde onderwerp, dezelfde partijen en dezelfde oorzaak) opnieuw wordt ingesteld als alleen de rechtsgrond waarop ze steunt, gewijzigd wordt. Zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, strekt die wijziging tot "concentratie van geding" doordat ze de verzoekende partij ertoe noopt om in het kader van eenzelfde geding alle rechtsgronden aan te voeren waarop haar vordering zou kunnen steunen.

Gelezen in samenhang met de verplichting voor de rechter om in voorkomend geval de rechtsgrond van de vordering te herkwalificeren zonder daarbij het onderwerp of de oorzaak ervan te wijzigen, maakt die wijziging het mogelijk de procedure efficiënter te maken zonder de rechten van de partijen op onevenredige wijze in het gedrang te brengen, en beantwoordt ze dus aan de doelstellingen van de steller van het ontwerp.

Teneinde elke controverse in verband met de strekking van de voorgestelde wijziging te voorkomen, moet de steller van het ontwerp er evenwel op toezien dat de memorie van toelichting wordt aangepast.

Artikel 3
(ontworpen artikel 32*ter* van het Gerechtelijk Wetboek)

Algemene opmerking

1. Artikel 3 van het ontwerp strekt ertoe in het Gerechtelijk Wetboek een artikel 32*ter* in te voegen dat voorziet in de mogelijkheid van een elektronische communicatie tussen de "actoren" van Justitie. Die elektronische communicatie zal kunnen worden aangewend voor elke "kennisgeving", of "neerlegging" en meer in het algemeen voor elke "mededeling" "door een gerechtelijke instantie aan of bij een andere gerechtelijke instantie, een advocaat, gerechtsdeurwaarder of notaris" en omgekeerd.

In dit stadium creëert de ontworpen bepaling alleen de juridische basis om die elektronische communicatie juridisch mogelijk te maken. Ze machtigt de Koning de nadere regels te bepalen van dat informaticasysteem waarbij de vertrouwelijkheid en de effectiviteit van de communicatie gewaarborgd moeten worden.

Er bestaat evenwel reeds een wettelijke basis ter zake, te weten de wet van 10 juli 2006 'betreffende de elektronische procesvoering' en de wet van 5 augustus 2006 'tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de elektronische procesvoering' (de Phenixwetten II en III genoemd).

Zo heeft artikel 3 van de voornoemde wet van 5 augustus 2006 in artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek inzonderheid het begrip "gerechtelijk elektronisch adres" ingevoerd.

Die twee wetten zijn gedeeltelijk in werking getreden, inzonderheid krachtens de wetten van 31 december 2012 'houdende diverse bepalingen betreffende justitie' en 'houdende diverse bepalingen, inzonderheid betreffende justitie', die ertoe strekten die bepalingen van de Phenixwetten in werking te doen treden waarvoor het blijkbaar niet nodig was dat tegelijk een elektronische procedure werd ingevoerd.

Die gedeeltelijke inwerkingtreding van sommige bepalingen tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek werd gerechtvaardigd als volgt:

> "Met het oog op de nakende informatiseringsprojecten binnen Justitie worden een aantal bepalingen van bovenvermelde wetten in werking gesteld op datum van 1 januari 2013. Voor de overige bepalingen werd deze datum niet opportuun geacht, onder meer omdat zij refereren naar bepaalde oude beheersstructuren die niet langer actueel zijn."[7] (…) "De wet van 10 juli 2006 betreffende de elektronische procesvoering (Phenix II) en de wet van 5 augustus 2006 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de elektronische procesvoering (Phenix III) wijzigen sommige artikelen van het Gerechtelijk Wetboek teneinde voornoemd wetboek 'technologisch neutraal' te maken, zonder evenwel de eigenlijke gerechtelijke procedure te wijzigen. Met het oog op de modernisering van de wetgeving, en om reeds te anticiperen op de op handen zijnde technologische vernieuwing, lijkt het raadzaam een aantal bepalingen in werking te laten treden vanaf januari 2013."[8]

De inwerkingtreding van de overige bepalingen van de Phenixwetten II en III is bij artikel 21 van de wet van 19 december 2014 'houdende diverse bepalingen betreffende Justitie' uitgesteld tot uiterlijk 1 januari 2017.

2. Uit de bespreking van het ontworpen artikel 32*ter* kan worden opgemaakt dat de bepalingen van de Phenixwetten II en III die precies op de elektronische procedure betrekking hebben nooit in werking zullen treden, aangezien een ander project voor de informatisering van Justitie in het vooruitzicht wordt gesteld (volgens de bespreking van het artikel is dat thans het

[7] Memorie van toelichting, *Parl.St*. Kamer 2012-13, nr. 53-2572/001, 5.

[8] *Ibid*., 20. In de memorie van toelichting wordt evenwel het volgende opgemerkt: "De wet van 10 juli 2006 en de wet van 5 augustus 2006 bevatten tevens andere bepalingen inzake de elektronische procesvoering. Aangezien in deze bepalingen uitdrukkelijk wordt verwezen naar de verschillende comités die zijn opgericht krachtens de wet van 10 augustus 2005 tot oprichting van het informatiesysteem Phenix, lijkt het thans niet opportuun de inwerkingtreding in januari 2013 mogelijk te maken" (*l.c.*, 21).

eBox-systeem of elk ander efficiënter systeem dat in de toekomst beschikbaar zal zijn). In de bespreking van artikel 31 van het voorontwerp preciseert de steller van het voorontwerp dat "[d]e wijziging van de wet van 10 juli 2006 (…) het voorwerp [zal] uitmaken van een ander wetgevend initiatief".

Gelet op de invoeging van het ontworpen nieuw artikel 32*ter*, moet worden geregeld wat er van de nog niet in werking getreden bepalingen van de voornoemde wetten zal worden, en moet voorts worden nagegaan of de reeds in werking getreden bepalingen van die wetten, verenigbaar zijn met het nieuwe informaticasysteem dat de Koning luidens het ontworpen artikel moet invoeren.

Bijzondere opmerkingen

1. Het begrip "gerechtelijke instantie" moet worden gepreciseerd, aangezien het tot op heden niet in het Gerechtelijk Wetboek wordt gebruikt en het in het courante taalgebruik verscheidene betekenissen kan hebben die evenwel in principe betrekking hebben op een rechtscollege. Onder dat begrip moeten immers alle *instanties* vallen, maar ook alle diensten die onder de rechterlijke macht ressorteren, waaraan de Koning het gebruik van het "informaticasysteem van Justitie" kan aanbieden en in voorkomend geval kan opleggen. Zonder nadere precisering kunnen bijvoorbeeld noch de griffies, waarop de bepaling kennelijk betrekking heeft, doordat daarin uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de kennisgevingen, noch de secretariaten van de parketten als "gerechtelijke instanties" worden beschouwd.

2. Doordat de tekst betrekking heeft op de kennisgevingen, de neerleggingen en de mededelingen door een gerechtelijke instantie aan een andere gerechtelijke instantie of aan de "actoren van Justitie", te weten de advocaten, de gerechtsdeurwaarders en de notarissen, en omgekeerd, kan hij geen toereikende rechtsgrond vormen voor het opzetten van een echte elektronische gerechtelijke procedure. Enerzijds heeft de ontworpen tekst geen betrekking op de elektronische mededelingen tussen de "actoren van Justitie", noch op de betekening van een proceshandeling, die geschiedt door een gerechtsdeurwaarder en aan een rechtzoekende. Meer in het algemeen heeft deze bepaling geen betrekking op de rechtzoekenden en voorziet ze dus niet in de mogelijkheid de procedure volledig te informatiseren. Anderzijds is, behalve voor de mededelingen tussen de gerechtelijke instanties en de actoren van Justitie, niets bepaald betreffende het "elektronisch dossier" waarin de Phenixwetten zowel voor burgerlijke als voor strafzaken voorzien.[9]

De aldus aangevoerde rechtsgrond lijkt ontoereikend om alle procedurele situaties te omvatten waarvoor het goed zou zijn dat een elektronische mededeling in de plaats zou komen van een traditionele mededeling. Bovendien dreigt daardoor een ongelijke behandeling tussen rechtzoekenden te ontstaan al naargelang ze al dan niet een beroep doen op de diensten van een advocaat.

[9] Zie het collectief werk *Phenix – Les tribunaux à l'ère électronique*, Brussel, Bruylant, 2007, inzonderheid de volgende bijdragen: V. Lamberts, "La signification par voie électronique", 178 e.v.; D. Mougenot, "Le code judiciaire à l'épreuve du cyberspace: une réforme réussie?", 89 e.v.; D. Vandermeersch, "Phenix à l'épreuve de la procédure pénale", 122 e.v.

Artikel 7
(ontworpen artikel 46/1 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Om de griffies te ontlasten van het eentonig werk diverse kennisgevingen te zenden, zowel aan de partijen als aan hun advocaten, bepaalt de ontworpen tekst dat, wanneer een partij in de procedure door een advocaat wordt vertegenwoordigd, de kennisgeving "bij gewone brief" aan die partij geschiedt door alleen aan de advocaat van die partij een "gewone brief" te zenden. Die regeling geldt luidens de ontworpen tekst voor de volgende gevallen:

- wanneer een advocaat voor een partij is verschenen op de inleidende zitting of op een latere zitting (artikel 728, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek);

- wanneer een advocaat bij conclusie aan de rechter een verzoek richt om de accountant van de belastingplichtige in zijn (schriftelijke of mondelinge) toelichtingen te horen (artikel 728, § 2*bis*, van het Gerechtelijk Wetboek);

- wanneer een advocaat voor een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn "verschijnt" (artikel 728, § 3, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek);

- wanneer de advocaten van de partijen in onderlinge overeenstemming schriftelijk hebben verklaard dat zij in de zaak optreden (artikel 729 van het Gerechtelijk Wetboek);

- wanneer een advocaat de griffie per brief heeft meegedeeld dat hij optreedt voor een partij die voordien geen advocaat had of dat hij een andere advocaat opvolgt (ontworpen artikel 729/1 van het Gerechtelijk Wetboek);

- en zolang de griffie er niet bij een verklaring van de advocaat van in kennis is gesteld dat hij ophoudt voor die partij op te treden overeenkomstig het ontworpen artikel 729/1 van het Gerechtelijk Wetboek.[10]

2. Het begrip "pli ordinaire" komt in de Franse tekst van het Gerechtelijk Wetboek niet voor; artikel 53*bis* van dat Wetboek onderscheidt de "pli judiciaire" ("gerechtsbrief"), de "recommandé avec accusé de réception" ("ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs"), de "pli simple" ("gewone brief") en de "pli recommandé" ("aangetekende brief", bedoeld wordt: zonder ontvangstbewijs). In artikel 46 van het Gerechtelijk Wetboek wordt beschreven wat onder "pli judiciaire" moet worden verstaan.

In de gevallen bepaald bij de wet (inzonderheid de artikelen 706, 732, 792, 943, 951 en 952 van het Gerechtelijk Wetboek) zendt de griffie tevens mededelingen bij gewone brief ("par simple lettre") hetzij alleen aan de partijen (artikel 732 van het Gerechtelijk Wetboek), hetzij aan de partijen en in voorkomend geval aan hun advocaten (artikel 706 van het Gerechtelijk Wetboek), hetzij aan de partijen of aan hun advocaten (artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek). Daarnaast stellen sommige artikelen dat een mededeling "per gerechtsbrief" aan de partijen en bij "gewone brief" ("simple lettre") aan de advocaten wordt gezonden. Ten slotte bepaalt artikel 1342 van het Gerechtelijk Wetboek inzonderheid reeds een

[10] Zie, infra, de opmerkingen betreffende die ontworpen bepaling (artikel 30 van het ontwerp).

geval waarin een beschikking "bij gewone brief" ("simple lettre") alleen aan de advocaat van de partij (*in casu* de advocaat van de verzoekende partij) wordt gezonden en niet aan de partij zelf.

3. Het gebruik van de uitdrukking "bij gewone brief" in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 46/1[11] wekt de indruk dat de Franse tekst verwijst naar het voornoemde geval waarin een "simple lettre" wordt gezonden.

De Franse tekst van de ontworpen bepaling moet in die zin worden aangepast.

Artikelen 9 tot 18 van het voorontwerp

Algemene opmerkingen

1. De artikelen 9, 10, 15, 17 en 18 van het voorontwerp strekken tot de veralgemening van het systeem van de alleen zitting houdende rechter in de rechtbank van eerste aanleg en van de alleen zitting houdende raadsheer in burgerlijke zaken in de hoven van beroep. Op het niveau van de rechtbank van eerste aanleg zal in burgerlijke en strafzaken enkel het hoger beroep tegen de vonnissen van de politierechtbanken gewezen in strafzaken nog systematisch door een kamer samengesteld uit drie rechters worden behandeld. Andere zaken worden toegewezen aan een kamer met één rechter, behalve wanneer ze door de voorzitter van de rechtbank ambtshalve worden toegewezen aan een kamer samengesteld uit drie rechters. Op het niveau van het hof van beroep wordt enkel het hoger beroep tegen beslissingen in strafzaken (met inbegrip van zaken betreffende uithandengeving) systematisch aan een kamer samengesteld uit drie raadsheren toegewezen, tenzij het beroep uitsluitend op de burgerlijke vorderingen betrekking heeft. Andere zaken worden toegewezen aan kamers samengesteld uit één raadsheer, behalve wanneer ze door de eerste voorzitter ambtshalve worden toegewezen aan een kamer samengesteld uit drie raadsheren.

In zijn advies van 27 mei 2015 heeft de Hoge Raad voor de Justitie fundamentele kritiek geuit op het veralgemening van het stelsel van de alleen zitting houdende rechter of raadsheer. De Hoge Raad voor de Justitie wijst daarbij op de meerwaarde die de collegiale beslissing biedt op het vlak van de kwaliteit, de objectiviteit en de legitimiteit van de rechterlijke beslissing en op het vlak van de eenheid van rechtspraak, alsmede op het gevaar dat het hoger beroep wordt gedenatureerd tot het louter opnieuw laten beoordelen van de zaak door een nieuwe rechter. Ook wijst de Hoge Raad erop dat de veralgemening van de alleen zitting houdende rechter op het niveau van de rechtbank van eerste aanleg ertoe dreigt te leiden dat pas benoemde rechters in burgerlijke zaken geen ervaring meer kunnen opbouwen onder begeleiding van ouder benoemde collega's.

In de memorie van toelichting wordt de maatregel in essentie verantwoord door overwegingen van efficiëntie, het terugdringen van de gerechtelijke achterstand en het versnellen van de rechtsgang.

[11] Die uitdrukking wordt in het Gerechtelijk Wetboek reeds gebezigd als equivalent van de uitdrukking "par simple lettre" in de Franse tekst.

Wanneer de wetgever op grond van doelmatigheidsoverwegingen overgaat tot het opgeven van een belangrijke waarborg voor de rechtzoekenden, is het in het licht van de behoorlijke totstandkoming van de regelgeving vereist dat de voorgenomen maatregel het voorwerp uitmaakt van een zorgvuldige afweging van de in het geding zijnde beginselen en belangen. Het verdient in dit verband ter wille van de transparantie van de besluitvorming en van de goede voorlichting van de Kamer van volksvertegenwoordigers aanbeveling het genoemde advies van de Hoge Raad voor de Justitie bij het voorontwerp te voegen en in de memorie van toelichting uit te leggen waarom de stellers van het voorontwerp menen te kunnen voorbijgaan aan zijn bezwaren.

In dit verband rijst meer in het bijzonder de vraag of het verantwoord is dat het hoger beroep tegen de vonnissen van de vrederechter en het hoger beroep tegen de vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg in burgerlijke zaken die (na beslissing van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg) door een collegiale kamer zijn gewezen, worden behandeld door een alleen zitting houdend rechter, respectievelijk raadsheer, zonder dat zelfs de mogelijkheid bestaat de behandeling door een collegiale kamer te vragen.

Wat betreft het hoger beroep tegen de vonnissen van de vrederechter, moet worden gewezen op de strengere voorwaarden voor een benoeming als vrederechter dan voor een benoeming tot rechter in de rechtbank van eerste aanleg en op de doorgaans langere beroepservaring van de vrederechters in vergelijking met de rechters van de rechtbank van eerste aanleg (in veel gevallen gaat het overigens om vroegere magistraten bij die laatste rechtbank). De Raad van State wijst er voorts op dat het hoger beroep tegen vonnissen van de rechtbanken van eerste aanleg gewezen door een kamer samengesteld uit drie rechters, in beginsel zal worden beoordeeld door een (eventueel vrij recent in het hof van beroep benoemde) alleen zitting houdende raadsheer. In het bijzonder in de zo-even geschetste gevallen bestaat het gevaar dat het hoger beroep neerkomt of minstens bij de rechtszoekende overkomt als een loutere tweede beoordeling door een ander magistraat en dat aldus de legitimiteit van de rechterlijke beslissing wordt ondermijnd.

2. De artikelen 9 tot 18 van het voorontwerp betreffen de gerechtelijke organisatie in het algemeen (derhalve niet alleen van de burgerlijke gerechten), en horen niet thuis onder de titel "Wijzigingen van het burgerlijk procesrecht". Hoofdstuk 2 van titel 3 van het voorontwerp heeft overigens ook al betrekking op de gerechtelijke organisatie. De indeling van het voorontwerp is derhalve aan herziening toe.

Artikelen 10 en 11
(ontworpen artikelen 91 en 92, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Luidens het ontworpen artikel 91, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in burgerlijke en in strafzaken ambtshalve zaken aan een kamer samengesteld uit drie rechters toewijzen. Aan de gemachtigde werd gevraagd op basis van welke criteria de voorzitter zal bepalen welke zaken door een kamer van drie rechters moeten worden behandeld. Zijn antwoord luidt als volgt:

> "Zoals de memorie van toelichting stelt, is de beslissing van de voorzitter om een zaak al dan niet aan een collegiale kamer toe te vertrouwen een maatregel van inwendige aard. Als manager van zijn rechtbank is het aan de voorzitter zelf om te beslissen welke zaak hij al dan niet collegiaal zal laten behandelen, hetgeen uiteraard afhangt van de mogelijkheden en middelen die hij ter beschikking heeft. Wellicht zal de complexiteit, het principieel karakter en de commotie in de publieke opinie van een te behandelen zaak een belangrijke rol spelen in zijn beslissing. De criteria stelt hij als manager voor zichzelf op en zijn van inwendige aard."

Door de mogelijke toewijzing aan een kamer samengesteld uit drie rechters zonder meer over te laten aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, die hierover naar eigen inzicht beslist,[12] is het denkbaar dat belangrijke verschillen tussen de rechtbanken zullen ontstaan op het vlak van de behandeling, door een enkelvoudige dan wel door een meervoudige kamer, van de aanhangig gemaakte zaken, en derhalve ook op het vlak van de waarborgen die de collegiale behandeling inhoudt. De vraag rijst overigens op welke manier de voorzitter van de rechtbank, die moeilijk een voldoende diepgaand inzicht kan hebben in alle zaken die bij zijn rechtscollege aanhangig zijn gemaakt, zal beslissen over welke zaken aan een kamer met drie rechters worden toegewezen.[13] Vraag is dan ook of nagenoeg geheel moet worden teruggekomen op het omschrijven, bij de wet, van categorieën van zaken waarvoor een collegiale behandeling vereist is en of er op zijn minst in de wet geen criteria dienen te worden opgenomen op grond waarvan de voorzitter van de rechtbank moet beslissen of al dan niet tot collegiale behandeling wordt overgegaan.

[12] In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat de maatregel uitzonderlijk moet zijn, maar dit vereiste, dat overigens opnieuw de vraag doet rijzen naar de criteria waarop dat uitzonderlijke karakter dient te zijn gebaseerd, heeft geen neerslag gevonden in de tekst van het ontworpen artikel 91, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

[13] Vgl. artikel 90, § 1, vierde lid, en § 2, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, waar het initiatief tot het verwijzen naar een collegiale kamer de betrokken kamervoorzitter toekomt, in het geval van artikel 90, § 1, vierde lid, eventueel na gemotiveerde vraag van de verzoeker, wanneer de juridische moeilijkheid of het belang van de zaak dan wel bijzondere omstandigheden daartoe grond opleveren.

In dit verband dient, wat betreft het toekennen van een discretionaire beslissingsbevoegdheid inzake de verdeling van de zaken over de kamers van het betrokken rechtscollege, te worden herinnerd aan de volgende opmerking die de Raad van State, afdeling Wetgeving, zitting houdend in algemene vergadering, in advies 53.000/AV/3 heeft gemaakt:[14]

> "A. Overeenstemming met de Grondwet en het Europees Verdrag over de rechten van de mens
>
> 6.1. Bij verschillende bepalingen van het ontwerp wordt aan de korpschefs de bevoegdheid toegekend om de zaken te verdelen en wordt bepaald dat zij daarbij het zaakverdelingsreglement[15] en het bijzonder reglement van de rechtbank dienen na te leven. Wanneer de behoeften van de dienst het echter rechtvaardigen, kunnen zij een deel van de zaken die aan een kamer zijn toegewezen, onder de andere kamers van de rechtbank verdelen.
>
> Bij het ontworpen artikel 68 van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 8 van het ontwerp) wordt die bevoegdheid toegekend aan de voorzitter van de vrederechters en de rechters in de politierechtbank, wat de politierechtbanken betreft.
>
> Bij het ontworpen artikel 90 (artikel 19 van het ontwerp) wordt die bevoegdheid toegekend aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel.[16]
>
> De autonomie die aldus verleend wordt aan de voornoemde voorzitters is des te groter daar de 'bijzondere reglementen' waarvan ze krachtens die bepalingen mogen afwijken, door henzelf worden opgesteld, en niet langer door de Koning, zoals thans is bepaald in artikel 66 (voor de vredegerechten en de politierechtbanken) en in artikel 88 van het Gerechtelijk Wetboek (voor de rechtbanken van eerste aanleg, de rechtbanken van koophandel en de arbeidsrechtbanken). Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp '[moet het bijzonder reglement] een flexibel reglement worden dat niet langer door de Koning maar door de korpschef wordt opgemaakt en soepel kan worden aangepast aan de werking van de rechtbank'.
>
> 6.2. De *sub* 6.1 genoemde artikelen dienen te worden beoordeeld in het licht van de grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen die, met het oog op het verzekeren van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter, het recht van eenieder op een bij de wet ingestelde rechter waarborgen.
>
> Artikel 13 van de Grondwet bepaalt:
>
> > 'Niemand kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent.'
>
> Uit deze bepaling volgt dat eenieder 'het recht [heeft] om volgens dezelfde regels inzake bevoegdheid en rechtspleging te worden berecht'.[17] Een afwijking van de gemeenrechtelijke regelingen inzake bevoegdheid en aanleg voor bijzondere categorieën

[14] Adv.RvS 53.000/AV/3 van 22 april 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 1 december 2013 'tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op een grotere mobiliteit van de leden van de rechterlijke orde', *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2858/1.

[15] *Voetnoot 4 uit het geciteerde advies*: Zie over het "zaakverdelingsreglement" artikel 34 van het voorontwerp, dat ertoe strekt artikel 186, tweede en derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek te vervangen.

[16] *Voetnoot 5 uit het geciteerde advies:* Ook het huidige artikel 90, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek voorziet in de mogelijkheid voor de voorzitter om, wanneer de behoeften van de dienst het rechtvaardigen, af te wijken van het bijzonder reglement van de rechtbank en een deel van de zaken die aan een kamer zijn toegewezen, onder de andere kamers van de rechtbank te verdelen.

[17] *Voetnoot 6 uit het geciteerde advies:* Cass. 1 februari 1984, *Arr. Cass*., 1983-1984, 666; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.12.2.

personen is slechts met dit grondrecht in overeenstemming indien er een redelijke en objectieve verantwoording aan ten grondslag ligt.[18]

Artikel 146 van de Grondwet bepaalt daarenboven:

'Geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet.

Geen buitengewone rechtbanken of commissies kunnen, onder welke benaming ook, in het leven worden geroepen.'

Artikel 6, lid 1, eerste zin, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens bepaalt:

'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichting of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld.'

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

'La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1, un 'tribunal' doit toujours être 'établi par la loi'. Cette expression reflète le principe de l'Etat de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses protocoles. En effet, un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers (…).

La 'loi' visée par l'article 6 § 1 est non seulement la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également toute autre disposition du droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire. Il s'agit notamment des dispositions relatives aux mandats, aux incompatibilités et à la récusation des magistrats (…). En outre, le terme 'établi par la loi' concerne non seulement la base légale de l'existence même du 'tribunal' mais encore la composition du siège dans chaque affaire (…).

Selon la jurisprudence, l'introduction du terme 'établi par la loi' dans l'article 6 de la Convention a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement. Dans des pays de droit codifié, *l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires*, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière (…)'. [19]

[18] *Voetnoot 7 uit het geciteerde advies:* GwH 13 juni 1991, nr. 16/91.

[19] *Voetnoot 8 uit het geciteerde advies:* EHRM 20 oktober 2009, *Gorguiladze t. Géorgie*, §§ 67-69; EHRM 4 mei 2000, *Buscarini t. San Marino*; EHRM 4 maart 2003, *Posokhov t. Rusland*; EHRM 20 januari 2005, *Accardi e.a. t. Italië*; EHRM 27 oktober 2005, *Pandjikidze t. Georgië*; EHRM 10 juni 2010, *Zakharin t. Rusland.*

Tenslotte bepaalt aanbeveling CM/Rec (2010)12 van het Ministercomité van de Raad van Europa 'sur les juges: indépendance, efficacité et responsabilités'[20]:

> '24. La répartition des affaires au sein d'un tribunal devrait obéir à des critères objectifs préétablis, de manière à garantir le droit à un juge indépendant et impartial. Elle ne devrait pas être influencée par les souhaits d'une partie à l'affaire ni de toute autre personne concernée par l'issue de cette affaire.'
>
> en
>
> '9. Un juge en particulier ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif. Une décision de dessaisissement d'un juge devrait être prise par une autorité relevant du système judiciaire sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente.'

6.3. De Commissie voor democratie door recht, meer gekend onder de naam 'Commissie van Venetië', heeft in een recente opinie van 16 en 17 maart 2012[21] onderstreept dat het voor het waarborgen van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter belangrijk is dat de verdeling van de zaken gebeurt op grond van vooraf bepaalde, objectieve en transparante criteria. De Commissie stelde:

> '86. La répartition des affaires est un élément essentiel de l'impartialité des tribunaux. Conformément aux normes du Conseil de l'Europe[22], la Commission de Venise affirme à ce sujet que 'l'attribution des affaires aux différents juges devrait être régie par des critères objectifs et transparents, établis à l'avance par la loi'[23]. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'introduction de l'expression 'établi par la loi' à l'article 6 de la Convention a pour objet d'éviter 'que l'organisation du système judiciaire (…) ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement'[24]. Dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière[25]. Selon les termes exprès de l'article 6 de la CEDH selon lesquels la garantie de l'accès à la justice dans les conditions d'un procès équitable passe par un tribunal non seulement établi par la loi, mais en outre 'indépendant' et 'impartial' sur un plan général et spécifique (…), les affaires ne doivent pas être confiées à des juges ou à des collèges de juges sur une base ad hoc et/ou ad personam, mais en fonction de critères objectifs et transparent. [26]

---

[20] *Voetnoot 9 uit het geciteerde advies:* Aangenomen door het Comité van Ministers op 17 november 2010, tijdens de 1098e vergadering van de afgevaardigden van de Ministers. Op deze aanbeveling is reeds een beroep gedaan door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor de interpretatie van de vereisten van artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens. Zie bv. EHRM 20 november 2012, *Harabin t. Slovakije.*

[21] *Voetnoot 10 uit het geciteerde advies:* Advies over de wet 'CLXII de 2011 sur le statut juridique et la remuneration des juges et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux de la Hongrie', aangenomen door de Commissie van Venetië tijdens haar 90ste plenaire zitting (Venetië 16-17 maart 2012), CDL-AD(2012)001.

[22] *Voetnoot 11 uit het geciteerde advies: Voetnoot 40 uit de Opinie:* Recommendation CM(2012)12, paragraphe 24.

[23] *Voetnoot 12 uit het geciteerde advies: Voetnoot 41 uit de Opinie:* CDL-AD(2010)004, paragraphe 81, 82.16.

[24] *Voetnoot 13 uit het geciteerde advies: Voetnoot 42 uit de Opinie:* Voir *Zand c. Austria*, application nos. 7360/76, Rapport de la Commission du 12 Octobre 1978, Décisions et Rapports, (DR) 15, pp. 70 et 80.

[25] *Voetnoot 14 uit het geciteerde advies: Voetnoot 43 uit de Opinie:* See *Coëme e.a. c. Belgique*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, paragraphe 98, ECHR 2000-VII.

[26] *Voetnoot 15 uit het geciteerde advies: Voetnoot 44 uit de Opinie:* CDL-AD (2010)004, paragraphe 77.

(…)

91. (…) Les règles générales (y compris les exceptions) devraient être définies par la loi ou par un règlement spécial fondé sur la loi, par exemple le règlement du tribunal établi par le presidium ou le président. Il n'est pas toujours possible de mettre en place un système conceptuel d'une portée exhaustive, qui soit applicable à toutes les affaires et élimine tout cas particulier appelant une décision d'attribution. Dans certains cas, il peut être nécessaire de prendre en compte la charge de travail ou la spécialisation des juges. Pour certaines questions juridiques particulièrement complexes, il peut être utile de faire appel à des juges spécialistes du domaine considéré. (…) Quoi qu'il en soit, il faudrait définir à l'avance [27] dans quels cas la décision d'attribution d'une affaire est prise par le président ou le presidium du tribunal.'

6.4. De Raad van State is er zich van bewust dat het Gerechtelijk Wetboek nu reeds bepalingen bevat – sommige al sedert geruime tijd – die aan de voorzitters van de hoven en de rechtbanken de mogelijkheid bieden om 'voor de behoeften van de dienst' af te wijken van de regels over de verdeling van de zaken. Die bepalingen impliceren evenwel, dat ze uitsluitend voor de behoeften van de dienst mogen worden aangewend en dat ze dus niet bedoeld zijn, zoals het Hof van Cassatie ook met betrekking tot artikel 98, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek[28] oordeelde, om 'de samenstelling van de zetel voor de behandeling van een welbepaalde zaak te beïnvloeden. Evenmin mogen de omstandigheden waarin die aanwijzingen gebeuren, van aard zijn bij de partijen en bij derden een schijn van partijdigheid en van afhankelijkheid te doen rijzen'.[29]

6.5. De Raad van State is bijgevolg van oordeel dat de grotere autonomie die in het ontwerp aan de korpschefs wordt gegeven (zie opmerking 6.1), ook al zou deze bijdragen tot een efficiënter beheer van de rechtscolleges waarvoor ze verantwoordelijk zijn, niettemin in conflict dreigt te komen met de steeds grotere eisen die het Europees recht inzake mensenrechten stelt op het stuk van transparantie, objectiviteit en voorzienbaarheid van de criteria die gehanteerd worden bij de verdeling van de zaken binnen die rechtscolleges, om het vertrouwen van de rechtzoekenden in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters die daarin zitting hebben te behouden.

Om in de toekomst elke moeilijkheid in verband met de hiervoor vermelde vereisten inzake transparantie, objectiviteit en voorzienbaarheid te voorkomen,[30] acht de Raad van State het raadzaam om de gronden op basis waarvan de voorzitters gemachtigd zijn om van het bijzonder reglement inzake de verdeling van de zaken af te wijken, op een

[27] *Voetnoot 16 uit het geciteerde advies: Voetnoot 48 uit de Opinie:* CDL-AD(2010)004, paragraphe 80.

[28] *Voetnoot 17 uit het geciteerde advies:* Artikel 98, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek luidt: "De eerste voorzitter kan eveneens, wanneer de behoeften van de dienst dit rechtvaardigen, bij beschikking, met eerbiediging van de taalwet in gerechtszaken, een rechter uit het rechtsgebied van het hof van beroep met diens toestemming aanwijzen om zijn ambt bijkomend en voor een bepaalde termijn waar te nemen in een andere rechtbank van eerste aanleg of een andere rechtbank van koophandel gelegen binnen dit rechtsgebied."

[29] *Voetnoot 18 uit het geciteerde advies:* Cass. 19 april 2007, P.06.1605.N

[30] *Voetnoot 19 uit het geciteerde advies:* In de hiervoor vermelde Opinie beoordeelde de Commissie van Venetië het criterium "raisons importantes ayant des effets sur le fonctionnement du tribunal ou dans l'intérêt du tribunal" als "trop généraux au vu du paragraphe 9 de la Recommandation CM/Rec(2010)12", dat vereist dat "un juge en particulier ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif. Une decision de dessaisissement d'un juge devrait être prise par une autorité relevant du système judiciaire sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente". (§ 89)

> zo objectief mogelijk wijze in de wet te omschrijven.[31] Die objectieve gronden kunnen bijvoorbeeld rechtmatig verband houden met de respectieve werklast van de kamers van het betreffende rechtscollege, de onbeschikbaarheid van één of meer magistraten die daarin normalerwijze zitting hebben, de bijzondere deskundigheid van sommigen van hen om één of meer zeer technische zaken te behandelen, of nog de mate waarin het onderzoek van een zaak of van zaken die men, in afwijking van het voornoemde reglement, aan iemand anders wil toewijzen, gevorderd is en deze zaak of zaken klaar is of zijn voor behandeling. Het komt de stellers van het ontwerp toe de verschillende omstandigheden die als 'behoeften van de dienst' kunnen worden beschouwd, in te schatten en deze in de mate van het mogelijke te omschrijven. Omdat het enerzijds wellicht niet mogelijk zal zijn de 'behoeften van de dienst' exhaustief in de wet weer te geven, maar het anderzijds toch belangrijk blijft dat alleen objectieve gronden in aanmerking worden genomen en daarbij zo veel mogelijk transparantie wordt betracht, kan in de lijst van gronden worden opgenomen 'of andere daarmee vergelijkbare objectieve gronden'."

Deze overwegingen gelden *mutatis mutandis* met betrekking van de toewijzing van zaken aan een kamer samengesteld uit drie magistraten.

2. Zo de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de voorzitter inzake de toewijzing van zaken aan een kamer samengesteld uit drie rechters toch behouden zou blijven, kan omwille van de transparantie worden overwogen voor te schrijven dat de te hanteren criteria worden opgenomen in het in artikel 88, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde bijzonder reglement van de betrokken rechtbank.

3. De artikelen 91 en 92 van het Gerechtelijk Wetboek zullen als gevolg hebben dat het allergrootste deel van de kamers van de rechtbank van eerste aanleg zitting zullen houden met één rechter. De vraag rijst of, gelet op de logica die aan het voorontwerp ten grondslag ligt,[32] niet erin moet worden voorzien dat de plaatsvervangende magistraten in de zin van artikel 156*bis* van het Gerechtelijk Wetboek eveneens kunnen worden aangewezen om als alleen zitting houdend magistraat op te treden, ten minste wanneer zij daartoe voorheen ook reeds waren aangewezen. Thans kunnen op grond van artikel 195, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek enkel werkende rechters daartoe worden aangewezen, het uitzonderlijke geval bedoeld in artikel 195, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek niet te na gesproken.

4. Het zou logischer en redactioneel beter zijn het ontworpen artikel 91, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek – mits een aangepaste redactie – op te nemen in artikel 92 van het Gerechtelijk Wetboek.

---

[31] *Voetnoot 20 uit het geciteerde advies:* Zie, *mutatis mutandis*, advies 51.119/AV/3 van 22 mei en 5 juni 2012 over een wetsvoorstel 'tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht', *Parl.St.* Senaat, 2010-11, n° 5-1067/4, p. 15.

[32] Zie hierover de algemene opmerking bij de artikelen 9 tot 18 van het voorontwerp.

Artikel 15

(ontworpen artikel 109*bis* van het Gerechtelijk Wetboek)

1. De opmerkingen 1 en 2 bij artikel 10 van het voorontwerp gelden *mutatis mutandis* ten aanzien van het ontworpen artikel 109*bis*, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek.

2. Teneinde er geen onduidelijkheid over te laten bestaan dat ook de kamer die zaken betreffende uithandengeving behandelt, is samengesteld uit drie raadsheren,[33] schrappe men in het ontworpen artikel 109*bis*, § 1, het woord "of"[34] en in de Franse tekst bovendien de komma na het woord "echéant".

Artikel 16

(ontworpen artikel 138*bis* van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Wat betreft het facultatief maken van het advies van het openbaar ministerie betreffende de zaken bedoeld in de artikelen 764 en 765/1 van het Gerechtelijk Wetboek, wordt verwezen naar de opmerkingen bij de artikelen 33 tot 37 van het voorontwerp.

2. De gemachtigde verklaarde wat volgt betreffende artikel 16, 1°, van het voorontwerp:

> "Ainsi formulée, la phrase peut donner à penser que les mots 'lorsqu'il le juge convenable' s'appliquent à la fois aux actions, aux réquisitions et aux avis, alors que, sauf erreur, ils ne doivent s'appliquer qu'aux avis.
>
> Il pourrait donc être proposé de reformuler comme suit cette phrase :'Dans les matières civiles, le ministère public intervient par voie d'action, de réquisition ou, lorsqu'il le juge convenable, par voie d'avis'."

Met deze laatste verduidelijking kan worden ingestemd.

Artikel 18

(ontworpen artikel 210, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek)

De Kamer van volksvertegenwoordigers dient zich, mede in het licht van hetgeen in algemene opmerking 1 bij de artikelen 9 tot 18 is vooropgesteld, te beraden of een benoeming sinds één jaar als raadsheer kan volstaan om in het hof van beroep alleen zitting te kunnen houden.

[33] Conform artikel 101, § 2, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek

[34] In de Franse tekst dient dan ook de komma na het woord échéant" te worden geschrapt.

Artikelen 19 tot 28

Algemene opmerkingen

1. De artikelen 19 tot 28 van het voorontwerp strekken ertoe in het Gerechtelijk Wetboek materiële en formele regels in te voeren betreffende de invordering van bepaalde onbetwiste geldschulden. Deze regels horen evenwel niet thuis in het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek, dat op de gerechtelijke organisatie betrekking heeft. Zij dienen elders te worden opgenomen.

2. In de memorie van toelichting wordt de invoering van de nieuwe invorderingsprocedure gekoppeld aan artikel 10 van richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 'betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties'. Indien met de artikelen 20 tot 28 van het voorontwerp effectief wordt beoogd dat artikel van die richtlijn om te zetten, moet daarvan in een inleidend artikel van het in te voeren hoofdstuk gewag worden gemaakt.

Artikel 21
(ontworpen artikel 520/1 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Het materiële en het personele toepassingsgebied van de ontworpen regeling is in het ontworpen artikel 520/1 van het Gerechtelijk Wetboek op een zeer ingewikkelde en ondoorzichtige wijze geformuleerd, waardoor twijfel kan ontstaan of de ontworpen regeling enkel betrekking heeft op "geldschulden van professionelen met betrekking tot hun professioneel rechtsverkeer", zoals in de memorie van toelichting wordt vooropgesteld.

Wat het materiële toepassingsgebied van de in te voeren regeling betreft, is er vooreerst een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, waar in de Nederlandse tekst op een vage wijze gewag wordt gemaakt van "bijkomende vergoedingen en interesten", terwijl in de Franse tekst gewag wordt gemaakt van "dommages-intérêts et intérêts de retard complémentaires". In de memorie van toelichting wordt dan weer vooropgesteld dat "alle andere mogelijke kosten [worden] geviseerd" (wat eveneens vaag is), "zoals de eventueel overeengekomen verwijlinteresten, schadebedingen, advocatenkosten … uitgezonderd de wettelijke verhogingen". Die laatste categorie wordt dan weer wel uitdrukkelijk in de tekst van het ontworpen artikel vermeld.

Wat betreft het personele toepassingsgebied van het artikel is de onderlinge verhouding tussen 2°, 3° en 5°[35] van het ontworpen artikel 520/1 van het Gerechtelijk Wetboek onduidelijk: mede doordat het moeilijk uit te maken valt wat een uitzondering op wat is, wordt

[35] Die twee laatste onderdelen sluiten grammaticaal overigens niet aan op de inleidende zin van het ontworpen artikel.

het artikel haast onleesbaar. Ook kan de term "schuldenaren die publieke overheden zijn"[36], op verschillende wijze worden geïnterpreteerd. Wat dit laatste betreft, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

> "De bedoeling was aan te sluiten bij de bestaande wetgeving waarin met de notie 'publieke overheid' publiekrechtelijke overheidsinstanties in ruime zin wordt beoogd. Zie bijvoorbeeld de wet van 4 april 2014 houdende de invoeging van Boek XVI, 'Buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen' in het Wetboek van economisch recht, de wet van 15 juli 2013 betreffende het reizigersvervoer over de weg en houdende uitvoering van de Verordening (EG) nr. 1071/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen en tot intrekking van Richtlijn 96/26/EG van de Raad en houdende uitvoering van de Verordening (EG) nr. 1073/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de internationale markt voor touringcar- en autobusdiensten en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 561/2006, de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen, de wet van 3 mei 2005 houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, de wet van 3 mei 2005 houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, de wet van 17 mei 2004 tot aanpassing van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 op het vlak van het pensioensparen, de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, de wet van 12 december 1994 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en van de wet van 17 juni 1991 tot organisatie van de openbare kredietsector en van het bezit van de deelnemingen van de openbare sector in bepaalde privaatrechtelijke financiële vennootschappen, de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw.
>
> De overheidsbedrijven kunnen hier inderdaad onder vallen.
>
> Wij willen niet verwijzen naar de term 'administratieve overheid' zoals gedefinieerd door het Hof van Cassatie, want dat lijkt een engere notie. Zie bijvoorbeeld artikel 14, § 1 RvS-wet, waaruit blijkt dat er bijvoorbeeld onder de Belgische Staat instanties ressorteren die géén 'administratieve overheid' zijn."

Er dient evenwel te worden vastgesteld dat in de meeste van die wetten evenmin een definitie van het begrip "publieke overheden" voorkomt. Gelet op de context doet het hanteren van die notie in een aantal van die wetten overigens geen interpretatieproblemen rijzen, wat in dit geval wel zo is, nu noch uit de tekst van het voorontwerp, noch uit de memorie van toelichting de juiste draagwijdte van het begrip "publieke overheden" blijkt. Deze onduidelijkheid dient te worden verholpen.

2. Er dient, minstens in de memorie van toelichting, te worden verduidelijkt wat in het ontworpen artikel 520/1, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek wordt verstaan onder "andere vormen van wettelijke samenloop".

[36] Zie hierover ook opmerking 3.2 bij dit artikel.

3.1. Ten gevolge van de uitzonderingen opgenomen in het ontworpen artikel 520/1 van het Gerechtelijk Wetboek worden een aantal onderscheiden in behandeling ingevoerd die moeten kunnen worden verantwoord ten aanzien van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Mede gelet op het onduidelijke toepassingsgebied van de ontworpen regeling, is het niet steeds mogelijk de verantwoording van de gecreëerde onderscheiden in behandeling te achterhalen en te beoordelen. Het verdient in ieder geval aanbeveling om, na een verduidelijking van het toepassingsgebied van die regeling, in de memorie van toelichting in te gaan op de verantwoording van de erin vervatte onderscheiden in behandeling.

3.2. Eén van de categorieën die uit het toepassingsgebied van de ontworpen regeling wordt gesloten, is deze van "de schuldenaren die publieke overheden zijn"[37]. Gevraagd naar de verantwoording van het aldus gecreëerde verschil in behandeling, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

> "Deze niet-toepassing is verantwoord door de moeilijkheden die zouden rijzen in het licht van het beslag op de goederen van de betrokken overheid, die domeingoederen zijn. Het lijkt niet aangewezen te hunnen opzichte een uitvoerbare titel te laten tot stand komen buiten een jurisdictionele procedure."

Er dient evenwel te worden opgemerkt dat het principe van de onvervreemdbaarheid van de goederen die tot het openbaar domein behoren, niet meer zonder voorbehoud geldt.[38] Zo wordt de immuniteit van de tenuitvoerlegging en de onmogelijkheid om beslag te leggen op overheidsgoederen, zowel van het openbaar als van het privaat domein, getemperd ten gevolge van artikel 1412*bis*, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek. Luidens die bepaling zijn wel vatbaar voor beslag, de goederen waarvan de betrokken publiekrechtelijke overheden verklaard hebben dat ze in beslag kunnen worden genomen en, bij gebreke van een dergelijke verklaring of wanneer de tegeldemaking van de erin opgenomen goederen niet volstaat tot voldoening van de schuldeiser, de goederen die kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van de taak van de betrokken rechtspersoon of voor de continuïteit van de openbare dienst, zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen goederen die tot het openbaar of het privaat domein behoren. Mede gelet hierop volstaat de door de gemachtigde verstrekte uitleg niet om het verschil in behandeling te verantwoorden dat voortvloeit uit de uitzondering met betrekking tot de schuldenaren die publieke overheden zijn. De uitzondering dient opnieuw te worden onderzocht in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Zo ervoor een afdoende verantwoording kan worden gevonden in het licht van dat beginsel, wordt deze het best opgenomen in de memorie van toelichting.

4. Het is niet duidelijk om welke reden de invordering van "alle bijkomende vergoedingen en interesten" wordt beperkt tot 10% van de hoofdsom. In de memorie van toelichting wordt enkel gewag gemaakt van een "derde waarborg", maar het verdient aanbeveling om nader toe te lichten waarom dit zo is, mede gelet op het gegeven dat aan het bedrag van de hoofdsom geen beperking wordt verbonden.

---

[37] Zie over de onduidelijkheid van dit begrip, opmerking 1, derde alinea.

[38] A. MAST (e.a.), *Overzicht van Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, p. 335, nr. 320.

Artikel 22
(ontworpen artikel 520/2 van het Gerechtelijk Wetboek)

De in het ontworpen artikel 520/2, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek gehanteerde terminologie moet worden afgestemd op de terminologie die wordt gehanteerd in het ontworpen artikel 520/1 van dat wetboek.

Artikel 23
(ontworpen artikel 520/3 van het Gerechtelijk Wetboek)

In het ontworpen artikel 520/3 van het Gerechtelijk Wetboek worden twee manieren bepaald waarop het in dit artikel bedoelde antwoordformulier aan de optredende gerechtsdeurwaarder kan worden bezorgd, en wordt voorts bepaald dat het bezorgen kan gebeuren "op een andere wijze beschreven in het formulier". Dit laatste is slechts aanvaardbaar zo de Koning die andere wijze(n) zou bepalen in het model van het antwoordformulier dat hij dient vast te stellen, maar duidelijkheidshalve zou daartoe toch een uitdrukkelijke delegatie aan de Koning kunnen worden verleend.

Artikel 24
(ontworpen artikel 520/4 van het Gerechtelijk Wetboek)

In het ontworpen artikel 520/4 van het Gerechtelijk Wetboek wordt bepaald dat wanneer de betwisting van de schuld kennelijk ongegrond is, de schuldenaar bijkomend kan worden veroordeeld tot de geldboete bedoeld in artikel 780*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. In dat laatste artikel wordt evenwel gewag gemaakt van het aanwenden van de rechtspleging voor "kennelijk vertragende of onrechtmatige doeleinden". Aangezien het betwisten van de schuldvordering die kennelijk ongegrond is, niet enkel kan gebeuren omwille van de zo-even vermelde redenen, maar bij voorbeeld ook uit juridische onwetendheid, verschillen de toepassingsvoorwaarden van de genoemde artikelen. Vraag is wat hiervoor de verantwoording is nu in beide gevallen dezelfde geldboete kan worden opgelegd.

Artikel 25
(ontworpen artikel 520/5 van het Gerechtelijk Wetboek)

De terminologie van het ontworpen artikel 520/5, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek dient te worden afgestemd op de (te verbeteren – zie daarover opmerking 1 bij artikel 21 van het voorontwerp) terminologie van het ontworpen artikel 520/1 van dat wetboek.

Artikel 28
(ontworpen artikel 520/8 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Het ontworpen artikel 520/8 van het Gerechtelijk Wetboek strekt ertoe bij de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders een geïnformatiseerde gegevensbank op te richten, "Centraal register voor de invordering van onbetwiste geldschulden" genoemd, waarin alle gegevens inzake de invordering van onbetwiste geldschulden als bedoeld in de ontworpen artikelen 520/1 tot 520/7 van het Gerechtelijk Wetboek worden beheerd.

Om aan het uit artikel 22 van de Grondwet voortvloeiende legaliteits- en finaliteitsbeginsel te voldoen, zou vooreerst moeten worden gespecificeerd welke gegevens in de genoemde gegevensbank moeten of kunnen worden opgenomen. De thans in het ontworpen artikel 520/8, § 1, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek daarvan opgenomen omschrijving ("de in dit hoofdstuk aangewezen gegevens") is te vaag. Daarenboven zouden de doeleinden van de gegevensverwerking dienen te worden geëxpliciteerd en zou de termijn van de bewaring van de gegevens beter in het voorontwerp zelf worden bepaald in plaats van het regelen hiervan te delegeren aan de Koning.

2. Luidens het ontworpen artikel 520/8, § 7, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt de Koning de "modaliteiten" (lees: nadere regels) betreffende de inrichting en de werking van het centraal register voor de invordering van onbetwiste geldschulden. De draagwijdte van deze bepaling is niet duidelijk. Ofwel wordt ermee louter herinnerd aan de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Koning beschikt op grond van artikel 108 van de Grondwet, maar in dat geval is de bepaling overbodig en dient ze te worden weggelaten. Ofwel wordt er meer mee beoogd dan hetgeen voortvloeit uit de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, maar dan dient de toegekende delegatie te worden gespecificeerd, waarbij uiteraard acht dient te worden geslagen op het in artikel 22 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel.

Artikel 30
(ontworpen artikel 729/1 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Artikel 30 strekt ertoe in het Gerechtelijk Wetboek een nieuw artikel 729/1 in te voegen dat betrekking heeft op de verplichting voor de advocaten om aan de griffies kennis te geven van het feit dat zij voor een partij optreden of niet langer voor haar optreden.

Het Gerechtelijk Wetboek schrijft niet uitdrukkelijk voor dat de rechtbanken en de griffies ervan in kennis moeten worden gesteld dat een advocaat voor een partij in de procedure optreedt (of niet langer voor haar optreedt). In de huidige praktijk nemen de rechtbank waarbij een zaak aanhangig is en de griffie kennis van een dergelijk optreden door een van de volgende procedurehandelingen of omstandigheden:

- door de akte van rechtsingang (of de akte waarmee beroep wordt ingesteld) die in voorkomend geval de naam vermeldt van de advocaat die optreedt voor de verzoekende partij (of voor de partij die het beroep instelt);

- door het verschijnen van de advocaten op de inleidende zitting of door hun schriftelijke verklaring dat zij in de zaak optreden;

- door het verschijnen van de advocaten op enige andere zitting;

- door een brief waarin de advocaat aan de rechtbank meedeelt dat hij voor een partij optreedt of niet langer voor haar optreedt.

Het Gerechtelijk Wetboek voorziet thans in geen enkele bijzondere wijze van kennisgeving aan de rechtbank of de griffie voor het geval dat advocaten elkaar opvolgen, dat een partij niet meer door een advocaat wordt vertegenwoordigd of nog dat een advocaat optreedt voor een partij die tot dan toe nog geen advocaat had. Een advocaat die in de loop van het geding begint op te treden voor een partij die nog geen advocaat had, die een andere advocaat opvolgt of die niet langer voor een partij optreedt, geeft daarvan in de praktijk, over het algemeen per brief, kennis aan de rechtbank waarbij de zaak betreffende de cliënt of de ex-cliënt aanhangig is. Wanneer advocaten elkaar opvolgen, is dat voor de opvolgende advocaat een deontologische plicht.[39]

Het gebeurt dat de advocaat die zich in een dergelijke situatie bevindt de rechtbank of de griffie daarvan niet correct of te laat in kennisstelt. In de praktijk gebeurt het ook dat de griffies geen rekening houden met inlichtingen in die zin die de advocaten hun hebben meegedeeld.

2. Met het oog op een goede rechtsbedeling zou het toe te juichen zijn dat de griffies van de rechtbanken in kwestie zo snel mogelijk in kennis worden gesteld van de identiteit van de advocaten die optreden voor partijen in de procedures die aan de gang zijn, of van het feit dat een advocaat niet langer voor een partij optreedt.

Die informatie is onontbeerlijk om de griffie in staat te stellen haar opdrachten correct te vervullen, vooral inzake de mededelingen die ze aan de partijen en/of hun advocaten moet zenden. Tevens is die informatie noodzakelijk voor de rechtbank, die moet vaststellen of een partij op de terechtzitting al dan niet rechtsgeldig is vertegenwoordigd.

De invoering van het ontworpen artikel 46/1 maakt die informatie des te noodzakelijker daar de mededelingen van de griffies in bepaalde gevallen alleen aan de advocaten van de partij en niet meer aan de partij zelf worden gedaan.

3. De nadere regels betreffende die kennisgeving moeten rekening houden met de nood aan zowel rechtszekerheid als flexibiliteit, opdat de opdracht van de advocaten niet te fel wordt verzwaard.

[39] Zie inzonderheid artikel 6.28, eerste lid, van de *Code de déontologie de l'avocat*, OBFG, 2013.

De ontworpen tekst schrijft voor dat de advocaat die optreedt voor een partij die nog geen advocaat had, of die een andere advocaat opvolgt, de griffie daarvan "bij gewone brief" kennis geeft (in de Franse tekst: "par lettre ordinaire"),[40] terwijl hij een "verklaring ter griffie" moet doen wanneer hij niet langer voor een partij optreedt en hij niet door een andere advocaat wordt opgevolgd. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat "[i]n dat geval (…) een gewone brief niet [volstaat] en (…) er een verklaring ter griffie afgelegd [moet] worden".

Het laatstgenoemde vereiste kan in de praktijk tot problemen leiden.

Enerzijds gaat het om het geval waarin een advocaat door zijn cliënt van zijn opdracht wordt ontheven. Zijn opdracht is beëindigd. Het valt te betwijfelen of de advocaat in dat stadium nog door zijn ex-cliënt zal worden betaald voor de procedurele handelingen die de ontworpen tekst hem oplegt: zelf ter plaatse gaan of een confrater sturen naar de griffie van de rechtbank waarbij het geding aanhangig is om daar "een verklaring (…) af [te leggen]." De procedure waarvoor deze stappen ondernomen moeten worden, kan worden voortgezet voor een rechtbank van een ander arrondissement of zelfs van een ander rechtsgebied dan dat waaronder de advocaat ressorteert die niet langer voor de partij optreedt. Hierdoor moet deze ofwel zelf ter plaatse gaan, ofwel een beroep doen op een contactpersoon. In beide gevallen brengt zulks onvermijdelijk kosten mee die ten laste van de advocaten zullen blijven.

Anderzijds wordt een advocaat er door zijn ex-cliënt niet altijd van in kennis gesteld dat hij wordt opgevolgd. Een cliënt kan de opdracht van zijn advocaat stopzetten, zijn dossier terugvragen en onmiddellijk daarna een andere advocaat raadplegen. In dat geval is de kans groot dat de advocaat die van zijn taken is ontheven en niet weet dat hij door een confrater is opgevolgd, een nutteloze handeling verricht, aangezien de nieuwe advocaat de griffie bij gewone brief kan hebben meegedeeld dat hij voor die partij optreedt.

Het zou efficiënter zijn om, in alle gevallen die in het ontworpen artikel 729/1 worden vermeld, te bepalen dat de advocaat de griffie schriftelijk op de hoogte moet brengen, met dien verstande dat, zolang de griffie die brief niet in ontvangst heeft genomen, alle mededelingen rechtsgeldig kunnen worden gezonden hetzij aan de advocaat die, na raadpleging van het procesdossier, kennelijk de advocaat van de betrokken partij is, hetzij rechtstreeks aan de partij, in zoverre niet blijkt dat een advocaat voor haar optreedt.

De flexibiliteit van die procedure, die aan de balies ten goede komt, brengt voor hen tegelijkertijd een grotere verantwoordelijkheid ten aanzien van de rechtzoekenden mee.

[40] Met het oog op het uniformiseren van de terminologie in het Gerechtelijk Wetboek zouden de woorden "lettre ordinaire" in de Franse tekst moeten worden vervangen door de woorden "simple lettre" (zie de opmerkingen betreffende artikel 7).

Artikelen 31 en 39
(ontworpen artikelen 744 en 780 van het Gerechtelijk Wetboek)

Algemene opmerking

De wijzigingen die bij artikel 31 aangebracht worden in artikel 744 van het Gerechtelijk Wetboek strekken ertoe de inhoud van de conclusies nader aan te geven.

De "conclusies" van een partij zijn de proceshandeling waarbij de partij zich tot het rechtscollege richt teneinde haar versie van de feiten uiteen te zetten, alsook haar vorderingen of haar verweermiddelen, haar rechtsmiddelen en feitelijke middelen en de argumenten tot staving ervan. Deze handeling is per definitie persoonlijk en kan tal van vormen aannemen. Dat geldt des te meer daar de conclusies niet noodzakelijkerwijs door juristen worden opgesteld en daar de partijen die zichzelf in persoon verdedigen hun conclusies zelf moeten opstellen. De conclusies kunnen ook nog worden opgesteld door iedere persoon bedoeld in artikel 728 van het Gerechtelijk Wetboek die geen advocaat is.

De steller van een dergelijke proceshandeling redigeert die in principe om zijn "positie" zo duidelijk en volledig mogelijk uiteen te zetten voor de rechter die het geschil moet beslechten.[41]

De wijzigingen die bij artikel 39 aangebracht worden in artikel 780 van het Gerechtelijk Wetboek strekken ertoe de inhoud van de vonnissen aan te passen aan de wijzigingen van de inhoud van de conclusies zoals die in artikel 744 van het Gerechtelijk Wetboek worden aangebracht.

Luidens de bespreking van artikel 31 is het doel van die wijzigingen "de responsabilisering der partijen en het stroomlijnen van de motiveringsplicht van de rechter". De steller van het voorontwerp licht toe dat met het oog op het bereiken van dat doel de theorie van de "positieve motivering" niet behoort te worden toegepast, aangezien die positieve motivering niet voldoet aan de vereisten van artikel 149 van de Grondwet, noch aan die van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Daarenboven dient de steller van het voorontwerp erop te worden gewezen dat de beslissing volledig gemotiveerd moet worden om ervoor te zorgen dat de partijen daarin een goed inzicht hebben en zij die beslissing bijgevolg makkelijker aanvaarden, wat er overigens toe zou bijdragen dat zij minder snel geneigd zullen zijn om een beroep in te stellen louter op grond van een onvolledige motivering.

Artikel 149 van de Grondwet bepaalt dat "[e]lk vonnis (…) met redenen omkleed [is]." Hetgeen die motivering dient te omvatten, wordt nader aangegeven in artikel 780 van het Gerechtelijk Wetboek, waarvan de huidige versie (die bij artikel 39 van het voorontwerp gewijzigd wordt) inzonderheid het volgende stelt: "Het vonnis bevat, op straffe van nietigheid,

[41] C. Parmentier, "Le devoir de motivation et les conclusions", *Le Pli Judiciaire*, nr. 26, december 2013, 7.

behalve de gronden en het beschikkende gedeelte: (…) 3° (…) het antwoord op de conclusies of middelen van de partijen". Het Hof van Cassatie heeft de inhoud van die verplichting in een uitgebreide jurisprudentie in detail aangegeven.[42]

Er moet ter zake ook rekening worden gehouden met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zoals het geïnterpreteerd wordt door het Europees Hof, dat, zoals M. Regout samenvat, het volgende stelt: "si un justiciable invoque par écrit un moyen suffisamment clair et précis (…), il importe (…) que la juridiction qui statue analyse ce moyen et y réponde de manière spécifique et explicite. (…) [L]'important est de s'assurer que le tribunal a répondu, au moins en substance, à chacun des points soulevés".[43]

In die omstandigheden kunnen te strikte voorwaarden voor het opstellen van de conclusies moeilijkheden opleveren inzake het recht op toegang tot de rechter, gewaarborgd door artikel 13 van de Grondwet en door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en, gelet op het verband tussen de ontworpen artikelen 744, eerste lid, en 780, eerste lid, 3°, zelfs inzake de waarborg dat de vonnissen met redenen omkleed zijn, voorgeschreven door artikel 149 van de Grondwet en het voornoemde artikel 6 van het Europees Verdrag.[44]

Rekening houdend met deze algemene opmerking en onder voorbehoud van wat daarin is uiteengezet, geeft de ontworpen tekst aanleiding tot de volgende bijzondere opmerkingen.[45]

---

[42] De lering van die rechtspraak kan kort worden samengevat als volgt:
- Elk vonnis moet met redenen omkleed zijn. Door de verplichting dienen de rechters te antwoorden op alle vorderingen, verweermiddelen of excepties die de partijen aanvoeren, inzonderheid in hun conclusies. Een beslissing waarin aan dat grondwettelijk vereiste voldaan is, is "regelmatig" gemotiveerd.
- De omstandigheid dat een motief een dwaling omtrent het recht vormt, houdt geen schending in van artikel 149 van de Grondwet maar in voorkomend geval wel een schending van een andere wettelijke of verordeningsbepaling. Volgens de formulering van het Hof van Cassatie is een vonnis regelmatig gemotiveerd in de zin van artikel 149 van de Grondwet "lorsque le juge indique clairement les raisons, fussent-elles erronées ou illégales, qui l'ont amené à statuer comme il l'a fait" (noot bij Cass. 8 april 1941, *Pas*. 1941, I, 139).
- De rechter beantwoordt een loutere bewering door die te weerleggen (noot Cass. 25 oktober 1979, *Pas*. 1980, I, 265).
- De rechter is niet verplicht te antwoorden op een argumentatie die op grond van zijn beslissing irrelevant geworden is (noot Cass. 22 januari 1996, *Pas*. 1996, I, 46).
- De rechter is niet verplicht te antwoorden op een argumentatie waaruit geen juridische gevolgen worden getrokken (noot Cass. 26 juni 1989, *Pas*. 1989, I, 1175).
- Door zich op bepaalde feitelijke gegevens te baseren, verwerpt de rechter de andere of andersluidende feitelijke gegevens die in de conclusies uiteengezet zijn (noot Cass. 18 juni 1985, *Pas*. 1985, I, 634).
- Op de middelen die in de conclusies zijn aangevoerd, kan impliciet worden geantwoord (noot Cass. 7 september 1982, *Pas*. 1983, I, 22).

[43] M. Regout, "Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile", *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 199 en 200, waarin het arrest *Ruiz Torija en Hiro Balan t. Spanje* van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 9 december 1994 wordt aangehaald.

[44] EHRM 26 mei 2015, *Lhermite t. België*, § 27.

[45] Er moet tevens worden opgemerkt dat de regels neergelegd in het ontworpen artikel 744 niet goed verenigbaar zijn met een aantal specifieke conclusies die niet noodzakelijkerwijs altijd alle gegevens moeten bevatten die in het ontworpen artikel 744 zijn opgesomd (het gaat met name om de conclusies die een aanvullend verzoek bevatten, de conclusies genomen na een heropening van de debatten of bij wijze van wederantwoord op het advies van het openbaar ministerie, de conclusies die een verzoek bevatten dat steunt op artikel 19, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, de conclusies genomen in het kader van de verkortedebattenprocedure, de conclusies genomen met toepassing van artikel 756*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, enz.).

Bijzondere opmerkingen

1. De "gestructureerde" redactie van de conclusies (ontworpen artikel 744, eerste lid, inleidende zin, van het Gerechtelijk Wetboek)

In het ontworpen eerste lid van artikel 744 wordt gesteld dat de conclusies een aantal elementen moeten bevatten die daarin "op gestructureerde wijze" moeten worden weergegeven, en worden vervolgens de verschillende onderdelen van die conclusies opgesomd. In de bespreking van het artikel wordt nader aangegeven dat die bepaling ertoe strekt "een vaste structuur op te leggen (…) zonder te moeten vervallen in een werkelijk 'formulier'".

De exacte strekking van dat voorschrift inzake structurering van de conclusies is moeilijk in te schatten.

Indien de structuur in kwestie neerkomt op de opeenvolging van de verschillende gegevens die in deze bepaling worden opgesomd, is het vereiste van structurering overbodig.

Indien het daarentegen om een extra vereiste gaat, moet het worden gepreciseerd, te meer daar de strekking van de grondwettelijk verplichting om de vonnissen met redenen te omkleden door het ontworpen artikel 780, eerste lid, 3°, zoals het wordt gewijzigd bij artikel 39 van het voorontwerp wordt omschreven onder verwijzing naar het ontworpen artikel 744, eerste lid.

Het begrip "structuur" is op zich immers nauwkeurig noch eenduidig. Wat voor de ene persoon gestructureerd is, is dat niet noodzakelijk voor een andere persoon. Het gaat om een subjectief vereiste dat niemand nauwkeurig kan controleren.

2. De uitdrukkelijke formulering van de gegevens in de conclusies (ontworpen artikel 744, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek)

In het ontworpen artikel 744 worden, net zoals in de huidige versie, de gegevens opgesomd die in de conclusies moeten voorkomen. De huidige versie van artikel 744 van het Gerechtelijk Wetboek geeft evenwel aan dat de conclusies "uitdrukkelijk de eisen van de concluderende partij [moeten] uiteenzetten alsook de middelen in feite en in rechte waarop iedere eis steunt".

De ontworpen tekst vult het huidig vereiste inzake de inhoud van de conclusies weliswaar aan, maar hij bevat niet langer de precisering dat die gegevens "uitdrukkelijk" in de conclusies moeten voorkomen. De steller van het voorontwerp geeft geen uitleg over de reden waarom dat vereiste wordt weggelaten. De rechtsleer en de rechtspraak zullen die weglating ongetwijfeld interpreteren als een beperking van het dwingend karakter van de inhoud der conclusies zoals die in de ontworpen bepaling wordt beschreven.

3. De formulering van de "aanspraken" van de partijen (ontworpen artikel 744, eerste lid, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek)

De uiteenzetting van de aanspraken is geen nieuw vereiste. In de ontworpen tekst wordt dat evenwel aangevuld met de verplichting om voortaan ook aan te geven wat in "het (…) beschikkende gedeelte van het vonnis" zou moeten staan.

Op justitieel gebied betekent de aanspraak van een partij dat zij een daadwerkelijk of verondersteld recht opeist.[46] Indien de steller van het ontwerp met "aanspraak" het voorwerp van de vordering of van het verweer bedoelt, wat de bespreking van het artikel bevestigt, zou zulks in de tekst moeten worden gepreciseerd om het de verschillende gegevens die de conclusies in de toekomst moeten bevatten, beter te kunnen onderscheiden.

Het verschil tussen "de aanspraken van de concluderende partij" (ontworpen artikel 744, eerste lid, 2°) en het gevraagde beschikkende gedeelte van het vonnis (ontworpen artikel 744, eerste lid, 4°) moet, op zijn minst in de memorie van toelichting, worden aangegeven.

4. De formulering van de "middelen die worden ingeroepen ter ondersteuning van de vordering of het verweer, waarbij in voorkomend geval verschillende middelen genummerd worden en hun voordracht in hoofdorde of in ondergeschikte orde wordt vermeld" (ontworpen artikel 744, eerste lid, 3°,van het Gerechtelijk Wetboek)

4.1. Wat de formulering van de middelen betreft, ziet de Raad van State niet in wanneer die middelen moeten worden genummerd. Betekent de precisering "in voorkomend geval" dat de middelen moeten worden genummerd zodra er meer dan één middel is, wat in de bespreking van artikel 39 van het voorontwerp wordt gesteld? Indien zulks het geval is, moet dat uitdrukkelijk worden aangegeven. In het ander geval moet worden gepreciseerd wanneer de middelen moeten worden genummerd of moet worden bepaald dat die nummering aan het oordeel van de partijen wordt overgelaten.

4.2. De strekking van het nieuwe vormvereiste inzake de nummering van de middelen moet worden gelezen in samenhang met artikel 39 van het voorontwerp, dat strekt tot wijziging van artikel 780 van het Gerechtelijk Wetboek. Daarin wordt aangegeven wat het vonnis moet bevatten. De bepaling onder 3° wordt vervangen als volgt: "het onderwerp van de vordering en het antwoord op de *overeenkomstig art. 744, eerste lid, uiteengezette* middelen van de partijen".[47]

Indien voorzien wordt in een "vaste structuur" en bepaald wordt dat de middelen genummerd moeten worden, wordt het volgens de toelichting bij artikel 31 "voor de rechter gemakkelijker volgens dezelfde structuur op die middelen te antwoorden".

[46] Digitale *Trésor de la langue française*, http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/ advanced.exe?8;s=2389833735.

[47] Geen cursivering in de tekst.

Het nieuwe artikel 780 van het Gerechtelijk Wetboek verplicht de rechter echter geenszins om zijn vonnis "volgens dezelfde structuur" op te stellen als die van de conclusies van de partijen. Het zou volstrekt contraproductief zijn de rechters te verplichten om de structuur van de conclusies van de partijen te volgen, wat bovendien veronderstelt dat alle partijen bij de zaak dezelfde structuur hanteren. Het vonnis is een origineel werk van een derde bij het proces, die door de partijen niet mag worden verplicht om een of andere structuur in acht te nemen.

Het volgende voorbeeld toont de gevaren van een dergelijke verplichting: in het kader van een vordering inzake buitencontractuele burgerlijke aansprakelijkheid nemen de partijen conclusies en zetten ze verscheidene middelen uiteen, in tegengestelde zin, die vooreerst betrekking hebben op het bestaan van een fout, voorts op de schade die verzoeker geleden zou hebben, en tot slot op het oorzakelijke verband tussen de fout en de schade; indien de rechter oordeelt dat er geen oorzakelijk verband is tussen de fout en de schade, kan hij, aangezien één van de bestanddelen van de aansprakelijkheid ontbreekt, de vordering ongegrond verklaren zonder dat hij de door de partijen uiteengezette middelen met betrekking tot de fout of de schade hoeft te analyseren of erop hoeft in te gaan. Het zou ten aanzien van het nagestreefde doel volstrekt contraproductief zijn om in dat geval de rechter ertoe te verplichten "de structuur" van het betoog van de partijen te volgen.

4.3. Uit de analyse van de toelichting bij de twee bepalingen van de ontworpen tekst blijkt dat de steller van het voorontwerp in werkelijkheid de partijen wil verplichten om hun middelen te nummeren, en dat, zo ze dat niet doen, de rechter wordt vrijgesteld van de verplichting om erop te antwoorden. De toelichting bij artikel 31 van het voorontwerp preciseert immers dat "de partijen (…) verplicht worden (…) de middelen te nummeren". Het ontworpen artikel 780, 3°, stelt dat de rechter moet antwoorden op de "overeenkomstig art. 744, eerste lid, uiteengezette middelen". De toelichting bij artikel 39 van het voorontwerp stelt voorts: "Indien een partij nalaat om haar middelen overeenkomstig artikel 744 van het Gerechtelijk Wetboek te structureren, is de rechter niet verplicht om er op te antwoorden".

Die toelichtingen zijn echter geen juiste weergave van de voorgestelde regeling. In die regeling is nergens uitdrukkelijk terug te vinden dat er een sanctie staat op het feit dat de partijen de middelen niet nummeren.

Een dergelijke sanctie zou moeilijk verenigbaar zijn met de vaste rechtspraak die het Hof van Cassatie sedert 2005[48] heeft ontwikkeld – waarvan de ontworpen tekst de lering niet tracht te wijzigen – en volgens welke het de rechter toekomt om, op grond van de gegevens die de partijen hem hebben voorgelegd, en zonder de grond en het voorwerp van de vordering te wijzigen, de aanspraken van de partijen correct te kwalificeren, in voorkomend geval door ambtshalve een middel op te werpen dat niet door de partijen is aangevoerd, of door aan hun aanspraken een andere kwalificatie te geven als die welke de partijen daaraan hebben gegeven.

[48] Het principearrest van het Hof van Cassatie van 14 april 2005, dat sindsdien meermaals is bevestigd en dat een einde heeft gemaakt aan een belangrijk strijdpunt waarover er in de rechtsleer en de rechtspraak op dit punt jarenlang onenigheid bestond.

Het middel "est l'énonciation d'un raisonnement juridique d'où la partie entend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense".[49] In zijn arrest van 14 april 2005 heeft het Hof van Cassatie gepreciseerd "dat de rechter gehouden is het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop toepasselijke rechtsregel; dat hij, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de plicht heeft ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten, die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen".[50] Die plicht vervalt niet door het loutere feit dat een partij nagelaten zou hebben een middel te nummeren, temeer daar het mogelijk is dat de conclusies van een partij gegevens bevatten waaruit een middel kan worden afgeleid dat niet door de partij werd opgemerkt en dat de rechter ambtshalve moet opwerpen.

Naar aanleiding van het onderzoek van een voorstel om een model vast te leggen voor de conclusies[51], dat enkele jaren geleden geformuleerd is en dat een sterke gelijkenis vertoont met de ontworpen tekst, heeft Cl. Parmentier, emeritus raadsheer bij het Hof van Cassatie, het volgende geschreven:

> "les propositions […] suggèrent l'image d'un juge enfermé dans le strict cadre processuel tel que l'ont tracé les plaideurs et dont il ne pourrait s'écarter que par l'effet de disposition d'ordre public [52]. Ce serait là une désastreuse régression par rapport aux avancées réalisées par la jurisprudence de la Cour de cassation, initiée par l'arrêt du 14 avril 2005, confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs tant des sections néerlandaise que française de la Cour et saluée avec un rare enthousiasme par une doctrine unanime. Cette jurisprudence est seule conforme à la haute mission du magistrat : rechercher, appréhender, interpréter la règle de droit et, partant, au besoin, relever d'office un moyen de droit, c'est-à-dire faire spontanément application au litige de la règle de droit qu'aucune des parties n'invoquait. Ce faisant, le juge n'exerce pas 'une justice venant en aide aux justiciables dont la défense présente des imperfections' […] mais il accomplit sa mission de dire le droit"[53].

Als het daadwerkelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp om de partijen te verplichten hun middelen te nummeren, met als sanctie dat de rechter ervan wordt vrijgesteld om in zijn beslissing te antwoorden op de (het) ongenummerde middel(en), dan zou dezelfde kritiek als die geuit door Cl. Parmentier, opgeworpen kunnen worden ten aanzien van de ontworpen tekst.

De straf die het ongenummerde middel zou treffen, zou niet van die aard zijn dat ze "een eenvoudige motiveringsbesparende maatregel" zou vormen, maar zou daarentegen een aantasting vormen van de motiveringsplicht, die moeilijk te rijmen valt met de artikelen 149 van de Grondwet en 780 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die in het voorontwerp niet wordt tegengesproken.

---

[49] Cl. Parmentier, "*Comprendre la technique de cassation*", Brussel, Larcier, 2011, nr. 91.

[50] Cass. 14 april 2005, *J.T.*, 2005, 659 en noot van J. van Compernolle; Cass. 8 januari 2014, *J.T.*, 2015, 447. Zie wat betreft de factische conceptie van het voorwerp, inz. Cass. (ver. kamers.) 23 oktober 2006, AR S.05.0010.F, en Cass. 22 januari 2007, *J.T.T*, 2007, 289.

[51] H. Mackelbert, "*La modélisation des conclusions : une éclaircie après trente ans*", *J.T.*, 2013, 509 e.v.

[52] De Raad van State merkt op dat dat voorbehoud niet is opgenomen in de toelichting bij artikel 31 van het voorontwerp.

[53] Cl. Parmentier, "*Le devoir de motivation et les conclusions*, *o.c.*, 7 en 8".

De straf zou bovendien zeker leiden tot controverses die aanleiding zouden geven tot processen binnen het proces[54] en zou de rechtzoekenden die zichzelf verdedigen of die worden verdedigd door iemand die geen jurist is, ten zeerste benadelen.

4.4. Fundamenteler is dat bovendien rekening moet worden gehouden met het feit dat de verzoekende partij zich perfect kan vergenoegen met de akte waarmee ze haar vordering (of beroep) instelt en die in de praktijk omstandig kan zijn, indien ze van mening is dat ze niet moet antwoorden op de conclusies van de verwerende partij. Het kan ook zijn dat de rechter enkel die akte in overweging kan nemen indien de verzoekende partij (of de partij die beroep instelt) naderhand geen conclusie heeft genomen binnen de termijnen die haar waren opgelegd, of dat haar laattijdige conclusies ambtshalve uit de debatten zijn geweerd.

De opsomming van de gegevens die overeenkomstig artikel 702 van het Gerechtelijk Wetboek opgenomen moeten zijn in de gedinginleidende akte, stemt echter niet overeen met de inhoud van de conclusies die wordt opgelegd bij het ontworpen artikel 744. Zo moet de gedinginleidende akte alleen "het voorwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering" bevatten.

De rechter zal derhalve moeten ingaan op alle, en dus ook op de ongenummerde middelen die in de gedinginleidende akte zijn vermeld, indien naderhand geen enkele conclusie op rechtsgeldige wijze wordt genomen.

Dezelfde opmerking geldt voor de vermeldingen genoemd in de bepalingen onder 1°, 2° en 4° van het ontworpen artikel 744.

5. De formulering "het gevraagde beschikkende gedeelte van het vonnis, waarbij in voorkomend geval de hoofdorde of ondergeschikte orde van de verschillende onderdelen wordt vermeld" (ontworpen artikel 744, eerste lid, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek)

Het aanzetten van de partijen tot het invoegen van een beschikkend gedeelte in hun conclusies, bevestigt alleen maar een praktijk die momenteel wijdverspreid is en zal geen invloed hebben op het werkelijke en precieze voorwerp van de vorderingen of van het verweer, zoals dat blijkt uit de gezamenlijke conclusies.

Het vormvereiste zou beter als volgt worden geredigeerd: "4° aan het einde van de tekst, een beschikkend gedeelte waarin een duidelijk en volledig overzicht wordt gegeven van al wat bij wijze van vordering of verweer wordt gevraagd, waarbij in voorkomend geval de hoofdorde of ondergeschikte orde ervan wordt vermeld".

[54] De partijen zouden uit voorzorg niet alleen hun middelen, maar al hun argumenten, en zelfs de vermelding van bepaalde feiten kunnen nummeren. Dit zou leiden tot een aanzienlijke toename van het werk van de rechter die ertoe gehouden is te verantwoorden waarom het "middel" dat door een partij genummerd is, geen middel is.

Slotopmerking

Uit de voorgaande opmerkingen valt af te leiden dat het dispositief van het ontworpen artikel 744, zoals het is gesteld, alleen maar kan bestaan uit aanbevelingen aan de partijen met het oog op het vergemakkelijken van de taak van de rechter om het hem voorgelegde geschil te beslechten en zijn beslissing zo te motiveren zodat, zoals onderstreept wordt in de toelichting bij artikel 31 van het voorontwerp, de partijen een goed inzicht in de beslissing kunnen hebben, wat het aanvaarden ervan vergemakkelijkt en het aanwenden van rechtsmiddelen beperkt. Aangezien het echter niet aan de wetgever toekomt om in de wet aanbevelingen vast te stellen, blijkt er geen nood te zijn aan een wijziging van artikel 744 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikelen 33 tot 37
(ontworpen artikelen 764 tot 767 van het Gerechtelijk Wetboek)

Zaken die meegedeeld moeten worden aan het openbaar ministerie en het advies van het openbaar ministerie

A. Overzicht van de bestaande situatie

Artikel 33 van het ontwerp strekt ertoe het advies van het openbaar ministerie niet langer verplicht te maken in de zaken die zijn opgesomd in artikel 764 van het Gerechtelijk Wetboek en, meer in het algemeen, het in alle zaken alleen aan het openbaar ministerie over te laten om uit te maken of het al dan niet dienstig is dat hij een advies verleent in het kader van een burgerlijke procedure, behalve in de zaken die betrekking hebben op de sociale aangelegenheden die genoemd worden in artikel 764, eerste lid, 10°. Behoudens het schrappen van artikel 764, eerste lid, 8°, wordt bij de ontworpen regeling niets gewijzigd in de opsomming van de zaken die meegedeeld moeten worden aan het openbaar ministerie. Ze schrapt evenwel de verplichting voor het openbaar ministerie om in die zaken alsook in de zaken waarvan de rechtbank uitdrukkelijk om zijn advies verzoekt, stelselmatig een advies uit te brengen.

Om de wezenlijke omvang van de voorgestelde wijziging correct in te schatten, is het dienstig de huidige regeling met betrekking tot de mee te delen zaken en de praktijk ter zake in herinnering te brengen.

a. Wat het beginsel van het advies betreft

1. Tot hiertoe dient een onderscheid te worden gemaakt tussen drie soorten adviesprocedures:

1°) *Het advies waarin de wet voorziet*: in alle zaken genoemd in artikel 764, eerste lid, en in artikel 765/1 van het Gerechtelijk Wetboek, is het openbaar ministerie verplicht om, op straffe van nietigheid, aan de rechtbank of het hof een advies te verlenen over de richting die de te nemen beslissing naar zijn mening moet uitgaan.

Hoewel luidens de huidige tekst het "meedelen" van die zaken aan het openbaar ministerie "op straffe van nietigheid" is voorgeschreven (artikel 764, eerste lid, eerste zin van het Gerechtelijk Wetboek), is het eigenlijk in wezen het feit dat het openbaar ministerie niet effectief een advies heeft uitgebracht in die zaken, dat de nietigheid met zich meebrengt van de beslissing die is genomen zonder dit advies te hebben gekregen.[55]

2°) *Het door de rechter gevraagde advies*: in de gevallen die niet genoemd worden in artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek kan de rechtbank of het hof ook "ambtshalve bevelen" dat de zaak aan het openbaar ministerie wordt meegedeeld. Die "mededeling" van de zaak heeft thans in de praktijk tot gevolg dat het openbaar ministerie verplicht is advies te verlenen over de aldus "meegedeelde" zaak.[56]

3°) *Het spontane advies*: overeenkomstig artikel 764, tweede lid, eerste zin, van het Gerechtelijk Wetboek, kan het openbaar ministerie "mededeling vragen van" alle andere zaken als het van plan is erin zitting te houden om zijn advies te verlenen "wanneer het zulks dienstig acht"[57].

2. De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt echter gevestigd op het volgende:

1° Het begrip "mededeling" van een zaak aan het openbaar ministerie heeft een dubbele betekenis:

- in de strikte of technische zin bestaat de verplichte dan wel facultatieve mededeling van een zaak aan het openbaar ministerie er, overeenkomstig het huidige artikel 766 van het Gerechtelijk Wetboek, in dat de zittend magistraat deze zaak, na het sluiten van de debatten maar vóór het in beraad nemen van de zaak, overzendt aan het openbaar ministerie opdat het zijn advies verleent; een "mee te delen" zaak is, in de zin van artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, een zaak die bij het sluiten van de debatten verplicht moet worden meegedeeld aan het openbaar ministerie, dat verplicht is hierover zijn advies te verlenen;

- in de ruime of gangbare betekenis, die inzonderheid wordt gebruikt in artikel 764, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, bestaat de mededeling van een zaak aan het openbaar ministerie alleen in het op de hoogte brengen van het openbaar ministerie van het bestaan van deze zaak.

---

[55] Inz. Cass. 22 juni 2012, C.11.0493.F. Er wordt verder op gewezen dat artikel 780, eerste lid, 1° en 4°, op straffe van nietigheid de verplichting oplegt dat het vonnis "de naam van de magistraat van het openbaar ministerie die zijn advies heeft gegeven" vermeldt en de "vermelding van het advies van het openbaar ministerie" bevat.

[56] Het klopt dat, zoals de rechtsleer stelt, "même si on voit mal pour quelle raison le ministère public refuserait de déférer à la demande du tribunal ou de la cour, il demeure qu'aucun texte n'oblige celui-ci à émettre un avis oral ou écrit" in dat laatste geval (J. Van Compernolle, "L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ?", *in* J. Englebert (ed.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, Brussel, Larcier, 2011, 181). Maar zoals G. de Leval opmerkt, zouden tuchtstraffen kunnen worden opgelegd aan de magistraat van het openbaar ministerie die zou weigeren om in dat geval advies te verlenen, (G. de Leval, "L'avis du ministère public en matière civile : une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge", *in* M. Storme en P. Van Orshoven (ed.), *Amicus curiae, quo vadis ?*, Brussel, Bruylant, 2001, 40 e.v., hier 45).

[57] "Het openbaar ministerie krijgt mededeling van alle andere zaken en houdt daarin zitting wanneer het zulks dienstig acht." (artikel 764, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

2° Bij de huidige stand van het recht en van de praktijk wordt het openbaar ministerie alleen op de hoogte gebracht van het bestaan van een aangespannen procedure waarin het advies moet verlenen, wanneer het gaat om één van de zaken die zijn opgesomd in de artikelen 764, eerste lid, en 765/1 van het Gerechtelijk Wetboek of wanneer de rechter om zijn advies verzoekt in een zaak die niet in die artikelen is opgesomd.

In principe wordt het openbaar ministerie hiervan vóór de pleitzitting op de hoogte gebracht zodat het deze zitting kan bijwonen.

Het is dus niet zo dat alle "andere zaken" systematisch worden meegedeeld[58] aan het openbaar ministerie opdat het zou kunnen oordelen of het al dan niet dienstig is zijn advies te verlenen. In die "andere zaken" treedt het openbaar ministerie op teneinde zijn advies te verlenen (en vraagt daarbij om mededeling van het dossier) op grond van informeel verkregen informatie over het bestaan van deze of gene procedure.[59]

3° Wanneer het openbaar ministerie door de wet of door een rechter die geen vrederechter is, verplicht wordt om advies te verlenen of dit nuttig acht, dan woont het de pleitzitting bij alvorens zijn advies te geven.[60]

b. Nadere regels met betrekking tot het advies

1. Inzake de praktische regeling voor de "mededeling" van het dossier aan het openbaar ministerie en de manier waarop het daadwerkelijk zijn advies verleent, preciseert de huidige tekst dat "de rechter de zaak mee[deelt] aan het openbaar ministerie op het ogenblik dat hij de sluiting van de debatten beveelt".

In principe moet het advies steeds mondeling ter terechtzitting worden uitgebracht:

- ofwel, wanneer het gaat om een "mondeling advies" dat terstond wordt uitgebracht, onmiddellijk na de pleidooien van de partijen, die het openbaar ministerie, zoals reeds gesteld, heeft bijgewoond;

- ofwel, indien het openbaar ministerie de rechter en de partijen na de pleidooien ervan in kennis stelt dat het meent schriftelijk advies te moeten verlenen, stelt de rechter op dat ogenblik vast op welke datum het advies ter griffie moet worden neergelegd en op welke terechtzitting het openbaar ministerie "er voorlezing van zal geven"; de rechter kan echter beslissen dat het advies eenvoudigweg ter griffie moet worden neergelegd binnen de door hem vastgestelde termijn (artikel 767, § 2, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

[58] "Andere" ten opzichte van de zaken genoemd zijn in artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek of die ambtshalve meegedeeld worden door de rechter.

[59] Zo bijvoorbeeld besliste het openbaar ministerie eind 2008 op eigen initiatief en zonder dat de wet het daartoe verplichtte, om in de "zaak-Fortis", waarin de "kleine aandeelhouders" tegenover de FPIM en Fortis bank stonden, de zittingen bij te wonen en advies te verlenen in het kader van het kort geding (zowel in eerste instantie als in beroep) (in kort geding is het advies van het openbaar ministerie nooit verplicht).

[60] Zie hieronder de opmerkingen met betrekking tot artikel 34 van het voorontwerp.

Voorts wordt in de huidige versie van artikel 767, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek gepreciseerd dat, "onmiddellijk na de zitting" (dat wil zeggen de terechtzitting tijdens welke het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies voorleest) of na de neerlegging ter griffie van het advies, dit advies ter kennis wordt gebracht van de partijen die op hun beurt beschikken over een termijn om te repliceren. Zoals reeds gesteld, wordt die termijn door de rechter vastgesteld op hetzelfde ogenblik waarop hij de termijn vaststelt waarover het openbaar ministerie beschikt om zijn schriftelijk advies "uit te brengen", dat wil zeggen op het ogenblik van de sluiting van de debatten (artikel 766 van het Gerechtelijk Wetboek).

2. In de praktijk komt het zelden voor dat de procedure strikt volgens de voornoemde stappen verloopt.

3. Wanneer het een geval betreft waarin het advies krachtens de wet verplicht is, deelt de griffie van de rechtbank het openbaar ministerie mee dat zijn advies in die zaak vereist is alsook op welke datum de pleitzitting plaatsvindt. In dat geval woont een lid van het parket de pleitzitting(en) bij. Na afloop daarvan sluit de rechter de debatten zonder evenwel de zaak in beraad te nemen. Hij verzoekt op dat ogenblik het openbaar ministerie zijn advies te geven en "deelt" hem daartoe "de zaak mee". In principe zal de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie het dossier voor de terechtzitting hebben bestudeerd.

In dat geval, waarin het advies wettelijk verplicht is, zijn er drie mogelijkheden:

- ofwel geeft het openbaar ministerie terstond een gewoon mondeling advies; de partijen kunnen daar eveneens terstond gewoon mondeling op repliceren of ze kunnen vragen dat de zaak wordt verdaagd teneinde conclusie van repliek te nemen; in het algemeen stelt de rechter een nieuwe terechtzitting vast teneinde de replieken van de partijen te horen;

- ofwel wordt de zaak voor verdere behandeling uitgesteld opdat het openbaar ministerie zijn louter mondelinge advies op een latere zitting kan geven (meestal omdat er op de pleitzitting te weinig tijd is om na de pleidooien nog het openbaar ministerie en de eventuele replieken van de partijen te horen);

- ofwel, ten slotte, deelt het openbaar ministerie aan de rechtbank mee dat het een schriftelijk advies wenst uit te brengen; in dat geval stelt de rechtbank de termijn vast waarbinnen het openbaar ministerie zijn advies moet neerleggen en de termijnen waarbinnen de partijen hun eventuele conclusies van repliek moeten neerleggen; vervolgens wordt de zaak verdaagd tot een terechtzitting die na het verstrijken van die termijnen plaatsvindt, teneinde het openbaar ministerie zijn advies te horen "voorlezen" en teneinde de repliekpleidooien van de partijen te horen.

Na het debat over het advies van het openbaar ministerie neemt de rechter de zaak in beraad.

4. In de andere zaken, die niet van rechtswege moeten worden meegedeeld, is thans niet voorzien in enige stelselmatige kennisgeving aan het parket.

In die gevallen zijn er drie mogelijkheden:

- ofwel oordeelt de rechter tijdens het onderzoek van het dossier dat het dossier aan het parket moet worden "meegedeeld" omdat hij er gegevens in aantreft die mogelijkerwijs met strafbare feiten te maken hebben; in dat geval wordt het dossier bij vonnis aan het parket overgezonden met toepassing van artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering; na onderzoek van het dossier deelt het openbaar ministerie mee of het op basis van de gegevens die de rechter heeft aangebracht al dan niet een strafrechtelijke vervolging wenst in te stellen;

- ofwel oordeelt de rechtbank na onderzoek van het dossier dat het advies van het openbaar ministerie noodzakelijk is; in dat geval wordt een vertegenwoordiger van het parket verzocht op de pleitzitting te verschijnen; dan gelden dezelfde regels als die welke gelden in het geval van het verplichte advies; in de praktijk zijn dergelijke verzoeken uiterst zeldzaam;

- ofwel wordt het parket op informele wijze in kennis gesteld van een procedure die niet van rechtswege moet worden meegedeeld (met name wanneer het gaat om zaken die veel weerklank in de media krijgen) en kan het op eigen initiatief het dossier opvragen om uit eigen beweging een advies uit te brengen, en dus op eigen initiatief vooraf de pleitzitting bijwonen.

B. Strekking van de ontworpen tekst

De ontworpen tekst strekt ertoe alle gevallen van verplichte adviesverlening door het openbaar ministerie te schrappen en laat het enkel aan de beoordeling van dat openbaar ministerie over om te bepalen wanneer zijn advies vereist is en onder welke vorm dit gegeven wordt, onder voorbehoud van de verplichting van het parket om advies te verlenen met betrekking tot de sociale zaken vermeld in artikel 764, eerste lid, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek, die behouden blijft.

Die wijziging wordt in de memorie van toelichting verantwoord als volgt:

> "De systematische tussenkomst van het openbaar ministerie in sommige, exhaustief opgesomde categorieën van procedures, is niet langer verantwoord en kan beter overgelaten worden aan een beoordeling per zaak of voor sommige subcategorieën. Het openbaar ministerie beschikt over de nodige zin voor verantwoordelijkheid om te beslissen in welke (sub)categorieën van zaken of concrete zaken zijn advies een nuttige rol kan spelen".

Voor die wijziging is een aanpassing vereist van de verschillende vormen van "mededeling" van het dossier aan het openbaar ministerie.

In de ontworpen tekst:

- blijft de precisering behouden dat in de gevallen die opgesomd worden in het eerste lid van artikel 764 van het Gerechtelijk Wetboek, de mededeling van de zaak aan het openbaar ministerie van rechtswege dient plaats te hebben "op straffe van nietigheid"[61];

- blijft de mogelijkheid behouden dat de rechtbank of het hof de mededeling "van alle andere zaken" aan het openbaar ministerie "ambtshalve beveelt";

- en blijft het principe behouden dat het openbaar ministerie in "alle andere zaken" kan vragen dat hem een dossier wordt "medegedeeld".

In het derde lid van het ontworpen artikel 764 wordt evenwel bepaald dat het openbaar ministerie, ongeacht het geval, slechts een advies zal hoeven uit te brengen "wanneer het zulks dienstig acht" (zonder dat daarbij nog enig onderscheid wordt gemaakt tussen de drie gevallen bedoeld in het eerste en het tweede lid, onder voorbehoud van de uitzondering waarvan sprake in het ontworpen artikel 764, vierde lid, met betrekking tot de sociale aangelegenheden die opgesomd worden in het eerste lid, 10°, van deze bepaling).

C. Algemene opmerkingen

1. J. van Compernolle heeft het volgende geschreven:

> « la compétence d'avis du ministère public est trop souvent mal comprise. L'on y voit à tort une cause de retard dans la solution du litige ou une cause de surcharge alourdissant les tâches du parquet. Ces objections […] paraissent mal fondées. À condition de ne point multiplier les causes de communication obligatoire et de favoriser au contraire la communication facultative, l'assistance que prête le ministère public dans l'exercice de sa fonction consultative renforce l'efficacité de la justice et la qualité de l'œuvre juridictionnelle » [62].

Zowel in de rechtsleer als door hoogste gerechtelijke instanties is immers meermaals unaniem gewezen op het belang van het advies van het openbaar ministerie voor zowel de rechter, de partijen, als voor de samenleving, welk advies beschouwd wordt als "een fundamenteel onderdeel van een evenwichtig proces in het Belgisch recht".[63]

G. de Leval en Fr. Georges hebben de redenen van dat advies als volgt uitgelegd:

> "a) Si au premier chef les affaires civiles concernent la vie privée, des intérêts essentiels dépassant les particuliers peuvent être mis en jeu. Il est bon qu'une voix objective et compétente puisse se faire entendre.

[61] Deze sanctie zal in de toekomst dus enkel nog van toepassing zijn op de niet-mededeling van de zaak aan het openbaar ministerie en niet op het niet-verlenen van een advies.

[62] J. Van Compernolle, "L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ?", *o.c.*, 185.

[63] Inz. J. Van Compernolle, "L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ?", *o.c.* ; G. de Leval, "L'avis du ministère public en matière civile : une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge", *in* M. Storme en P. Van Orshoven (ed.), *Amicus curiae, quo vadis ?*, Brussel, Bruylant, 2001.

b) Grâce à l'avis, un meilleur traitement égalitaire peut être assuré devant l'application de la loi.

c) L'avis facilite la mission de surveillance générale du parquet (article 29 du Code judiciaire).

d) L'avis constitue un correctif éventuel à l'institution du juge unique".[64]

Ter gelegenheid van zijn rede uitgesproken op 1 september 2004 tijdens de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie, heeft procureur-generaal J. du Jardin het volgende gezegd:

> "Het openbaar ministerie is wegens zijn organisatie, die gegrond is op het beginsel van de eenheid en de ondeelbaarheid, in staat op efficiënte wijze bij te dragen tot de eenheid bij de uitlegging van de wet en daardoor tot de rechtszekerheid, tot de erkenning van de gelijkheid tussen de justitiabelen en de geloofwaardigheid van Justitie".[65]

Hoewel het denkbaar is dat het belang van dat advies afgenomen is voor een aantal aangelegenheden, wat een reden kan zijn voor het feit dat deze uit de opsomming zijn gehaald die weergeven wordt in artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek[66], lijkt het minder aannemelijk dat het belang van een systematisch uitgebracht advies volledig verdwenen is, in het bijzonder in zaken waarbij fundamentele belangen op het spel staan en zeker wanneer de belangen van minderjarigen, of van andere partijen die een bijzondere bescherming behoeven, in het gedrang zouden kunnen komen.[67]

In een poging tot analyse van die "tendens tot vermindering van het aantal mededeelbare zaken", die reeds bleek uit de hervorming van de mee te delen zaken bij de wet van 3 augustus 1992, heeft procureur-generaal J. du Jardin evenwel het volgende gesteld:

> "Het klaarblijkelijk doel van die tendens is ditmaal van een meer banale aard: het bestond erin de oorzaak van vertraging van de rechtspleging, die, zo dacht men, het advies van het openbaar ministerie vormt, uit te schakelen ; om proceseconomische redenen diende het openbaar ministerie meer tijd te krijgen om zich te wijden aan zijn essentiële, namelijk strafrechtelijke, taken, alsof die volgens het openbaar ministerie en voor de openbare orde de belangrijkste waren, terwijl toch 'les intérêts supérieurs de la société ne peuvent plus (aujourd'hui) être envisagés dans la seule perspective répressive et sécuritaire'"[68].

---

[64] G. De Leval en Fr Georges, *Droit judiciaire, tome 1 : Institution judiciaires et éléments de compétence*, Brussel, Larcier, 2de uitg., 2014, 290.

[65] J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", http://justitie.belgium.be/nl/binaries/redes2004_tcm265-210563.pdf, 5.

[66] De wetgever is in die zin opgetreden met de goedkeuring van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, waarin een aantal gevallen die opgesomd werden in artikel 764 geschrapt of beperkt werden (zie Chr. Panier, "Collégialité du siège et communicabilité des causes dans les tribunaux de première instance", *in Le nouveau droit judiciaire privé*, Dossiers du J.T., nr. 5, Brussel, Larcier, 1994, 33 en 34).

[67] J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", *o.c.*, 6 en 15 e. v.

[68] J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", *o.c.*, 12, verwijzend naar M. Storme, "Het openbaar Ministerie in burgerlijke zaken : in ademnood of nieuwe ademtocht? Le ministère public en matière civile: à bout de souffle ou un deuxième souffle?" *in* P. Van Orshoven en M. Storme (uitg.), *Amice curiae, quo vadis? Le ministère public en matière civile, commerciale et sociale*, Brussel, Kluwer en Bruylant, 2002, 238.

De procureur heeft voorts gesteld:

> "Kan men trouwens werkelijk staande houden dat het burgerlijk gerecht efficiënter zal werken wanneer (...) het aantal gevallen wordt beperkt waarin het advies van het openbaar ministerie verplicht is? Het voorwendsel lijkt ons een drogreden te zijn in het licht van het ontegensprekelijk belang van de rol van het openbaar ministerie in andere dan strafzaken. Hier is in elk geval sprake van een bekrompen en contraproductieve perceptie van de taak van het openbaar ministerie, met name wegens het gebrek aan informatie dat het gevolg ervan zal zijn. Diende de efficiëntie van het openbaar ministerie in strafzaken werkelijk te worden verhoogd? Was het, omdat de parketten overbelast zijn, nodig dat hun tussenkomsten in burgerlijke zaken werden verminderd, ja zelfs werden afgebouwd? Wij vinden dat een ongelukkige oplossing"[69].

De steller van het voorontwerp geeft niet de redenen op waarom het verplichte optreden van het openbaar ministerie, hetzij met betrekking tot bepaalde aangelegenheden, hetzij wanneer dit wordt gevraagd door de rechter, niet meer gerechtvaardigd zou zijn. Er wordt niet gesteld dat de reden voor de opheffing van het verplichte advies erin zou bestaan dat dat advies geen enkele meerwaarde oplevert voor de procedure waarin het thans moet worden gegeven, noch dat die meerwaarde niet in verhouding zou staan tot de werklast die dergelijke adviezen – en de aanwezigheid op de terechtzittingen die daarvoor nodig is – teweegbrengen voor de parketten of tot de vertragingen waartoe ze aanleiding geven bij de procedurele behandeling van de dossiers.

Daarenboven wordt in de bespreking van het ontworpen artikel 764 gesteld dat "de systematische tussenkomst van het openbaar ministerie niet langer verantwoord is in *sommige* categorieën van procedures"[70] die opgesomd worden in artikel 764, eerste lid. In het dispositief wordt het verplichte karakter van het advies evenwel opgeheven voor *alle* aangelegenheden die in die bepaling worden opgesomd. Indien het advies enkel nog gerechtvaardigd is in *sommige* aangelegenheden, zou het goed zijn dat de steller van het voorontwerp zou uitleggen waarom hij voor elke aangelegenheid het beginsel zelf van de verplichte adviesverstrekking opheft, in plaats van de lijst van de procedures die opgesomd worden in het eerste lid te herzien teneinde de redenen waarom de systematische adviesverlening niet meer gerechtvaardigd zou zijn, te schrappen.

2. In de memorie van toelichting staat dat, in de plaats van een verplichte adviesverstrekking in een reeks van geschillen of op verzoek van de rechter, het verkieslijk is het openbaar ministerie te laten beoordelen of het opportuun is om een advies te geven, daar "het openbaar ministerie (…) over de nodige zin voor verantwoordelijkheid [beschikt] om te beslissen in welke (sub)categorieën van zaken of concrete zaken zijn advies een nuttige rol kan spelen".

[69] J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", *o.c.*, 12.

[70] Niet cursief in de tekst.

Hoewel aan de zin voor verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie niet moet worden getwijfeld, lijkt die van de zittend magistraat evenzeer vast te staan en lijkt deze laatste bijzonder goed geplaatst om te oordelen of, in een zaak die hem is voorgelegd en waarover hij uitspraak moet doen, het advies van het openbaar ministerie al dan niet nuttig dan wel noodzakelijk kan zijn, in het bijzonder teneinde de fundamentele belangen veilig te stellen van bepaalde partijen of van derden die belang hebben bij de procedure, inzonderheid wanneer het gaat om minderjarigen.

De ontworpen tekst ontneemt deze mogelijkheid aan de zittend magistraten, behalve voor wat betreft de zaken vermeld onder punt 10° van artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin de verplichte adviesverstrekking wel nog behouden blijft voor bepaalde aangelegenheden die verband houden met het sociaal recht of het arbeidsrecht wanneer het verzoek om advies gedaan wordt door de rechtbank.

In de memorie van toelichting wordt geen enkele verantwoording gegeven voor de afwijkende regeling die aldus is uitgewerkt voor die aangelegenheden. Er wordt ook geen enkele reden opgegeven waarom diezelfde afwijkende regeling niet geldt voor andere aangelegenheden. Indien voor de geschillen die genoemd worden in artikel 764, eerste lid, 10°, waarbij per definitie partijen betrokken zijn die economisch zwak zijn en vaak nader onderzoek door het arbeidsauditoraat behoeven, die noodzaak van een verplicht advies gerechtvaardigd is, op zijn minst wanneer het verzoek daartoe geformuleerd wordt door de rechter, is dat beslist ook zo, *mutatis mutandis*, voor andere geschillen, inzonderheid voor familiegeschillen waarbij minderjarigen of beschermde personen als bedoeld in artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek betrokken zijn.

Het staat aan de steller van het voorontwerp om een dergelijk verschil in behandeling van vergelijkbare situaties te rechtvaardigen. Zo niet moet de tekst aangepast worden.

Dat geldt des te meer daar er, zoals benadrukt wordt in de bespreking van het ontworpen artikel 764, vijfde lid, aangelegenheden blijven bestaan die opgesomd worden in artikel 764, eerste lid, waarvoor het advies van het openbaar ministerie "onontbeerlijk" of "minstens nuttig" blijkt te zijn. Het lijkt derhalve verkieslijk om voor die zaken een verplicht advies te behouden, op zijn minst wanneer de rechtbank erom verzoekt.

3. De praktijk leert overigens dat bij twee soorten geschillen in het bijzonder, namelijk de geschillen die verband houden met het sociaal recht en familiegeschillen waarbij de belangen van minderjarigen op het spel staan, meer nog dan het loutere advies, vooral de aanwezigheid van het openbaar ministerie tijdens de zitting en zijn actieve rol een meerwaarde opleveren voor de rechtspleging.

Voor het merendeel van de geschillen waarvan sprake in artikel 764, eerste lid, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek, voert het arbeidsauditoraat vaak zelf het onderzoek in het dossier[71]. Ter herinnering, artikel 138*ter* van het Gerechtelijk Wetboek dat niet door de ontworpen tekst wordt gewijzigd bepaalt het volgende: "In alle betwistingen die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, kan het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten van de minister of van de bevoegde openbare instellingen of diensten de nodige bestuurlijke inlichtingen vorderen. Daartoe kan het om medewerking verzoeken van de ambtenaren die door de bestuurlijke overheid belast zijn met het toezicht op de toepassing van de in de artikelen 578 tot 583 bedoelde wettelijke en verordeningsbepalingen".

Procureur-generaal J. du Jardin heeft het volgende gesteld:

> "De bestaansreden van een arbeidsauditoraat, dat als een van de meest markante vernieuwingen van de gerechtelijke hervorming wordt beschouwd, kan verklaard worden aan de hand van de bijzondere kenmerken van de rechtspleging die inzake arbeidsrecht van toepassing is. Die bestaansreden was, en is nog steeds, – ik zou zelfs eraan toevoegen, meer dan ooit – de noodzakelijkheid om de gelijkheid van de partijen voor de arbeidsrechter te verzekeren, namelijk, enerzijds, de administraties of instellingen voor sociale tegemoetkomingen, die over de noodzakelijke middelen beschikken, en anderzijds, de, veeleer behoeftige, sociaal verzekerde. Die "égalité des armes se réalise par le biais du pouvoir d'instruire les causes, dévolu aux auditorats du travail"[72].

Wat betreft de familiegeschillen waarbij de belangen van minderjarigen op het spel staan, werd deze bijzondere rol meer bepaald benadrukt tijdens de parlementaire voorbereiding voorafgaand aan de stemming over de wet van 30 juli 2013 "betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank":

> "In de praktijk wordt het proces bespoedigd wanneer het openbaar ministerie zijn advies rechtstreeks kan uitbrengen tijdens de zitting vóór de rechter de zaak in beraad neemt. Dit kan ook tot een dialoog leiden omdat het openbaar ministerie bijvoorbeeld oplossingen kan voorstellen waaraan de partijen zelf niet hebben gedacht. De aanwezigheid van het openbaar ministerie tijdens de debatten heeft ook een meerwaarde want zo worden de partijen gehoord door het openbaar ministerie. Mevrouw Delos herinnert eraan dat er verschillende mogelijkheden onderscheiden moeten worden. Het mondeling advies van het openbaar ministerie in een burgerlijke procedure heeft als voordeel dat het openbaar ministerie als neutrale tussenkomende partij optreedt en zich op een andere manier tot de partijen kan richten dan een rechter. Het kan oplossingen voorstellen of de partijen eraan herinneren dat het belang van de kinderen moet vooropstaan"[73].

---

[71] "De arbeidsauditeur beschikt immers over een daadwerkelijke onderzoeksbevoegdheid die hij ambtshalve kan uitoefenen. Zodoende wordt hij een soort maatschappelijk onderzoeker die gezagsdragers van bepaalde organismen kan laten horen om de inlichtingen te verkrijgen die noodzakelijk zijn voor de zaken waarover de arbeidsgerechten uitspraak moeten doen" (J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", *o.c.*, 24).

[72] J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", *o.c.*, 24.

[73] Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en mevrouw Taelman, (*Parl. St.* Senaat 2012-13, nr.5-1189/7, 68).

Het bijzondere belang van de tussenkomst van het openbaar ministerie in geschillen betreffende de familiale belangen van minderjarigen is eveneens onderstreept door procureur-generaal J. du Jardin :

> "Uiteindelijk vormt het belang van de minderjarige de essentiële verantwoording en de toetssteen van de rol van het openbaar ministerie, alsook van zijn bemoeienissen met de familieverhoudingen. Het belang van het kind, waarvan wel eens is gezegd dat het *het kind van de procureur is*, vormt de hoeksteen van die zending van het openbaar ministerie dat optreedt als behoeder van de openbare orde, maar ook als *amicus curiae*, dat is als *raadsman van de rechter*, door zijn weloverwogen en objectief advies aan die rechter. Ook de partijen halen hieruit voordeel doordat de zaak bekeken wordt op een niveau dat de wrokgevoelens en egoïstische houdingen die hen tot tegenstanders maakten alvorens hen te scheiden, te boven gaat"[74].

Tijdens de parlementaire voorbereiding voorafgaand aan de stemming over de voornoemde wet van 30 juli 2013 is er veel aandacht besteed aan de rol van het openbaar ministerie bij de familiale geschillen. De Hoge Raad voor de Justitie, die door de Commissie voor de Justitie van de Kamer is gehoord, was van oordeel dat

> "de gelegenheid te baat (moet) worden genomen om een lijst op te stellen van de wettelijke taken van het openbaar ministerie in burgerlijke zaken, en om te bepalen welke al dan niet moeten worden behouden. Voor elke taak van het openbaar ministerie zou moeten worden nagegaan in hoeverre het om een prioritaire taak gaat. Welke meerwaarde heeft de feitelijke aanwezigheid van het openbaar ministerie ter zitting in bepaalde burgerlijke zaken? Zo is een regeling denkbaar waarbij de rechter via een met redenen omkleed verzoek het parket om advies zou kunnen vragen in situaties waarin het vermoeden rijst van bijvoorbeeld wetsontduiking, schending van de openbare orde, strafbare feiten enzovoort. Voorts zou kunnen worden bepaald dat het openbaar ministerie, in plaats van ter zitting aanwezig te zijn, ook een schriftelijk advies mag indienen. De HRJ stelt in verband met de ontvangen klachten vast dat die vaak te maken hebben met een langzame afwikkeling van de zaak, of nog vertragingen bij de parketten in burgerrechtelijke dossiers. Los van de uitvoering van deze hervorming moet een diepgaand debat worden gevoerd over de prioritaire taken van het openbaar ministerie en zijn precieze rol in burgerlijke zaken. Hoe dan ook moet het openbaar ministerie ter zitting aanwezig zijn bij alle zaken die verband houden met het ouderlijk gezag"[75].

De opheffing van het systematische advies en vooral, daarmee samenhangend, van de aanwezigheid van het openbaar ministerie tijdens de zittingen van de familierechtbank, in geschillen waarbij de belangen van minderjarigen op het spel staan, werpt een principekwestie op die een veel ruimere rechtvaardiging vereist indien de steller van het voorontwerp deze wijziging wenst te behouden.

Tijdens diezelfde parlementaire voorbereiding is er immers bijzondere nadruk gelegd op

> "het behoud van de systematische en automatische mededeelbaarheid van alle aan de nieuwe rechtbank voorgelegde zaken die, wanneer het om minderjarige kinderen gaat, te maken hebben met de uitoefening van het ouderlijk gezag, de huisvesting van de

[74] J. du Jardin, "De niet strafrechtelijke taken van het openbaar ministerie", *o.c.*, 16, gecursiveerd in de tekst.

[75] Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door mevrouw Kristien Van Vaerenbergh, (*Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-0682/015, 196 en 197).

kinderen, het recht op persoonlijke relaties, adoptie en officieuze voogdij overeenkomstig de artikelen 475bis en volgende van het Burgerlijk Wetboek. In die aangelegenheden blijven de zaken systematisch en automatisch mededeelbaar. Die keuze is verantwoord in zoverre het openbaar ministerie een werkelijke meerwaarde kan bieden. Eerst en vooral heeft het openbaar ministerie de kijk van een buitenstaander op het dossier, die losstaat van de standpunten van de ouders die bij het conflict betrokken zijn. Het kan in die context de rol op zich nemen van behoeder van het hoger belang van het kind, dat overeenkomstig artikel 3.1 van het Verdrag inzake de rechten van het kind moet vooropstaan. Tevens kan het openbaar ministerie oplossingen of onderzoeksmaatregelen suggereren, onafhankelijk van wat de partijen voorstellen, overeenkomstig zijn initiatiefrecht waarin artikel 387bis van het Burgerlijk Wetboek voorziet. Het kan ten slotte informatie verstrekken uit andere dossiers en het verband leggen tussen een beschermingsdossier en een burgerlijk dossier. Dat verband is des te belangrijker omdat het ontwerp in een scheiding voorziet tussen de rechter die over de burgerrechtelijke aspecten beslist en die welke over de beschermende aspecten beslist. Die aanwezigheid van het openbaar ministerie is overigens in overeenstemming met artikel 8 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, dat het volgende bepaalt : « Het ambt van openbaar ministerie bij de jeugdrechtbank wordt uitgeoefend door een of meer magistraten van het parket, die door de procureur des Konings worden aangewezen. Deze magistraten oefenen eveneens het ambt van openbaar ministerie bij de (burgerlijke rechtbank) uit telkens wanneer deze rechtbank te beslissen heeft over de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen van niet ontvoogde minderjarige kinderen van ouders die wegens echtscheiding of scheiding van tafel en bed in rechte staan »[76]."

Voorts wordt nog het volgende bepaald:

"Het openbaar ministerie moet zorgen voor een band en het doorzenden van de informatie tussen de rechter van de kamer van de familie en de rechter van de kamer van de jeugd. Wat burgerlijke zaken betreft, zijn de betrokken minderjarigen geen partij in het geschil en worden hun belangen niet specifiek door een advocaat behartigd, onafhankelijk van de standpunten van de ouders die bij de zaak betrokken zijn. Het openbaar ministerie staat dus borg voor de inachtneming van artikel 3.1. van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, dat stelt : "bij alle maatregelen betreffende kinderen (...) vormen de belangen van het kind de eerste overweging".[77]

Hoewel het geen enkele twijfel lijdt dat een nieuwe wet een vroegere wet kan wijzigen, staat het evenwel aan de steller van het ontwerp, in het bijzonder in het licht van artikel 22*bis* van de Grondwet en artikel 3, § 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, uit te leggen om welke redenen de overwegingen die in 2013 geformuleerd zijn en die overgenomen zijn in het wetgevend dispositief, thans niet meer relevant zouden zijn als rechtvaardiging voor het behoud van de systematische aanwezigheid van het

[76] Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en mevrouw Taelman, *l.c.*, 54 en 55. Artikel 3.1. van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind luidt als volgt: "Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging".

[77] Voornoemd verslag, 61.

openbaar ministerie in gedingen die door de familierechtbank worden behandeld en waarbij de belangen van de minderjarigen op het spel staan[78].

Hetzelfde geldt eveneens voor wat betreft de inachtneming van het beginsel van de gelijkheid van de verweermiddelen en van de gelijke toegang tot het gerecht, welk beginsel gewaarborgd wordt door de aanwezigheid van het openbaar ministerie in een reeks gedingen die onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken vallen.

Aangezien het algemeen bekend is dat de specifieke eigenheid en het belang van de tussenkomst van het openbaar ministerie in de twee voornoemde soorten geschillen niet, of in ieder geval niet even sterk, terug te vinden zijn in de overige geschillen die opgesomd worden in artikel 764, eerste lid, kan dat onderscheid een reden zijn voor het feit dat op de eerste twee vermelde soorten geschillen niet dezelfde regels van toepassing zijn als die welke gelden voor de overige geschillen. Dit blijkt overigens reeds deels uit de ontworpen tekst waarin bij wijze van uitzondering een verplicht advies wordt voorgeschreven voor de geschillen waarvan sprake in onderdeel 10° van artikel 764, eerste lid, wanneer de rechter daarom verzoekt.

4. Gelet op de budgettaire moeilijkheden waarmee de rechterlijke macht, met inbegrip van de parketten, geconfronteerd wordt, bestaat de vrees dat het openbaar ministerie *de facto*, verplicht zal zijn om af te zien van zijn adviesverlenende functie, niet omdat deze adviezen niet nuttig zouden zijn in het kader van de betreffende burgerlijke rechtspleging, maar omdat het in de toekomst, gezien de gesloten begrotingsenveloppes, prioriteiten zal moeten stellen wat zijn verschillende opdrachten betreft en het risico bestaat dat het een aantal van die opdrachten niet meer daadwerkelijk zal kunnen uitvoeren met de beperkte middelen waarover het beschikt[79]. In zijn antwoord aan de auditeur heeft de vertegenwoordiger van de minister in dat verband gewezen op "la nécessité d'utiliser avec parcimonie les rares moyens disponibles"[80].

---

[78] In dat verband wordt erop gewezen dat: "de Kamercommissie Justitie, en daarvóór de werkgroep belast met het onderzoek naar de oprichting van een familie- en jeugdrechtbank, zich de vraag (…) gesteld [hebben] aan welke rechtbank de burgerlijk familiale geschillen het best zouden worden toevertrouwd. Na uitgebreid overleg en na alle interne en externe actoren gehoord te hebben, heeft deze werkgroep beslist om alle familiale geschillen te groeperen binnen een familie- en jeugdrechtbank, zijnde een afdeling van de rechtbank van eerste aanleg. De afgevaardigden van de commissie voor de Justitie hebben deze keuze vrijwel unaniem gevolgd. Voortgaande op het verslag dat werd opgesteld door de werkgroep "Gezinnen en burgerlijk en gerechtelijk recht" van de staten-generaal van het gezin van 2004, biedt het toewijzen van de familiale geschillen aan de rechtbank van eerste aanleg – in verhouding tot de vrederechters – immers volgende voordelen:
- […];
- aanwezigheid van het openbaar ministerie in de mededeelbare familiale zaken (ouderlijk gezag, huisvesting, enz.), grotere onderzoeksmogelijkheden;
- […]" (verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en mevrouw Taelman, *l.c.* 7.).

[79] De wijzigingen die aangebracht zijn in artikel 764, eerste lid, bij de wet van 3 augustus 1992 en waarbij het aantal gevallen van verplichte adviesverlening aanzienlijk beperkt werd, zijn reeds uitgelegd als zijnde het gevolg van een gebrek aan middelen: " il est incontestable […] que la présence obligatoire du ministère public en matière civile tend à se raréfier, pour de simples raisons pratiques de disponibilité et de 'choix d'investissement'" (Chr. Panier, "Collégialité du siège et communicabilité des causes dans les tribunaux de première instance", *in Le nouveau droit judiciaire*, Dossiers du J.T., nr. 5, Brussel, Larcier, 1994, 33).

[80] Uit de nota van de Inspectie van Financiën blijkt overigens dat de wijziging van artikel 764 van het Gerechtelijk Wetboek ontegensprekelijk ingegeven was door budgettaire redenen, aangezien deze wijziging, volgens de ramingen van de FOD Justitie, een besparing kan opleveren van 30 FTE wat de magistraten betreft en 100 FTE wat het juridisch personeel betreft.

5. Er behoort tot slot eveneens rekening gehouden te worden met het feit dat de ontworpen regeling als algemene regel wil doorvoeren dat in de kamers, in bijna alle omstandigheden, een alleensprekende rechter zitting heeft[81], terwijl in de rechtsleer daarover het volgende is gezegd:

« l'avis constitue un correctif éventuel à l'institution du juge unique » [82].

Gelet op de algemene opmerkingen behoren de ontworpen teksten hetzij te worden herzien, hetzij – op zijn minst – nader te worden gemotiveerd.

Het is overigens onder dat voorbehoud dat de Raad van State de volgende bijzondere opmerkingen formuleert.

Artikel 33
(ontworpen artikel 764 van het Gerechtelijk Wetboek)

Ontworpen artikel 764, eerste lid

In de ontworpen tekst worden de "vorderingen tot gerechtelijke reorganisatie, vorderingen tot faillietverklaring, tot verdaging van de datum van staking van betaling, alsook vorderingen tot intrekking van een reorganisatieplan en tot sluiting van een faillissement" geschrapt uit de opsomming van de procedures vermeld in artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

Die weglating is gerechtvaardigd:

1°) gelet op de gevolgen die de rechtbank van koophandel te Antwerpen trekt uit een arrest van het hof van beroep te Antwerpen in verband met deze bepaling, wat ertoe leidt dat dit gerecht het openbaar ministerie om advies vraagt over alle vorderingen inzake de wet 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen';

2°) omdat artikel 36 van de 'Faillissementswet' van 8 augustus 1997, luidens hetwelk "[d]e procureur des Konings [...] bij alle verrichtingen van het faillissement aanwezig [kan] zijn, het dossier van het faillissement [kan] raadplegen, inzage [kan] nemen van de boeken en bescheiden van de gefailleerde, de staat van zijn zaken [kan] onderzoeken en zich door de curators alle inlichtingen [kan] doen verstrekken die hij dienstig acht", en artikel 17 van de wet 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen', dat ter zake in dezelfde rechten voorziet voor de procureur des Konings, "gelijkluidend" zijn met de bepaling die opgeheven wordt;

3°) omdat, blijkens het verslag van de procureurs-generaal van 2011-2012 aan het Parlementair comité houdende wetsevaluatie, deze "systematische tussenkomst geen meerwaarde biedt", zodat erom wordt verzocht "de wijziging van artikel 764, 8°" ongedaan te maken.

[81] Zie in dat verband de opmerkingen die eerder geformuleerd zijn met betrekking tot de artikelen 9 tot 15 van het voorontwerp.

[82] G. De Leval et Fr. Georges, *Droit judiciaire, tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Brussel, Larcier, 2de uitg., 2014, 290.

Aangezien het probleem duidelijk ligt bij de verplichting voor het openbaar ministerie om op de terechtzittingen aanwezig te zijn en in die aangelegenheden systematisch een advies te verlenen, blijkt niet of de schrapping van die specifieke bepaling gerechtvaardigd is in het licht van de algehele wijziging van het mechanisme waarin artikel 764 van het Gerechtelijk Wetboek voorziet en waarbij het openbaar ministerie wordt ontslagen van de verplichting om in elke aangelegenheid systematisch een advies uit te brengen.

Ontworpen artikel 764, tweede lid

2.1 De voorliggende bepaling schrijft in de eerste plaats voor dat het openbaar ministerie "(...) mededeling [krijgt] van alle andere zaken als het zulks dienstig acht".

De huidige tekst bepaalt dat het "(...) mededeling [krijgt] van alle andere zaken en (...) daarin zitting [houdt] wanneer het zulks dienstig acht". Het is inderdaad nadat het openbaar ministerie "mededeling"[83] gekregen heeft van alle "andere" zaken – dan die welke in artikel 764, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek opgesomd worden – dat het openbaar ministerie met kennis van zaken kan beslissen of hij het dienstig acht een advies te verlenen en dus in een specifieke zaak zitting te houden.

Zoals reeds volgens in de huidige tekst het geval is, moet het al dan niet dienstig zijn volgens de thans ingevoerde regeling dus betrekking hebben op het al dan niet verlenen van een advies en niet op de mededeling van de zaak.

Aangezien het ontworpen artikel 764, derde lid, voorziet in die mogelijkheid voor het openbaar ministerie, dient de eerste zin van het tweede lid als volgt te worden gesteld:

"Het openbaar ministerie kan zich van alle andere zaken laten meedelen."

2.2 De tekst bepaalt voorts dat "de rechtbank of het hof de mededeling [kan] bevelen".[84]

De bewoordingen "toute autre cause" in de tweede zin van het tweede lid van de Franse tekst kunnen aanleiding geven tot discussie, aangezien in de eerste zin melding wordt gemaakt van "toutes les autres causes".

De tekst strekt ertoe te benadrukken dat de rechter zelf het openbaar ministerie kan verzoeken om in alle zaken advies te verlenen (en daartoe de zaak aan hem kan meedelen). Hier behoort niet te worden gepreciseerd dat alleen naar "de andere zaken" wordt verwezen, aangezien het verzoek om advies door de zittend magistraat eveneens betrekking kan hebben op de zaken bedoeld in het eerste lid, waarvoor, niettegenstaande het feit dat de wet in een mededeling van rechtswege voorziet, de mededeling door de rechter van belang blijft. Wat de zaken bedoeld in de bepaling onder 10° van artikel 764, eerste lid, betreft, zal dit verzoek immers tot gevolg hebben dat het openbaar ministerie zijn advies dient te verlenen. In het kader van de regeling die bij dit

[83] *In casu* moet dit worden begrepen als "het feit ervan in kennis gesteld te zijn".

[84] Met uitzondering van de rechtsvordering bedoeld in artikel 138*bis*, § 2, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, een uitzondering die reeds is in de huidige tekst vervat is.

voorontwerp wordt ingevoerd, is dit verzoek voor de andere zaken van dien aard dat het in het bijzonder de aandacht van het parket vestigt op de noodzaak van zijn advies.

Ontworpen artikel 764, derde lid

Het ontworpen artikel 764, derde lid, is de bepaling waarbij de regel wordt ingevoerd dat het in welke aangelegenheid ook het openbaar ministerie is dat moet beslissen of het dienstig is een advies te verlenen maar daarin, wordt ook aangegeven dat dit advies wordt verleend "in de meest aangewezen vorm".

De wijze waarop het advies wordt verleend, wordt specifiek aangegeven in artikel 766 dat voorziet hetzij in een schriftelijk, hetzij in een mondeling advies.

Het is derhalve beter te verwijzen naar artikel 766.

Ontworpen artikel 764, vierde lid

Bij wijze van uitzondering op de vrije keuze die voortaan aan het openbaar ministerie wordt gelaten om te beslissen of een adviesverlening al dan niet dienstig is, wordt bij deze bepaling toch het verplicht advies behouden in bepaalde sociaalrechtelijke of arbeidsrechtelijke aangelegenheden, wanneer de rechtbank om advies verzoekt.

In dat verband wordt verwezen naar de algemene opmerkingen die geformuleerd zijn bij het gehele dispositief tot wijziging van de mededeling van de zaken aan het openbaar ministerie.

Ontworpen artikel 764, vijfde lid, van het Gerechtelijk Wetboek

Bij het ontworpen artikel 764, vijfde lid, van het Gerechtelijk Wetboek wordt de minister van Justitie gemachtigd om "de richtlijnen [vast te leggen] voor het verstrekken van een advies in de zaken bedoeld in het eerste lid", zoals aangegeven wordt in de bespreking van het artikel, "teneinde", "voor enige uniformiteit in de praktijk te zorgen evenals de adviesverlening in zaken waar deze onontbeerlijk, minstens nuttig is, te vrijwaren".

Het advies dat door het openbaar ministerie in het kader van de burgerlijke rechtspleging wordt verleend, behoort tot zijn rechtsprekende bevoegdheden.[85] Procureur-generaal J. du Jardin licht dit nader toe: "Son intervention participe de la nature de l'acte juridictionnel."[86]

[85] "L'avis est une consultation juridique officielle par laquelle le ministère public, indépendant et impartial, donne son opinion sur la solution du litige" (J. Van Compernolle, "L'avis du ministère public dans le procès civil: déclin ou revalorisation?", *o.c.*, 178).

[86] "Le ministère public dans ses fonctions non pénales", *o.c.*, 6; in die zin, J. Velu, *Considérations sur les rapports entre les commissions d'enquête parlementaire et le pouvoir judiciaire*, Brussel, Bruylant, 1993, 41, nr. 25.

Het openbaar ministerie is geen partij bij het proces waarvoor het een advies verleent. Die opdracht mag niet worden verward met het instellen van een strafvordering, welke rol het openbaar ministerie in strafzaken vervult. In dat geval vervult het openbaar ministerie de rol van vervolgende partij.

Door dit fundementele onderscheid is het gerechtvaardigd dat het openbaar ministerie, in zijn hoedanigheid van vervolgende partij, niet kan worden gewraakt noch door de vervolgde partij, noch door de burgerlijke partijen, terwijl dit wel kan, wanneer hij op grond van zijn rechtsprekende bevoegdheid op burgerrechtelijk gebied handelt om advies te verlenen in burgerlijke zaken. Dit is precies wat wordt bepaald in artikel 832 van het Gerechtelijk Wetboek, luidens hetwelk:

> "[d]e redenen waarom een rechter kan worden gewraakt, (…) voor het openbaar ministerie [gelden], tenzij het als hoofdpartij in het geschil optreedt."

Dat in de bespreking van de bepaling verwezen wordt naar artikel 143*quater* van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de bindende richtlijnen van de minister van Justitie inzake het strafrechtelijk beleid, dat zijn rechtsgrond ontleent aan de tweede zin van artikel 151 van de Grondwet, is aldus naast de kwestie. Die bepaling kan immers in geen geval worden beschouwd als "gelijkluidend" met de ontworpen bepaling. Krachtens de eerste zin van artikel 151 van de Grondwet "[zijn] de rechters (…) onafhankelijk in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden". Het is alleen voor de individuele opsporing en vervolging, dit wil zeggen in de uitoefening van zijn strafrechtelijke taak, dat in de tweede zin van hetzelfde artikel van de Grondwet bepaald wordt dat, het openbaar ministerie weliswaar eveneens onafhankelijk is bij het vervullen van die taak, maar dat zulks geldt "onverminderd het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen."[87]

J. van Compernolle heeft op het volgende gewezen:

> "En informant le juge sur l'exacte portée de la loi ou en l'aidant à apprécier les intérêts en présence, le ministère public exerce une activité relevant de l'exercice du pouvoir judiciaire. Il en résulte, d'une part, que le membre du ministère public qui exerce la fonction consultative peut être récusé pour les mêmes causes que celles qui sont applicables aux juges et que, d'autre part, dans l'exercice de cette fonction, le magistrat du ministère public est entièrement indépendant du Ministre de la Justice".[88]

De minister van Justitie beschikt derhalve over geen enkele bevoegdheid om zich te bemoeien met de adviesbevoegdheid waarover het openbaar ministerie beschikt in het kader van de burgerlijke rechtspleging, die behoort tot zijn rechtsprekende bevoegdheid, aangezien hij daardoor de voornoemde grondwettelijke bepaling zou schenden.

Dit lid van het voorontwerp dient derhalve te worden geschrapt.

---

[87] Zie in die zin de toelichting bij het voorstel tot herziening van artikel 151 van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1675/1, 4.

[88] J. Van Compernolle, "L'avis du ministère public dans le procès civil: déclin ou revalorisation?", *o.c.*, 178.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 765/1, derde lid, dat wordt besproken in artikel 35 van het voorontwerp.

Artikel 34
(ontworpen artikel 765 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Artikel 34 strekt ertoe de mededeling aan het openbaar ministerie van een dossier dat aan de vrederechter is voorgelegd aan te passen aan de nieuwe regels die ingevoegd worden in artikel 764.

Voor de dossiers die tot de bevoegdheid van de vrederechter behoren, bestond er tot de goedkeuring van de wet van 30 juli 2013 'betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank', geen enkele procedure om het advies van het openbaar ministerie in te winnen. Die situatie is gedurende lange tijd fel bekritiseerd in de rechtsleer, die erop wees hoezeer bepaalde geschillen, die aan de vrederechter worden voorgelegd, voordeel zouden hebben bij een dergelijk advies.[89]

De Hoge Raad voor de Justitie had voorgesteld om

"[d]e rechter de mogelijkheid [te] bieden via een met redenen omklede vordering het advies van het openbaar ministerie te vragen in bijzondere gevallen (schending van de openbare orde, wetsontduiking enzovoort) en het openbaar ministerie de mogelijkheid [te] bieden een schriftelijk advies uit te brengen in plaats van naar de terechtzitting te komen."[90]

De wetgever is op dit voorstel ingegaan en heeft deze mogelijkheid opgenomen in artikel 154 van de voornoemde wet.

Teneinde eveneens rekening te houden met de bekommernissen van het parket[91] gaat het, zoals hierboven aangegeven is, evenwel om een procedure voor adviesverlening over een dossier. De huidige tekst bepaalt dat de vrederechter, "na onderzoek van de zaak" (en dus op het ogenblik dat hij volledig zicht zal hebben op het dossier), het schriftelijk advies kan eisen van

[89] Inzonderheid A.-Ch. Van Gysel, "Le rôle du ministère public dans les procédures civiles concernant les enfants", *Rev.dr.ULB*, vol. 13, Bruylant, 1996-1, 40-43, die al doet opmerken dat "la véritable raison de son absence est fort probablement l'absence de budget permettant la mise en place et l'entretien d'un grand nombre de substituts cantonaux » (41); J. Van Compernolle, "L'avis du ministère public dans le procès civil: déclin ou revalorisation?", *o.c.*, 180; G. de Leval, "L'avis du ministère public en matière civile: une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge", *o.c.*, 55.

[90] Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door mevrouw Kristien Van Vaerenbergh, *l.c.*, 275.

[91] Zie de uiteenzetting van mevrouw Monique Delos, advocaat-generaal bij het hof van beroep van Bergen, tijdens de parlementaire werkzaamheden betreffende de familierechtbank (verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en door mevrouw Taelman, *l.c.*, 59 en 60) : "[…] spreekster [vindt] dat het enige resterende probleem is dat het ontwerp meerdere keren zegt nadat hij eerst het advies of de vorderingen van het openbaar ministerie heeft gehoord. Om te voorkomen dat de magistraten van het openbaar ministerie zich onnodig verplaatsen en om de magistraten zo veel mogelijk tijd te besparen, zou het mogelijk moeten zijn voor het openbaar ministerie om schriftelijk advies te geven en dit neer te leggen ter griffie, zonder dat dit gelezen hoeft te worden indien de rechter daartoe heeft beslist (art. 767 van het Gerechtelijk Wetboek). Zij stelt voor om in de hierboven vermelde artikelen te bepalen dat de vrederechter beslist na advies van het openbaar ministerie: zo kan het openbaar ministerie een schriftelijk advies geven"

het openbaar ministerie, dat het advies schriftelijk en binnen de door de vrederechter vastgestelde termijn moet uitbrengen.

2. De ontworpen tekst past de huidige tekst aan, rekening houdend met de mogelijkheid die het openbaar ministerie voortaan heeft om al dan niet een advies te geven, wanneer de zaak aan hem wordt medegedeeld. De wijziging bestaat er in essentie in het woord "eventueel", in te voegen voor de woorden "schriftelijk te verlengen advies".

Deze evolutie komt neer op hetgeen de voorkeur genoot bij de goedkeuring van de wet van 30 juli 2013 'betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank', toen de wetgever uit de twee mogelijke benaderingen[92] gekozen heeft voor een systeem van een verplicht (schriftelijk) advies, maar alleen wanneer erom wordt verzocht door de vrederechter.

3. Zoals de procedure thans voorgesteld wordt, is ze niet gewijzigd. Indien de tekst zou worden behouden in zijn huidige vorm (in dit verband wordt verwezen naar de algemene opmerkingen over de bepalingen waarbij de mededeling van de zaken aan het openbaar ministerie wordt gewijzigd), behoort te worden bepaald dat, indien het openbaar ministerie geen advies wil verlenen, het de rechter hiervan onverwijld in kennis stelt. De tekst bepaalt immers dat de rechter vaststelt binnen welke termijn het advies moet worden uitgebracht. Binnen die termijn wordt de procedure *de facto* geschorst. Het lijkt zinloos te wachten tot die termijn verstreken is, als het openbaar ministerie beslist geen advies uit te brengen.

Het zou nuttig zijn die precisering in de tekst aan te brengen.

Artikel 35
(ontworpen artikel 765/1 van het Gerechtelijk Wetboek)

Ontworpen artikel 765/1, eerste lid

Het huidige artikel 765/1 is in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd bij de wet van 12 mei 2014 'houdende wijziging en coördinatie van diverse wetten inzake Justitie (II)'.

Indien de ontworpen bepaling wordt behouden zou het beter zijn na de woorden "na de zaak te hebben medegedeeld aan het openbaar ministerie" de woorden "en na in voorkomend geval kennis genomen te hebben van zijn advies" toe te voegen onder voorbehoud van de algemene opmerkingen die geformuleerd zijn met betrekking tot de artikelen 33 tot 37.

[92] "De heer Delpérée denkt dat er twee mogelijke manieren zijn om dit aan te pakken. Men kan vertrekken van het idee dat de rechter alle stukken bezorgt aan het openbaar ministerie, dat dan beslist of het over een bepaald dossier al dan niet een advies wil uitbrengen. Of men gaat ervan uit dat de vrederechter de stukken alleen overzendt in de gevallen waarvoor hij een advies wenst. In dat laatste geval dient hij dan ook het advies te krijgen waarom hij verzocht heeft. Spreker verkiest de denkwijze waarbij men de vrederechter laat beslissen, maar dan moet het advies verplicht gegeven worden wanneer er om verzocht werd." (verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en door mevrouw Taelman, *l.c.*, 123).

Ontworpen artikel 765/1, tweede lid

De nieuwe bepaling van het ontworpen artikel 765/1, tweede lid, luidt als volgt:

"Het openbaar ministerie heeft als opdracht alle relevante informatie op de meest geschikte wijze aan de rechtbank mee te delen."

Aangezien die specifieke opdracht uitdrukkelijk opgenomen wordt in het ontworpen artikel 765/1, dat alleen op de familierechtbank en de familiekamers van het hof van beroep betrekking heeft, heeft die taak dus geen betrekking op de andere aangelegenheden, waarbij de zaak op straffe van nietigheid aan het openbaar ministerie moet worden medegedeeld.

Deze bepaling strekt er duidelijk toe de kritiek te ondervangen dat, doordat het openbaar ministerie niet systematisch advies verleent in familiale geschillen waarbij de belangen van minderjarigen op het spel staan, de rechter niet perfect ingelicht kan zijn. Aangezien deze nieuwe informatieopdracht evenwel volledig wordt overgelaten aan het oordeel van het openbaar ministerie, staat het niet vast of die nieuwe informatieopdracht inderdaad kan verhelpen dat het openbaar ministerie in dat specifiek type van geschil niet systematisch advies verleent en dus niet steeds aanwezig is op de terechtzitting. In dat verband wordt verwezen naar de algemene opmerkingen die geformuleerd zijn bij het gehele dispositief betreffende de mededeling van de zaken aan het openbaar ministerie.

2. De voorgestelde tekst, waarin een dergelijke mededeling als principe wordt gesteld, bepaalt dat deze mededeling "op de meest geschikte wijze" dient te geschieden.

Ook al spreekt het van zelf dat elke mededeling van een inlichting aan de rechtbank in het kader van een burgerlijk proces moet geschieden met strikte inachtneming van het beginsel van de rechtspleging op tegenspraak, lijkt het niet overbodig dit vereiste uitdrukkelijk te herhalen door in de voorgestelde tekst na de woorden "op de meest geschikte wijze" de woorden "met inachtneming van het beginsel van de tegenspraak" toe te voegen, als er geen duidelijke regels voor een dergelijke mededeling worden gesteld die garanderen dat het beginsel van de tegenspraak wordt nageleefd.

Artikelen 36 en 37
(ontworpen artikelen 766 en 767 van het Gerechtelijk Wetboek)

A. Strekking van de ontworpen wijzigingen wat de mededeling van de zaken betreft en de wijze waarop het openbaar ministerie eventueel zijn advies verstrekt

1. De artikelen 36 en 37 strekken ertoe een ingrijpende wijziging aan te brengen in de procedure met betrekking tot de "mededeling" van de zaken aan het openbaar ministerie en in de wijze waarop het openbaar ministerie in voorkomend geval zijn advies moet verstrekken terwijl daarin bepaalde theoretische regels worden overgenomen die momenteel niet worden toegepast (in verband met dat laatste punt wordt verwezen naar de opmerkingen *sub* A bij de artikelen 33 tot 37) en die, ingeval ze worden aangenomen, de werklast van de griffies, die nu reeds overstelpt zijn, aanzienlijk dreigen te verhogen.

2. Met betrekking tot de informatie die aan het openbaar ministerie wordt gegeven over de zaken waarover een advies zou kunnen worden gegeven, maakt het ontworpen artikel 766 een onderscheid tussen:

- enerzijds "de zaak [die] moet worden medegedeeld krachtens de wet" en de zaak waarin het openbaar ministerie "om mededeling verzoekt"; in het eerste geval moet de griffie "binnen acht dagen na de neerlegging ervan een kopie van de gedinginleidende akte en haar bijlagen [bezorgen] aan de procureur des Konings"; in het tweede geval moet die mededeling worden gedaan binnen twee dagen na het verzoek hiertoe door het openbaar ministerie (ontworpen artikel 766, § 1, eerste lid);

- anderzijds de "andere zaken", dit wil zeggen de zaken die niet van rechtswege meegedeeld behoeven te worden, maar waarvoor de rechter het advies van het openbaar ministerie wil inwinnen: de tekst bepaalt dat die zaken aan hem moeten worden meegedeeld bij de sluiting van de debatten, door vermelding op het zittingsblad, en dat de rechter bovendien bepaalt binnen welke termijn het advies moet worden "uitgebracht" (ontworpen artikel 766, § 2, eerste lid).

3. Wat de wijze betreft waarop het openbaar ministerie zijn advies verleent, wordt in het ontworpen artikel 766 hetzelfde onderscheid gemaakt:

- wanneer het gaat om een zaak die van rechtswege meegedeeld dient te worden of waarvan de mededeling door het openbaar ministerie aangevraagd is, heeft het openbaar ministerie – indien het uiteindelijk beslist om een advies te geven – de volgende keuze: ofwel geeft hij een schriftelijk advies dat ter griffie zal moeten worden neergelegd "uiterlijk de dag voor de terechtzitting" (wat deze mededeling "uiterlijk de dag voor de terechtzitting" betreft, wordt verwezen naar de opmerkingen die hierna worden geformuleerd over de ontworpen artikelen 766, § 1, tweede lid, en § 2, tweede lid, en 767), ofwel geeft hij een mondeling advies, dat moet worden "uitgebracht" op de terechtzitting[93] (ontworpen artikel 766, § 1, tweede lid).

- ingeval het gaat om een advies dat op verzoek van de rechter moet worden uitgebracht, kan het openbaar ministerie opnieuw opteren hetzij voor een schriftelijk advies, dat ter griffie zal moeten worden neergelegd binnen een door de rechter bepaalde termijn, hetzij voor een advies dat "terstond op de zitting (…) mondeling wordt uitgebracht" (ontworpen artikel 766, § 2, tweede lid).

[93] Overeenkomstig de toelichting die advocaat-generaal Nouwynck aan de Commissie voor de Justitie gegeven heeft tijdens de parlementaire werkzaamheden vóór de stemming over de wet van 30 juli 2013 'betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank', "[is h]et advies […] schriftelijk wanneer het openbaar ministerie zich moet uitspreken over principiële kwesties waardoor ook een spoor terug te vinden is van het standpunt van het openbaar ministerie over een delicate of technische juridische kwestie. Over het algemeen is het advies mondeling […]" (verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en door mevrouw Taelman, *l.c.*, 67).

B. Algemene opmerkingen

Uit dit systeem blijkt dat, wanneer het advies schriftelijk wordt uitgebracht, dit advies wordt gegeven zonder dat het openbaar ministerie de partijen vooraf tijdens hun pleidooien gehoord heeft en bijgevolg zonder dat het openbaar ministerie verschijnt op de pleitzitting.

De gemachtigde van de minister heeft dit als volgt bevestigd aan de auditeur-rapporteur:

> "le ministère public n'est présent qu'en cas d'avis oral; l'objectif est précisément de réduire sensiblement le nombre d'audiences où le représentant du ministère public est présent en permanence. Lorsque le ministère public émet un avis écrit […], il n'écoutera donc pas les plaidoiries des parties. Le fait que le ministère public émette son avis sur la seule base des pièces ne paraît pas poser de problème étant donné que tout est mentionné sur papier".

Sinds de voornoemde wet van 30 juli 2013 is het mogelijk om "op basis van het dossier" advies uit te brengen ten behoeve van de vrederechters. In de parlementaire voorbereiding van die wet is, om die keuze te rechtvaardigen, de nadruk gelegd op het hoofdzakelijk technisch karakter van de zaken waarvoor de vrederechter om een advies mocht verzoeken, welk "technisch" aspect de reden was waarom het openbaar ministerie een advies kon verlenen zonder op de zitting aanwezig geweest te zijn. In het verslag namens de Commissie voor de Justitie van de Senaat wordt in dat verband op het volgende gewezen:

> "Wat de meer technische materies betreft die onder de bevoegdheden vallen die naar de vrederechter zullen worden verwezen, heeft mevrouw Delos geen bezwaar tegen een schriftelijk advies. Het openbaar ministerie heeft toegang tot bepaalde informatie en kan bijvoorbeeld de resultaten van een politieonderzoek meedelen, wat de vrederechter niet kan doen. […] Het college van procureurs-generaal stelt enkel voor dat voor bepaalde materies die naar de vrederechter zullen worden verwezen, het openbaar ministerie in staat wordt gesteld om een schriftelijk advies te geven waarin objectieve elementen uit processen-verbaal worden uiteengezet."[94].

De ontworpen tekst strekt ertoe deze mogelijkheid van een schriftelijk advies "op dossier" uit te breiden tot alle gevallen waarin de zaken van rechtswege meegedeeld dienen te worden. Nochtans is het enerzijds ongetwijfeld zo dat, als door het openbaar ministerie een advies wordt gegeven zonder dat de partijen gehoord zijn, in het bijzonder inzake bepaalde geschillen die meegedeeld dienen te worden, inzonderheid de geschillen die aan de familierechtbank en aan de arbeidsrechtbank worden voorgelegd, en dus zonder een volledig zicht te hebben op het dossier, het gevaar bestaat dat het advies totaal irrelevant is. Anderzijds is het, inzake die specifieke geschillen, naast het eigenlijke advies, vooral de aanwezigheid van het openbaar ministerie op de terechtzittingen en de initiatieven die het kan nemen, die voor de echte meerwaarde zorgen, wat volgens de ontworpen tekst niet meer mogelijk is, wanneer het openbaar ministerie ervoor opteert vóór de pleidooien een schriftelijk advies te verlenen.

[94] Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Delpérée en door mevrouw Taelman, *l.c.*, 67 en 68.

C. Bijzondere opmerkingen over de wijze waarop de zaken aan het openbaar ministerie worden medegedeeld

Ontworpen artikel 766, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid

1. De regeling die bij het voorontwerp wordt ingevoerd en waarbij, in de zaken die van rechtswege meegedeeld dienen te worden, door toedoen van de griffie systematisch een kopie van de gedinginleidende akten aan het openbaar ministerie wordt bezorgd, kan voor de griffies een hoge werklast meebrengen, die niet in overeenstemming is met de algemene bedoeling van de ontworpen tekst, temeer daar, telkens wanneer het openbaar ministerie het niet nodig acht een advies te verlenen, zal blijken dat die extra werklast volkomen ten onrechte aan hen werd opgelegd.

Voorts kan het geval zich voordoen dat de gedinginleidende akte, die summier kan zijn en die uiteraard ingediend wordt vóór elke uitwisseling tussen de partijen, niet de werkelijke draagwijdte onthult van het geschil dat uiteindelijk aan de rechter zal worden voorgelegd, zodat niet duidelijk is hoe het openbaar ministerie, louter door kennis te nemen van die akte, zal kunnen bepalen of het al dan niet dienstig is een advies te verlenen.

In de zaken die op straffe van nietigheid meegedeeld dienen te worden en die in staat van wijzen moeten worden gebracht, zou een gewoon bericht dat, nadat de zaak door de partijen in staat van wijzen is gebracht, door de griffie aan het openbaar ministerie wordt gericht en waarin het openbaar ministerie in kennis wordt gesteld van de dag die voor de pleitzitting is bepaald, in beginsel een toereikend vormvereiste moeten zijn, om het openbaar ministerie in staat te stellen op de griffie inzage te komen nemen van het dossier – dat in dat stadium volledig zal zijn, hetgeen een voordeel oplevert –[95] ten einde te beslissen of het hem al dan niet dienstig lijkt een advies te geven. Door deze oplossing wordt niet alleen vermeden dat alle gedinginleidende akten met betrekking tot op straffe van nietigheid mee te delen geschillen, systematisch moeten worden medegedeeld, maar ze biedt ook het voordeel dat aan het openbaar ministerie slechts die zaken worden meegedeeld welke de partijen daadwerkelijk willen pleiten, aangezien een vrij groot aantal zaken nooit in staat van wijzen wordt gebracht en bijgevolg nooit op de pleitzitting komt. Volgens dit voorstel wordt de op straffe van nietigheid mee te delen zaak aan het openbaar ministerie meegedeeld door het bericht dat door de griffie aan het openbaar ministerie wordt gezonden.

Ongeacht welke procedure voor de "mededeling" wordt gekozen, moet overigens een specifieke regeling worden ingevoerd om ervoor te zorgen dat aan het openbaar ministerie de zaken worden meegedeeld die op straffe van nietigheid meegedeeld moeten worden en die, doordat er daarvoor alleen korte (of daarmee gelijkgestelde) debatten nodig zijn, zoals bepaald in artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek, kunnen worden gepleit en in beraad kunnen worden genomen vanaf de inleidende zitting, zonder de zaak vooraf in staat van wijzen te brengen. Wanneer de procedure door middel van een dagvaarding wordt ingesteld, wat het gemeen recht is, kan de procedure, overeenkomstig artikel 716 van het Gerechtelijk Wetboek, immers uiterlijk de dag voor de inleidende zitting op de rol worden ingeschreven. In dat geval bestaat het gevaar dat, door de toezending aan het openbaar ministerie van een kopie van de gedinginleidende akte,

[95] In dit stadium zullen de partijen inderdaad al hun conclusies uitgewisseld hebben.

binnen acht dagen na de "neerlegging" van die akte ter griffie, zoals bepaald wordt in het ontworpen artikel 766, § 1, eerste lid, de daadwerkelijke "mededeling" van de zaak in de praktijk pas mogelijk is na de zitting en nadat de rechter de zaak in beraad genomen heeft.

2. Wat de zaken betreft die door de rechter medegedeeld worden en die geregeld worden in de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, wordt in de ontworpen tekst niet uitgelegd hoe het openbaar ministerie geïnformeerd zal worden over wat vermeld staat op het zittingsblad van een terechtzitting waarop het per definitie niet aanwezig is.

Aangezien het openbaar ministerie er niet toe gehouden zal zijn een advies te geven, zal het verzoek in die zin door de rechter bovendien, afgezien van het geval waarin artikel 764, eerste lid, 10°, voorziet, telkens wanneer er geen advies wordt verleend, het in beraad nemen van de zaak onnodig vertragen. Er zou moeten worden voorzien in een mechanisme, waarbij het openbaar ministerie, als het beslist geen advies te geven, de rechter hiervan onverwijld in kennis stelt zodat deze laatste de zaak in beraad kan nemen.

D. Opmerkingen in verband met de wijze waarop de adviezen zullen worden uitgebracht door het openbaar ministerie (ontworpen artikel 766, § 1, tweede lid, en § 2, tweede lid) en de wijze waarop de partijen erop zullen kunnen antwoorden (ontworpen artikel 767)

a. Voorafgaande opmerking

1. In het ontworpen artikel 766, § 1, tweede lid, wordt gesteld dat wanneer, in de gevallen waarin de zaak van rechtswege of op initiatief van het parket moet worden meegedeeld, het parket het nodig acht een advies te geven, dat advies schriftelijk wordt uitgebracht in welk geval het ter griffie wordt neergelegd uiterlijk de dag voor de pleitzitting, ofwel mondeling kan worden uitgebracht op de pleitzitting.

Het ontworpen artikel 766, § 2, tweede lid, stelt dat wanneer, in de gevallen waarin de zaak meegedeeld dient te worden op verzoek van de rechter, het openbaar ministerie het nodig acht een advies te verlenen, het advies schriftelijk wordt uitgebracht in welk geval het ter griffie wordt neergelegd binnen de door de rechter bepaalde termijn, hetzij mondeling wordt uitgebracht "op de zitting" of "op een (…) later bepaalde zitting".

De Raad van State ziet niet in hoe het advies, ingeval de rechter erom verzoekt bij het sluiten van de debatten in de zaken die niet van rechtswege meegedeeld behoeven te worden, mondeling "terstond op de zitting" kan worden gegeven, terwijl het openbaar ministerie op dat ogenblik per definitie niet op de zitting aanwezig is.

Zo ook mag in het ontworpen artikel 767, § 1, eerste lid, geen sprake meer zijn van de mogelijkheid van een mondeling advies dat "terstond" op de pleitzitting wordt gegeven. Deze mogelijkheid van een mondeling advies dat "terstond" wordt gegeven, moet wegvallen.

Een mondeling advies zal in feite alleen op de pleitzitting kunnen worden uitgebracht, wanneer het openbaar ministerie opteert voor deze vorm van adviesverlening in de zaken die hem van rechtswege of op zijn initiatief moeten worden meegedeeld (artikel 766, § 1, tweede lid).

2. Het ontworpen artikel 767 stelt vast volgens welke nadere regels de partijen kunnen antwoorden op het advies van het openbaar ministerie. Die bepaling heeft blijkbaar alleen betrekking op het geval waarin het openbaar ministerie advies geeft op verzoek van de rechter.[96] Hieruit volgt dat de ontworpen teksten niet meer regelen op welke wijze de partijen moeten antwoorden op het advies van het openbaar ministerie in het – meest voorkomende – geval, vermeld in het ontworpen artikel 766, § 1, waarin door het openbaar ministerie een advies wordt gegeven in een zaak die van rechtswege of op zijn initiatief meegedeeld dient te worden.

Er moet bovendien worden opgemerkt dat:

1°) het ontworpen artikel 766 regelt op welke wijze de zaak aan het openbaar ministerie wordt meegedeeld en op welke wijze het openbaar ministerie zijn advies geeft wanneer het dit nodig acht, in de drie bedoelde gevallen, namelijk de mededeling krachtens de wet of op verzoek van het openbaar ministerie (§ 1) en de mededeling op verzoek van de rechter (§ 2);

2°) het ontworpen artikel 767 regelt op welke wijze de partijen worden "gehoord" in hun opmerkingen over het advies van het openbaar ministerie en hierbij een onderscheid maakt tussen het geval waarin het advies mondeling wordt gegeven (§ 1) en het geval waarin het advies schriftelijk wordt gegeven (§ 2).

Om die structuur in acht te nemen zouden het eerste, het tweede en het derde lid van paragraaf 2 van het ontworpen artikel 767 evenwel moeten worden opgenomen in het ontworpen artikel 766, aangezien zij betrekking hebben op de wijze waarop het openbaar ministerie een schriftelijk advies verleent en de manier waarop dit advies ter kennis van de partijen wordt gebracht.

[96] Alle woorden die worden gebruikt in het ontworpen artikel 767, § 1, eerste lid (advies van het openbaar ministerie dat mondeling wordt uitgebracht "terstond of op een latere terechtzitting"), in het ontworpen artikel 767, § 2, eerste lid (advies van het openbaar ministerie ingediend op de zitting "binnen de termijn bepaald door de rechter, op de dag en het tijdstip bepaald bij het sluiten van de debatten") en in het ontworpen artikel 767, § 2, vierde lid (de "termijn bepaald overeenkomstig artikel 766, § 2, eerste lid") verwijzen naar het geval vermeld in het ontworpen artikel 766, § 2, waarin door het openbaar ministerie een advies wordt gegeven in een zaak die meegedeeld is op verzoek van de rechter.

3. Naar aanleiding van een vraag over deze inconsistenties van de auditeur-rapporteur, heeft de gemachtigde van de minister toegegeven dat

> "une confusion [était] visiblement apparue lors de la combinaison procédurale des différentes possibilités, d'une part en ce qui concerne l'avis émis à l'initiative du ministère public ou à la demande du tribunal (article 766), d'autre part en ce qui concerne l'avis oral ou écrit et les possibilités de réplique des parties qui y sont chaque fois associées (article 767). Il convient d'adapter le projet pour éliminer les chevauchements et la contradiction signalée".

De gemachtigde van de minister heeft bijgevolg een aangepaste versie van de oorspronkelijk voorgestelde tekst gericht aan de Raad van State teneinde die inconsistenties te verhelpen.

Volgens die nieuwe versie worden in het ontworpen artikel 766, § 2, eerste lid, de bewoordingen op het einde van de zin "en waarover de partijen beschikken om ter griffie conclusie neer te leggen met betrekking tot de inhoud van dat advies" weggelaten en worden in artikel 766, § 2, tweede lid, de woorden "en neergelegd ter griffie" ingevoegd na "schriftelijk gegeven", terwijl het nieuwe artikel 767 als volgt luidt:

> "§ 1. Indien het eventueel advies van het openbaar ministerie mondeling wordt uitgebracht, worden de partijen die verschijnen onmiddellijk gehoord over hun opmerkingen over dat advies.
>
> De rechter kan de partij die erom verzoekt evenwel toestemming verlenen om conclusie over het advies van het openbaar ministerie ter griffie neer te leggen. Tegen de beslissing van de rechter staat geen hoger beroep open.
>
> § 2. Indien het eventueel advies schriftelijk wordt gegeven, wordt het door de griffier op de terechtzitting ter hand gesteld van de verschijnende partijen of hun advocaten, of onmiddellijk na de neerlegging ter griffie bij gewone brief naar de advocaten of bij gerechtsbrief naar de partijen die zonder advocaat zijn verschenen gezonden, al naar het geval het advies voor of na de terechtzitting ter griffie is neergelegd.
>
> Tenzij de partijen mondeling hebben gerepliceerd na de overhandiging van het advies of hebben afgezien van hun recht op repliek, bepaalt de rechter bij het sluiten van de debatten de termijn waarover zij beschikken, met ingang van de kennisgeving van het advies van het openbaar ministerie, om ter griffie conclusie neer te leggen uitsluitend met betrekking tot de inhoud van dat advies.
>
> § 3. De conclusie van de partijen over het advies van het openbaar ministerie wordt alleen in aanmerking genomen in zoverre ze antwoordt op het advies van het openbaar ministerie."

De hiernavolgende opmerkingen hebben betrekking op de nieuwe versie die voor de artikelen 766 en 767 van het Gerechtelijk Wetboek wordt voorgesteld.

b. Opmerkingen bij de nieuwe tekst die wordt voorgesteld voor de artikelen 766 en 767 van het Gerechtelijk Wetboek wat de wijze betreft waarop de adviezen door het openbaar ministerie zullen worden gegeven en de manier waarop de partijen erop zullen kunnen antwoorden

1. Ondanks deze voorgestelde wijzigingen bevat de nieuw voorgestelde tekst nog steeds talrijke inconsistenties die dienen te worden gecorrigeerd.

2. Aangezien hetgeen uit artikel 766, § 2, wordt weggelaten en hetgeen daaraan wordt toegevoegd, niet tegemoetkomt aan de eerste opmerkingen die hierboven over die ontworpen bepaling geformuleerd zijn, worden die opmerkingen gehandhaafd.

3.1. De nieuwe versie van de artikelen 766 et 767 geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen, gelet op de absolute noodzaak om het beginsel van de tegenspraak te waarborgen.

Het schriftelijk advies

3.2. Voor het geval dat een advies wordt gegeven in zaken die op straffe van nietigheid of op initiatief van het openbaar ministerie moeten worden meegedeeld, bepaalt de tekst van het ontworpen artikel 766, § 1, tweede lid, dat het advies "uiterlijk de dag voor de terechtzitting" ter griffie moet worden neergelegd. Hoewel zulks niet in de tekst wordt aangegeven, gaat het hier noodzakelijkerwijze om de terechtzitting die is vastgesteld voor de pleidooien. In het geval dat het advies door de rechtbank is aangevraagd, moet dat advies, indien het om een schriftelijk advies gaat, daarentegen noodzakelijkerwijze na de terechtzitting ter griffie worden neergelegd.

Artikel 767, § 2, eerste lid (nieuwe versie), bepaalt dat in dat geval het advies door de griffie op de terechtzitting (het betreft noodzakelijkerwijze nog steeds de pleitzitting) ter hand gesteld wordt "van de verschijnende partijen of hun advocaten" of "onmiddellijk na de neerlegging ter griffie bij gewone brief naar de advocaten [van de partijen wordt gezonden] en bij gerechtsbrief naar de partijen die zonder advocaat zijn verschenen (...) al [naargelang] het advies voor of na de terechtzitting ter griffie is neergelegd".

De mededeling van het advies aan de partijen of aan hun advocaten op de dag zelf van de terechtzitting kan de debatten verstoren. De partijen of hun advocaten zullen immers noodzakelijkerwijs van het advies van het openbaar ministerie kennis moeten nemen en daarmee rekening moeten houden op het ogenblik zelf waarop ze hun pleidooien aanvatten. Indien het advies zich duidelijk in de ene of de andere zin uitspreekt, terwijl de partijen daarover niet naar behoren tegenspraak hebben kunnen voeren, zullen de partijen of hun advocaten niets anders kunnen doen dan ofwel het advies negeren ofwel proberen daarmee terstond rekening te houden, wat het beginsel van de wapengelijkheid tussen de partijen in het gedrang kan brengen, inzonderheid ten aanzien van de partij voor wie het advies "negatief" zou uitvallen.

De Raad van State vermoedt overigens dat – in het tweede geval dat in de nieuwe tekst aan bod komt – alleen het advies waarom de rechter van rechtswege heeft verzocht, "na de terechtzitting" zou kunnen worden gegeven en in dat geval naar de partijen zou kunnen worden gezonden. Zulks zou in de tekst gepreciseerd moeten worden.

De ontworpen teksten bieden de rechter die het dossier voor de terechtzitting bestudeerd zou hebben niet de mogelijkheid om vóór de terechtzitting te bevelen dat dossier aan het openbaar ministerie mee te delen. Die leemte moet worden opgevuld, aangezien met die werkwijze vertragingen in de behandeling van de zaak zouden kunnen worden voorkomen.

Betreffende de mogelijkheid voor de partijen om op het schriftelijk advies te antwoorden, is in artikel 767, tweede lid (nieuwe versie) het volgende aan de orde:

- ofwel kunnen de partijen mondeling repliceren na de overhandiging van het advies op de terechtzitting, wat in de praktijk vaak illusoir zal zijn, aangezien zulks veronderstelt dat de partijen op de terechtzitting zelf van het advies kennis nemen en hun repliek voorbereiden terwijl ze ondertussen pleiten. Men kan zich zulks alleen indenken indien het advies summier is, maar in dat geval zou een mondeling advies de voorkeur moeten krijgen;[97]

- ofwel bepaalt de rechter na het sluiten van de debatten binnen welke termijn vanaf de kennisgeving van het advies (welke kennisgeving luidens artikel 767, § 2, eerste lid, alleen zou moeten geschieden wanneer het advies na de terechtzitting wordt gegeven), de partijen ter griffie conclusie kunnen neerleggen bij wijze van repliek op het advies. Niet alleen is in dat geval niet voorzien in een nieuwe terechtzitting waarop de partijen over het advies nadere uitleg zouden kunnen verschaffen, maar die termijn dreigt ook overbodig te zijn, aangezien het advies per definitie nog niet is gegeven en zolang de rechtbank noch de partijen weten of er werkelijk een advies zal komen, behalve in het geval van het ontworpen artikel 764, vierde lid.

In dat geval zou, zoals reeds in andere gevallen is onderstreept, moeten worden bepaald dat het openbaar ministerie de rechtbank en de partijen onverwijld op de hoogte brengt indien het niet wenst in te gaan op het verzoek van de rechtbank om een advies te geven, opdat de zaak zo snel mogelijk in beraad kan worden genomen.

Fundamenteler is dat de ontworpen tekst de procedurele rechten van de partijen aantast doordat hij bepaalt dat het advies op de dag zelf van de pleitzitting wordt meegedeeld, wanneer het vóór de terechtzitting door het openbaar ministerie gegeven is, wat in principe het meest zal voorkomen, en voorts doordat de tekst niet meer voorziet in de mogelijkheid een nieuwe terechtzitting te houden om de partijen in staat te stellen hun repliek mondeling uiteen te zetten. Zulks geldt inzonderheid wanneer het advies van het openbaar ministerie gegevens in rechte of in feite aanbrengt die de debatten zoals die tot dan zijn gevoerd, een heel andere richting uit kunnen sturen.

Hoewel de replieken, terecht, alleen betrekking kunnen hebben op het advies van het openbaar ministerie en alleen in die mate in aanmerking zullen worden genomen, kunnen sommige gegevens van het advies, dat bijvoorbeeld een niet-ontvankelijkheid, een exceptie van verjaring of een middel ten gronde opwerpt dat tot dan toe aan de aandacht der partijen zouden zijn ontsnapt, immers grond opleveren voor replieken die heel de argumentatie van de partijen of van een der partijen op losse schroeven zetten.

[97] Zie voetnoot 93 over de keuze tussen een mondeling en een schriftelijk advies.

Met het oog op de naleving van de rechten van verdediging en van het algemeen beginsel van procesvoering op tegenspraak, zou het daarom beter zijn te bepalen dat, wanneer het advies vóór de terechtzitting schriftelijk wordt gegeven, het tijdig ter griffie moet worden neergelegd opdat de partijen er vroeg genoeg voor de zitting kennis van kunnen nemen, het kunnen bestuderen en daarmee daadwerkelijk rekening kunnen houden tijdens de pleitzitting.

Het mondeling advies

3.3. In het geval waarin het openbaar ministerie opteert voor een mondeling advies, in het kader van zaken die op straffe van nietigheid of op initiatief van het openbaar ministerie moeten worden meegedeeld, bepaalt artikel 766, § 1, tweede lid, dat dit advies mondeling moet worden uitgebracht op de terechtzitting. De partijen kunnen er terstond op antwoorden of verzoeken om een termijn om hun conclusies met repliek ter griffie neer te leggen. Dat is de bevestiging van de huidige regeling.

Daarentegen maakt artikel 766, § 2, tweede lid, het mogelijk dat het advies "wegens de omstandigheden van de zaak" "terstond op de zitting (…) mondeling" wordt uitgebracht indien het openbaar ministerie opteert voor een mondeling advies in het kader van zaken waarvan de mededeling door de rechter bevolen is.

De Raad van State ziet ook hier weer niet goed in hoe een dergelijk geval zich nog zou kunnen voordien, aangezien de rechter luidens de ontworpen teksten pas na afloop van de pleitzitting en na de sluiting van de debatten zou kunnen bevelen dat de zaak *ter fine* van advies wordt meegedeeld aan het openbaar ministerie, dat per definitie niet op de terechtzitting aanwezig is.

***

3.4. Gelet op al deze opmerkingen moet de redactie van de artikelen 766 en 767 volledig worden herzien.

Artikel 38
(ontworpen artikel 770 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. De eerste wijziging strekt ertoe de termijn voor het beraad met een maand te verlengen wanneer hij tijdens de gerechtelijke vakantie verstrijkt. Als reden voor deze wijziging wordt opgegeven dat "[d]e termijn van uitspraak van één maand (…) relatief kort [is], in het bijzonder tijdens het gerechtelijk verlof".

De voorgestelde maatregel, die als gevolg heeft dat de termijn voor het beraad voor zaken die tussen 1 juni en 31 juli in beraad worden genomen met een maand wordt verlengd, beantwoordt evenwel slechts ten dele aan die motivering.

Overigens wordt, tijdens de gerechtelijke vakantie, in zaken die tussen 1 juli en 31 augustus zijn ingesteld alleen gepleit als ze enkel korte debatten vergen of tot op zekere hoogte spoedeisend zijn, alsook met betrekking tot de vorderingen in kort geding of gelijkgestelde vorderingen. De ontworpen maatregel zou het averechts effect kunnen hebben dat de partijen langer op een vonnis moeten wachten in zaken waarin het vonnis zo spoedig mogelijk moet worden uitgesproken.

Het streefdoel van de steller van het ontwerp zou op passender wijze bereikt kunnen worden met een maatregel die de termijn voor het beraad verlengt hetzij met een maand, hetzij tot op de eerste werkdag na de gerechtelijke vakantie, in zaken waarin vóór de gerechtelijke vakantie wordt gepleit maar waarvan de termijn voor het beraad tijdens die vakantie verstrijkt. Een dergelijke regel zou evenwel niet mogen gelden voor zaken in kort geding of gelijkgestelde zaken (zoals zaken in kort geding, beslagzaken, spoedeisende zaken – zaken die worden geacht spoedeisend te zijn of zaken waarvoor de spoedeisendheid wordt aangevoerd – voor de familierechtbank, enz.).

2. Het ontwerp schaft de regeling af volgens welke de lijst van de zaken waarin de uitspraak met meer dan een maand is uitgesteld, maandelijks aan de korpschef van het openbaar ministerie bij het gerecht in kwestie wordt toegezonden.

In de bespreking van het artikel wordt het volgende aangegeven:

> "De toezending van de lijst aan de procureur des Konings en aan de arbeidsauditeur is (…) van weinig of geen nut."

Die toezending lijkt evenwel nuttig om het openbaar ministerie in staat te stellen toe te zien op "de regelmatigheid van de dienst van de hoven en rechtbanken", welke taak hem bij de artikelen 140 en 399 van het Gerechtelijk Wetboek wordt opgedragen.

Artikel 39
(ontworpen artikel 780 van het Gerechtelijk Wetboek)

Verwezen wordt naar de opmerkingen gemaakt bij artikel 31 van het voorontwerp.

Artikel 40
(ontworpen artikel 806 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. De voorgestelde wijziging strekt er in de eerste plaats toe verstekvonnissen die niet binnen het jaar betekend zijn niet meer te laten vervallen.

Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arrest nr. 60/2008 van 19 maart 2008 aangegeven welk risico de bij verstek veroordeelde partij loopt indien het vonnis niet zou vervallen als het niet binnen een bepaalde termijn betekend wordt:

> "Het verval van het verstekvonnis dat niet binnen het jaar is betekend, heeft immers tot doel die laatste te beschermen tegen mogelijke manoeuvres van de eisende partij, die bijvoorbeeld ertoe geneigd zou kunnen zijn de tenuitvoerlegging van het vonnis

dat zij bij verstek heeft verkregen, dermate te vertragen dat de nuttige bewijzen om haar verklaringen te betwisten, zouden zijn verdwenen" (B.2.1).

Ridder Adolphe Braas heeft in zijn boek *Précis de la procédure civile* reeds hetzelfde gezegd:

> "Attribuer une durée de trente ans à une décision que le défendeur, qui n'a peut-être pas été touché par l'ajournement, ignore ou peut ignorer, c'est donner matière à des ruses et à des fraudes, dont il serait trop tard pour que la victime puisse utilement se défendre."[98]

Het is niet in duidelijk welke andere redenen ten grondslag zouden kunnen liggen aan het manoeuvre van de schuldeiser om op handige wijze de tenuitvoerlegging van zijn titel te vertragen.

De wetgever van 1967 had kennelijk uit het oog verloren dat artikel 156 van het vroegere Wetboek van burgerlijke rechtsvordering zelf in dat wetboek was ingevoegd omdat "on avait constaté à plusieurs reprises qu'une personne avait été condamnée et que le jugement était passé en force de chose jugée, sans qu'elle ait eu connaissance de la citation et de la condamnation : l'article 156 a été prévu afin d'éviter pareille situation."[99] Een dergelijke situatie kan zich onder de gelding van het Gerechtelijk Wetboek evenwel niet voordoen, aangezien de partij die bij verstek veroordeeld is, ook heeft ze de gedinginleidende akte niet ontvangen en is ze dus noch van de rechtszaak noch van het vonnis op de hoogte, altijd officieel op de hoogte zal worden gebracht van de beslissing door de betekening van die beslissing op een tijdstip waarop ze nog geen gezag van gewijsde heeft, aangezien de betekening de termijn om verzet aan te tekenen doet ingaan. Die loutere vaststelling had de stellers van het Gerechtelijk Wetboek ertoe moeten aanzetten af te zien van de regel vervat in artikel 806 van het Wetboek.

Het verval van het verstekvonnis teneinde de niet-verschenen partij te beschermen tegen een op handige wijze vertraagde tenuitvoerlegging houdt geen steek. Indien de partij die bij verstek in het gelijk is gesteld, meent er belang bij te hebben de tenuitvoerlegging van de beslissing te vertragen totdat de bewijzen die de verwerende partij kan gebruiken om haar aanspraken te betwisten, verdwenen zijn, zal het verval van haar uitvoerbare titel geen enkel gevolg hebben voor dat manoeuvre, aangezien diegene aan wie het verstekvonnis ten goede komt de zaak alleen opnieuw moet laten vaststellen om zijn titel opnieuw geldig te laten verklaren. Zoals blijkt uit arrest nr. 60/2008 van 19 maart 2008 van het Grondwettelijk Hof kan de veroordeelde partij de grond van de zaak weliswaar betwisten, ofwel in het kader van die "nieuwe procedure", ofwel later, in het kader van verzet tegen een vonnis waarbij de titel opnieuw geldig wordt verklaard, dat zelf bij verstek is gewezen. Die mogelijkheid waarover hij beschikt, zal hem evenwel hoe dan ook niet helpen, omdat ze zich voordoet op een tijdstip waarop de bewijzen waarmee de vordering betwist kan worden, verdwenen zullen zijn door het handige manoeuvre van zijn tegenstander.

De steller van het voorontwerp heeft dus gegronde redenen om zich af te vragen wat de echte bedoeling is van die regel en of het wenselijk is hem te behouden.

---

[98] Ridder Braas, *Précis de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 2e uitg., 1934, 520.

[99] Noot A.T. bij Cass. 22 februari 1991, *Pas.* 1991, I, 609.

Reeds in 1989 was de werkgroep "Procédure civile et arriéré judiciaire", onder het voorzitterschap van raadsheer Meeûs, van oordeel dat "la péremption du jugement par défaut non signifié dans l'année n'est qu'une survivance historique et la disposition de l'article 806 qui prévoit cette péremption n'a plus de justification suffisante" en dat die bepaling bijgevolg opgeheven moest worden.[100]

In het wetsontwerp dat de wet van 3 augustus 1992 'tot wijziging van het Gerechtelijk wetboek' zou worden, werd overeenkomstig die suggestie voorgesteld artikel 806 op te heffen. De regering heeft toen echter zelf, tijdens het onderzoek van het ontwerp, een amendement ingediend om op dat voorstel terug te komen, opnieuw om dezelfde reden, namelijk het gevaar voor een opzettelijke vertraging van de tenuitvoerlegging, ingegeven door kwade trouw.[101]

In 2006 heeft G. de Leval het idee van een "wijziging" van artikel 806 van het Gerechtelijk Wetboek echter opnieuw te berde gebracht:

> "non seulement en raison du caractère injustifié d'une telle disposition compte tenu des prérogatives du juge statuant par défaut, mais aussi en raison de la persistance d'irritantes controverses sur le caractère contradictoire ou non de la procédure de réactualisation du titre à l'initiative de la partie bénéficiaire du jugement".[102]

De voorgestelde wijziging komt, terecht, tegemoet aan die verscheidene bedenkingen.

2.1. Het nieuwe artikel 806 strekt tot de afbakening van de bevoegdheden van de bij verstek uitspraak doende rechter.

Bij deze bepaling behoren de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

2.2. De rol en de bevoegdheden van de bij verstek uitspraak doende rechter zijn al heel lang voer voor discussie. Twee opvattingen staan tegenover mekaar: een maximalistische, die wordt beschouwd als traditionalistisch, en een minimalistische, die wordt beschouwd als hervormend.

2.3. De maximalistische opvatting wordt perfect samengevat door de stelregel van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel: de niet-verschijnende verweerder verlaat zich op de wijsheid van de rechter om zijn eigen bevoegdheid alsook de ontvankelijkheid en de gegrondheid

---

[100] "Les premiers et troisièmes rapports du groupe de travail 'procédure civile et arriéré judiciaire' (dits 'Rapports Meeûs')", in L'arriéré judiciaire, Document van het colloquium gehouden in de Senaat op 26 mei 1989, uitg. Belgische Senaat, 1989, bijlagen, 156 tot 168, hier 163.

[101] "De huidige tekst van artikel 806 van het Gerechtelijk Wetboek wordt best behouden ten einde te vermijden dat een partij na een hele tijd plotseling een verstekvonnis doet betekenen en tenuitvoer leggen tegen de partij die verstek heeft gelaten. Het verstek kan immers te wijten zijn aan het feit dat deze partij helemaal geen kennis van de dagvaarding heeft gekregen. Sommige partijen die een geding hebben gewonnen en die van kwade trouw zijn kunnen belang hebben bij een moedwillig laattijdig betekenen van een verstekvonnis, wat de rechtszekerheid niet in de hand werkt." (*Parl.St.* 1990-1991, nr. 1198/1, commissiestuk nr. 32).

[102] G. de Leval, "Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité", *Rev. Dr. ULB*, vol. 34/2006-2, 133.

van de vordering te beoordelen.[103] Anders gezegd, het verstek is een algemene en veronderstelde betwisting van de vordering, zowel wat betreft de bevoegdheid van de geadieerde rechter, de ontvankelijkheid van de rechtsvordering en de gegrondheid van het verzoek. De rechter zou bijgevolg, voor rekening van de niet-verschijnende partij, alle verweermiddelen moeten opwerpen (excepties, gronden van niet-ontvankelijkheid en verweermiddelen betreffende de zaak zelf) die de niet-verschijnende partij opgeworpen *had kunnen hebben* als zij aanwezig was geweest.

Die maximalistische opvatting machtigt de rechter dus om uit eigen beweging betwistingen op te werpen, zelfs al steunen ze enkel op een aanvullende regel, welke bevoegdheid hem strikt wordt ontzegd in het kader van de procedures op tegenspraak.[104]

Die opvatting wordt sinds het principearrest van 30 april 1936 steevast gevolgd door het Hof van Cassatie.[105] Het Hof heeft deze nog in herinnering gebracht in een arrest van 14 november 2006:

> "Verstek is vanwege een partij die niet verschijnt, een wijze van betwisting voeren. Hieruit volgt dat de rechter ook bij verstek van de partij tegen dewelke een burgerlijke rechtsvordering is ingesteld, die vordering nauwkeurig moet onderzoeken. Zo moet de rechter onder meer nagaan of hij bevoegd is, of de vordering ontvankelijk is en wat de feitelijke en wettelijke grondslag van de vordering is. De rechter moet daarbij nagaan of voldoende feiten worden aangevoerd ter staving van de vordering en of die aangevoerde feiten ook bewezen zijn."[106]

2.4. Die rechtspraak is onderhevig geweest aan kritiek aangezien zij extra bescherming biedt aan de niet-verschijnende partij, hetgeen ongerechtvaardigd kan lijken aangezien die partij beschikt over een specifiek gewoon rechtsmiddel – het verzet – tegen de bij verstek uitgesproken beslissing.

Bovendien roept die extra bescherming verschillen in behandeling in het leven die moeilijk te rechtvaardigen zijn, inzonderheid tussen de niet-verschijnende partijen naargelang het gaat om de verzoeker of de verweerder. Uit de rechtsleer blijkt dat, wanneer de verzoeker niet verschijnt, de rechtspraak niet geneigd is hem extra te beschermen zoals ze dat wel doet voor de niet-verschijnende verweerder.[107] Aangezien de verzoeker per definitie niet onkundig kan zijn van het bestaan van de procedure die hij zelf heeft ingeleid, maar waaraan hij zich niet gelegen laat liggen, gaat het merendeel van de voorstanders van de maximalistische opvatting er immers van uit dat er geen redenen zijn die zouden rechtvaardigen dat de rechter zich speciaal bekommert om de belangen van de niet-verschijnende verzoeker, noch dat hij, in diens voordeel, de grond van het geschil onderzoekt.

---

[103] Rb. Brussel, 18 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 103.

[104] J.-Fr. Van Drooghenbroeck, "Absens indefensus est", in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, C.I.U.D.J., vol. 6, Brussel, Kluwer/Bruylant, 1999, 176 tot 251, hier nr. 22.

[105] Cass., 30 april 1936, *Pas.*, I, 228.

[106] Cass., 14 november 2006, A.R. P. 06.0896.N.

[107] H. Boularbah, "Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail", *J.T.T.*, 1999, 425 tot 433, hier 429, nr. 22 e.v.

Er bestaat evenwel een omgekeerde strekking, in het bijzonder bij de arbeidsrechtbanken, die meer nog dan andere rechtbanken te maken krijgen met geschillen waarbij veelal de verzoekende partij de zwakke partij is. In die rechtspraak wordt zonder onderscheid de extra bescherming toegepast ten voordele van de niet-verschijnende partij, ongeacht of dat de verzoekende of de verwerende partij is.

2.5. In het ontwerp wordt geopteerd voor de minimalistische opvatting.

Hoewel de keuze gemaakt is, dient te worden opgemerkt dat, zelfs voor de aanhangers van die opvatting, de rechter eerst moet nagaan of de verweerder de gedinginleidende akte te gepasten tijde heeft ontvangen en hij ervoor gekozen heeft niet te verschijnen terwijl hij perfect op de hoogte was van het rechtsgeding. Zoals H. Boularbah in dat verband heeft onderstreept, "le juge pourra soulever tous les moyens de procédure déduits de règles d'ordre public et impératives: contrôle des nullités absolues, de la régularité du mode de convocation, de son pouvoir de juridiction, de sa compétence matérielle, des compétences territoriales impératives et d'ordre public, fins de non-recevoir, exceptions déduites du non-respect de règles d'organisation judiciaire"[108].

Voor zover de steller van het voorontwerp die logica lijkt te volgen, dient hij na te gaan of het wel logisch is, zoals wordt bepaald in de tekst, om de rechter, wanneer hij uitspraak doet bij verstek, in de mogelijkheid te stellen andere regels toe te passen dan die waarvan daarvoor sprake is geweest, al was het omdat ze kennelijk geschonden worden.

Als de steller van het voorontwerp echter wil voorkomen dat de bij verstek uitspraak doende rechter die andere regels opwerpt, lijkt het logischer te bepalen dat de rechter in geval van verstek over de vordering zal beslissen zonder ambtshalve andere middelen op te werpen dan die welke voortvloeien uit de regels van openbare orde of van dwingende aard, maar dat hij desondanks ertoe gehouden zal zijn de regelmatigheid van de procedure na te gaan voor wat betreft de inleiding van het geding, teneinde zich ervan te vergewissen dat het verstek niet het gevolg is van een onregelmatigheid in dat stadium van de procedure.

Artikelen 42 tot 45
(opheffing van de artikelen 862, 864, tweede lid, en 867 van het Gerechtelijk Wetboek en ontworpen artikel 865 van hetzelfde Wetboek)

Algemene opmerkingen

1.1. De voorliggende bepalingen passen de bepalingen aan van het Gerechtelijk Wetboek die ten grondslag liggen aan de theorie inzake de nietigheid van proceshandelingen.

Thans is die theorie gebaseerd op de hiernavolgende regels:

1° de partij die de nietigheid van een handeling aanvoert, moet aantonen dat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm op straffe van nietigheid voorgeschreven is bij de wet ("Geen nietigheid zonder dat een regeling daarin voorziet" – artikel 860);

[108] H. Boularbah, *o.c.*, 430, nr. 24.

2° de partij die de nietigheid van een handeling aanvoert, moet aantonen dat het verzuim van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm of de onregelmatige verrichting ervan, haar belangen heeft geschaad ("Geen nietigheid zonder belangenschade" - artikel 861); het gaat om de zogeheten gronden voor relatieve nietigheid;

3° in afwijking van de in artikel 861 vervatte regel, moet de partij die de nietigheid aanvoert, niet aantonen dat haar belangen zijn geschaad wanneer het verzuim of de onregelmatigheid een geval betreft opgesomd onder artikel 862, § 1; het gaat om de zogeheten gronden voor absolute nietigheid;

4° de wet voorziet overigens in mechanismen om nietigheid te dekken zodat, zelfs wanneer nietigheid wordt aangevoerd met inachtneming van de hiervoor vermelde regels, de rechter de nietigheid effectief niet zal kunnen uitspreken:

- als het gaat om een relatieve nietigheid: als ze niet tegelijk en voor enig ander middel is voorgedragen;

- als het gaat om een absolute nietigheid: als ze niet is opgeworpen voordat een vonnis of een ander arrest op tegenspraak dan dat waarbij een maatregel van interne orde wordt uitgesproken, is gewezen, zonder dat de nietigheid door de partij is voorgedragen of door de rechter ambtshalve is uitgesproken.

Ten slotte is voorzien in een bijzondere dekking, ingevoegd bij de wet van 3 augustus 1992, voor alle nietigheidsgronden (gronden voor relatieve of absolute nietigheid): het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een proceshandeling of van de vermelding van een vorm kan niet tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt; hetzelfde geldt als die niet-vermelde vorm wel in acht is genomen (artikel 867).

1.2. Zoals terecht in de memorie van toelichting wordt onderstreept, heeft het opnemen in artikel 867, in 1992, van een bijzondere dekking "wanneer het doel van de wet is bereikt", *de facto* het belang doen verdwijnen van de in artikel 862 opgesomde uitzonderingen op artikel 861. De enige manier om aan te tonen dat de handeling die is aangetast door een verzuim of onregelmatigheid toch het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, bestaat er immers in te bewijzen dat de belangen van de partij die de exceptie van nietigheid opwerpt niet zijn geschaad door dat verzuim of die onregelmatigheid. Bijgevolg zal de partij die een exceptie van nietigheid opwerpt, zelfs al valt ze onder een van de in artikel 862 bedoelde gevallen, moeten bewijzen dat haar belangen geschaad zijn om te pogen de dekking van artikel 867 teniet te doen.

Zoals dat in de toelichting bij het artikel wordt onderstreept, bestaat het enige verschil tussen de artikelen 861 en 867 in een omkering van de bewijslast. Diegene die de exceptie van nietigheid opwerpt, moet bewijzen dat zijn belangen worden geschaad. Diegene die de dekking van artikel 867 opwerpt, moet bewijzen dat het doel van de wet is bereikt.

1.3. Gelet op het bovenstaande staat niets eraan in de weg dat, met het oog op de rationalisering van de rechtspleging, de uitzondering op artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek die artikel 862 van hetzelfde Wetboek uitmaakt en de bijzondere dekking "wanneer het doel van de wet is bereikt" gelijktijdig worden geschrapt.

2. Door daarentegen elk geval van zogeheten "absolute" nietigheid op te heffen, doet het ontwerp eveneens het onderscheid verdwijnen dat wordt toegepast tussen gronden voor absolute nietigheid en gronden voor relatieve nietigheid voor wat betreft de dekkingen bedoeld in artikel 864, te weten naargelang het moment waarop de exceptie wordt opgeworpen. De zogeheten gronden voor relatieve nietigheid, die als minder belangrijk worden beschouwd, worden tot nu toe sneller gedekt in de loop van de procedure dan de zogeheten gronden voor absolute nietigheid, die als ernstiger worden beschouwd.

Die radicale houding bij de hervorming wordt niet verantwoord in de memorie van toelichting. Hoewel de "absolute" aard van de nietigheid niet noodzakelijkerwijs rechtvaardigt dat ze uitgesproken kan worden zonder dat een belangenschade wordt aangetoond, zou hij wel een verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen wat betreft het moment tot waarop de exceptie van nietigheid op dienstige wijze kan worden opgeworpen.

3. Door enkel de regel van artikel 861 te behouden en tegelijkertijd artikel 862, artikel 867 en het tweede lid van artikel 864 op te heffen, zou de voorgestelde wijziging gevolgen kunnen hebben die verder reiken dan de nagestreefde doelstelling.

De artikelen 860 tot 867 hebben immers, niet zonder een wezenlijk gebrek aan samenhang, zowel betrekking op de regeling inzake nietigheid, een sanctie die in principe staat op de onregelmatigheid van een proceshandeling, als op de regeling inzake de termijnen, die in principe worden voorgeschreven ofwel op straffe van nietigheid (wat betreft de wachttermijnen) ofwel op straffe van verval (wat betreft de versnellende termijnen).

Na verscheidene wetswijzigingen,[109] is de bijzondere dekking van artikel 867 verruimd tot de termijnen. Hoewel artikel 867 in de huidige versie alle "in deze afdeling bedoelde" termijnen omvat, wat eveneens de op straffe van verval voorgeschreven termijnen behelst, wordt daarin nog altijd alleen de dekking van de nietigheid vermeld (gelet op de termen "kan niet tot nietigheid leiden"), zodat in wezen uitsluitend de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen worden beoogd, hetgeen logisch is aangezien niet valt in te zien hoe met het niet in acht nemen van een op straffe van verval voorgeschreven (versnellende) termijn het doel zou kunnen worden bereikt dat de wet ermee beoogt.

[109] Er zijn drie ingrepen van de wetgever nodig geweest om te komen tot de huidige tekst van artikel 867 (wet van 3 augustus 1992, van 23 november 1998 en van 26 april 2007).

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt bijgevolg gevestigd op het feit dat artikel 861, dat als enige zou overblijven als de voorgestelde wijziging wordt aangenomen, slechts uitdrukkelijk de nietigheid beoogt "van de proceshandelingen". Het zou, rekening houdend met de voorgestelde wijziging, wellicht dienstig zijn om zowel in artikel 860, eerste lid, als in artikel 861 en in het ontworpen artikel 864 een uitdrukkelijke verwijzing op te nemen naar de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen.

De artikelen 860, eerste lid, 861 en 864 moeten dienovereenkomstig worden herzien.

Bijzondere opmerking

Artikel 44 strekt tot de aanpassing van het huidige artikel 865 aan de nieuwe regels die met de voorgestelde wijziging worden ingevoerd.

De artikelen 860, eerste lid, 861 en 864 zijn (in hun huidige versie of in de hierboven voorgestelde versie) niet bedoeld om te worden toegepast op de op straffe van verval voorgeschreven termijnen aangezien ze in de voorgestelde versie juist uitsluitend de nietigheid beogen van de proceshandelingen en de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen.

Gelet op de voorgestelde hervorming van de regeling inzake nietigheid, zou artikel 865 moeten worden opgeheven.

Artikel 49
(ontworpen artikel 1050 van het Gerechtelijk Wetboek)

Met de wijziging wordt beoogd de regeling inzake het "uitgestelde hoger beroep"[110], die reeds ingevoerd is bij de wet van 3 augustus 1992 voor wat betreft het hoger beroep tegen beslissingen inzake bevoegdheid, te verruimen tot alle beslissingen die de rechter alvorens recht te doen kan opleggen met het oog op het onderzoek van de vordering of op een voorlopig regeling van de toestand van de partijen, door de mogelijkheid te beperken om hoger beroep aan te tekenen tegen dergelijke beslissingen door dat beroep verplicht te verbinden aan een hoger beroep tegen het "eindvonnis".

[110] M. Dewart, G. de Leval en Fr. Georges, "Optimalisation institutionnelle et fonctionnelle de l'appel", *Repenser l'appel*, Die Keure, 2012, 187 e.v.

Een "eindvonnis" is niet noodzakelijk een vonnis dat een geschil definitief ten gronde beslecht. Het gaat om een beslissing waarbij de rechter zijn adiëring met betrekking tot een geschilpunt afsluit, waarbij het mogelijk is dat dat geschilpunt enkel betrekking heeft op de procedure of op de ontvankelijkheid. De steller van het voorontwerp is zich daarvan bewust aangezien hij, in de toelichting bij het artikel, de rechtspraak van het Hof van Cassatie citeert, die zegt:

> "[het] volstaat […] dat in hetzelfde (tussen)vonnis een geschilpunt over de ontvankelijkheid of de grond van de zaak wordt beslecht, wat een 'eindvonnis' uitmaakt, opdat het daarbij horende tussenvonnis 'alvorens recht te doen' wel degelijk appellabel wordt".

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt erop gevestigd dat, gelet op de wijziging die bij het ontwerp wordt aangebracht in artikel 875*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek (deze wijziging luidt als volgt: "Behalve wanneer de maatregel betrekking heeft op het vervuld zijn van een ontvankelijkheidsvoorwaarde, kan de rechter een onderzoeksmaatregel slechts bevelen nadat de betrokken vordering ontvankelijk werd verklaard"), de partijen zich in de hierboven door het Hof van Cassatie beschreven toestand zullen bevinden telkens wanneer een onderzoeksmaatregel zal worden bevolen – welke soort maatregelen een heel groot deel uitmaken van de maatregelen "alvorens recht te doen" die een rechter kan opleggen - in een vonnis waarbij de rechter eveneens uitspraak doet over de ontvankelijkheid van de vordering, waarbij deze partijen te maken krijgen met een gemengd vonnis (deels definitief, wat de ontvankelijkheid betreft, en deels "alvorens recht te doen", wat de onderzoeksmaatregel betreft), dat onmiddellijk vatbaar wordt voor hoger beroep.

Artikel 49 van het voorontwerp moet worden herzien in het licht van deze opmerking.

Artikelen 50 tot 56
(ontworpen artikelen 1397 en 1398 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Bij de huidige stand van het recht zijn vonnissen in principe uitvoerbaar zodra ze zijn uitgesproken.[111] De twee gewone beroepsmogelijkheden (hoger beroep en verzet) hebben, zodra deze beroepen worden ingesteld, een schorsende werking wat het bestreden eindvonnis betreft, behalve als de wet of de rechter die de beslissing heeft uitgesproken de voorlopige tenuitvoerlegging ervan toestaat, niettegenstaande het feit dat een dergelijk beroep is ingesteld (artikel 1398 van het Gerechtelijk Wetboek).

Aangezien de regel van de schorsende werking van gewone rechtsmiddelen enkel geldt wanneer de betreffende beroepen zijn ingesteld "tegen het eindvonnis", kan daaruit worden afgeleid dat gewone rechtsmiddelen tegen vonnissen alvorens recht te doen niet die schorsende werking hebben. Artikel 1497 van het Gerechtelijk Wetboek illustreert uitdrukkelijk die regel voor wat betreft de vonnissen waarbij een onderzoeksmaatregel wordt bevolen.

[111] Met dien verstande evenwel dat een gedwongen tenuitvoerlegging het vervullen van bepaalde vormvoorschriften vereist.

In afwijking van de regel dat eindvonnissen uitvoerbaar zijn zodra ze zijn uitgesproken, is het in bepaalde gevallen niet het instellen van een gewoon beroep dat schorsende werking heeft, maar wel het loutere feit dat de termijn voor het instellen van dat beroep nog steeds loopt. Met andere woorden, in die gevallen is het eindvonnis niet uitvoerbaar zodra het is uitgesproken. Het zal pas uitvoerbaar zijn bij het verstrijken van de termijn om hoger beroep of verzet aan te tekenen en voor zover zo'n beroep niet is ingesteld. Die bijzondere gevallen betreffen:

- de vonnissen waarbij aan een derde opheffing, doorhaling van een hypothecaire inschrijving, betaling of enige prestatie wordt bevolen of opgelegd, die pas uitvoerbaar zijn na de afgifte van een attest door de griffie dat geen verzet noch hoger beroep is ingesteld (artikel 1388, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek);

- de vonnissen houdende veroordeling tot betaling van een som geld, behalve wanneer anders bepaald in het vonnis (artikel 1495, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek) en onder voorbehoud van het recht om bewarend beslag te leggen (artikel 1414 van het Gerechtelijk Wetboek).

Die gevallen verhinderen evenwel niet de voorlopige tenuitvoerlegging van de beslissing waartegen hoger beroep is ingesteld als deze voorlopige tenuitvoerlegging van rechtswege geldt of toegestaan is door de eerste rechter. Dat wordt bevestigd door artikel 1388, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek voor de voornoemde eerste categorie van uitzonderingen ("Deze verklaring is niet vereist wanneer de beslissing […] uitvoerbaar is niettegenstaande hoger beroep en, indien zij bij verstek gewezen is, niettegenstaande verzet […]") en artikel 1495, tweede lid, *in fine*, wat betreft de tweede categorie ("[…] de veroordeling tot betaling van een som geld, die het voorwerp is van een beslissing waartegen nog gewone rechtsmiddelen openstaan, [kan] niet worden ten uitvoer gelegd voor het verstrijken van een maand na de betekening van de beslissing, tenzij voorlopige tenuitvoerlegging daarvan is gelast").

2. Artikel 50 strekt tot de opheffing van het principe van de schorsende werking van het hoger beroep teneinde "te vermijden dat het hoger beroep enkel wordt gebruikt om uitstel van uitvoering van veroordeling te bekomen". Bijgevolg zal de in het ontworpen artikel 1397, tweede lid, opgenomen regel voortaan zijn dat het vonnis dat uitvoerbaar is zodra het wordt uitgesproken, uitvoerbaar zal blijven niettegenstaande het feit dat hoger beroep is aangetekend. Dat hoger beroep zal evenwel tot gevolg hebben dat aan de tenuitvoerlegging een voorlopig karakter wordt gegeven aangezien de uitvoerbare titel in hoger beroep kan worden herzien.

In het voorontwerp blijven overigens de klassieke uitzonderingen op de voorlopige tenuitvoerlegging behouden, "meer bepaald inzake familierecht".

Ten slotte wordt bepaald dat de rechter zal kunnen beslissen dat het eventuele hoger beroep tegen zijn vonnis, bij wijze van uitzondering, een schorsende werking zal hebben.

De voorgestelde regeling vervangt de huidige regeling door het principe om te keren: in de toekomst zal het hoger beroep geen schorsende werking hebben, behoudens de wettelijke uitzonderingen of tenzij de rechter anders bepaalt.

Aangezien het gaat om het uitvoeren van een titel die noodzakelijkerwijs het resultaat is van een behandeling op tegenspraak in eerste aanleg, is het niet onwettig om de schuldeiser de mogelijkheid te geven om, op eigen risico, op basis van die titel last te geven tot de tenuitvoerlegging. Integendeel, de chronische gerechtelijke achterstand bij sommige gerechten, in het bijzonder de appelgerechten, rechtvaardigt, zoals wordt onderstreept in de toelichting bij het artikel, dat de schorsende werking van die hogere beroepen geen middel meer is om de tenuitvoerlegging van veroordelingen aanzienlijk uit te stellen.

3. Zoals wordt onderstreept in de toelichting bij het artikel wordt dus "[e]en nieuw onderscheid […] gemaakt tussen verzet, dat nog steeds schorsende werking heeft, en hoger beroep, dat geen schorsende werking meer heeft".

Het behoud van de schorsende werking van het verzet kan worden verantwoord met de wijziging die bij de ontworpen regeling in artikel 806 van het Gerechtelijk Wetboek, en meer in het bijzonder in de bevoegdheden van de bij verstek uitspraak doende rechter, wordt aangebracht. Dat verschil in behandeling lijkt dus niet ongerechtvaardigd, maar het zou aanbeveling verdienen om die rechtvaardiging uitdrukkelijk op te nemen in de memorie van toelichting.

De artikelen 50 en 51
(ontworpen artikelen 1397 en 1398 van het Gerechtelijk Wetboek)

1. In het eerste lid van het ontworpen artikel 1397 blijft de regel van de schorsende werking van het verzet behouden. Bij het tweede lid wordt de nieuwe regel met betrekking tot de niet-schorsende werking van het hoger beroep ingesteld.

In beide gevallen wordt in de tekst bepaald dat kan worden afgeweken van de regel, hetzij bij wet, hetzij als de rechter anders bepaalt.

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom die beslissing van de rechter, naar luid van de ontworpen tekst, "met bijzondere redenen [moet worden omkleed]" wanneer de rechter, na een tegensprekelijke behandeling, de niet-schorsende werking van het hoger beroep terzijde schuift, terwijl zulks niet het geval is voor de beslissing in tegenovergestelde zin die door de bij verstek uitspraak doende rechter wordt genomen.

Het vereiste van motivering moet hetzelfde zijn, ongeacht het beoogde geval.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen nieuw artikel 1398/1, tweede lid.

2. Aangezien het feit dat geen zekerheid hoeft te worden gesteld door de partij die last geeft tot de voorlopige tenuitvoerlegging, tenzij de rechter anders bepaalt, niet eigen is aan de tenuitvoerlegging van de titel niettegenstaande hoger beroep, daar immers in sommige gevallen (wanneer de wet of de rechter zulks bepaalt) de schuldeiser last kan geven tot de voorlopige tenuitvoerlegging van een bij verstek uitgesproken beslissing niettegenstaande verzet, zou de regel geformuleerd aan het einde van het tweede lid van het ontworpen artikel 1397 moeten worden opgenomen als een op zichzelf staande bepaling.

Het zou in dat opzicht aanbeveling verdienen het ontworpen artikel 1398, dat alle gevallen van voorlopige tenuitvoerlegging betreft, aan te vullen met een tweede lid. Die bepaling zou kunnen worden gesteld als volgt:

"De voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt alleen op risico van de partij die daartoe last geeft.

Ze wordt zonder zekerheidsstelling gelast als de rechter niet heeft bevolen dat een zekerheid moet worden gesteld en onverminderd de regels inzake kantonnement".

Artikel 52
(ontworpen artikel 1398/1 van het Gerechtelijk Wetboek)

Door de wijziging van artikel 1398 zoals hierboven voorgesteld, zou dezelfde regel overigens niet meer opgenomen hoeven te worden in artikel 1398/1, eerste lid, *in fine*.

Artikel 54
(ontworpen artikel 1399 van het Gerechtelijk Wetboek)

Er dient te worden verduidelijkt dat de tenuitvoerlegging van het vonnis eveneens wordt geschorst gedurende de termijn waarbinnen verzet of hoger beroep kan worden aangetekend.

Artikel 56
(ontworpen artikel 1495, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek)

De wijziging van artikel 1495 van het Gerechtelijk Wetboek moet zo worden herzien dat ze beter overeenstemt met de nieuwe regels die zijn ingevoerd op het stuk van de schorsende werking van het hoger beroep.

Zoals hierboven vermeld is bij de huidige stand van het recht ofwel het hoger beroep schorsend, ofwel, in sommige bijzondere gevallen – meer bepaald in geval van een veroordeling tot betaling van een som geld –, is de termijn om hoger beroep aan te tekenen op zich al schorsend en kan de tenuitvoerlegging pas worden gelast na het verstrijken van die termijn.

In dat laatste geval, moet de partij die last wil geven tot de tenuitvoerlegging van het vonnis, opdat hij dat kan doen, de beslissing laten betekenen aan de verwerende partij om de termijn voor hoger beroep te laten ingaan. Die termijn bedraagt een maand vanaf de betekening. Als geen hoger beroep is ingesteld binnen die termijn, zal de tenuitvoerleggingvorderende partij last kunnen geven tot de gedwongen tenuitvoerlegging van het vonnis, dat - door het verstrijken van de termijn voor hoger beroep - kracht van gewijsde zal hebben gekregen. Het zal dus niet meer gaan om een voorlopige tenuitvoerlegging. Als hoger beroep is ingesteld binnen de termijn, schorst dat hoger beroep op zijn beurt de tenuitvoerlegging, die alleen zal kunnen worden gelast na de uitspraak van de beslissing in hoger beroep.

De schorsing van de tenuitvoerlegging louter en alleen wegens de termijn voor hoger beroep hangt dus rechtstreeks samen met de schorsende werking van het hoger beroep.

Dat is de strekking van het huidige artikel 1495 van het Gerechtelijk Wetboek:

> "[…] de veroordeling tot betaling van een som geld, die het voorwerp is van een beslissing waartegen nog gewone rechtsmiddelen openstaan, [kan] niet worden ten uitvoer gelegd voor het verstrijken van een maand na de betekening van de beslissing, tenzij voorlopige tenuitvoerlegging daarvan is gelast".

Indien een beslissing bij voorraad uitvoerbaar is, is de uitzondering genoemd in artikel 1495 van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing. Aangezien in het nieuwe systeem dat voorgesteld wordt in de ontworpen regeling, het hoger beroep in principe niet meer schorsend is, kan de termijn voor hoger beroep dat ook niet meer zijn. Hij kan dat alleen zijn wanneer het hoger beroep schorsend is verklaard bij wet of door de rechter.

De ontworpen tekst moet in die zin worden aangepast.

Artikel 59

Zoals het derde lid is gesteld, moet het worden opgenomen in artikel 58, dat betrekking heeft op de overgangsmaatregelen, en moet het worden vervangen door een bepaling waarin de datum van inwerkingtreding van de artikelen in kwestie wordt vastgelegd.

Artikelen 60 en 61
(ontworpen artikel 8, tweede lid, van de wet van 8 april 1965)

Het is niet correct om de artikelen 60 en 61 van het voorontwerp, die hoofdstuk 2 van titel 2 van het voorontwerp vormen, onder titel 2 van het voorontwerp onder te brengen. Deze titel heeft immers betrekking op het burgerlijk procesrecht, terwijl artikel 60 van het voorontwerp (en de daaraan gekoppelde bepaling van inwerkingtreding in artikel 61) betrekking heeft op de burgerlijke rechtsvordering die wordt ingesteld in het raam van procedures ten aanzien van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd. Het genoemde hoofdstuk wordt beter ondergebracht in titel 3 van het voorontwerp ("Diverse bepalingen").

Artikel 62
(ontworpen artikel 4, § 2, van de wet van 13 januari 1977)

In de bespreking van artikel 62 wordt de voorgestelde wijziging gerechtvaardigd als volgt:

> "Bij wet van 14 januari 2013 houdende diverse bepalingen inzake werklastvermindering binnen justitie werd artikel 1396 van het Burgerlijk Wetboek opgeheven.

Dit artikel voorzag in de publicatie in het *Belgisch Staatsblad* van het uittreksel van bepaalde gewijzigde huwelijksovereenkomsten met het oog op hun tegenwerpelijkheid ten aanzien van derden. De vrijwaring van de bescherming van de rechten van derden, bijvoorbeeld schuldeisers of toekomstige contractanten, vereist dat dergelijke publiciteit wordt behouden zodat zij in kennis worden gesteld van wijzigingen die een invloed kunnen hebben op hun rechten".

De bescherming van de rechten van derden wordt evenwel gewaarborgd bij artikel 1395, § 2, van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat is vervangen bij de wet van 14 januari 2013 'houdende diverse bepalingen inzake werklastvermindering binnen justitie' en dat luidt als volgt:

"Tussen echtgenoten hebben de bedongen wijzigingen gevolg vanaf de datum van de wijzigingsakte. Zij hebben slechts gevolg ten aanzien van derden vanaf de inschrijving, bedoeld in artikel 4, § 2, 1°, van de wet van 13 januari 1977 houdende goedkeuring van de Overeenkomst inzake de vaststelling van een stelsel van registratie van testamenten, opgemaakt te Bazel op 16 mei 1972 en tot invoering van een centraal huwelijksovereenkomstenregister, behoudens indien de echtgenoten in hun overeenkomsten met derden dezen van de wijziging op de hoogte hebben gebracht".

Met andere woorden, het is niet langer de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* die de bescherming van de rechten van derden tot stand brengt, maar de inschrijving in het centraal huwelijksovereenkomstenregister, zoals werd vermeld in de toelichting bij de artikelen 5 en 6 in de memorie van toelichting van de voornoemde wet van 14 januari 2013:

"De melding en bekendmaking van wijzigingen in het huwelijksvermogensstelsel gebeurt nu niet langer via de burgerlijke stand en het Staatsblad, maar via het centraal huwelijksovereenkomstenregister, waarvan een bepaald gedeelte kosteloos toegankelijk zal zijn voor het publiek. Op die manier wordt de bekendmaking gemoderniseerd op een ma nier die de vroegere waarborgen voor de schuldeisers garandeert".[112]

De voorgestelde wijziging lijkt dus nutteloos, behalve als de steller van het voorontwerp meent dat het mechanisme van bekendmaking via het centraal huwelijksovereenkomstenregister niet voldoende is en moet worden versterkt door het herstel van het traditionele mechanisme van de bekendmaking via het *Belgisch Staatsblad*; als zulks het geval is, moet dat worden uitgelegd in de bespreking van het artikel. Bovendien moet worden gepreciseerd welk vormvereiste de wijziging tegenwerpelijk maakt ten aanzien van derden.

Artikel 64
(ontworpen artikel 6/1 van de wet van 13 janvier 1977)

Artikel 64 van het voorontwerp vloeit voort uit het ontworpen artikel 4, § 2, tweede lid.

Er wordt dan ook verwezen naar de opmerking gemaakt bij artikel 62 van het voorontwerp.

[112] *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-1804/001, 5.

Artikel 68
(ontworpen artikel 21 van de wet van 17 april 1878)

Het ontworpen tweede lid van artikel 21 van de wet van 17 april 1878 'betreffende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering (niet: strafvordering)' strekt er onder meer toe de verjaringstermijnen van de strafvordering op grond van misdaden die strafbaar zijn met levenslange opsluiting, tot twintig jaar te verlengen. Door het mechanisme van de stuiting van de verjaring kunnen deze termijnen nog maximaal worden verdubbeld (zie artikel 22 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering), terwijl de termijn van verjaring van de strafvordering nog verder kan worden verlengd door het mechanisme van de schorsing (zie artikel 24 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering).

De gecombineerde toepassing van de zo-even genoemde bepalingen kan tot gevolg hebben dat de strafvordering voortvloeiend uit de betrokken misdaden *de facto* onverjaarbaar wordt. Het staat in de eerste plaats aan de wetgever om te beslissen of dit gevolg, en het opgeven of het verminderen van de waarborgen die ten grondslag liggen aan het instituut van de verjaring van de strafvordering, kunnen worden verantwoord mede gelet op de intrinsieke ernst van de categorie misdaden waarop de voorgenomen regeling van toepassing zal zijn. Al heeft de wetgever inzake verjaring een ruime beoordelingsbevoegdheid,[113] toch dient daarbij te worden nagegaan of de verantwoording die wordt ingeroepen, kan worden geacht van toepassing te zijn op het geheel van de beoogde misdaden. Die verantwoording kan niet beperkt blijven tot het loutere inroepen van een bijzonder geval waarvoor de aanpassing van de regels inzake verjaring noodzakelijk wordt geacht,[114] al kan zulk een geval wel een meer algemene problematiek blootleggen. Bovendien moet de voorgenomen maatregel in een redelijk verband van evenredigheid staan tot het beoogde doel. Het verdient aanbeveling de memorie van toelichting, waarin thans slechts enkele zeer algemene beschouwingen en een verwijzing naar een bijzonder geval voorkomen, op dit punt aan te passen.

Artikel 70
(ontworpen artikel 100, § 4, derde tot vijfde lid, van het Gerechtelijk Wetboek)

In de Nederlandse en de Franse tekst van artikel[115] 100, § 4, derde tot vijfde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals te wijzigen, zou conform de Franse tekst beter worden geschreven "van Waals-Brabant"[116] in plaats van "te Waals-Brabant". Deze discordantie bestaat weliswaar ook reeds in andere bepalingen,[117] maar er zou van de gelegenheid gebruik kunnen worden gemaakt om ze weg te werken.

[113] GwH 11 juni 2015, nr. 83/2015, B.8.3.

[114] GwH 19 januari 2000, nr. 7/2000, B.9, *in fine*.

[115] In de Nederlandse tekst dient de komma na "artikel" overigens te vervallen.

[116] Zoals overigens in de artikelen 89, eerste lid, en 90, eerste lid, van het voorontwerp.

[117] Zie bij voorbeeld artikel 100, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikelen 71 en 76
(ontworpen artikel 156*bis* en 379*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek)

1. De artikelen 71 en 76 van het voorontwerp strekken ertoe het systeem van de "plaatsvervangende magistraten" uit te breiden tot magistraten die op eigen verzoek vóór de wettelijke leeftijd op rust worden gesteld. De term "plaatsvervangende magistraat" wordt in het Gerechtelijk Wetboek evenwel niet steeds op een consistente wijze gehanteerd. Zo komt de term ook in artikel 378, tweede lid, en 379 van het Gerechtelijk Wetboek voor, terwijl hij net in die bepalingen geen betrekking heeft op de plaatsvervangende magistraten in de zin van artikel 156*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. Van de gelegenheid zou gebruik kunnen worden gemaakt om de gehanteerde terminologie te herzien en uniform te maken.

2. In de Nederlandse tekst van artikel 71 van het voorontwerp schrijve men duidelijkheidshalve "worden toegelaten" in plaats van "zijn toegelaten" zo er voor de magistraten die tot vervroegde opruststelling worden toegelaten, continuïteit dient te zijn tussen het als effectief en als plaatsvervangend magistraat uitgeoefende ambt (zie de opmerking bij artikel 77 van het voorontwerp).

Artikel 77
(ontworpen artikel 383 van het Gerechtelijk Wetboek)

Mede uit de in artikel 88 van het voorontwerp opgenomen overgangsmaatregel zou kunnen worden afgeleid dat de magistraten die op eigen verzoek vóór de wettelijke leeftijd zijn toegelaten tot de opruststelling en bovendien werden gemachtigd tot het voeren van de eretitel van hun ambt (zie artikel 71 van het voorontwerp), in de definitieve regeling slechts als plaatsvervangend magistraat kunnen worden aangewezen wanneer hun aanwijzing ingaat op het moment (en dus samenvallend met) hun opruststelling.[118] De aanwijzing als plaatsvervangend magistraat kan dan worden gezien in het verlengde van de vroegere ambtsuitoefening, zodat kan worden aangenomen dat geen nieuwe voordracht door de Hoge Raad voor de Justitie op grond van artikel 151, §§ 3 en 4, tweede lid, van de Grondwet nodig is.[119] Zulks ligt in de lijn van de bestaande opvatting over de rechtsgevolgen van de vervroegde oppensioenstelling op eigen verzoek van een magistraat (zie opmerking 1 bij artikel 88 en de aldaar geciteerde rechtspraak van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak). Uit bepaalde passages van de memorie van toelichting, die evenwel niet geheel duidelijk zijn, en bepaalde verklaringen van de gemachtigde kan evenwel worden afgeleid dat de stellers van het voorontwerp van mening zijn dat ten gevolge van de wijziging die beoogd wordt met artikel 77 van het voorontwerp, magistraten die tot vervroegde opruststelling worden toegelaten, in beginsel hun hoedanigheid van magistraat behouden, tenzij zij uitdrukkelijk om ontslag vragen. De Raad van State vraagt zich evenwel af op grond waarvan zulks uit de voorgenomen wijziging zou voortvloeien. Gelet op ook nog andere gevolgen die daaruit zouden voortvloeien, zoals op het vlak van voorrecht van rechtsmacht en onverenigbaarheden, is in ieder geval een duidelijkere wilsuiting van de wetgever noodzakelijk.

[118] Zo de aanwijzing ook nog zou kunnen gebeuren nadat de betrokkene op rust is gesteld, zou de overgangsregeling immers geen zin hebben.

[119] Zie ook, weliswaar betreffende een enigszins ander geval, GwH 30 juni 2014, nr. 96/2014, B. 127 tot B.129.5.

Zo het daarentegen de bedoeling is dat er continuïteit dient te zijn tussen de effectieve en de plaatsvervangende uitoefening van het ambt, verdient het aanbeveling om in artikel 383 van het Gerechtelijk Wetboek te verduidelijken dat het verzoek om te worden aangewezen als plaatsvervangend magistraat slechts kan worden ingewilligd wanneer het gebeurt samen met de vraag tot (vervroegde) opruststelling en samen met die opruststelling dient in te gaan.

Artikel 78

(ontworpen artikel 383*bis* van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Aangezien het in artikel 383*bis*, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek gaat om een machtiging om het ambt te blijven uitoefenen tot is voorzien in de open gevallen plaats, lijkt in de eerste te vervangen zin in dat artikel te moeten worden geschreven "voor een periode van *maximaal* zes maanden" in plaats van "voor een periode van zes maanden".

2. In de toe te voegen tweede zin van artikel 383*bis*, § 1, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 78, 1°, van het voorontwerp, tweede wijziging) dient te worden verduidelijkt wat wordt bedoeld met de woorden "volgens dezelfde nadere regels".

Artikel 79

(ontworpen artikel 383*ter* van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Luidens het ontworpen artikel 383*ter*, § 1, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek zijn de korpschefs niet gemachtigd om hun *mandaat* te blijven uitoefenen op grond van de tot stand te komen regeling inzake ambtsverlenging. Gelet op het gegeven dat ze worden *benoemd* in een ambt, terwijl ze van daaruit worden *aangewezen* in een mandaat en gelet op het gegeven dat een specifieke regeling wordt ingevoerd inzake adviesverlening voor de korpschefs bij de hoven, de parketten-generaal en het federaal parket (zie het ontworpen artikel 383*ter*, § 2, zevende lid, van het Gerechtelijk Wetboek), kan worden aangenomen dat de vroegere korpschefs wel het ambt waarin ze zijn benoemd, kunnen blijven uitoefenen. Vraag is dan wel wie advies over de verlenging verleent voor de voorzitters en de ondervoorzitters van de vrederechters en rechters in de politierechtbank en voor de korpschefs van de rechtbanken, de parketten en de arbeidsauditoraten nu ze zelf uiteraard geen korpschef hebben. De gemachtigde is het ermee eens dat het ontworpen artikel 383*ter* van het Gerechtelijk Wetboek ten aanzien van die magistraten aanvulling behoeft.

2. Volgens de gemachtigde kunnen houders van een adjunct-mandaat als bedoeld in artikel 58*bis*, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, wanneer zij om toepassing vragen van het toekomstige artikel 383*ter* van het Gerechtelijk Wetboek, hun mandaat verder blijven uitoefenen. Omwille van de duidelijkheid wordt zulks het best uitdrukkelijk in het genoemde artikel 383*ter* bepaald.

3. In het voorlaatste lid van het ontworpen artikel 383*ter*, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek moet worden geschreven "verleent de minister van Justitie[120] advies" in plaats van "oordeelt de minister van Justitie". Luidens het laatste lid van die bepaling is het immers de Koning die de eindbeslissing neemt.

Artikel 80

(ontworpen artikel 397*bis* van het Gerechtelijk Wetboek)

Het ontworpen artikel 397*bis* van het Gerechtelijk Wetboek strekt ertoe het voor de referendarissen bij het Hof van Cassatie, de referendarissen bij de hoven en rechtbanken en de parketjuristen mogelijk te maken hun ambt te blijven uitoefenen na de pensioenleeftijd van vijfenzestig jaar. De periode van verlenging bedraagt maximaal één jaar, maar is verlengbaar.

Aan de gemachtigde werd gevraagd waarom er naar analogie van de regeling voor de magistraten (zie ontworpen artikel 383*ter*, § 1, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek – artikel 79 van het voorontwerp) geen maximumleeftijd opgelegd wordt tot wanneer de ambtsverlenging kan plaatsvinden. Hij verwees ter zake naar de regeling voor de griffiers, de parketsecretarissen, het gerechtspersoneel en de attachés, waar dergelijke beperking ook niet bestaat.

Het is evenwel niet omdat de ene regeling een eventuele lacune bevat, dat een lacune in een andere regeling wordt verantwoord. In ieder geval dient te worden verantwoord waarom wel een maximumleeftijd opgelegd wordt voor magistraten en niet voor de referendarissen, de parketjuristen en het door de gemachtigde genoemde personeel. Zo die verantwoording niet kan worden gevonden, dient ook voor de laatstgenoemde categorieën van personen in een maximumleeftijd te worden voorzien.

Artikel 88

Artikel 88 van het voorontwerp strekt ertoe aan de magistraten die vijf jaar voorafgaand aan de inwerkingtreding van de aan te nemen wet met toepassing van de wet van 15 mei 1984 'houdende maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen' op eigen verzoek op rust zijn gesteld, de mogelijkheid te bieden om de Koning te verzoeken aangewezen te worden tot plaatsvervangend magistraat.

[120] Strikt genomen zou moeten worden geschreven "de minister bevoegd voor Justitie" in plaats van "minister van Justitie", maar deze laatste term komt reeds op tal van andere plaatsen in het Gerechtelijk Wetboek voor.

Door hun vervroegde opruststelling hebben de genoemde personen hun hoedanigheid van magistraat verloren.[121] De aanwijzing als plaatsvervangend magistraat dient derhalve als een nieuwe benoeming tot magistraat te worden beschouwd, waarvoor krachtens artikel 151, §§ 3 en 4, van de Grondwet een voordracht door de Hoge Raad voor de Justitie noodzakelijk is. Het in artikel 88, § 1, tweede lid, van het voorontwerp bedoelde advies van de bevoegde benoemingscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie dient derhalve te worden vervangen door een voordracht van die commissie.

WETGEVINGSTECHNISCHE EN FORMELE OPMERKINGEN

Het voorontwerp levert problemen op wat betreft de naleving van de wetgevingstechnische regels en andere formele kwesties.

Zo moet bijvoorbeeld op het volgende worden gewezen:

1. Onder titel 2, moet hoofdstuk 1 worden opgedeeld in drie afdelingen met respectievelijk de volgende opschriften:

[Afdeling 1. Wijzigingsbepalingen] (die de artikelen 2 tot 57 betreft)

[Afdeling 2. Overgangsbepaling] (die artikel 58 betreft)

[Afdeling 3. Inwerkingtreding] (die artikel 59 betreft).

2. In artikel 2 van het voorontwerp schrijve men: "In artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek…".

3. In artikel 4 van het voorontwerp dient in de inleidende zin te worden vermeld dat artikel 38, § 2, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek vervanen is bij de wet van 24 mei 1985.

4. In de inleidende zin van artikel 9 van het voorontwerp wordt ervan gewag gemaakt dat artikel 78 van het Gerechtelijk Wetboek "laatstelijk werd gewijzigd bij de wet van 30 juli 2013". Buiten de vaststelling dat dit niet correct is,[122] dient erop te worden gewezen dat in een inleidende zin van een wijzigingsbepaling in beginsel alle nog geldende wijzigingen dienen te worden vermeld. Daarvan kan slechts worden afgeweken wanneer de vroegere wijzigingen dermate talrijk zijn dat de vermelding ervan het betrokken artikel nodeloos zwaar zou maken en nog weinig meerwaarde zou bieden, wat in dit geval evenwel niet zo is. De inleidende zin van artikel 9 van het voorontwerp dient derhalve gelet op wat voorafgaat te worden aangepast.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 10, 11, 15, 18, 31, 34, 36 tot 38, 68, 70, 71, 77, 78 en 80 van het voorontwerp.

---

[121] RvS 29 november 2010, nrs. 209.286 en 209.287, Mertens en Winnen.

[122] Artikel 78 van het Gerechtelijk Wetboek werd ook nog gewijzigd bij de reeds in werking getreden wet van 10 april 2014.

5. De in artikel 9, 1°, van het voorontwerp bedoelde opheffing lijkt betrekking te hebben op het derde, en niet op het tweede lid van artikel 78 van het Gerechtelijk Wetboek.[123] De genoemde bepaling dient dan gelet hierop te worden aangepast.

Tevens dient erop te worden gewezen dat artikel 78 van het Gerechtelijk Wetboek is gewijzigd bij artikel 93 van de wet van 5 mei 2014 'betreffende de internering van personen', dat evenwel nog niet in werking is getreden.[124] Er zal rekening mee dienen te worden gehouden dat in dat laatste artikel nog wordt verwezen naar de thans geldende indeling van artikel 78 van het Gerechtelijk Wetboek, terwijl bij het integreren van de bij de wet van 5 mei 2014 aangebrachte wijzigingen rekening zal dienen te worden gehouden met de nieuwe versie ervan;[125] het best schept de wetgever zelf duidelijkheid omtrent deze kwestie.

6. Onverminderd opmerking 2, kan in artikel 9, 2° en 3°, van het voorontwerp telkens het woord "vroegere" worden weggelaten.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 10, 2°, van het voorontwerp.

7. Artikel 12 van het voorontwerp strekt ertoe in artikel 92*bis* van het Gerechtelijk Wetboek de verwijzing naar artikel 78, zesde lid, van het Gerechtelijk Wetboek te vervangen door een verwijzing naar artikel 78, vierde lid, van dat wetboek, dit ten gevolge van de wijzigingen beoogd met artikel 9 van het voorontwerp. Die wijziging lijkt correct te zijn in de huidige stand van het recht maar de Raad van State wijst erop dat het nog niet in werking getreden artikel 93, 2°, van de wet van 5 mei 2014 ertoe strekt een nieuw lid in te voegen in artikel 87 van het Gerechtelijk Wetboek. Die invoeging zal dan weer nopen tot een aanpassing van de verwijzing naar artikel 78, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, die een verwijzing naar artikel 78, vijfde lid, moet worden.

Daartoe dient een bepaling in het voorontwerp te worden opgenomen.

8. In artikel 14 van het voorontwerp dient de wetshistoriek van artikel 104, zevende lid, van het Gerechtelijk Wetboek te worden vermeld.

---

[123] In de bij het voorontwerp gevoegde "basistekst" wordt het huidige derde lid van artikel 78 van het Gerechtelijk Wetboek verkeerdelijk als het tweede lid opgenomen.

[124] Luidens (het wetgevingstechnisch niet correct geformuleerde) artikel 136 van de wet van 5 mei 2014 treedt artikel 93 ervan, waarin bovendien foutieve verwijzingen voorkomen, in werking "uiterlijk op 1 januari 2016". Artikel 93 van de wet van 5 mei 2014 lijkt nog niet in werking te zijn gesteld.

[125] Dit probleem is symptomatisch voor de moeilijkheden die ontstaan door de uitgestelde inwerkingtreding van sommige wijzigingsbepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, waarop dan nieuwe wijzigingsbepalingen volgen met al dan niet opnieuw een uitgestelde inwerkingtreding. Aldus dreigt een wetgevingstechnisch kluwen te ontstaan, met de daaraan gekoppelde rechtsonzekerheid als gevolg. Door de stringente termijnen die de afdeling Wetgeving nagenoeg systematisch worden opgelegd en het in verhouding tot de zaaklast beperkte aantal magistraten waaruit de afdeling Wetgeving bestaat (zie artikel 79, eerste lid, van de wetten op de Raad van State), is het niet steeds mogelijk een grondig onderzoek aan deze problematiek te wijden.

9. Wanneer een paragraaf wordt opgeheven, is het niet raadzaam andere paragrafen te vernummeren zoals in artikel 15, 3°, van het voorontwerp gebeurt.[126]

10. In de inleidende zin van artikel 16 van het voorontwerp dient de gehele wetshistoriek van artikel 138*bis* van het Gerechtelijk Wetboek te worden weergegeven, terwijl de wetshistoriek in artikel 16, 2°, van het voorontwerp niet moet worden weergegeven met betrekking tot artikel 138*bis*, § 1/1, van het Gerechtelijk Wetboek.

11. In de inleidende zin van artikel 19 van het voorontwerp dienen de woorden "artikel 2 van" te worden geschrapt.

12. In de Nederlandse tekst van artikel 20 van het voorontwerp schrijve men "opschrift" in plaats van "titel".

13. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 520/5, § 2, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek is de benaming van de erin bedoelde instantie niet geheel conform de benaming die voorkomt in de Nederlandse tekst van artikel 1389*bis*/8 van dat wetboek, dat zelf evenwel discordant is met de Franse tekst ervan. Van de gelegenheid zou kunnen worden gebruik gemaakt om die laatste discordantie op te heffen (artikel 25 van het voorontwerp).

14. In de inleidende zinnen van de artikelen 21 tot 28 van het voorontwerp dient telkens het woord "nieuw" vóór het woord "artikel" te worden geschrapt.

15. In artikel 31 van het voorontwerp verdient het aanbeveling om het ontworpen artikel 744 van het Gerechtelijk Wetboek in zijn geheel te herschrijven.

16. In de inleidende zin van artikel 38 van het voorontwerp dient in de Franse tekst te worden vermeld dat het ontworpen artikel 770 van het Gerechtelijk Wetboek laatstelijk is gewijzigd bij de voornoemde wet van 25 april 2014. In de Nederlandse tekst schrijve men "laatstelijk" in plaats van "laatst".

17. In artikel 42 van het voorontwerp schrijve men "vervangen bij de wet van 3 augustus 1992" in plaats van "gewijzigd bij de wet van 3 augustus 1992".

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 43 van het voorontwerp.

18. In de inleidende zin van artikel 48 van het voorontwerp moet worden vermeld dat het ontworpen artikel 1034*ter* van het Gerechtelijk Wetboek is ingevoegd bij de wet van 3 augustus 1992.

19. In de Nederlandse tekst van artikel 58, eerste en tweede lid, van het voorontwerp schrijve men telkens "die van toepassing waren" in plaats van "die geldig waren"

[126] Evenwel niet op een consequente wijze, nu wel paragraaf 3 van artikel 109*bis* van het Gerechtelijk Wetboek wordt vernummerd, maar niet paragraaf 4 van dat artikel.

20. In artikel 59 van het voorontwerp dient het derde lid, zoals het is gesteld, ondergebracht te worden in artikel 58 met betrekking tot de overgangsbepalingen en te worden vervangen door een bepaling waarin de datum van inwerkingtreding van de bepalingen in kwestie wordt opgenomen.

21. In artikel 60 van het voorontwerp dient te worden vermeld dat artikel 8 van de wet van 8 april 1965 'betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade' is vervangen bij de wet van 30 juli 2013.

22. In de inleidende zin van artikel 62 van het voorontwerp schrijve men "vervangen bij de wet van 14 januari 2013".

23. In de inleidende zin van artikel 63 van het voorontwerp dient te worden vermeld dat artikel 4/1 is ingevoegd bij de wet van 14 januari 2013.

24. In de Franse tekst van artikel 66 van het voorontwerp dienen de woorden "les seize mois" en niet "seize mois" te worden vervangen.

25. In de Franse tekst van artikel 67 van het voorontwerp schrijve men "est chargée" in plaats van "est chargé".

26. Vóór het opschrift "diverse bepalingen", dat omwille van de uniformiteit met de opschriften van titels 1 en 2 in kleine letters zou moeten worden geplaatst, dient de vermelding "Titel 3" te worden aangebracht.

27. In artikel 71 van het voorontwerp dient te worden gespecificeerd dat de erin ontworpen wijziging het eerste lid van artikel 156*bis* van het Gerechtelijk Wetboek betreft.

28. Artikel 78, 1°, van het voorontwerp behelst twee onderscheiden wijzigingen die dan ook met onderscheiden (sub)onderdelen van die bepaling dienen te worden ingevoerd. Overigens dient de volgorde van de wijzigingen te worden omgekeerd.

29. Alleen de nog geldende wijzigingen dienen in de wetshistoriek te worden vermeld, zodat een vervangende wet waarop een andere vervangende wet is gevolgd, niet meer dient te worden vermeld. Artikel 82 van het voorontwerp dient gelet hierop te worden aangepast.

30. In artikel 86 van het voorontwerp vervange men het woord "gewijzigd" door het woord "vervangen".

31. In de inleidende zin van artikel 87 van het voorontwerp dient gewag te worden gemaakt van de wijzigende wet van 6 juli 1976.

32. In de Nederlandse tekst van artikel 88, § 1, van het voorontwerp dient het woord "voornoemde" vervangen te worden door het woord "deze".

33. In de Nederlandse tekst van artikel 89, eerste lid, van het voorontwerp dient het woord "van" te worden toegevoegd tussen het woord "worden" en het woord "rechtswege".

34. In artikel 91 van het voorontwerp moeten de woorden "heeft uitwerking op de datum van publicatie" worden vervangen door de woorden "treedt in werking de dag van bekendmaking".

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

B. VIGNERON Pierre VANDERNOOT

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Jan SMETS