



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 61.997/4
du 4 octobre 2017

advies 61.997/4
van 4 oktober 2017

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
dispositions diverses en
matière de droit civil'

een voorontwerp van wet
'houdende diverse bepalingen
inzake burgerlijk recht'

Le 26 juillet 2017, 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 'portant dispositions diverses en matière de droit civil'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 25 septembre 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Les rapports ont été présentés par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section et Pauline LAGASSE, auditeur adjoint.

Nicole GALLUS, appelée en qualité d'experte sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 27 septembre 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur adjoint.

Jean-François ROMAIN, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 4 octobre 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 octobre 2017.

*

Op 26 juli 2017 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 diverse bepalingen inzake burgerlijk recht’.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 25 september 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd en Pauline LAGASSE, adjunct-auditeur.

Nicole GALLUS, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 27 september 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, adjunct-auditeur.

Jean-François ROMAIN, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 4 oktober 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, adjunct-auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 oktober 2017.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

INTITULÉ DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi se présente comme « portant des dispositions diverses en matière de droit civil ». Si nombre de dispositions de l'avant-projet de loi ont effectivement pour objet de modifier le Code civil ainsi que d'autres instruments législatifs en conséquence de ces modifications, tel n'est pas le cas des articles 180 à 218 de l'avant-projet de loi, repris sous son titre 9 et dont l'objet est exclusivement de modifier le Code judiciaire, en l'occurrence, « en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges ».

L'intitulé de l'avant-projet de loi sera complété afin de rendre également compte de cet aspect de son objet.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

TITRE 1^{er} – Disposition générale

Ce titre n'appelle aucune observation.

TITRE 2 – Modernisation de l'état civil

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. En vertu de l'article 14, alinéa 2, en projet,

« [s]auf exceptions prévues par la loi, les actes de l'état civil sont établis sous forme dématérialisée dans la banque de données d'actes de l'état civil (abrégée BAEC) ».

Cette banque de données est créée par les articles 72 et suivants, en projet,

« pour le compte du Service public fédéral Justice, auprès du Service public fédéral Intérieur qui est responsable de la gestion opérationnelle, sans préjudice de la compétence du ministre de la Justice en matière d'état civil » (article 75, § 1^{er}).

« Le Service public fédéral Justice est le responsable du traitement des données dans la BAEC au sens de l'article 1^{er}, § 4, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel » (article 75, § 2).

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

La Banque de données des actes de l'état civil est gérée par un Comité de gestion composé de 16 personnes dont la moitié sont des représentants des autorités communales (article 76).

2. L'article 164 de la Constitution dispose :

« La rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités communales ».

3. Il convient de s'assurer que l'avant-projet examiné respecte le prescrit constitutionnel, à savoir que l'officier de l'état civil doit relever organiquement de l'institution communale¹, tant pour la rédaction des actes de l'état civil (A) que pour la tenue des registres (B).

A. LA RÉDACTION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

4. Selon l'exposé des motifs, « la responsabilité en soi de l'officier de l'état civil reste inchangée. Il demeure responsable de la rédaction de ses actes ».

Effectivement, le système mis en place par l'avant-projet examiné prévoit bien qu'en principe, c'est l'officier de l'état civil qui alimente la BAEC en actes de l'état civil.

5. Ce principe souffre cependant d'importantes exceptions puisque la BAEC génère automatiquement certains projets d'actes, notamment la nullité du mariage (article 193^{ter} du Code civil, tel que remplacé par l'article 24 de l'avant-projet), la révision et la révocation de l'adoption (articles 351, alinéa 3, et 354/2 du Code civil, tels que respectivement remplacé et inséré par les articles 40 et 42 de l'avant-projet), le changement de nom (articles 370/7 et 370/8 du Code civil, tels qu'insérés par les articles 61 et 62 de l'avant-projet), l'inscription du divorce (articles 1275 et 1303 du Code judiciaire, tels que remplacés par les articles 70 et 72 de l'avant-projet), le changement de sexe (article 1385^{quaterdecies} du Code judiciaire, tel que remplacé par l'article 75 de l'avant-projet), la nullité du mariage (article 79^{quater} de la loi du 15 décembre 1980 'sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers' et l'article 391^{octies}, § 4, du Code pénal, tels que respectivement remplacé par les articles 77 et 95 de l'avant-projet).

Selon le commentaire de l'article 24 de l'avant-projet,

« En cas de nullité du mariage, la BAEC générera automatiquement un projet d'acte d'inscription lorsque la nullité du mariage sera prononcée dans une décision judiciaire en force de chose jugée. La BAEC notifiera ce projet à l'officier de l'état civil compétent.

L'officier de l'état civil peut, dans les trois jours, contrôler ce projet d'acte et le modifier si nécessaire, avant que l'acte ne devienne définitif [...].

¹ Voir l'avis n° 17.801/2 donné le 12 octobre 1987 sur une proposition de loi 'modifiant l'article 93 de la loi communale', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/17801.pdf>.

Le principe selon lequel l'officier de l'état civil est compétent pour la rédaction des actes de l'état civil et de la tenue des registres a donc été respecté. Il est donc également responsable des éléments repris dans la BAEC ».

Ce mécanisme méconnaît toutefois l'article 164 de la Constitution qui dispose que la rédaction des actes de l'état civil est « exclusivement dans les attributions des autorités communales ». L'officier de l'état civil doit donc assumer lui-même la responsabilité de l'inscription de l'acte. Sa compétence ne peut se limiter à un droit de contrôle et de modification des actes rédigés par une autre instance ; l'auteur de l'avant-projet doit prévoir expressément une intervention positive de l'officier de l'état civil par laquelle celui-ci endosse la responsabilité finale de l'acte de l'état civil et de son inscription dans les registres.

B. LA TENUE DES REGISTRES

L'avant-projet examiné retire l'essentiel de la compétence relative à la tenue des registres aux autorités communales pour la confier à la BAEC (article 73 en projet).

La réécriture des missions de l'officier de l'état civil confirme que celui-ci devrait désormais se concentrer sur la tâche de rédaction des actes de l'état civil.

L'article 125 de la Nouvelle loi communale dispose :

« Le collège des bourgmestre et échevins est chargé de la tenue des registres de l'état civil.

Le bourgmestre, ou un échevin désigné à cet effet par le collège, remplit les fonctions d'officier de l'état civil et est particulièrement chargé de faire observer exactement tout ce qui concerne les actes et la tenue des registres [...] ».

Cet article est remplacé par l'article 7 en projet :

« Le collège des bourgmestre et échevins est compétent pour la gestion de l'état civil.

Le bourgmestre, ou l'échevin désigné à cet effet par le collège, remplit la tâche d'officier de l'état civil. Il veille particulièrement au respect scrupuleux de toutes les dispositions relatives aux actes de l'état civil ».

Cet article ne mentionne plus la tenue des registres ².

² L'article 103, 1°, de l'avant-projet abroge l'article 132 de la Nouvelle loi communale, qui dispose :

« Le collège des bourgmestre et échevins veille à la garde des archives, des titres et des registres de l'état civil; il en dresse les inventaires en double expédition, ainsi que des chartes et autres documents anciens de la commune, et empêche qu'aucune pièce ne soit vendue ou distraite du dépôt ». Désormais, en vertu de l'article 78 en projet du Code civil, les archives des registres sont transférées aux Archives de l'État (voir l'exposé des motifs).

Que la responsabilité de la tenue des registres pourrait ne plus relever désormais des institutions communales apparaît encore confirmé par l'article 37, en projet du Code civil :

« Sous réserve de la responsabilité du gestionnaire opérationnel et du responsable du traitement des données personnelles visés à l'article 74, l'officier de l'état civil est civilement responsable du non-respect des prescriptions imposées dans le cadre de sa fonction, sauf s'il y a recours contre les personnes qui l'ont empêché de suivre ces prescriptions, pour autant que celui-ci soit fondé ».

Selon l'exposé des motifs,

« L'article 164 de la Constitution dispose expressément que la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres relèvent exclusivement de la compétence des autorités communales. La création de la banque de données des actes de l'état civil ne porte pas atteinte à ce principe constitutionnel étant donné que dans le nouvel environnement, les officiers de l'état civil des communes restent responsables de la rédaction et de la gestion des actes qui leur sont attribués dans la BAEC. La BAEC est en effet l'intégration des différents registres communaux dans une seule banque de données gérée en commun ».

L'exposé des motifs précise encore :

« Étant donné que la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres relèvent de la compétence de l'autorité communale, les communes disposent d'une voix importante au sein du comité de gestion, aux côtés des représentants du SPF Justice, du SPF Intérieur, du SPF affaires étrangères et des Archives de l'État. La gestion opérationnelle et technique de la BAEC sera assurée par le SPF Intérieur ».

Si l'article 164 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'auteur de l'avant-projet impose aux autorités communales une dématérialisation des actes de l'état civil et la tenue des registres sous la forme d'une banque de données, il requiert que ces actes soient rédigés et qu'une banque de données soit tenue « exclusivement » par chaque autorité communale.

L'avant-projet sera revu afin de respecter cette exclusivité, les données dématérialisées des actes et registres pouvant par la suite être agrégées dans une banque de données centrale.

C'est sous cette importante réserve que les observations sous les articles 37 et 72 à 85 du Code civil insérés par l'article 4 de l'avant-projet seront formulées.

Chapitre 1^{er}. Modifications du Code civil

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dans le cadre de l'instauration d'un registre des actes de l'état civil dématérialisés, l'avant-projet ne prévoit plus la signature de l'acte d'état civil par les personnes concernées par ce dernier. Seul l'officier de l'état civil compétent est tenu de signer celui-ci.

L'auteur de l'avant-projet justifie cette réforme par des difficultés d'ordre pratique et des raisons budgétaires ainsi que par le fait que l'officier de l'état civil sera désormais le garant de la légalité et du bon établissement des actes de l'état civil.

Un tel mécanisme aura cependant pour conséquence de placer les administrés dans l'impossibilité de démontrer leur absence de consentement à l'établissement d'un acte de l'état civil, par exemple une reconnaissance de filiation ou un acte de célébration de mariage.

En effet, les administrés ne devant pas signer les actes de l'état civil qui les concernent, il n'existera pas d'autre preuve de leur consentement que l'acte en lui-même. Dès lors qu'un tel acte constitue un acte authentique, celui-ci fait foi jusqu'à son inscription de faux par une juridiction de l'ordre judiciaire, ce qu'il appartiendra à l'administré concerné de démontrer. Or, la section de législation voit difficilement comment ce dernier serait en mesure de rapporter la preuve du fait négatif que constitue son absence de consentement.

Par conséquent, l'avant-projet doit être revu afin de prévoir, comme c'est le cas aujourd'hui (voir l'article 39 du Code civil), la signature par les comparants de l'acte de l'état civil.

2. Les articles 30, § 1^{er}, alinéa 4, 67 et 84, § 2, en projet, ainsi que l'intitulé de la sous-section 5 de la section 10 du chapitre 2 du titre 2 en projet se réfèrent à la notion de « rature ». Compte tenu de la volonté de l'auteur de l'avant-projet que l'ensemble des actes de l'état civil seront désormais établis sous une forme dématérialisée, le concept de « rature » ne paraît plus applicable à ceux-ci. Le dispositif sera adapté en conséquence.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 4

Titre 2. De l'état civil

Articles 14 et 22 à 26 en projet du Code civil

L'article 22 en projet prévoit que seuls les actes de l'état civil font preuve de l'état de la personne. Les articles 23 et 24 envisagent deux hypothèses de force probante des actes d'état civil, à savoir celle des actes établis en forme dématérialisée et celle des actes qui, ayant été établis avant que l'avant-projet ne soit adopté, le sont sur papier. Ce faisant, l'article 24 organise en quelque sorte un régime transitoire de la force probante des actes de l'état civil.

La section de législation s'interroge toutefois sur la question de savoir ce qu'il en sera des actes établis dans la forme d'un procès-verbal et ce dans des circonstances exceptionnelles, comme dans le cas d'une indisponibilité prolongée du système cité par le commentaire de l'article à titre illustratif de telles circonstances. Dans cette hypothèse et pendant une période plus ou moins longue, il n'y aura donc ni acte de l'état civil établi en forme dématérialisée ni acte de l'état civil établi sur papier mais un procès-verbal dressé par l'officier de l'état civil.

Dans un souci de sécurité juridique, la force probante de ce procès-verbal établi par l'officier de l'état civil sera clarifiée.

Articles 16 et 41 en projet du Code civil

L'article 16 en projet dispose

« L'officier de l'état civil ne mentionne rien d'autre dans les actes qu'il dresse que ce qui doit lui être déclaré par les parties et ce qui lui est imposé par la loi ».

L'article 41, § 3, en projet prévoit

« Les actes de l'état civil mentionnent en outre les données telles que prévues dans le présent Titre.

Les actes ne mentionnent aucune autre donnée que celles prévues dans le présent Titre ».

Les articles 16 et 41, § 3, alinéa 2, en projet semblent faire double emploi.

L'auteur de l'avant-projet est invité à régler complètement et exclusivement le contenu des actes de l'état civil sous l'article 16 en projet.

Article 17 en projet du Code civil

Il ressort du commentaire de l'article 17 en projet que l'auteur de l'avant-projet entend interpréter la notion de « parties » de manière large : le médecin ayant établi un certificat médical serait également visé. Ce faisant, l'auteur de l'avant-projet donne à la notion de « parties » une portée qui va au-delà de celle qui lui est classiquement reconnue en droit, ce qui est source d'insécurité juridique. Il serait préférable de mentionner « les personnes concernées par l'acte ou participant à son élaboration » à la place des « parties ».

Article 18 en projet du Code civil

Le paragraphe 2 en projet précise que

« [s]ans préjudice de l'article 1317 du présent Code, la signature est soit une signature manuscrite soit une signature électronique qualifiée ou un cachet électronique qualifié, visé respectivement à l'article 3.12. et 3.27. du règlement (UE) n° 910/2014 [...] ».

Dès lors que l'article 14 de l'avant-projet précise que les actes de l'état civil sont établis sous forme dématérialisée dans la BAEC « sauf exceptions prévues par la loi », la référence par l'article 18, § 2, de l'avant-projet à une signature éventuellement manuscrite se justifie.

L'article 18, § 2, en projet autorise également le recours à un cachet électronique qualifié³.

Interrogé sur la portée et les raisons de l'habilitation prévue en faveur du Roi par l'article 18, § 3, en projet du Code civil afin de prévoir une procédure simplifiée de signature des actes de l'état civil établis sur la base d'un projet généré automatiquement par la banque de données des actes de l'état civil, le délégué du Ministre précise que l'intention de l'auteur de l'avant-projet serait d'éviter, le cas échéant, les frais liés à une signature électronique qualifiée.

Comme cela ressort du considérant 49 du règlement 910/2014,

« il appartient au droit national de définir l'effet juridique produit par les signatures électroniques, à l'exception de l'exigence prévue dans le [...] règlement selon laquelle l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée devrait être équivalent à celui d'une signature manuscrite ».

L'auteur de l'avant-projet pourrait donc prévoir qu'une signature électronique non qualifiée serait équivalente à une signature manuscrite. Dans ce cadre, il lui incombe cependant de respecter le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

³ L'article XII.25, § 3, du Code de droit économique prévoit que :

« Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil et des dispositions légales et réglementaires concernant la représentation des personnes morales, un cachet électronique qualifié utilisé dans le cadre d'actes juridiques passés exclusivement par ou entre des personnes physiques et/ou morales domiciliées ou établies en Belgique est assimilé à la signature manuscrite de la personne physique qui représente la personne morale qui a créé ce cachet ».

Un cachet électronique qualifié ne permet cependant pas de répondre aux exigences de l'article 1317, alinéa 3, du Code civil – tel qu'il résulte de sa modification par la loi du 6 juillet 2017 – auquel l'article 18 *en projet* entend ne pas porter préjudice.

Cette disposition précise, en effet, que :

« Sans préjudice des conditions prévues à l'alinéa 2, pour les actes authentiques établis, reçus ou signifiés sous forme dématérialisée par un fonctionnaire public, seule une signature électronique qualifiée, visée à l'article 3.12. du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, satisfait aux conditions d'une signature ».

L'article 1317, alinéa 3, du Code civil n'autorise dès lors pas le recours à un cachet électronique qualifié mais impose une signature électronique qualifiée visée par l'article 3.12. du règlement 910/2014.

Or, il ressort des considérations générales de l'exposé des motifs que le recours de principe à une signature électronique qualifiée qui est retenu par l'article 18, § 2, en projet et par l'article 1317 du même code est justifié par le fait que

« [c]es services qualifiés offrent un très haut niveau de fiabilité tant technique que juridique, et sont les seuls à pouvoir répondre de manière raisonnable aux besoins de sécurité juridique attachés aux actes d'état civil ».

En l'espèce, la section de législation ne voit pas en quoi le fait qu'un acte de l'état civil soit établi sur la base d'un projet généré automatiquement par la BAEC serait de nature à diminuer les exigences de sécurité juridique liées à cet acte ou les risques de falsification des signatures requises lors de son élaboration.

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Article 22 en projet du Code civil

En prévoyant que « seuls les actes de l'état civil font office de seule preuve de l'état de la personne », l'article 22 en projet entre en contradiction avec d'autres dispositions du Code civil qui autorisent une personne à démontrer certains éléments relevant de l'état des personnes par d'autres moyens⁴. Le dispositif de l'article 22 en projet sera revu en conséquence afin de lever cette incohérence.

Article 24 en projet du Code civil

Tel que formulé, l'alinéa 1^{er} en projet ne permet pas de refléter clairement la volonté de l'auteur de l'avant-projet.

Son intention est en effet que la version enregistrée dans la BAEC d'un acte de l'état civil établi sur papier avant l'entrée en vigueur de l'avant-projet de loi fasse foi jusqu'à preuve du contraire. Or, dans sa formulation actuelle, il semble que c'est l'acte de l'état civil établi sur papier avant l'entrée en vigueur de l'avant-projet de loi lui-même qui, une fois qu'il a été enregistré dans la BAEC, ferait foi jusqu'à preuve du contraire.

⁴ Voir notamment les articles 25, 164/3 et 164/6 en projet.

Articles 28 et 29 en projet du Code civil

Les articles 28 et 29 en projet combinés avec l'article 73, alinéa 1^{er}, 3) et 4), en projet soulèvent la question suivante : les copies dématérialisées⁵ dont il est question à l'article 73, alinéa 1^{er}, 3) et 4), étant des « images » des originaux d'actes de l'état civil établis sur papier antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau dispositif du Code civil, lorsque la personne qui est concernée par l'acte dont question souhaitera en obtenir une copie, conformément au droit qu'aménage à cet effet l'article 28 en projet, obtiendra-t-elle une copie de la copie dématérialisée ou une copie de l'acte original établi sur papier dès lors que le registre d'état civil établi sur papier continuera à constituer la seule source authentique par application *a contrario* de l'article 73, alinéa 2, en projet⁶ ? Cet article 73, alinéa 2, en projet précise en effet

« La Banque de données des actes de l'état civil a valeur de source authentique pour tous les actes et modifications établis après l'entrée en vigueur de la loi et pour les données qu'ils contiennent ».

L'auteur de l'avant-projet est invité à examiner la possibilité pour une personne concernée par un acte de l'état civil établi sur papier avant le 1^{er} janvier 2019 de pouvoir disposer, dans les mêmes conditions et au même coût que ceux inhérents à une copie d'un acte dématérialisé établi ou inscrit à partir du 1^{er} janvier 2019, d'une copie de l'acte authentique établi sur papier.

Une observation identique vaut pour les extraits d'acte.

Article 28 en projet du Code civil

1. Il ressort du commentaire de l'article 28 que la volonté de l'auteur de l'avant-projet est de favoriser la délivrance d'extraits des actes de l'état civil et que des copies ne pourraient plus être délivrées que sur demande expresse en ce sens et uniquement dans la mesure où cela serait justifié par la finalité pour laquelle la copie est demandée.

Le dispositif de l'article 28 en projet ne traduit pas cette intention, à raison selon la section de législation. En effet, subordonner la délivrance d'une copie à la vérification par l'officier de l'état civil du caractère justifié de la demande au regard de la finalité pour laquelle la copie est demandée conduirait l'officier de l'état civil à s'immiscer dans la vie privée du citoyen.

⁵ Dans le chapitre 8 qui énonce des dispositions transitoires, l'article 97 de l'avant-projet prévoit qu'« [u]n acte de l'état civil sous format papier qui a été enregistré [sous forme dématérialisée] dans la BAEC doit être conservé par l'officier de l'état civil détenteur de l'acte ». Cette disposition rend l'article 73 en projet du Code civil plus abscons encore. Et l'article 98 de l'avant-projet ne rend pas en soi plus clair le processus sauf éclairé par le commentaire de l'article 96 de l'avant-projet qui envisage les notions « d'image actualisée de l'acte (nécessaire pour la délivrance des copies) » et celle de « métadonnées (nécessaires pour la délivrance des extraits) » dans le cadre d'une « migration intégrale ».

⁶ L'exposé des motifs indique d'ailleurs que « [l]es actes électroniques rédigés après la création de la BAEC ont une valeur probante pleine et entière (à savoir jusqu'à inscription en faux en écriture), contrairement aux anciens actes papier enregistrés par la suite dans la BAEC, qui ne sont valables que jusqu'à preuve du contraire ».

La section de législation n'aperçoit pas la justification d'une telle immixtion.

2. À l'article 28, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, il convient de supprimer les termes « en outre ».
3. Au paragraphe 3 de la version française, il faut écrire « ou le fonctionnaire délégué ».

Article 31 en projet du Code civil

Il ressort du commentaire de l'article 31 en projet que l'auteur de l'avant-projet entend considérer comme des « erreurs matérielles » une erreur relative à l'officier de l'état civil mentionné dans l'acte, une erreur relative à la date à laquelle l'acte a été dressé, ou l'absence de données requises par la loi.

Cependant, la définition qui est donnée de la notion d'« erreur matérielle » par l'article 31, § 2, en projet ne permet pas de qualifier de telles erreurs d'« erreurs matérielles ». Celles-ci ne résultent en effet pas de l'enregistrement inexact dans l'acte d'état civil d'une donnée figurant dans un acte authentique ou dans une attestation officielle en possession de l'officier de l'état civil au moment de l'établissement de l'acte.

Il convient dès lors d'adapter la définition de la notion d'« erreur matérielle » afin d'également englober de telles erreurs.

Article 37 en projet du Code civil

De l'accord du délégué du Ministre, dans l'article 37 en projet, il convient de viser l'article 75 du Code civil à la place de l'article 74 du même code.

Article 41 en projet du Code civil

1. Il convient de préciser expressément dans le dispositif que le numéro d'identification ne fait pas partie de l'acte à proprement parler et qu'il peut dès lors être rectifié sans devoir passer par le tribunal.
2. Le paragraphe 1^{er} en projet précise que les actes de l'état civil mentionnent toujours « le nom, le prénom et la signature de l'officier de l'état civil ou de l'agent habilité conformément à l'article 9, qui a établi l'acte ».

Cependant, pour l'ensemble des actes de l'état civil qui sont établis sur la base d'un projet généré automatiquement sous une forme numérique, il est prévu que, si ce projet n'est pas modifié par l'officier de l'état civil dans les trois jours, celui-ci devient définitif. Dans cette hypothèse, la signature de l'officier de l'état civil ne sera alors pas reprise dans l'acte, celui-ci ayant été approuvé implicitement.

Il est renvoyé à cet égard à l'observation générale 1 sous le chapitre 1^{er}.
« Modifications du Code civil ».

Article 42 en projet du Code civil

Dès lors que la notification de la naissance prévue par l'article 42 en projet devrait permettre d'établir la déclaration de naissance en l'absence de déclaration par les parents de l'enfant dans les quinze jours qui suivent celui de la naissance, il serait prudent de préciser dans la loi ou par le biais d'une délégation faite en ce sens au Roi les informations qui doivent être communiquées lors de la notification.

Article 43 en projet du Code civil

1. Au paragraphe 1^{er}, dans la version française, il convient de remplacer les termes « ou la mère » par les termes « et la mère » afin de donner une portée utile à ce dispositif.
2. Dans ce même paragraphe, il y a lieu en outre de veiller à la correspondance des textes français et néerlandais en ce qui concerne la mention des auteurs de la déclaration de naissance.
3. Une observation similaire vaut pour les articles 50, 2°, et 51, 3° (« statut », « qualité », « hoedanigheid »).

Article 44 en projet du Code civil

L'article 44 en projet entend reprendre notamment les données actuellement prévues par l'article 57 du Code civil. La formulation utilisée pour l'article 44, 3°, en projet diffère cependant de la formulation actuelle de l'article 57, 2°, du Code civil. L'utilisation des termes « si la filiation à leur égard est établie », sans que cette hypothèse soit limitée au père ou à la coparente, laisse à penser qu'il faudrait également que la filiation maternelle soit établie préalablement à l'établissement de l'acte de naissance. Or, conformément à l'article 312, § 1^{er}, du Code civil,

« L'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance ».

Par conséquent, et afin d'éviter toute contradiction avec l'article 312, § 1^{er}, du Code civil et dans un souci de sécurité juridique, les termes « et du père ou de la coparente, si la filiation à leur égard est établie » pourraient être remplacés par les termes « et du père, si la filiation paternelle est établie, ou de la coparente, si la filiation à l'égard de celle-ci est établie ».

À l'article 131 actuel du Code civil, la référence à l'article 79 doit comme elle l'est à l'article 121, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, être remplacée par une référence à l'article 56 du Code civil (article 5 de l'avant-projet) ⁷.

Articles 58 et 59, 1^o, en projet du Code civil

Il ressort du commentaire des articles 58 et 59, 1^o, en projet que le remplacement du terme « accouchement » actuellement employé par l'article 80*bis*, alinéa 2, 1^o, du Code civil est justifié par le souci d'uniformiser la terminologie utilisée dans les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 80*bis* qui sont repris par l'avant-projet dans les articles 58 et 59, 1^o, en projet. Cependant la divergence de vocabulaire que l'auteur de l'avant-projet entend supprimer n'est qu'apparente. Lorsque l'article 80*bis*, alinéa 1^{er}, du Code civil (article 58 en projet) se réfère « au moment de la constatation de sa naissance », cette disposition vise le constat de l'existence d'un enfant né vivant et non décédé entre-temps et, dès lors, de sa « naissance ». Dans l'hypothèse où l'enfant est décédé au moment où ce constat devait être posé, un tel constat n'est plus possible et c'est un acte de déclaration d'enfant sans vie qui sera établi.

En l'état actuel du droit, l'accouchement d'un enfant sans vie ou décédé préalablement au constat de sa naissance ne confère pas à celui-ci la personnalité juridique. Dès lors que le commentaire des articles 58 et 59 indique la volonté de l'auteur de l'avant-projet de ne pas modifier la situation actuelle, il est préférable de conserver les termes « l'heure et lieu de l'accouchement » dans l'article 59, 1^o, en projet afin de ne pas créer d'ambiguïté sur le fait qu'il n'est pas possible de constater la naissance d'un enfant sans vie, ce que confirme, par ailleurs, le délégué du Ministre.

Pour des motifs similaires, le terme « [né] » sera supprimé de l'intitulé de la sous-section 3.

Article 61 en projet du Code civil

À l'article 61, 2^o, en projet, dès lors qu'une personne peut disposer de plusieurs prénoms et que rien ne s'oppose aux changements de tout ou partie de ceux-ci (voir l'article 2, § 3, en projet de la loi du 15 mai 1987 'relative aux noms et prénoms' et l'article 370/3, § 3, en projet), il convient de remplacer les termes « le nouveau prénom » par les termes « le ou les nouveaux prénoms ».

⁷ Comparer, par exemple, avec l'article 133 en projet (article 7 de l'avant-projet) et l'article 145/1 en projet (article 11 de l'avant-projet).

Article 62 en projet du Code civil

L'article 62, 3°, en projet se réfère à l'article 11, § 2, du Code de la nationalité belge. Cependant, il résulte de l'article 124 de l'avant-projet de loi que cette disposition est abrogée et remplacée par l'article 11bis en projet du Code de la nationalité belge (voir l'article 125 de l'avant-projet de loi). Le dispositif de l'article 62, 3°, en projet sera dès lors revu en conséquence.

Article 63 en projet du Code civil

L'article 63 en projet compose la sous-section 1^{re} « Disposition générale » de la section 10 « Des actes d'inscription ».

Cette disposition vise cependant uniquement l'inscription de décisions judiciaires. Or, plusieurs des dispositions ultérieures de la section 10 concernent l'inscription d'actes administratifs (voir par exemple l'article 66 en projet qui concerne notamment l'inscription d'une adoption prononcée par une autorité étrangère ; l'article 69 en projet qui vise l'inscription d'un changement de nom résultant d'un arrêté royal ; l'article 70 en projet qui vise l'inscription d'un acte étranger ; etc.).

Tel que formulé, l'article 63 en projet n'a donc pas une portée générale applicable à l'ensemble des actes d'inscription visés par la section 10.

Le dispositif sera dès lors revu afin de remédier à cette incohérence.

Article 68 en projet du Code civil

Sous la sous-section 6 et à l'article 68 en projet, il est question de « jugement modificatif » ; il y a lieu de remplacer cette expression par celle de « jugement rectificatif » et d'adapter la version néerlandaise en conséquence.

Article 71 en projet du Code civil

À l'article 71, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, il convient de se référer « au chapitre 1^{er}, section 6 » à la place de « la section 6, sous-section 1^{ère} ».

Article 74 en projet du Code civil

S'agissant, comme le confirme son commentaire, de définir les missions de la BAEC, le début de l'article 74 en projet sera mieux rédigé comme suit :

« La BAEC a pour mission (la suite comme à l'avant-projet) ».

Article 79 en projet du Code civil

Il va de soi que l'habilitation conférée au Roi par l'article 79 ne pourra porter que sur des questions étrangères à celles qui touchent au droit à la vie privée de la personne concernée par un acte de l'état civil.

Une observation similaire vaut pour les articles 80, alinéa 2, et 82 en projet.

Article 80 en projet du Code civil

Pour quelle raison ne prévoir à l'article 80, 1^o, que l'avocat et non, plus généralement, le fondé de procuration spéciale et authentique ? Ce dernier ne peut-il intervenir que pour l'établissement de l'acte de l'état civil sauf l'acte de mariage (article 20, alinéa 1^{er}, en projet) ?

Article 6

Article 132 en projet du Code civil

À l'article 132, alinéa 2, en projet, il convient de remplacer les termes « l'absent » par les termes « le défunt ».

Article 14

Article 164/1 en projet du Code civil

1. À l'article 164/1, § 2, alinéa 2, en projet, il convient à chaque fois de se référer à « l'article 164/2, § 5 », au lieu de « l'article 164/2, § 4 ».

2. Dans un souci de cohérence chronologique, il convient d'inverser les paragraphes 3 et 4 de l'article 164/1 en projet. En effet, le paragraphe 3 vise l'hypothèse où le formulaire de déclaration a été signé par l'officier de l'état civil, alors que le paragraphe 4 envisage encore l'hypothèse où l'officier de l'état civil pourrait refuser de signer celui-ci.

Article 22

Article 165 en projet du Code civil

Comme cela ressort du commentaire des articles 21 à 23 de l'avant-projet, l'article 22 de l'avant-projet vise uniquement une adaptation technique de l'article 165 du Code civil.

À la suite de l'accusé de réception du formulaire, l'officier de l'état civil peut encore refuser la signature de celui-ci s'il a des doutes sur la validité ou l'authenticité des documents remis à l'appui de ce formulaire. Dès lors que c'est la signature de ce formulaire qui

correspond à l'établissement actuel de l'acte de déclaration de mariage et de l'accord du délégué du Ministre, les mots « de l'établissement de l'acte de déclaration de mariage, visé à l'article 63 » seront remplacés par les mots « de la signature du formulaire de déclaration visée à l'article 164/1 ».

Article 24

En remplaçant l'article 193^{ter} du Code civil, l'article 24 de l'avant-projet supprime l'alinéa 1^{er} actuel de cette disposition qui énonce :

« Tout exploit de signification d'un jugement ou arrêt portant annulation d'un mariage est immédiatement communiqué en copie par l'huissier de justice instrumentant au ministère public et au greffier de la juridiction qui a prononcé la décision ».

La section de législation s'interroge sur les raisons d'une telle suppression qui ne paraît justifiée par aucune circonstance particulière. Il en va d'autant plus ainsi qu'une communication similaire est implicitement maintenue en matière de filiation par l'article 36 de l'avant-projet qui ne modifie pas l'article 333, § 1^{er}, du Code civil.

Article 25

Article 186 en projet du Code civil

Dès lors que cet article modifie l'article 186 du Code civil, le dispositif de cet article devrait être inversé avec celui de l'article 24 de l'avant-projet afin de respecter l'ordre des dispositions du Code civil qui sont modifiées.

Article 26

Article 194 en projet du Code civil

L'article 194 en projet se réfère à l'article 20 du Code civil. Ce dernier paraît cependant sans lien avec le dispositif de l'article 194. Cette référence sera corrigée.

Article 45

Article 367-2 en projet du Code civil

Compte tenu de l'article 367-2, alinéa 1^{er}, en projet et de la modification apportée par l'article 44 de l'avant-projet à l'intitulé du paragraphe 4 de la section 3 du chapitre II du titre VIII du livre I^{er} du Code civil, il convient de remplacer le terme « enregistrée » par le terme « inscrite » dans l'article 367-2, alinéa 5, en projet.

Une observation similaire vaut pour l'article 368-1, § 1^{er}, deuxième tiret, en projet tel qu'il résulte de l'article 47 de l'avant-projet.

Article 58

Article 370/4 en projet du Code civil

À l'article 370/4, § 2, alinéa 3, en projet, il convient de remplacer la référence qui est faite à l'article 2, § 4, en projet (article 105 de l'avant-projet) de la loi du 15 mai 1987 par une référence à l'article 370/3, § 4, en projet.

Article 59

Article 370/5 en projet du Code civil

1. Dans le texte français de l'article 370/5, alinéa 1^{er}, en projet, il convient de viser « un acte de changement de prénom » à la place d'« un acte de changement de nom ».
2. Il convient également de prévoir que l'acte de changement de prénom est ensuite associé aux actes de l'état civil des descendants au premier degré du bénéficiaire.

Une observation analogue vaut concernant l'article 107 de l'avant-projet qui modifie l'article 4 de la loi du 15 mai 1987. Dans cette hypothèse, il convient de prévoir une mention en marge des actes de l'état civil des descendants au premier degré du bénéficiaire.

Article 60

Article 370/6 en projet du Code civil

À l'article 370/6, alinéa 2, en projet, la référence faite à l'article 7, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 15 mai 1987 (article 110 de l'avant-projet) n'est pas pertinente, cette disposition étant abrogée par l'avant-projet lors de l'entrée en vigueur de l'article 370/6 en projet. Le dispositif sera revu en conséquence.

Article 61

Article 370/7 en projet du Code civil

Dans un souci de précision, à l'article 370/7, alinéa 1^{er}, en projet, les termes « l'autorisation » seront remplacés par les termes « l'autorisation de changement de nom ».

Chapitre 2. Modifications du Code judiciaire

Article 65

Article 1231-19 en projet du Code judiciaire

À l'article 1231-19, alinéa 2, en projet, à la suite de la décision judiciaire prononçant l'adoption, il ne s'agit pas de modifier un acte d'inscription mais d'établir un acte d'inscription. Cet alinéa sera modifié en conséquence.

Article 69

Article 1254 en projet du Code judiciaire

L'article 69, 2°, de l'avant-projet de loi annonce qu'il remplace le paragraphe 2 de l'article 1254 du Code judiciaire. Cette disposition revient cependant à également remplacer les actuels paragraphes 3 et 4 de l'article 1254 de ce même code.

Le dispositif de l'article 69, 2°, de l'avant-projet de loi sera revu en conséquence.

Chapitre 3. Modifications du Code de droit international privé

Article 76

Article 31 en projet du Code de droit international privé

1. L'article 31, § 2, alinéa 3, en projet habilite le Ministre de la Justice à établir des directives visant à assurer l'application uniforme des conditions visées au paragraphe 1^{er} de cette disposition.

Dans l'hypothèse où ces directives n'auraient pas de portée normative, cet alinéa 3 serait dépourvu d'utilité, le Ministre ayant par nature la compétence d'établir des circulaires visant à encadrer la mise en œuvre des lois et règlements relevant de sa compétence.

Dans l'hypothèse où ces directives auraient une portée normative, la section de législation relève que, conformément aux articles 33 et 108 de la Constitution, c'est en règle au Roi que le législateur doit confier le pouvoir réglementaire, à charge pour Celui-ci, s'il le souhaite, de Lui-même habilitier le ministre de la Justice à les préciser.

2. À l'article 31, § 3, alinéa 4, en projet, dans un souci de sécurité juridique, il sera précisé, d'une part, que le délai de trois mois prend cours « à partir de la réception de la demande d'avis » et, d'autre part, que la prolongation intervient à l'initiative de l'autorité centrale.

Chapitre 4. Modifications de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers

Ce chapitre n'appelle aucune observation.

Chapitre 5. Modifications du Code consulaire

Article 78

Article 7 en projet du Code consulaire

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier le fait que l'agent consulaire n'est pas compétent pour la rectification des actes de l'état civil en raison d'une « faute matérielle », telle que prévue par l'article 32 en projet du Code civil, dans le respect du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Article 80

Article 10 en projet du Code consulaire

1. À l'article 10, § 1^{er}, en projet, il convient d'adopter une numérotation continue dès les premiers tirets. Du reste, en ce qui concerne le premier tiret de ce paragraphe, il convient de préciser dans la version française que les articles 12 et 14 à 21 sont ceux du Code civil.

2. Actuellement, l'article 10 du Code consulaire prévoit de manière générale que :

« Les compétences visées à l'article 7 sont exercées moyennant le respect des conditions suivantes :

1° conformité à la législation en vigueur en Belgique dans le domaine de l'état civil ».

L'article 80 de l'avant-projet vise à remplacer cette formule générale par une liste spécifique des dispositions du Code civil applicables selon chaque type d'acte dressé par le chef de poste consulaire.

Cette modification ne paraît pas souhaitable. Outre le fait qu'elle offre une moins grande souplesse d'adaptation du Code consulaire aux évolutions à venir du Code civil, elle implique par ailleurs que l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier les raisons pour lesquelles plusieurs des dispositions en projet du Code civil ne sont pas visées par l'article 10, § 1^{er}, en projet du Code consulaire. À titre d'exemple, la section de législation relève que rien ne paraît justifier le fait que l'article 48 ne soit pas rendu applicable au chef de poste consulaire lors de l'établissement des actes de naissance. Il en va de même des articles 58 et 59 en projet concernant les actes relatifs aux enfants sans vie ou de l'article 66 en projet concernant les actes d'adoption.

Le dispositif sera revu à la lumière de cette observation.

3. Par ailleurs, dans un souci de sécurité juridique, il paraîtrait préférable de compléter l'avant-projet par un dispositif modifiant l'article 14, alinéa 4, du Code consulaire de manière à y préciser qu'il s'applique « sans préjudice de l'article 57 du Code civil » (qui concerne le décès à bord d'un navire ou d'un aéronef).

Chapitre 6. Modifications du Code de la nationalité belge

Article 86

Article 15 en projet du Code la nationalité belge

1. À l'article 86, 1^o, de l'avant-projet, il convient de viser le « paragraphe 1^{er}, alinéa 3 » de l'article 15 du Code de la nationalité belge au lieu du « paragraphe 1^{er}, alinéa 5 ».
2. Dans un souci de cohérence terminologique, il serait préférable de remplacer les mots « une attestation à ce sujet » figurant à l'article 11bis, § 5, alinéa 3, en projet par les mots « une attestation signifiant l'absence d'avis négatif ».

Chapitre 7. Modifications du Code pénal

Article 94

Article 362 en projet du Code pénal

À l'article 362, alinéa 1^{er}, en projet, il convient de viser l'article 45 du Code pénal au lieu de l'article 37 du même code.

Chapitre 8. Dispositions transitoires

Article 96

Il n'est pas nécessaire de préciser la date de la loi qui fait l'objet de l'avant-projet dans le dispositif de l'article 96. Par conséquent, les termes « du ... » seront omis.

Articles 99 et 100

Il ressort du commentaire de l'article 99 que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est que les nouvelles dispositions relatives à l'acte de naissance (articles 42 à 49 du Code civil) soient applicables aux enfants dont la naissance est déclarée après l'entrée en vigueur de l'avant-projet. Le dispositif de l'article 99 de l'avant-projet ne reflète cependant pas cette intention dès lors qu'il vise les articles 42 à 49 anciens du Code civil. De l'accord du délégué du Ministre, il convient de viser les articles 42 à 49 du Code civil tels que modifiés par l'avant-projet.

De même, en ce que l'article 100 de l'avant-projet vise les articles 55 à 56 anciens du Code civil, cette disposition ne reflète pas non plus l'intention de l'auteur de l'avant-projet. De l'accord du délégué du Ministre, il convient de viser les articles 55 à 56 du Code civil tels que modifiés par l'avant-projet.

Chapitre 9. Dispositions abrogatoires

Article 103

Dès lors que les circulaires sont dépourvues de caractère normatif, il convient d'éviter de les abroger par la voie d'un acte normatif, de manière à ne pas donner l'impression que celles-ci revêtaient un tel caractère⁸.

En conséquence, les points 7° à 13°, 15° et 17° à 19° de l'article 103 seront omis.

Chapitre 10. Entrée en vigueur

Ce chapitre n'appelle aucune observation.

TITRE 3 – Dispositions diverses en matière de droit du nom

OBSERVATION GÉNÉRALE

La méthode qui consiste à disséminer dans l'avant-projet plusieurs modifications apportées à une même matière réglée par l'auteur de l'avant-projet dans différents textes, par ailleurs assorties de dates d'entrée en vigueur différentes, rend complexe la compréhension raisonnée des modifications projetées ainsi que le contrôle de l'utilisation correcte, dans des textes qui se succèdent dans le temps voire qui pourraient se superposer à défaut d'abrogation simultanée, de l'ancienne et de la nouvelle terminologie (il en va ainsi, par exemple, de la notion de « transcription » qui sera remplacée par celle d'« inscription » à partir du 1^{er} janvier 2019).

Le règlement de la matière du droit du nom illustre cette difficulté.

En effet, le titre 2, chapitre 2, section 8, de l'avant-projet apporte des modifications au Code civil en matière de changement de nom et de prénom (articles 61 et 62 en projet du Code civil à l'article 4 de l'avant-projet) et, dans ce même titre, au chapitre 3, section 3 (qui concerne l'accès à la BAEC) détermine la procédure de changement (articles 370/3 à 370/8 en projet du Code civil aux articles 57 à 62 de l'avant-projet). Ces dispositions entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2019 en application de l'article 104, le Roi étant habilité à fixer une date d'entrée en vigueur antérieure pour chacune des dispositions.

Le titre 3 de l'avant-projet modifie, en ses articles 105 à 121, la loi du 15 mai 1987. Ces modifications entreront en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'un délai de dix jours prenant cours le jour après leur publication au *Moniteur belge* (article 121 de l'avant-projet).

⁸ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 7.6.

Deux dispositifs règlent donc ainsi la même matière et, compte tenu de leurs entrées en vigueur distinctes, de manière différente, celui que prévoit le titre 3 se plaçant, à raison, dans la logique du dispositif actuel du Code civil, mais sans pour autant garantir que la loi du 15 mai 1987 qu'il modifie sera abrogée (article 103, 20°, de l'avant-projet de loi) en même temps qu'entreront en vigueur les nouvelles dispositions du Code civil si la date d'entrée en vigueur de celles-ci est fixée par arrêté royal à une date antérieure à celle du 1^{er} janvier 2019.

Cette manière de faire à laquelle il est recouru dans un texte aussi dense et ambitieux paraît source d'insécurité juridique. L'auteur de l'avant-projet est invité à expliciter, dans le commentaire des articles concernés, comment sont appelés à s'articuler dans le temps les titres 2 et 3 de l'avant-projet et de veiller de la sorte à une bonne information des destinataires de ces règles.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Chapitre 1^{er}. Modifications de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms

Article 107

Il est renvoyé à l'observation 2 formulée sous l'article 59.

Article 110

Dans un souci de clarté et conformément à l'intention de l'auteur de l'avant-projet telle qu'elle ressort du commentaire de l'article, il sera précisé que la copie conforme de l'autorisation de changer de nom est envoyée à l'officier de l'état civil compétent par le Roi.

Chapitre 2. Modifications du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe

Ce chapitre n'appelle aucune observation.

TITRE 4 – Modifications diverses en matière de droit de la nationalité

Chapitre 1^{er}. Modifications du Code de la nationalité belge

Article 127

Au 1°, il y a lieu de remplacer les mots « alinéa précédent » par les mots « alinéa 2 ».

Articles 128 à 130

Conformément aux règles de légistique, il convient d'éviter de modifier la numérotation des sections existantes. Par conséquent, il est préférable que la nouvelle section « Réacquisition de la nationalité belge lorsque celle-ci octroyée erronément a été retirée après que l'intéressé ait joui pendant au moins 10 ans de la qualité de Belge » soit numérotée « Section I/1 » et que l'actuelle section II du chapitre III conserve sa numérotation.

TITRE 5 – Modifications de l'article 368-6 du Code civil

Article 140

Article 368-6 en projet du Code civil

L'article 368-6 du Code civil dispose aujourd'hui :

« Les autorités compétentes veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'adopté, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données, nécessaires au suivi de sa situation de santé, sur le passé médical de l'adopté et de sa famille, en vue de la réalisation de l'adoption et aux fins de permettre ultérieurement à l'adopté, s'il le désire, de découvrir ses origines.

Elles assurent l'accès de l'adopté ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi belge.

La collecte, la conservation et l'accès à ces informations sont réglés par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ».

L'article 368-6 en projet prévoit en son nouvel alinéa 2 que les autorités compétentes assurent l'accès aux informations relatives aux origines de l'adopté ou de son ou ses représentants légaux ou, en cas de décès de l'adopté, de son ou ses descendants. À cet égard, il va de soi que les seules autorités compétentes pour lesquelles le législateur fédéral est admis à prendre ce dispositif sont celles qui relèvent de sa compétence, à savoir l'autorité centrale fédérale.

En tant que l'alinéa 2 en projet vise également les autorités centrales communautaires⁹, il excède les compétences de l'autorité fédérale. Il en va de même des alinéas 3 et 4 nouveaux en ce qu'ils règlent la question de l'introduction de la demande écrite auprès d'une autorité centrale qui ne relève pas du législateur fédéral.

Il s'ensuit que les alinéas 2, 3 et 4 en projet de l'article 368/6 ne peuvent être adoptés par le législateur fédéral seul : ils feront l'objet d'un accord de coopération qui se placera

⁹ En effet dans son avis n° 60.713/VR donné le 27 février 2017 sur un projet devenu l'arrêté royal du 23 avril 2017 'relatif à la collecte, la conservation et l'accès aux informations relatives aux origines de l'adopté', la section de législation a observé « En l'occurrence toutefois, le Conseil d'État estime nécessaire d'indiquer que, lorsque l'article 368-6, alinéa 1^{er}, du Code civil mentionne 'les autorités compétentes' qui doivent veiller à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'adopté, il vise non seulement l'autorité centrale fédérale, telle que définie à l'article 360-1, 2°, du Code civil, mais également les autorités centrales communautaires, qui sont définies au 3° du même article. Si l'intention du législateur avait été de ne viser à l'article 368-6 du Code civil que l'autorité fédérale et non les autorités centrales communautaires, il aurait écrit 'L'autorité centrale fédérale' et non 'Les autorités compétentes' puisque l'article 360-1, 2°, ne prévoit pas une pluralité d'autorités centrales fédérales ».

idéalement dans le prolongement de l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune 'relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption', auquel les législateurs respectivement compétents ont donné assentiment, et qui règle notamment la collecte et certains aspects de la conservation d'informations, parmi lesquelles peuvent figurer des informations relatives aux origines de l'adopté.

TITRE 6 – Modifications diverses concernant la législation relative à la copropriété

Chapitre 1^{er}. Copropriété ordinaire et copropriété forcée en général

Article 141

1. Interrogé sur la portée des termes « dans le même domaine d'application », utilisés dans la première phrase de l'article 577-2, § 10, alinéa 2, en projet, le délégué du Ministre précise que ceux-ci renvoient « au cas prévu au § 9 » visé par l'alinéa 1^{er} de cette même disposition (mais ne renvoient pas aux conditions d'application posées par ailleurs par l'alinéa 1^{er}).

Dans un souci de sécurité juridique, il est proposé de remplacer les termes « Dans le même domaine d'application » par les termes « Dans le cas prévu au § 9 ».

2. À plusieurs reprises, l'article 577-2, § 10, en projet utilise une terminologie qui n'est pas uniforme. La section de législation relève ainsi :

– Au paragraphe § 10, alinéa 2, il est question « d'optimiser l'équipement » tandis qu'au paragraphe § 10, alinéa 3, sont mentionnés des travaux qui « visent l'amélioration visée de l'équipement pour l'énergie, l'eau ou les télécommunications ».

– Au paragraphe § 10, alinéa 2, le dispositif envisage tout d'abord des travaux réalisés sur des « équipements associés dans ou sur les parties communes » (« bijbehorende faciliteiten in of op de gemene delen ») et ensuite l'installation d'une « infrastructure » (« infrastructuur ») tandis que le paragraphe § 10, alinéa 3, mentionne des travaux à l'égard de « l'équipement pour l'énergie, l'eau ou les télécommunications » (« uitrusting voor energie, water of telecommunicatie »).

Dans un souci de sécurité juridique, il convient d'uniformiser la terminologie employée dans les différents alinéas de l'article 577-2, § 10, en projet et de recourir aux mots qui traduisent correctement l'intention de l'auteur de l'avant-projet dans les deux versions linguistiques du texte.

3. Il convient également de définir dans le dispositif de l'avant-projet la notion d'« équipements associés » ou toute autre notion qui serait retenue – compte tenu de la première observation formulée ci-dessus – afin de définir le champ d'application matériel de l'article 577-2, § 10, alinéa 2, en projet.

4. Toujours à l'article 577-2, § 10, alinéa 2, en projet, il est contradictoire de prévoir, d'une part, que les travaux réalisés doivent avoir pour but « d'optimiser l'équipement pour les propriétaires ou les utilisateurs des parties communes » et, d'autre part, que « l'infrastructure » résultant de ces travaux peut être installée par le copropriétaire « pour son propre compte ». Dans sa première partie, l'alinéa 2 semble impliquer une optimisation qui bénéficierait à l'ensemble des copropriétaires, tandis que dans sa deuxième partie, l'alinéa 2 semble autoriser que l'optimisation ne concerne que le copropriétaire à l'origine des travaux.

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Par ailleurs, il convient de clarifier la question de savoir comment sera appréciée l'optimisation de l'équipement.

5. À l'alinéa 3, il convient également d'imposer au copropriétaire ou à l'opérateur d'envoyer, outre un descriptif des travaux envisagés, la justification du respect des conditions de fond imposées par l'alinéa 2 et plus singulièrement l'optimisation pour les propriétaires.

6. À l'article 577-2, § 10, alinéa 4, en projet, le verbe « doivent » sera remplacé par le verbe « peuvent » dès lors que l'opposition reste une faculté dont disposent les copropriétaires ou, le cas échéant, l'association des copropriétaires.

7. Il convient également de prévoir un droit d'opposition en faveur des copropriétaires ou, le cas échéant, de l'association des copropriétaires dans l'hypothèse plus générale où les conditions de fonds de l'article 577-2, § 10, alinéa 2, en projet ne seraient pas remplies (absence d'optimisation, non-respect des délais, etc.).

8. À l'article 577-2, § 10, alinéa 5, en projet, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier les raisons pour lesquelles l'obligation de concertation de bonne foi n'est pas étendue à l'ensemble des titulaires d'un droit réel (et pas uniquement aux copropriétaires), compte tenu du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. À défaut, le dispositif sera revu en conséquence.

9. La question se pose de savoir si par ailleurs, dans un souci de sécurité juridique, il ne conviendrait pas de préciser les modalités de la procédure de concertation de bonne foi qui est ainsi imposée par l'article 577-2, § 10, alinéa 5, en projet.

Chapitre 2. Copropriété forcée d'immeubles et de groupes d'immeubles et compétence du juge de paix en matière de copropriété

Article 142

Article 577-3 en projet du Code civil

1. Dans la version française de l'article 577-3, alinéa 1^{er}, en projet, il convient de mettre le terme « lot » au pluriel, comme cela est d'ailleurs prévu dans le texte néerlandais de l'avant-projet.

2. La disposition en projet utilise l'expression « immeuble ou groupe d'immeuble [...] qui sera bâti » alors que selon le commentaire de l'article, la volonté est « d'imposer que [l'immeuble ou le groupe d'immeubles soit] bâti ou susceptible de l'être ». L'auteur de l'avant-projet s'assurera que l'expression figurant au dispositif « immeuble ou groupe d'immeubles bâti ou qui sera bâti » traduit adéquatement la volonté de clarification poursuivie alors que le commentaire de l'article vise l'immeuble ou le groupe d'immeubles « bâti ou susceptible de l'être ».

Article 143

Article 577-4 en projet du Code civil

1. La fixation d'un droit d'usage proportionnel des parties communes en tant que règle de principe n'est pas cohérente avec la nature habituelle des parties communes d'une copropriété immobilière.

Comme le relève le commentaire de l'article 143 de l'avant-projet, le droit d'usage proportionnel des parties communes par les copropriétaires ne peut, à l'évidence, pas porter sur l'utilisation des parties communes nécessaires à l'usage des parties privatives, telles que l'escalier, le couloir ou l'ascenseur. Or, ce sont ces éléments qui constituent classiquement les parties communes d'une copropriété immobilière.

Par conséquent, il convient de revoir le dispositif afin que le principe d'un droit d'usage proportionnel des parties communes soit limité à celles d'entre elles qui ne sont pas nécessaires à l'usage du bien et qui, de par leur nature, se prêtent à un tel usage proportionnel (ex : un local à vélo ou une cave).

2. À l'article 577-4, § 1^{er}, alinéa 4, 2°, en projet, le délégué du Ministre précise que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est bien d'englober l'ensemble des clauses et sanctions prévues en cas de non-paiement, en ce compris les clauses pénales, mais pas uniquement.

Dans un souci de précision et de sécurité juridique, la disposition paraîtrait dès lors plus adéquatement rédigée comme suit :

« ainsi que, le cas échéant, les clauses pénales, les clauses prévoyant un intérêt de retard et toutes sanctions relatives au non-paiement de ces charges ».

La disposition transitoire prévue à cet égard par l'article 156, alinéa 5, de l'avant-projet – qui ne vise actuellement que les clauses pénales – sera en outre adaptée en conséquence.

3. À l'article 577-4, § 4, en projet, compte tenu des modifications apportées à cet égard par l'avant-projet, il convient également de viser le droit collaboratif (voir les articles 207 à 217 de l'avant-projet).

Article 144

Article 577-5 en projet du Code civil

1. La précision prévue par l'article 577-5, § 3, 3°, en projet selon laquelle le syndic peut prendre toute disposition judiciaire ou extrajudiciaire pour la récupération des charges serait plus adéquatement mentionnée dans l'article 577-8, § 4, du Code civil qui reprend les missions dont le syndic est, à tout le moins, chargé.

2. Conformément à l'article 608 du Code civil, c'est l'usufruitier qui doit supporter les dépenses périodiques liées à l'usage du bien. Par conséquent et compte tenu de la définition de la notion de « fonds de roulement » qui est donnée par l'article 577-5, § 3, 1°, en projet, il est contraire à la *ratio legis* de cette disposition d'imposer une solidarité entre l'usufruitier et le nu-propiétaire pour les charges liées au fonds de roulement. Seules les charges liées au fonds de réserve peuvent relever des obligations du nu-propiétaire.

Il ressort du commentaire de l'article 144 de l'avant-projet que l'auteur de l'avant-projet vise d'ailleurs uniquement la problématique des charges dont il est controversé de savoir si celles-ci relèvent ou non des grosses réparations.

Par conséquent, il convient de revoir l'article 577-5, § 3, 4°, en projet afin de limiter le principe de la solidarité entre l'usufruitier et le nu-propiétaire aux charges liées au fonds de réserve.

3. La section de législation s'interroge sur la modification apportée à l'article 577-5, § 4, en projet et sur la portée qu'il convient de donner aux termes « proportionnellement aux quotes-parts utilisées pour le vote conformément à l'article 577-6, § 6 ». Il semble que l'intention de l'auteur de l'avant-projet soit que les copropriétaires ne puissent être poursuivis sur leurs patrimoines respectifs qu'en raison des condamnations de l'association des copropriétaires en lien avec des décisions pour lesquelles ils disposaient d'un droit de vote. À supposer que tel soit bien le cas, cette intention ne ressort pas clairement du dispositif proposé par l'avant-projet. Celui-ci sera dès lors en toute hypothèse revu dans un souci de clarification.

Article 145

Article 577-6 en projet du Code civil

1. L'article 577-6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet est complété afin de préciser que chaque copropriétaire ne peut se faire assister que d'une personne, moyennant avertissement préalable du syndic, celle-ci ne pouvant « pas intervenir activement pendant l'assemblée générale ».
2. Le dispositif en projet ne peut pas porter atteinte à un éventuel mandat représentatif qui aurait été donné par un copropriétaire à son avocat lors de l'assemblée générale, moyennant le respect de l'article 577-6, § 7, du Code civil.
- 3.1. Par ailleurs, en ce qui concerne le fait de limiter la possibilité, pour un copropriétaire, de se faire assister lors d'une assemblée générale à une seule personne, la section de législation relève qu'il est courant qu'un avocat ou un conseiller technique travaille avec l'aide de collaborateurs dont la présence pourrait dès lors également être justifiée lors d'une assemblée générale. Par ailleurs, il ne peut pas être exclu que l'assistance de plusieurs personnes présentant des compétences différentes soit requise, par exemple un avocat et un conseiller technique.
- 3.2. Concernant l'interdiction pour la personne qui assiste le copropriétaire d'intervenir activement durant l'assemblée générale, le commentaire de la disposition précise que cette personne « peut évidemment répondre aux questions et conseiller celui qu'il accompagne, mais ne peut ni diriger ni monopoliser la discussion ». La question se pose de savoir si le recours à la notion « d'intervention active » reflète adéquatement cette intention, en ce qu'elle semble interdire à la personne qui assiste un copropriétaire de prendre la parole afin de s'adresser à l'ensemble des copropriétaires. À cet égard, il y a lieu de relever que la bonne information de l'assemblée générale des copropriétaires et une correcte assistance du copropriétaire concerné paraissent pouvoir justifier que la personne qui l'assiste soit autorisée à s'adresser à l'ensemble des copropriétaires.
4. À l'article 577-6, § 6, alinéa 2, en projet, le principe de proportionnalité et l'équilibre devant être maintenu entre les droits des différents copropriétaires requièrent que l'hypothèse dans laquelle seuls les copropriétaires supportant les charges d'une partie commune puissent prendre part au vote soit également subordonnée à la condition selon laquelle les décisions concernées ne peuvent pas porter atteinte à l'intérêt légitime de l'association des copropriétaires.
5. La disposition sera revue à la lumière de ces observations.

Article 146

Article 577-7 en projet du Code civil

1. Au paragraphe 1^{er}, 1^o, en projet, conformément aux règles de légistique, il est préférable de ne pas procéder à la renumérotation des subdivisions d'un article afin, notamment,

de permettre de retracer l'évolution de la disposition¹⁰. Il convient dès lors de renoncer à la renumérotation des points d) et e) de l'article 577-7, § 1^{er}, 1^o, du Code civil (article 146, 5^o, de l'avant-projet).

2. L'article 146, 9^o, de l'avant-projet supprime l'exigence de l'unanimité pour toute décision de reconstruction totale de l'immeuble.

L'article 577-7, § 1^{er}, 2^o, h), en projet prévoit désormais une majorité des 4/5^{es} mais vise uniquement l'hypothèse de la démolition ou de la reconstruction totale de l'immeuble qui est motivée par des raisons de salubrité, de sécurité ou du coût excessif d'une mise en conformité de celui-ci aux dispositions légales.

Il est vrai que l'article 577-7, § 1^{er}, 2^o, c), du Code civil vise sans autres précisions « la reconstruction de l'immeuble » de telle sorte que les hypothèses de reconstruction totale de l'immeuble non visées par l'article 577-7, § 1^{er}, 2^o, h), en projet paraissent couvertes par cette disposition.

Aucune disposition ne règle par contre la question de la majorité requise pour les décisions visant la démolition de l'immeuble pour des motifs autres que des raisons de sécurité, de salubrité ou de coût excessif des travaux. Il convient de compléter le dispositif à cet égard.

3. En ce qui concerne le mécanisme d'abandon mis en place par l'article 577-7, § 1^{er}, 2^o, h), en projet, il s'agit d'un mécanisme tout à fait original et exorbitant de droit commun qui peut certes se réclamer du précédent constitué par les articles 656 et 699 du Code civil en matière de servitude conventionnelle (et mitoyenneté, laquelle est d'ailleurs traitée par le Code civil comme une servitude) mais dont l'applicabilité à la copropriété doit être étudiée avec soin dans son principe. Il en va de même des conséquences éventuelles du mécanisme sur le plan fiscal (débit possible de droits d'enregistrement en rapport avec la mutation immobilière qui en résulterait et s'appliquant sur le montant de la « compensation » mentionné par le texte en projet) et sur le plan de la publicité foncière entre autres.

L'article 577-7, § 1^{er}, 2^o, h), en projet sera dès lors revu au regard de cette observation et l'auteur du texte veillera à fournir dans le commentaire de l'article les explications indispensables à la compréhension d'un tel mécanisme.

Article 150

Article 577-9 en projet du Code civil

1. À l'article 577-9, § 1^{er}/1, en projet, le terme « octroyées » sera plus adéquatement remplacé par le terme « attribuées » dans le texte français.

¹⁰ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 125.

2. De même, à l'article 577-9, § 8, alinéa 2, en projet, le terme « infondée » sera plus adéquatement remplacé par le terme « non fondée » dans le texte français.

3. Dès lors que l'auteur de l'avant-projet admet qu'un copropriétaire engagé dans une procédure judiciaire à l'encontre de l'association des copropriétaires ne peut se voir imposer de participer aux honoraires et dépens supportés par celle-ci lorsqu'il obtient gain de cause, l'obligation prévue par l'article 577-9, § 8, alinéa 4, en projet n'est pas adéquatement justifiée.

Le seul fait que le copropriétaire engagé dans une procédure judiciaire à l'encontre de l'association des copropriétaires succombe partiellement ne peut en effet justifier qu'il doive participer à l'ensemble des honoraires et des frais mis à charge de l'association des copropriétaires. Ce copropriétaire aura en effet également obtenu partiellement gain de cause et ne peut, sous cet angle, être amené à supporter les honoraires et les dépens supportés par l'association des copropriétaires en raison de cette victoire.

Par conséquent, le dispositif sera revu à la lumière de cette observation.

Article 151

Article 577-10 en projet du Code civil

1. À l'article 577-10, § 4, alinéa 2, 1°, en projet, il convient de préciser que les frais de la communication du règlement d'ordre intérieur sont supportés par le copropriétaire constituant le droit réel ou le droit personnel.

2. Le délai d'action prévu par l'article 577-10, § 4, alinéa 4, en projet prévoit une déchéance du droit d'action du titulaire de droit réel ou de droit personnel dans un délai de quatre mois à dater de l'assemblée générale, alors que ce dernier ne pourra, logiquement, envisager une action qu'à compter du moment où il aura connaissance de la décision de l'assemblée générale litigieuse, ce qui dépend de la notification qui lui en sera faite. Or cette notification dépend de la personne qui en est chargée¹¹, de telle sorte que la durée concrète du délai d'action du titulaire de droit réel ou de droit personnel variera en conséquence, ce qui porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Article 153

Article 577-11/1 en projet du Code civil

L'article 577-11/1 en projet impose au notaire instrumentant de retenir sur les sommes dues les arriérés des charges ordinaires et extraordinaires « en ce compris les frais de

¹¹ Voir l'article 577-10, § 4, alinéa 2, 2°, en projet.

récupération judiciaire et extrajudiciaire des charges, dus par le copropriétaire sortant » lors de la passation de l'acte authentique.

Il convient de préciser que ces frais doivent être « certains, liquides et exigibles, sans préjudice de l'article 577-9, § 8, alinéa 1^{er} », en projet.

Article 156

L'article 156, alinéa 6, de l'avant-projet est contradictoire avec l'objectif poursuivi par l'auteur de l'avant-projet à l'article 577-10, § 2, alinéa 2, en projet, à savoir l'obligation de mise à jour du règlement d'ordre intérieur par le syndic en cas de modification législative. L'objectif poursuivi est en effet, dans un souci de sécurité juridique, que le règlement d'ordre intérieur soit régulièrement mis à jour afin de refléter clairement les droits et obligations des copropriétaires.

Il convient dès lors d'imposer au syndic d'adapter le règlement d'ordre intérieur aux modifications imposées par le dispositif en projet, afin que les copropriétaires disposent d'un document coordonné conforme au droit applicable.

TITRE 7 – Dispositions mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) 655/2014 du 15 mai 2014 du Parlement européen et du Conseil portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale

Chapitre 1^{er} – Dispositions générales

Ce chapitre n'appelle aucune observation.

Chapitre 2 – Modifications du Code judiciaire

Articles 164 et 167

Articles 1391/3 et 1391/6 en projet du Code judiciaire

1. L'article 1391/3, alinéa 1^{er}, en projet prévoit que :

« Le Roi détermine, après avoir recueilli l'avis du gestionnaire du registre et de la Commission de la protection de la vie privée, les personnes physiques ou catégories de personnes qui peuvent, pour l'application du présent chapitre, enregistrer les données visées à l'article 1391/1 dans le Registre central EAPO et accéder à ces données, ainsi que les personnes ou catégories de personnes qui peuvent consulter ces données pour l'application du présent chapitre ».

L'article 1391/6 en projet prévoit quant à lui que :

« Le Roi détermine, après avoir recueilli l'avis du gestionnaire et de la Commission de la protection de la vie privée, les données du registre, les modalités de mise en place et de fonctionnement du registre ».

2.1. Dès lors qu'elles interviennent dans une matière relevant de la protection du droit à la vie privée qui est garanti par l'article 22 de la Constitution, ces délégations ne sont pas admissibles.

2.2. Dans son arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013, la Cour constitutionnelle déclare en effet ce qui suit à propos de cette disposition constitutionnelle :

« B.4.5. Les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus. Bien que l'article 22 de la Constitution reconnaisse à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale, cette disposition ajoute en effet immédiatement : 'sauf dans les cas et conditions fixés par la loi'.

Cette disposition constitutionnelle garantit donc qu'aucune ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale ne puisse intervenir si elle n'est pas prévue par des règles suffisamment précises, adoptées par une assemblée délibérante démocratiquement élue, toute ingérence dans ce droit devant répondre à un besoin social impérieux et être proportionné à l'objectif légitime poursuivi.

[...]

B.8.1. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune immixtion dans ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Outre cette exigence de légalité formelle, l'article 22 de la Constitution impose également que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée soit libellée en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise pareille ingérence dans le droit au respect de la vie privée. De même, l'exigence de prévisibilité à laquelle la loi doit satisfaire pour être jugée conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme implique que sa formulation soit assez précise pour que tout individu puisse prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (CEDH, 17 février 2004, *Maestri* c. Italie, § 30).

La loi doit offrir des garanties contre les atteintes arbitraires de la puissance publique au droit au respect de la vie privée, à savoir en délimitant le pouvoir d'appréciation des autorités concernées avec une netteté suffisante, d'une part, et en prévoyant un contrôle juridictionnel effectif, d'autre part (voir, entre autres, CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru* c. Roumanie, § 55 ; 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg* c. Suède, § 76 ; 4 juillet 2006, *Lupsa* c. Roumanie, § 34) ».

C'est donc à l'auteur de l'avant-projet qu'il appartient de préciser en termes clairs et précis l'atteinte à la vie privée qu'il entend autoriser, notamment en ce qui concerne les données auxquelles il pourra être accédé, ainsi que les personnes autorisées à enregistrer des données ou à y accéder.

2.3. En ce qui concerne les données pouvant être enregistrées ou consultées au sein du Registre central EAPO, le cadre posé par le règlement 655/2014 du 15 mai 2014 du Parlement européen et du Conseil 'portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale' (ci-après : « le règlement 655/2014 ») et la mention, au sein de l'article 1391/1 en projet du Code judiciaire, selon laquelle le Registre central EAPO est composé des « données qui sont nécessaires pour atteindre les objectifs de la demande juridictionnelle et pour contrôler le bon déroulement des procédures concernant les demandes visant à obtenir des informations relatives aux comptes », permettent de répondre aux exigences du principe de légalité repris à l'article 22 de la Constitution.

Par ailleurs, le dispositif de l'avant-projet ne comporte pas de précision en ce qui concerne les personnes autorisées à enregistrer ou à consulter les données du Registre central EAPO. Sous cet angle, la section de législation n'est pas en mesure de se prononcer sur la proportionnalité du dispositif mis en place au regard du droit au respect de la vie privée compte tenu de la finalité poursuivie, proportionnalité qui ne pourra s'apprécier que lorsque l'habilitation sera mise en œuvre.

Article 169

Article 1447/1 en projet du Code judiciaire

L'article 1447/1, § 2, en projet prévoit que le créancier peut également formuler une demande d'obtention d'information lorsque la décision, la transaction judiciaire ou l'acte authentique qu'il a obtenu n'est pas encore exécutoire.

Dès lors que, dans cette hypothèse, le créancier dispose déjà d'une décision, d'une transaction judiciaire ou d'un acte authentique relatif à la créance litigieuse, il est contradictoire d'exiger ensuite à l'article 1447/1, § 2, 3°, en projet que le créancier démontre qu'il sera probablement fait droit à sa demande au fond contre le débiteur.

TITRE 8 – Modifications de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières

Ce titre n'appelle aucune observation.

TITRE 9 – Modifications diverses au Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges

Chapitre 1^{er}. Dispositions modifiant le Code judiciaire

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Comme l'expose l'auteur de l'avant-projet, les dispositions de celui-ci en matière de médiation visent « à encourager dans la mesure du possible les modes alternatifs de règlement de conflits [...] afin de décharger les tribunaux », tout en soulignant par ailleurs « la plus-value d'une solution négociée plutôt qu'imposée ».

Il convient toutefois de souligner que si l'encouragement des modes alternatifs de règlement de conflits peut avoir pour effet bénéfique, par ailleurs, de décharger les tribunaux, il ne peut pas s'agir de l'objectif poursuivi sous peine de vicier la démarche alternative et de porter atteinte à la nécessité d'un recours judiciaire effectif et efficace.

2. L'une des innovations essentielles du dispositif en projet est d'autoriser à l'avenir le juge soit à suspendre la procédure pour « permettre aux parties de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable », soit à imposer d'office aux parties le recours à la médiation¹². Par ailleurs, l'objectif de la réforme n'apparaît pas tant d'« encourager dans la mesure du possible » les modes alternatifs de règlement des conflits, mais bien de les « privilégier », s'inscrivant ainsi dans une logique conduisant à faire du recours aux cours et tribunaux un mode alternatif du règlement des conflits, réservé aux seuls conflits qui n'auraient pas pu être réglés par les modes de résolutions extrajudiciaires : « Le règlement d'un litige par les cours et tribunaux doit servir de filet de sécurité lorsque toutes les autres solutions (amiables) ne sont pas possibles ». L'auteur de l'avant-projet précise encore, dans le commentaire des articles 181 et 187 de l'avant-projet, que « le règlement du litige par le tribunal doit être la dernière option » et que « la médiation et les autres modes de résolution amiable du litige sont privilégiés en tout état de cause ». Le juge étant par ailleurs chargé de contrôler qu'il en soit bien ainsi, l'article 730/1, alinéa 1^{er}, en projet (article 187 de l'avant-projet), l'invitant, en cas de doute, à ordonner la comparution personnelle des parties pour les interroger « sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction » de la procédure judiciaire.

Ce faisant, le texte en projet pose un double problème.

3. D'une part, en ce qu'il restreint le droit de tout citoyen à ce qu'un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³. Le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du principe de la prééminence du droit, qui exige l'existence d'une voie judiciaire effective permettant de revendiquer les droits civils. Or, le droit

¹² Articles 730-1 et 1734 en projet du Code judiciaire.

¹³ Notamment Cour eur. D.H., arrêt *Běleš et autres c. République tchèque*, 12 novembre 2002, § 49, ECLI:CE:ECHR:2002:1112JUD004727399, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-65307>.

à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une solution juridictionnelle du litige dans un délai raisonnable ¹⁴⁻¹⁵.

L'article 730/1 en projet est inséré dans le premier chapitre du titre II du livre II de la partie IV du Code judiciaire. Le livre II est consacré à l'instance. Le titre premier renferme les règles concernant l'introduction de l'instance et le titre II, celles concernant l'instruction et le jugement de la demande. Le premier chapitre de ce titre II renferme jusqu'à présent l'énoncé du droit, pour chaque partie, de soumettre préalablement à l'introduction d'une procédure contentieuse, « toute demande principale » au juge compétent pour en connaître « à fin de conciliation » (article 731, alinéa 1^{er} en projet) et règle la procédure applicable à une telle demande et les effets d'un éventuel accord (articles 732 et 733 du Code judiciaire).

L'avant-projet prévoit de remplacer l'intitulé « La conciliation », de ce premier chapitre, par « Les modes amiables de résolution des litiges » et d'ajouter un nouvel article 730-1, qui prévoit que le juge doit « favorise[r] en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges » et qui énonce comment il peut agir en ce sens, notamment en vérifiant « si des efforts raisonnables ont déjà été consentis » pour arriver à une solution amiable ¹⁶.

Insérée en introduction du titre II, consacré à l'instruction et au jugement de la demande, cette disposition nouvelle ne concerne manifestement plus la procédure en conciliation, qui n'est traitée qu'à partir de l'article 731 en projet, mais traduit au contraire l'énonciation d'une nouvelle règle générale s'appliquant à toute procédure et pouvant sortir ses effets à tout moment de la procédure (« en tout état de la procédure ») : la nécessité pour le juge de favoriser un mode de résolution amiable du litige. Dès lors que ce principe s'inscrit au cours de toute procédure et en tout état de la procédure, il s'en déduit nécessairement que c'est par rapport à l'issue judiciaire du litige – soit au prononcé d'un jugement faisant totalement ou partiellement droit à la demande, soit la rejetant –, que le mode de résolution amiable des litiges doit être favorisé.

La remise en cause du droit d'obtenir une solution juridictionnelle au litige résulte ainsi du nouvel article 730-1 en projet, en ce qu'il permet au juge de suspendre « la procédure » pour « permettre aux parties de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et recueillir toutes informations utiles en la matière », sans que la loi n'impose une limite dans le temps à cette suspension ¹⁷. La période de maximum six mois prévue à

¹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Kutić c. Croatie*, 1^{er} mars 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0301JUD004877899, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-64828>.

§ 25 : « ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une 'solution' juridictionnelle du litige. Il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties et qu'il n'assure pas à celles-ci le droit d'obtenir une solution à leurs litiges d'ordre civil ».

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Acimović c. Croatie*, 9 octobre 2003, §§ 36 et s., ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD006123700, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65908>.

¹⁶ Commentaire de l'article 187.

¹⁷ Le commentaire de l'article 187 précise qu'une « disposition similaire figure déjà dans les articles 1255ter/3, § 2 [lire : 1253ter/3, § 2] et 1255, § 6 du Code judiciaire ». Par rapport au dispositif en projet, ces deux dispositions présentent toutefois des différences substantielles : l'article 1255, § 6 du Code judiciaire, prévoit expressément que la

l'article 1734 en projet ne s'applique en effet qu'à l'hypothèse où le juge remet la cause à date fixe.

Même si le délai de six mois trouvait à s'appliquer à cette suspension de la procédure, ce qui sera le cas si le juge décide de remettre la cause à une date fixe, le droit pour les parties, où à tout le moins l'une d'elles, d'obtenir une « solution juridictionnelle » dans un délai raisonnable, pourrait être compromis dès lors qu'après cette première suspension de maximum six mois afin de permettre aux parties de « vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en la matière », le juge « saisi d'un litige » peut encore « en tout état de la procédure », à la demande d'une des parties ou d'office, « ordonner [aux parties] d'essayer de résoudre leur litige par une médiation¹⁸ ou imposer une séance d'information sur la médiation » (article 1734, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 204 de l'avant-projet). Étant précisé au paragraphe 2, nouveau, de cette disposition, que lorsqu'il ordonne aux parties d'essayer de résoudre leur litige par une médiation, il désigne concomitamment le médiateur, fixe la durée initiale de sa mission, qui ne peut excéder six mois, et remet l'affaire à la première date utile après ce délai de six mois.

Aucune réserve n'étant articulée avec la suspension qui serait déjà intervenue en exécution de l'article 730-1 en projet, dont l'objet diffère de la mesure qui peut être ordonnée en vertu du nouvel article 1734 en projet, il s'en déduit que la procédure judiciaire pourrait ainsi être suspendue pour une nouvelle période relativement longue qui pourrait aller jusqu'à plus de six mois si le juge fixe la durée « initiale » de la mission du médiateur qu'il désigne à six mois (il n'est en effet pas matériellement possible que le médiateur entame sa mission dès l'instant où le juge ordonne cette mesure, outre que la cause ne sera refixée qu'à la première « date utile » après l'issue de la période initiale fixée par le juge). Par ailleurs, la notion de « durée initiale » de la mission confiée au médiateur laisse manifestement ouverte la possibilité pour le juge de prolonger cette période, le cas échéant d'office.

Cumulées aux délais dont souffre déjà le traitement strictement judiciaire de la plupart des demandes introduites devant les cours et tribunaux, ces périodes de suspension de la procédure aux fins d'une éventuelle solution amiable du litige, sont de nature à empêcher le traitement judiciaire des demandes dans un délai raisonnable, sans que l'effet bénéfique pour les justiciables concernés des mesures causant ces retards ne soit acquis.

Le dispositif en projet n'exclut pas que de telles mesures, décidées d'office, conduisent à un véritable déni de justice, notamment si elles sont prononcées à l'issue du procès (par exemple, après les plaidoiries des parties, au moment où le juge devrait en principe prendre la cause en délibéré). Par l'effet du dispositif en projet, une telle situation deviendrait possible sans qu'elle puisse être sanctionnée par une juridiction supérieure, dès lors que les mesures ainsi ordonnées ne sont susceptibles d'aucun recours (article 205 de l'avant-projet). Or la procédure constitue précisément un ensemble de règles qui visent à garantir l'effectivité des droits reconnus

surséance ordonnée par le juge, qui ne pourra l'être que « s'il constate qu'un rapprochement est possible » (condition non reprise dans le texte en projet), ne peut pas être d'une durée supérieure à un mois.

¹⁸ Le commentaire de l'article 1734 en projet précise que ce pouvoir accordé au juge « existait déjà ». Or, en l'état actuel du texte, si le juge pouvait ordonner une médiation « de sa propre initiative », c'est uniquement « avec l'accord » des parties (article 1734, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire).

aux justiciables et, en conséquence, à empêcher que certains comportements procéduraux puissent être adoptés.

Il s'impose dès lors de revoir ces textes :

– en restreignant, dans le temps, le pouvoir du juge et en prévoyant, par exemple qu'une information spécifique quant aux possibilités de régler amiablement le litige soit communiquée aux parties à l'entame de la procédure et que, dans ce cas, la cause puisse faire l'objet d'une remise à bref délai (maximum un mois) pour faciliter la mise en mouvement, si telle était ou devenait l'intention des parties, d'un processus extrajudiciaire de règlement du conflit ¹⁹ ;

– en excluant la réitération, dans le cadre d'une même procédure, des mesures d'informations qui pourraient être décidées par le juge, en vertu soit du nouvel article 730-1 en projet, soit de l'article 1734 en projet ;

– en évitant le cumul, dans le cadre d'une même procédure, des mesures que le juge peut prendre en vertu soit de l'article 730-1 en projet, soit de l'article 1734 en projet ;

– en limitant toute possibilité de suspension de la procédure en vue d'ordonner aux parties de « tenter de résoudre leur litige par une médiation » aux seuls cas où l'accord de toutes les parties à la cause sur la mesure envisagée est acquis.

Cette dernière restriction est liée à la seconde objection, ici de principe, que soulève le dispositif en projet.

4. L'objectif poursuivi par l'auteur de l'avant-projet apparaît inconciliable avec un des principes essentiels qui régissent la médiation comme mode de règlement alternatif des conflits, à savoir le caractère volontaire qui doit guider la démarche des parties : la médiation doit être acceptée ; elle ne peut pas être imposée.

En permettant au juge, soit d'office, soit à la demande d'une seule des parties, d'ordonner aux parties d'essayer de résoudre leur litige par une médiation, le texte en projet porte atteinte à toute la philosophie qui sous-tend la légitimité et l'efficacité du recours à la médiation pour tenter de résoudre un litige entre les parties portant sur leurs droits et obligations de caractère civil.

Selon le texte actuel de l'article 1734 du Code judiciaire, le juge judiciaire ne peut « ordonner une médiation » qu'avec l'accord des parties. Le texte en projet n'autorise en apparence plus le juge à « ordonner une médiation », mais uniquement à ordonner aux parties « de tenter de résoudre leur litige par une médiation ». L'objet de la mesure visée par le dispositif en projet correspond toutefois bien à « ordonner une médiation » dès lors qu'aucune modification

¹⁹ Dès lors que le texte de l'avant-projet introduit par ailleurs une obligation à charge des avocats et des huissiers de justice d'informer les parties sur les possibilités de recourir à de tels modes amiables de règlement du conflit, (articles 181 et 182 de l'avant-projet), il serait logique que le pouvoir d'intervention du juge à cet égard soit limité dans le temps (par exemple à l'audience d'introduction) et aux seuls cas où il ressort des éléments du dossier, que les parties ne disposent vraisemblablement pas de toutes les données leur permettant d'apprécier l'intérêt, pour elles, de recourir à un règlement amiable de leur litige (notamment lorsque les parties ne sont pas représentées par un avocat).

n'est proposée à l'article 1735 du Code judiciaire (sauf pour lui ajouter un sixième paragraphe), qui règle les suites qui doivent être réservées à la décision prise par le juge en vertu de l'article 1734 et qui met en œuvre la procédure de médiation.

Le caractère intrinsèquement volontaire de la médiation porte sur la démarche qui anime les parties à s'engager en médiation. Le commentaire de l'article 204 de l'avant-projet soutient que la possibilité donnée au juge d'ordonner aux parties de tenter une médiation n'est pas contraire à la nature même de la médiation qui est volontaire et le reste au motif qu'« ici le juge impose aux parties d'essayer de résoudre leur conflit par la médiation mais n'impose pas un accord de médiation aux parties ». Force est toutefois de constater qu'à aucun moment il n'a été soutenu, ni par la doctrine, ni par les promoteurs de la médiation, que le caractère volontaire de la médiation n'aurait d'autre effet que celui d'interdire au juge « d'imposer un accord de médiation » aux parties. À cet égard, la section de législation n'aperçoit d'ailleurs pas comment un accord entre les parties pourrait être imposé par le juge.

À l'inverse du recours judiciaire, la médiation n'offre pas aux parties la garantie d'un juge qui tranchera leur litige de façon indépendante et impartiale, à l'issue d'une procédure publique, dans le respect, notamment, du principe du contradictoire et de l'égalité des armes ²⁰. La médiation permet seulement aux parties de rechercher, « grâce à l'intervention d'une tierce personne neutre » un accord qui serait acceptable pour chaque partie ²¹.

Si les parties peuvent renoncer aux droits que leur confère l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention, pour s'engager dans un processus de médiation, cette renonciation doit être éclairée et résulter d'une démarche volontaire. Il en va de même de l'état d'esprit attendu des parties lorsqu'elles s'engagent dans un processus de médiation ²².

De plus, une médiation entraîne nécessairement des frais supplémentaires (honoraires du médiateur et, le cas échéant, honoraires des conseils des parties pour les prestations spécifiques en rapport avec le processus de médiation), qui alourdiront le coût de la procédure sans aucune contrepartie bénéfique lorsque la médiation n'aboutit pas à un accord, ce qui risque d'être fréquent lorsque celle-ci est imposée aux parties où à l'une d'entre elle.

Le commentaire de l'article 204 de l'avant-projet (modifications apportées à l'article 1734 du Code judiciaire) précise encore que cette possibilité donnée au juge d'ordonner d'office une médiation doit être « privilégiée car elle semble être une bonne solution pour promouvoir le plus possible les modes alternatifs de résolution des conflits ». Toutefois, en

²⁰ Le principe d'égalité des armes, « tel qu'il est conçu actuellement en tant que 'juste équilibre entre les parties au procès', est un principe général du droit contenu dans la notion plus large du droit à un procès équitable [...] et qui est intrinsèquement lié au droit à la contradiction. » (P. DUINSLAEGER, « Le droit à l'égalité des armes », 2015, pp. 1 et 2, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/mercuriale2015.vers_def_250815.pdf).

²¹ Commission fédérale de médiation, www.cfm-fbc.be/fr/content/notion.

²² Selon le texte du nouvel article 1723-1 en projet (article 192 de l'avant-projet), la médiation est « un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre les parties en conflit qui se déroule avec le concours actif d'un tiers indépendant et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une solution ». Selon la Commission fédérale de médiation, le rôle du médiateur « est d'aider les parties à élaborer elles-mêmes, en toute connaissance de cause, une entente équitable qui respecte les besoins de chacun des intervenants », <http://www.cfm-fbc.be/fr/faq-list#Qu%E2%80%99est-ce%20que%20la%20m%C3%A9diation>.

permettant au juge d'ordonner d'office une médiation, il ne s'agit plus d'encourager, de favoriser ni de soutenir la médiation²³, mais bien de l'imposer, le cas échéant contre le gré d'une ou des deux parties.

5. Dans son avis n° 59.226/1/2/3 donné le 19 mai 2016²⁴, la section de législation du Conseil d'État avait relevé ce qui suit, à propos d'une disposition de l'avant-projet de loi 'portant réforme de la procédure devant le tribunal de commerce, modifiant le statut juridique des détenus et portant des dispositions diverses en matière de justice' qui prévoyait d'accorder aux juges du tribunal de commerce la compétence d'ordonner aux parties, même d'office, une négociation ou une médiation :

« 3.1. En vertu de l'alinéa 2 de l'article 1385^{quaterdecies}/8, § 1^{er}, en projet, le tribunal peut encore 'demander aux parties de négocier ou ordonner une médiation'.

3.2. Dès lors que tant la conciliation que la médiation impliquent des 'négociations' entre les parties, avec l'intervention d'un tiers (conciliateur ou médiateur), il faut sans doute comprendre que l'auteur de l'avant-projet évoque – lorsqu'il permet au juge de demander aux parties de négocier – l'hypothèse de négociations sans l'intervention ni du tribunal ni d'un médiateur. Le commentaire de l'article fait état à cet égard de la possibilité pour le tribunal de demander aux parties de négocier 'avec ou sans l'assistance d'un médiateur agréé'.

Le texte en projet prévoit que, lorsqu'une telle demande est formulée, le tribunal pourra remettre la cause à une date déterminée mais, toutefois, dans un délai maximal de six mois, une telle décision n'étant susceptible d'aucun recours.

Il paraît disproportionné par rapport au droit des justiciables de voir leurs litiges tranchés dans un délai raisonnable, de permettre au juge d'imposer aux parties de négocier, d'autant plus qu'elles ont été contraintes, en vertu du même texte en projet, de mettre la cause en état dans un délai très court (quarante-cinq jours).

La possibilité pour le juge d'imposer une négociation se déduit de ce qu'il peut 'demander' aux parties de négocier et, dans un même temps, remettre la cause à six mois, sans recours possible contre cette décision. Cette possibilité lui est donnée chaque fois qu'il estime cette négociation 'opportune', alors même que le tribunal ignorera en général si l'introduction de la procédure judiciaire n'a pas déjà été précédée de négociations entre les parties – voire que celles-ci se prolongent en parallèle avec la procédure judiciaire – dès lors que de telles négociations, notamment si elles sont menées par l'intermédiaire des avocats des parties, sont par essence confidentielles.

3.3. Le tribunal peut encore 'ordonner une médiation en appliquant, par analogie, les articles 1734 et 1737' du Code judiciaire. Il ne ressort pas expressément du texte en projet que dans ce cas il peut également remettre la cause à une date ultérieure. Cette possibilité se déduit toutefois nécessairement de l'esprit du texte, une médiation n'étant pas réalisable si la procédure contentieuse n'est pas suspendue²⁵. L'utilisation des termes

²³ Synonymes de « promouvoir », *Trésor de la langue française informatisé*.

²⁴ Avis n° 59.226/1/2/3 donné le 19 mai 2016 sur l'avant-projet devenu la loi du 25 décembre 2016 'modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice' (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1986/001, pp. 159 à 267).

²⁵ *Note de bas de page n° 49 de l'avis cité* : Le commentaire de l'article 75 (article 1385^{quaterdecies}/8 en projet) mentionne d'ailleurs que la chambre « peut également demander aux parties de négocier, avec ou sans l'assistance d'un médiateur agréé », ce qui indique que la médiation est considérée comme une forme particulière de négociation. La phrase « En cas de demande de négociations, la cause est remise à une date déterminée dans un délai maximum

‘ordonner’ et ‘bevelen’ et la possibilité pour le tribunal, sans recours possible contre cette décision, de remettre l'affaire à maximum six mois, oblige à constater que le texte en projet met en place une médiation obligatoire²⁶.

La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits, qui, en l'état actuel du droit, est toujours laissé à l'appréciation des parties.

La loi du 21 février 2005 ‘modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation’ a introduit dans le droit positif de façon générale la possibilité de recourir à la médiation en insérant les articles 1724 et suivants dans le Code judiciaire et en prévoyant tant une procédure de médiation dite ‘volontaire’ qu’une procédure de médiation ‘judiciaire’, étant entendu que l’une et l’autre reposent sur le caractère volontaire de celle-ci : comme le souligne P. Van Leynseele, ‘la limite du pouvoir du juge de renvoyer les parties en médiation est qu’il doit s’assurer au préalable que les parties sont d’accord d’y recourir. La médiation est avant tout un processus volontaire’²⁷ ».

À la suite de cette observation, le texte de cet avant-projet n’a pas été repris dans le projet de loi déposé au parlement, devenu la loi du 25 décembre 2016 ‘modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice’.

Ces observations restent *mutadis mutandis* transposables au texte de l’actuel avant-projet.

6. En conclusion, la possibilité reconnue au juge d’ordonner aux parties, soit d’office, soit à la requête d’une partie, une mesure de médiation ou une obligation de « tenter de résoudre leur litige par une médiation », doit être omise du dispositif en projet.

C’est sous réserve de cette observation générale que la section de législation du Conseil d’État procède à l’analyse des articles du titre 9 de l’avant-projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 180

Article 298, alinéa 2, en projet du Code judiciaire

Telle qu’elle est rédigée, la disposition pourrait se lire comme attribuant de plein droit aux magistrats qu’elle vise la qualité de médiateur agréé.

En effet, selon l’article 1726, § 1/1, en projet, « pour l’application du présent Code, il faut entendre par médiateur, [un] médiateur agréé ».

de six mois », figurant à l’alinéa 2 de la disposition précitée, doit dès lors être interprétée comme s’appliquant également en cas de médiation.

²⁶ Note de bas de page n° 50 de l’avis cité : Le renvoi, simplement « par analogie » à l’article 1734 – qui n’envisage la médiation qu’à la demande conjointe des parties ou sur la suggestion du tribunal mais de l’accord des parties – ne semble pas pouvoir contredire ce constat.

²⁷ Note de bas de page n° 51 de l’avis cité : P. VAN LEYNSEELE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 297.

En outre, l'article 1726, § 1^{er}, 2^o, en projet ne mentionne pas, dans l'énumération des professions dispensées du volet juridique de la formation et de l'examen d'aptitude en vue de l'agrération, les magistrats visés à l'article 298 en projet. Ce qui pourrait s'expliquer par le fait qu'ils soient dispensés de toute formation préalablement à leur agrération.

Si telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet, l'article 298, alinéa 2, en projet devrait préciser que les magistrats qu'il vise peuvent intervenir comme médiateur sous réserve, en ce qui concerne leur agrération, de l'application de l'article 1726 du Code judiciaire.

Article 181

Article 444, alinéa 2, en projet du Code judiciaire

1. Le commentaire de l'article énonce qu'« en concertation avec le justiciable [les avocats] s'efforcent raisonnablement de résoudre le litige à l'amiable et ce, en tout état de cause ». Ainsi, chaque litige semble être soumis à une obligation de mise en œuvre préalable d'une voie extrajudiciaire de règlement du litige, avant qu'une action en justice ne puisse être introduite. C'est ce qui ressort plus clairement encore de la suite du commentaire, qui précise que « le règlement du litige par le tribunal doit être la dernière option » et que « le rôle traditionnel de l'avocat (le monopole de la plaidoirie) est maintenu » mais, uniquement « pour le règlement des litiges où la médiation et les autres solutions amiables ne peuvent raisonnablement pas être mises en œuvre ».

Toutefois, en ce qu'il vise à introduire, à l'article 444 du Code judiciaire, une obligation pour les avocats de « tenter, dans la mesure du possible, de favoriser une résolution amiable des litiges », le texte en projet porte atteinte au principe essentiel qui doit guider l'accomplissement par l'avocat de sa mission de défense des intérêts de ses clients, rappelé à l'alinéa 1^{er} de l'article 444 du Code judiciaire, à savoir qu'il exerce librement son ministère pour la défense de la justice et de la vérité.

Il appartient ainsi à l'avocat d'apprécier, librement, si le recours à un mode alternatif de résolution des litiges correspond à l'intérêt bien compris de son client et, le cas échéant, de lui suggérer d'y recourir.

Sur ce point, le texte en projet doit être revu.

2. En ce qui concerne le devoir d'information qu'impose le texte en projet, comme cela vient d'être souligné, le dispositif en projet est inséré sous l'article 444, alinéa 1^{er}, qui traite, de façon générale, de la manière dont les avocats exercent leur ministère. Il n'est pas question, dans cette disposition, de la relation spécifique que chaque avocat entretient avec son client.

Il n'est pas clair si la « nouvelle » mission d'information visée par le texte en projet impose – comme semble le supposer le commentaire de l'article – à chaque avocat, pour chaque affaire en particulier, d'informer spécialement son client sur les possibilités de recourir à un mode de règlement amiable du litige, ou si une telle information pourrait être remplie dans le cadre d'une communication générale réalisée, par exemple, par les ordres communautaires.

Il serait souhaitable que l'auteur de l'avant-projet précise ses intentions à cet égard.

Article 187

Article 730/1 nouveau en projet du Code judiciaire

1. Outre les critiques fondamentales déjà formulées dans les observations générales formulées sous le titre 9, le dispositif en projet soulève un problème au regard de la confidentialité des négociations entre parties.

En effet, si le commentaire de l'article précise que le droit pour le juge d'interroger les parties, notamment en ordonnant leur comparution personnelle, « sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause » se fera « sans porter atteinte au contenu confidentiel de la correspondance entre avocats », il perd de vue qu'en cas de négociations entre les parties, la confidentialité de ces négociations dépassent largement la confidentialité de la correspondance entre avocats, les parties n'acceptant en général de négocier qui si tout le processus sera couvert par la confidentialité qui, le cas échéant, pourra même porter sur le principe même des négociations.

Ordonner la comparution personnelle des parties risque dès lors d'être souvent une mesure inefficace qui aura pour seul effet de retarder inutilement le traitement judiciaire de la cause.

2. L'auteur de l'avant-projet devrait plus clairement s'expliquer sur le but réellement poursuivi par la possibilité donnée au juge d'interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre leur litige avant l'introduction de la procédure judiciaire, sur « toutes les suites appropriées » qu'il peut prendre à défaut pour les parties de répondre à cette demande, et sur les conséquences de l'absence de toute tentative préalable de règlement amiable du litige.

Sauf si l'intention de l'auteur de l'avant-projet ne va pas dans ce sens, il s'impose de clairement préciser dans le commentaire de l'article que le recours à un mode amiable de règlement du litige ne constitue pas un préalable obligatoire à l'introduction d'une procédure judiciaire et que, notamment, l'article 1017 du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 25 décembre 2016 ne trouverait pas à s'appliquer à une telle hypothèse.

Article 193

Article 1724 en projet du Code judiciaire

La section de législation s'interroge sur l'opportunité d'introduire dans cette disposition qui précise quels sont les litiges susceptibles de faire l'objet d'une médiation (alinéa 1^{er}), le nouvel alinéa 2 qui énonce que la partie qui rejette une demande de médiation doit communiquer son refus par écrit.

Article 194

Article 1726 en projet du Code judiciaire

Sans doute conviendrait-il également de dispenser du volet juridique de la formation et de l'examen, les magistrats visés à l'article 298, alinéa 2, en projet. Il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 180.

Article 195

Article 1727 en projet du Code judiciaire

1. L'article 1727, § 2, 5°, en projet évoque uniquement, à titre de mission de la Commission fédérale de médiation, le retrait temporaire ou définitif de l'agrément du médiateur en cas de non-respect des conditions prévues par l'article 1726 du Code judiciaire ou du Code de déontologie. L'article 1727, § 2, 7°, en projet évoque pour sa part la détermination de la procédure de sanction à l'égard des médiateurs.

L'article 1727/4, § 4, en projet prévoit cependant que des sanctions autres que le retrait d'agrément peuvent être adoptées par la Commission disciplinaire et de traitement des plaintes – et, par voie de conséquence, par la Commission fédérale de médiation.

L'article 1727/4, § 2, en projet prévoit en outre que la commission disciplinaire et de traitement des plaintes est également chargée de donner des avis en cas de contestation des honoraires des médiateurs.

Il convient dès lors de compléter l'article 1727, § 2, en projet afin que l'ensemble des compétences de la commission disciplinaire et de traitement des plaintes figurent dans les missions de la Commission fédérale de médiation.

2. La section de législation se demande s'il ne conviendrait pas que le dispositif prévoit également une procédure de retrait temporaire ou définitif de l'inscription sur la liste des médiateurs visés à l'article 1727, § 2, 4°, en projet.

Article 196

Article 1727/1 en projet du Code judiciaire

1. Dès lors que l'article 196 de l'avant-projet modifie le Code judiciaire, à l'article 1727/1, alinéa 2, en projet, il convient de remplacer les termes « de cette loi » par les termes « de la septième partie du présent Code ».

2. Il résulte de l'article 1727/3, § 1^{er}, en projet que la commission chargée de la discipline s'intitule « la commission disciplinaire et de traitement des plaintes ». Par conséquent, il convient de reprendre cette appellation officielle dans l'article 1727/1, alinéa 2, en projet, à la place des termes « commission de discipline ».

Articles 197, 198 et 199

Les articles 1727/2, § 1^{er}, alinéa 2, 1727/3, § 2, alinéa 4, et 1727/4, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, en ce qu'ils prévoient un arrêté ministériel, fixent plusieurs délégations de compétences en faveur du Ministre.

Conformément aux articles 33, 105 et 108 de la Constitution, le pouvoir exécutif appartient au Roi. En règle, c'est dès lors à Ce dernier que le législateur doit confier le pouvoir réglementaire, à charge, le cas échéant, pour Celui-ci d'attribuer une délégation de compétence à un Ministre en vue de préciser les règles adoptées.

Article 197

Article 1727/2 en projet du Code judiciaire

1. À l'article 1727/2, § 2, alinéa 2, en projet, il convient de préciser la façon dont la moitié des membres du bureau seront choisis en vue de voir leurs mandats renouvelés après quatre ans, la première fois qu'il sera procédé à ce renouvellement.

2. À l'article 1727/2, § 3, en projet, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier, au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, que les mandats de président et vice-président ne soient pas également confiés à un moment à un huissier alors que l'ensemble des autres professions présentes dans le bureau seront alternativement représentées. À défaut, il convient de revoir le dispositif en conséquence.

3. Il résulte de l'article 1727/3, § 4, en projet, que le bureau disposerait d'une compétence d'approbation à l'égard des décisions qui lui seraient soumises par la commission pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers et par la commission pour l'agrément des formations et le suivi de la formation permanente. Il convient dès lors de compléter l'article 1727/2, § 4, en projet afin que cette compétence y soit également mentionnée.

Article 198

Article 1727/3 en projet du Code judiciaire

1. Dès lors que le paragraphe 1^{er} de l'article 1727/3 en projet instaure la création de trois commissions permanentes mais que les paragraphes 2 à 5 de cette même disposition concernent uniquement la commission pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers et la commission pour l'agrément des formations et le suivi de la formation continue, à l'exclusion de la commission disciplinaire et de traitement des plaintes qui est régie par l'article 1727/4 en projet, ces paragraphes 2 à 5 seront plus adéquatement repris dans une disposition séparée.
2. À l'article 1727/3, § 2, alinéa 4, en projet, il n'y a pas lieu de préciser qu'il s'agit d'une décision motivée car pareille exigence résulte de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs'.
3. À l'article 1727/3, § 4, en projet, il convient de remplacer les termes « à les missions » par les termes « en ce qui concerne les missions » dans le texte français.

Article 201

Article 1728 en projet du Code judiciaire

1. En cas de processus de médiation, l'extension de la confidentialité aux documents qui existaient déjà avant le début de la médiation moyennant l'accord des parties sur cette extension est de nature à susciter d'importants problèmes dans l'hypothèse où la médiation échoue, pouvant conduire à l'impossibilité pour l'une ou l'autre partie ou les deux de faire utilement valoir leur droit dans le cadre d'une procédure judiciaire qui interviendrait après l'échec de la médiation.

Même si cette extension est prévue de l'accord des parties, on ne peut écarter le risque que cet accord, donné en dehors de toute procédure judiciaire par une partie non nécessairement assistée d'un professionnel du droit, le soit sans que cette partie ait été suffisamment éclairée sur les conséquences de cette extension.

Ainsi, si les parties décident d'étendre la confidentialité à tous les documents produits en médiation, même ceux non confidentiels existant avant la médiation, en cas d'échec de la médiation, la partie demanderesse ne pourra plus produire en justice ces documents qui peuvent renfermer la preuve de ses droits : par exemple, une facture impayée ou un relevé de frais exposés pour l'entretien et l'éducation des enfants, etc.

2. Dès lors que cette possibilité d'extension de la confidentialité à des documents préexistants non-confidentiels n'est justifiée que par le principe de la confidentialité de la médiation qui est par ailleurs acquis, la section de législation ne voit pas l'intérêt de prévoir la possibilité d'une telle extension au regard des risques qu'elle comporte.

Article 204

Article 1734 en projet du Code judiciaire

En ce qui concerne la possibilité donnée au juge d'imposer aux parties une séance d'information sur la médiation, il convient en toute hypothèse de la circonscrire en limitant la durée de suspension de la procédure judiciaire à cet effet au strict minimum et, plus encore, en évitant que ce pouvoir de suspension puisse s'exercer à un moment où la procédure judiciaire touche à sa fin. Il n'est pas raisonnable de permettre au juge d'ordonner d'office aux parties d'assister à une séance d'information sur la médiation au moment où elles se présentent pour plaider leurs conclusions, soit après une mise en état contradictoire de la cause et une attente – souvent longue – de l'audience de plaidoiries.

Le commentaire de l'article précise encore qu'« il va de soi que le juge entend les parties quant à la mesure envisagée ». Dès lors que la mesure peut être ordonnée « en tout état de la procédure », il ne va pas de soi qu'elle le soit alors qu'une audience est fixée²⁸. Il convient que la règle de l'audition des parties sur la mesure que le juge entend prendre, nécessaire au respect du contradictoire et rappelée dans le commentaire, se trouve expressément inscrite dans le dispositif.

Article 205

Article 1735 en projet du Code judiciaire

En ce qui concerne la proposition d'ajouter un sixième paragraphe à l'article 1735 du Code judiciaire, visant à interdire tout recours contre les mesures ordonnées en application des articles 1734 et 1735 du Code judiciaire, il est renvoyé à l'observation générale.

Article 206

1. Dès lors que l'article 194 de l'avant-projet supprime le principe d'un agrément différencié, la référence aux mots « en matière familiale, sociale et en matière civile et commerciale à l'exception des litiges entre entreprises » qu'exprime l'article 1737/1, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet n'est pas pertinente et sera omise.

2. Ces dispositions sont de nature pénale et seront plus adéquatement insérées dans le Code pénal.

²⁸ La mesure peut en effet être ordonnée soit à l'audience d'introduction ou à une audience de remise faisant suite à l'audience d'introduction, soit à une audience de plaidoiries, soit en cours d'instruction du litige, à la requête d'une des parties (dans ce cas, l'article 1734, § 4 du Code judiciaire, inchangé, prévoit que le greffe convoque les parties à une audience fixée dans les quinze jours de la demande) ou d'office par le juge.

Articles 207 à 217

Nouvelle partie VIII du Code judiciaire intitulée « Droit collaboratif »

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Quant au caractère éventuellement obligatoire du recours au processus de droit collaboratif sans l'accord préalable de toutes les parties à la cause, il est renvoyé à l'observation générale sous le titre 9. C'est sous réserve de cette observation que les observations particulières qui suivent sont formulées.

2. Les articles 207 à 217 visent à introduire une nouvelle partie VIII dans le Code judiciaire, consacrée au droit collaboratif qui est un mode de résolution amiable des litiges « à côté de la médiation et d'autres modes de résolution amiable des litiges ».

On peut s'interroger sur la nécessité de créer une nouvelle partie dans le Code judiciaire pour y insérer un dispositif visant un nouveau mode de règlement amiable des litiges. Il semblerait plus cohérent de modifier l'intitulé de la partie VII actuelle, consacrée exclusivement à la médiation, en étendant son champ d'application à l'ensemble des modes de résolution amiable des litiges²⁹. Dans cette partie, un premier livre pourrait être consacré aux principes généraux applicables à tous les modes amiables de règlement des litiges, ensuite un livre II pourrait être consacré à la médiation, reprenant les dispositions actuelles de la partie VII et un livre III pourrait être consacré au droit collaboratif. D'autres modes amiables de résolution des litiges pourraient à l'avenir être insérés dans cette partie.

3. L'article 208 définit ce qu'est le droit collaboratif. L'article 209 réserve aux seuls avocats collaboratifs le droit de pratiquer ce mode de résolution amiable des litiges et précise quelles sont les formalités et conditions pour être reconnu avocat collaboratif.

Les articles 211 à 217 fixent les modalités d'exercice du droit collaboratif.

L'intérêt de l'insertion de ces normes, qui correspondent aux règles déjà explicitées notamment sur les sites des ordres communautaires³⁰ et édictées notamment dans la « charte de participation au processus de droit collaboratif »³¹, est de promouvoir ce mode de règlement des litiges « encore largement méconnu par une reconnaissance législative ».

Cet objectif et la façon dont il est réalisé n'appelle pas d'objection, sous la réserve qui suit.

²⁹ Cette extension ne se justifie pas par rapport à la partie VI du Code judiciaire, consacrée à l'arbitrage, dès lors que s'il s'agit d'un mode alternatif de résolution des litiges, il ne s'agit pas d'un mode amiable fondé sur la négociation, l'écoute et la concertation volontaire.

³⁰ Voir notamment www.avocats.be/fr/le-droit-collaboratif et www.ordeexpress.be/artikel/144/1939/collaboratieve-onderhandeling-in-de-steigers.

³¹ www.avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf.

4. Les particularités du droit collaboratif semblent en effet peu conciliables avec la possibilité offerte au juge par l'article 210 de l'avant-projet (nouvel article 1740 du Code judiciaire) d'ordonner aux parties de tenter de résoudre leur litige spécifiquement par le processus de droit collaboratif. En effet, parmi les règles essentielles de ce mode de règlement amiable des litiges, se trouvent :

1°) l'obligation pour chaque partie de recourir à l'assistance d'un « avocat collaboratif »,

2°) l'engagement de ne pas entreprendre ou poursuivre une procédure contentieuse durant le temps de la négociation collaborative et

3°) l'obligation pour les avocats collaboratifs de se retirer de la défense de leur client en cas d'échec des négociations. En d'autres termes, l'avocat collaboratif ne pourra en aucun cas rester l'avocat de son client pour la poursuite de la procédure si le processus collaboratif n'aboutit pas.

Ces règles spécifiques au droit collaboratif contraignent les parties à la procédure judiciaire qui ne sont pas assistées, dès l'origine, d'un avocat collaboratif, de changer de conseil avant d'entamer le processus collaboratif. De même, les parties seront contraintes à recourir nécessairement aux services d'un nouvel avocat, en cas d'échec du processus, pour poursuivre une procédure qui était, à l'origine, contentieuse (puisque l'on s'inscrit dans l'hypothèse d'un processus de droit collaboratif ordonné en cours de procédure judiciaire) ³².

5. S'il peut être admis que la promotion du droit collaboratif justifie l'introduction de ce mode amiable de résolution des litiges dans le Code judiciaire, il n'apparaît pas opportun d'insérer une disposition prévoyant spécifiquement la possibilité pour le juge d'ordonner d'office ou à la demande d'une partie de tenter de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif.

Il y a lieu, au contraire, d'insérer une disposition prévoyant que lorsque le juge ordonne une médiation, les parties peuvent de commun accord recourir à une négociation de droit collaboratif en lieu et place de la mesure ordonnée par le juge.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 209

Il faut logiquement supposer que l'agrément en qualité d'avocat collaboratif implique que son titulaire « [peut] offrir des garanties en matière de négociation collaborative ». Dès lors la section de législation n'aperçoit pas la plus-value qui s'attache à la précision selon laquelle il faut à la fois avoir reçu l'agrément exigé d'avocat collaboratif et offrir des garanties en

³² À cet égard, si la désignation par le juge du médiateur, à défaut d'accord des parties sur un choix commun, ne pose aucune objection de principe, le médiateur étant par nature neutre, il n'est pas envisageable – le texte de l'avant-projet ne le prévoit d'ailleurs pas – que le juge désigne les avocats collaboratifs qui assisteront leurs clients respectifs dans le processus de négociation collaborative.

matière de négociation collaborative pour figurer « sur la liste des avocats collaboratifs établie par l'Orde van Vlaamse balies et l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ». Le commentaire de l'article précise à ce propos que ce sont les ordres qui détermineront ces garanties.

L'articulation entre l'agrément et la condition selon laquelle l'avocat doit « pouvoir offrir des garanties en matière de négociation collaborative » sera clarifiée, à tout le moins dans le commentaire de l'article.

Article 218

L'article 218 lie la poursuite de l'exercice de leurs mandats par les membres de la Commission fédérale de médiation à l'entrée en vigueur « de la présente loi ». À l'évidence, l'auteur de l'avant-projet souhaite viser l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet concernant la médiation. Or, l'article 219 ne garantit pas que les dispositions concernant la médiation entreront toutes en vigueur au même moment. Ce faisant, il y a donc un risque de vide juridique d'autant que la section de législation n'aperçoit pas comment en pratique, les membres de la Commission fédérale de médiation nommés selon les modalités de la loi du 21 février 2005 continueront à exercer leur mandat dans l'attente de la désignation de nouveaux membres dans une Commission fédérale de médiation dont les organes auront été fondamentalement revus.

Le dispositif sera revu en conséquence.

OBSERVATIONS FINALES

L'avant-projet de loi appelle une double relecture attentive de l'ensemble du texte.

La première relecture portera sur la qualité rédactionnelle du texte en projet sur le fond et dans la forme. Le commentaire des articles tirera également un grand profit d'une telle relecture car, dans certains cas, il s'agit de reproduire des dispositions déjà en vigueur. Quoique soit ainsi manifestée la volonté de légiférer à nouveau, ouvrant ainsi la voie à d'éventuels recours devant la Cour constitutionnelle, la portée du texte n'est en principe pas modifiée. La jurisprudence et la doctrine qui les concernent gardent tout leur intérêt³³. S'agissant de textes nouveaux, tranchant des controverses jurisprudentielles ou doctrinales, outre la clarté requise du commentaire des articles, l'auteur de l'avant-projet s'assurera de l'exacte adéquation de celui-ci avec le dispositif en projet. Cet examen concerne également la cohérence entre les textes français et néerlandais.

Concrètement la section de législation attire l'attention sur les difficultés suivantes. Ce relevé n'est pas exhaustif.

³³ À cet égard, la mention dans le commentaire de l'article du texte ancien correspondant sera d'une grande utilité tant lors des discussions à la Chambre des représentants qu'ultérieurement.

À l'article 12 en projet du Code civil, dans le texte français, il y a lieu de remplacer les mots « leur ordre de nomination respectif » par les mots « l'ordre de leur nomination respective ».

L'article 72 en projet du Code civil crée une banque de données des actes de l'état civil que l'article 14, alinéa 2, en projet du Code civil identifie sous l'acronyme BAEC utilisé ensuite dans plusieurs dispositions des articles 14 à 71 en projet du Code civil. En revanche, dans le chapitre 3 en projet du Code civil relatif à la banque de données des actes civil (articles 72 à 85 en projet du Code civil), l'auteur recourt indistinctement à la dénomination « banque de données des actes de l'état civil » ou à l'acronyme BAEC. Si l'auteur fait le choix d'un acronyme, il veillera à l'utiliser dans la suite du texte de manière conséquente.

L'avant-projet utilise les notions de « copie conforme » (par exemple à l'article 367-2 en projet du Code civil à l'article 45 de l'avant-projet)³⁴, « copie certifiée conforme » (par exemple à l'article 1254 en projet du Code judiciaire à l'article 69 de l'avant-projet) et « traduction jurée » (par exemple à l'article 64 en projet du Code civil). L'auteur de l'avant-projet est invité à examiner l'adéquation des notions utilisées aux réalités couvertes et les uniformisera dans la mesure du possible. Le commentaire des articles fournira le cas échéant les explications nécessaires.

La seconde relecture aura pour objectif d'assurer le respect des règles de légistique. Compte tenu de l'ampleur de l'avant-projet, la section de législation n'a pu y procéder. Elle renvoie l'auteur de l'avant-projet au guide de rédaction publié en ligne³⁵. Dans un souci de sécurité juridique, l'auteur de l'avant-projet veillera particulièrement à identifier avec le plus grand soin les dispositions modifiées par l'avant-projet par la mention des modifications encore en vigueur qu'elles ont déjà subies³⁶.

*

³⁴ Dans le texte néerlandais, il est écrit « afschrift ».

³⁵ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative ».

³⁶ *Ibidem*, recommandations n^{os} 113 à 115 et formules F 4-2-1-1 à F 4-2-1-9.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

OPSCHRIFT VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het voorontwerp van wet wordt voorgesteld als een ontwerp “houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht”. Heel wat bepalingen van het voorontwerp van wet strekken er inderdaad toe het Burgerlijk Wetboek en diens gevolg ook andere wetgevende teksten te wijzigen, maar dat geldt niet voor de artikelen 180 tot 218, in titel 9 van het voorontwerp van wet, die uitsluitend het Gerechtelijk Wetboek beogen te wijzigen, *in casu* “met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing”.

Het opschrift van het voorontwerp van wet moet worden aangevuld zodat ook dat aspect van de inhoud ervan wordt vermeld.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

TITEL 1 – Algemene bepaling

Bij deze titel zijn geen opmerkingen te maken.

TITEL 2 – Modernisering van de burgerlijke stand

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het ontworpen artikel 14, tweede lid, luidt als volgt:

“De akten van de burgerlijke stand worden, behoudens wettelijke uitzonderingen, in gedematerialiseerde vorm opgemaakt in de Databank Akten Burgerlijke Stand (afgekort DABS).”

Die databank wordt bij de ontworpen artikelen 72 en volgende opgericht

“in opdracht van de Federale Overheidsdienst Justitie, (...) bij de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken die verantwoordelijk is voor het operationeel beheer ervan, onverminderd de bevoegdheid van de Minister van Justitie betreffende de burgerlijke stand” (artikel 75, § 1).

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

“De Federale Overheidsdienst Justitie is de verantwoordelijke voor de verwerking van de gegevens in de Databank Akten Burgerlijke Stand in de zin van artikel 1, § 4, tweede lid van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens” (artikel 75, § 2).

De Databank Akten Burgerlijke Stand wordt beheerd door een beheerscomité, samengesteld uit 16 personen van wie de helft vertegenwoordigers van de gemeentelijke overheden zijn (artikel 76).

2. Artikel 164 van de Grondwet luidt als volgt:

“Het opmaken van de akten van de burgerlijke stand en het houden van de registers behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid.”

3. Er moet worden nagegaan of het voorliggende voorontwerp het grondwettelijke voorschrift naleeft, namelijk dat de ambtenaar van de burgerlijke stand uit een organiek oogpunt tot de gemeentelijke instelling behoort,¹ zowel voor het opmaken van de akten van de burgerlijke stand (A) als voor het houden van de registers (B).

A. HET OPMAKEN VAN DE AKTEN VAN DE BURGERLIJKE STAND

4. De memorie van toelichting stelt het volgende: “Aan de verantwoordelijkheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt in se niet geraakt. Hij blijft verantwoordelijk voor de opmaak van zijn akten”.

Volgens de regeling die het voorliggende voorontwerp invoert, worden de akten van de burgerlijke stand in principe inderdaad door de ambtenaar van de burgerlijke stand ingevoerd in de DABS.

5. Dat principe kent echter belangrijke uitzonderingen, aangezien de DABS automatisch bepaalde ontwerpakten genereert, in het bijzonder de nietigheid van het huwelijk (artikel 193^{ter} van het Burgerlijk Wetboek, zoals vervangen bij artikel 24 van het voorontwerp), de herziening en de herroeping van de adoptie (artikelen 351, derde lid, en 354/2 van het Burgerlijk Wetboek, zoals respectievelijk vervangen bij artikel 40 en ingevoegd bij artikel 42 van het voorontwerp), de naamsverandering (artikelen 370/7 en 370/8 van het Burgerlijk Wetboek, zoals ingevoegd bij de artikelen 61 en 62 van het voorontwerp), de inschrijving van de scheiding (artikelen 1275 en 1303 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals vervangen bij de artikelen 70 en 72 van het voorontwerp), de wijziging van het geslacht (artikel 1385^{quaterdecies} van het Gerechtelijk Wetboek, zoals vervangen bij artikel 75 van het voorontwerp), de nietigheid van het huwelijk (artikel 79^{quater} van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’ en artikel 391^{octies}, § 4, van het Strafwetboek, zoals respectievelijk vervangen bij de artikelen 77 en 95 van het voorontwerp).

¹ Zie advies 17.801/2, op 12 oktober 1987 gegeven over een voorstel van wet ‘tot wijziging van artikel 93 van de gemeentewet’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/17801.pdf>.

In de bespreking van artikel 24 van het voorontwerp staat het volgende:

“Bij de nietigverklaring van het huwelijk zal de DABS zelf een ontwerp van akte van inschrijving genereren wanneer de nietigheid van het huwelijk is uitgesproken bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing. De DABS zal dit ontwerp notificeren aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand.

De ambtenaar van de burgerlijke stand kan binnen de drie dagen dit ontwerp van akte controleren en zo nodig wijzigen, waarna de akte definitief wordt (...)

Hierdoor wordt het principe gerespecteerd dat de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd is voor het opmaken van de akten van de burgerlijke stand en het houden van de registers. Hij is dus ook verantwoordelijk voor wat er in de DABS wordt opgenomen.”

Die regeling gaat echter voorbij aan artikel 164 van de Grondwet, luidens hetwelk het opmaken van de akten van de burgerlijke stand “bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid” behoort. De ambtenaar van de burgerlijke stand moet dus zelf de verantwoordelijkheid opnemen voor de inschrijving van de akte. Zijn bevoegdheid kan niet worden beperkt tot een recht om de akten die door een andere instantie zijn opgemaakt, te controleren en te wijzigen. De steller van het voorontwerp moet uitdrukkelijk voorzien in een positief optreden van de ambtenaar van de burgerlijke stand waarmee deze de uiteindelijke verantwoordelijkheid neemt voor de akte van de burgerlijke stand en de inschrijving ervan in de registers.

B. HET HOUDEN VAN DE REGISTERS

Het voorliggende voorontwerp neemt de gemeentelijke overheid het belangrijkste deel van de bevoegdheid inzake het houden van de registers af, en verleent dit aan de DABS (ontworpen artikel 73).

Uit de herformulering van de opdrachten van de ambtenaar van de burgerlijke stand blijkt dat deze zich voortaan moet concentreren op het opmaken van de akten van de burgerlijke stand.

Artikel 125 van de Nieuwe gemeentewet luidt als volgt:

“Het college van burgemeester en schepenen is belast met het houden van de registers van de burgerlijke stand.

De burgemeester, of een schepen daartoe aangewezen door het college, vervult de bediening van ambtenaar van de burgerlijke stand en is er inzonderheid mee belast om alles wat de akten en het houden van de registers betreft, stipt te doen nakomen (...).”

Dat artikel wordt door het ontworpen artikel 7 vervangen:

“Het college van burgemeester en schepenen is bevoegd voor het beheer van de burgerlijke stand.

De burgemeester, of een hiertoe door het college aangeduide schepen, vervult de taak van ambtenaar van de burgerlijke stand. Hij zorgt in het bijzonder voor het

nauwkeurig naleven van alle bepalingen in verband met de akten van de burgerlijke stand.”

In dat artikel is geen sprake meer van het houden van de registers.²

Dat het zou kunnen dat de gemeentelijke instellingen voortaan niet meer verantwoordelijk zouden zijn voor het houden van de registers, lijkt ook te worden bevestigd door het ontworpen artikel 37 van het Burgerlijk Wetboek:

“Onder voorbehoud van de aansprakelijkheid van de operationele beheerder en de verantwoordelijke voor de verwerking van de persoonsgegevens bedoeld in artikel 74 is de ambtenaar van de burgerlijke stand burgerrechtelijk aansprakelijk voor het niet naleven van de in het kader van zijn functie opgelegde voorschriften, behoudens verhaal op de personen die hem verhinderd hebben deze voorschriften uit te voeren, indien daartoe grond bestaat.”

In de memorie van toelichting staat het volgende te lezen:

“Artikel 164 van de Grondwet bepaalt uitdrukkelijk dat het opmaken van de akten van de burgerlijke stand en het houden van de registers bij uitsluiting behoren tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid. Door de creatie van de Databank Akten Burgerlijke Stand wordt niet geraakt aan dit grondwettelijke principe, [aangezien] de ambtenaren van de burgerlijke stand van de gemeenten ook in de nieuwe omgeving verantwoordelijk blijven voor het opmaken en het beheer van de aan hen toegewezen akten in de DABS. De DABS is immers de integratie van de verschillende gemeentelijke registers in één gemeenschappelijk beheerde databank.”

De memorie van toelichting preciseert voorts:

“Daar het opmaken van de akten van de burgerlijke stand en het houden van de registers behoren tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid, hebben de gemeenten een belangrijke stem in het beheerscomité, naast de vertegenwoordigers van de FOD Justitie, de FOD Binnenlandse Zaken, de FOD Buitenlandse Zaken en het Rijksarchief. Het operationeel en technisch beheer van de DABS zal worden waargenomen door de FOD Binnenlandse Zaken.”

Artikel 164 van de Grondwet staat er weliswaar niet aan in de weg dat de steller van het voorontwerp de gemeentelijke overheden oplegt de akten van de burgerlijke stand te dematerialiseren en de registers in de vorm van een databank te houden, maar datzelfde artikel vereist dat het opmaken van die akten en het houden van een databank “bij uitsluiting” zaak zijn van iedere gemeentelijke overheid.

Het voorontwerp moet worden herzien opdat die exclusieve bevoegdheid in acht wordt genomen. De gedematerialiseerde gegevens van de akten en registers kunnen naderhand in een centrale databank worden opgenomen.

² Artikel 103, 1°, van het voorontwerp heft artikel 132 van de Nieuwe gemeentewet op, dat luidt als volgt:

“Het college van burgemeester en schepenen zorgt voor de bewaring van het archief, van de titels en van de registers van de burgerlijke stand; het maakt daarvan, alsmede van charters en andere oude bescheiden der gemeente, inventarissen op in tweevoud en belet dat enig stuk verkocht of uit de bewaarplaats weggenomen wordt”. Voortaan wordt het archief van de registers krachtens het ontworpen artikel 78 van het Burgerlijk Wetboek aan het Rijksarchief overgedragen (zie memorie van toelichting).

Onder dat belangrijke voorbehoud worden hierna de opmerkingen bij de artikelen 37 en 72 tot 85 van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij artikel 4 van het voorontwerp, geformuleerd.

Hoofdstuk 1. Wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In het kader van de invoering van een register van de gedematerialiseerde akten van de burgerlijke stand bepaalt het voorontwerp niet meer dat de akte van de burgerlijke stand moet worden ondertekend door de personen op wie die akte betrekking heeft. Enkel de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand moet die akte ondertekenen.

De steller van het voorontwerp motiveert die hervorming door te wijzen op praktische moeilijkheden en budgettaire redenen aan te halen en door te wijzen op het feit dat de ambtenaar van de burgerlijke stand er voortaan voor instaat dat de akten van de burgerlijke stand wettelijk zijn en naar behoren zijn opgemaakt.

Een dergelijke regeling zal echter meebrengen dat de burgers onmogelijk nog kunnen aantonen dat ze niet hebben ingestemd met het opmaken van een akte van de burgerlijke stand, bijvoorbeeld de erkenning van een afstamming of een akte van huwelijksvoltrekking.

Aangezien de burgers de akten van de burgerlijke stand die op hen betrekking hebben, niet meer moeten ondertekenen, zal er immers geen ander bewijs van hun instemming bestaan dan de akte zelf. Een dergelijke akte is een authentieke akte en heeft dus bewijskracht totdat een justitieel gerecht het vals verklaart. Dat het document vals is, zal moeten worden aangetoond door de betrokken burger. De afdeling Wetgeving ziet echter niet goed in hoe die burger in staat zou zijn het negatieve feit dat hij niet heeft ingestemd, aan te tonen.

Het voorontwerp moet dus worden herzien zodat wordt bepaald, zoals thans het geval is (zie artikel 39 van het Burgerlijk Wetboek), dat de verschijnende partijen de akte van de burgerlijke stand ondertekenen.

2. De ontworpen artikelen 30, § 1, vierde lid, 67 en 84, § 2, en het opschrift van onderafdeling 5 van afdeling 10 van hoofdstuk 2 van de ontworpen titel 2 verwijzen naar het begrip “doorhaling”. Aangezien de steller van het voorontwerp ernaar streeft dat alle akten van de burgerlijke stand voortaan in gedematerialiseerde vorm worden opgemaakt, lijkt het begrip “doorhaling” hier niet meer toepasselijk. Het dispositief moet dienovereenkomstig worden aangepast.

BIJZONDERE OPMERKINGENArtikel 4Titel 2. De burgerlijke standOntworpen artikelen 14 en 22 tot 26 van het Burgerlijk Wetboek

Volgens het ontworpen artikel 22 gelden de akten van de burgerlijke stand als enige bewijs van de staat van de persoon. De artikelen 23 en 24 gaan over twee gevallen waarin de akten van de burgerlijke stand bewijskracht hebben, namelijk wanneer akten in gedematerialiseerde vorm zijn opgemaakt, en wanneer akten vóór de goedkeuring van het voorontwerp op papier zijn opgemaakt. Aldus organiseert artikel 24 in zekere zin een overgangsregeling inzake de bewijskracht van de akten van de burgerlijke stand.

De afdeling Wetgeving vraagt zich echter af hoe het zit met de akten die, in uitzonderlijke omstandigheden zoals bij een langdurige onbeschikbaarheid van het systeem die de artikelsgewijze bespreking als voorbeeld aanhaalt, in de vorm van een proces-verbaal worden opgemaakt. In dat geval zal er gedurende een min of meer lange periode dus geen gedematerialiseerde of papieren akte van de burgerlijke stand voorhanden zijn, maar wel een proces-verbaal dat door de ambtenaar van de burgerlijke stand is opgemaakt.

Omwille van de rechtszekerheid moet duidelijkheid worden geschapen omtrent de bewijskracht van dat proces-verbaal dat door de ambtenaar van de burgerlijke stand is opgemaakt.

Ontworpen artikelen 16 en 41 van het Burgerlijk Wetboek

Het ontworpen artikel 16 luidt als volgt:

“De ambtenaar van de burgerlijke stand vermeldt in de akten die hij opmaakt niets anders dan wat hem door de partijen moet worden verklaard en wat hem door de wet wordt opgelegd.”

Het ontworpen artikel 41, § 3, luidt als volgt:

“De akten van de burgerlijke stand vermelden verder de gegevens zoals voorzien in deze titel.

De akten vermelden geen andere gegevens dan deze voorzien in deze titel.”

De ontworpen artikelen 16 en 41, § 3, tweede lid, lijken elkaar te overlappen.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht de inhoud van de akten van de burgerlijke stand volledig en uitsluitend in het ontworpen artikel 16 regelen.

Ontworpen artikel 17 van het Burgerlijk Wetboek

Uit de bespreking van het ontworpen artikel 17 blijkt dat de steller van het voorontwerp het begrip “partijen” ruim interpreteert: het zou ook betrekking hebben op een arts die een medisch attest heeft opgemaakt. Aldus verleent de steller van het voorontwerp het begrip “partijen” een strekking die verder gaat dan die welke in het recht daaraan gewoonlijk wordt toegekend. Dat schept rechtsonzekerheid. Het verdient aanbeveling “de personen waarop de akte betrekking heeft of die bij de totstandkoming ervan betrokken zijn” te vermelden, in plaats van “de partijen”.

Ontworpen artikel 18 van het Burgerlijk Wetboek

De ontworpen paragraaf 2 luidt als volgt:

“Onverminderd het artikel 1317 van dit wetboek, bestaat de handtekening uit een handgeschreven handtekening, of een gekwalificeerde elektronische handtekening of een gekwalificeerd elektronisch zegel, als bedoeld in respectievelijk artikel 3.12 en 3.27 van verordening (EU) nr. 910/2014 (...).”

Aangezien artikel 14 van het voorontwerp stelt dat de akten van de burgerlijke stand “behoudens wettelijke uitzonderingen” in gedematerialiseerde vorm worden opgemaakt in de DABS, valt de verwijzing naar een eventueel handgeschreven handtekening in artikel 18, § 2, van het voorontwerp te rechtvaardigen.

Het ontworpen artikel 18, § 2, maakt het ook mogelijk dat van een gekwalificeerd elektronisch zegel gebruikgemaakt wordt.³

Op de vraag wat de strekking is van en wat de redenen zijn voor de machtiging aan de Koning waarin het ontworpen artikel 18, § 3, van het Burgerlijk Wetboek voorziet, luidens welke machtiging de Koning een vereenvoudigde procedure kan vaststellen voor de ondertekening van de akten van de burgerlijke stand die zijn opgemaakt op basis van een ontwerp dat automatisch door de databank van de akten van de burgerlijke stand is gegenereerd, heeft de

³ Artikel XII.25, § 3, van het Wetboek van economisch recht bepaalt het volgende:

“Onverminderd de artikelen 1323 en volgende van het Burgerlijk Wetboek en de wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de vertegenwoordiging van rechtspersonen, wordt een gekwalificeerd elektronisch zegel, aangewend in het kader van juridische akten die enkel door of tussen fysieke en/of rechtspersonen plaatsvinden die in België zijn gedomicilieerd of gevestigd, gelijkgesteld met de handgeschreven handtekening van de natuurlijke persoon die de rechtspersoon die het zegel heeft aangemaakt, vertegenwoordigt.”

Met een gekwalificeerd elektronisch zegel kan echter niet worden voldaan aan de vereisten van artikel 1317, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek – zoals dat is gewijzigd bij de wet van 6 juli 2017 – waaraan het ontworpen artikel 18 geen afbreuk wil doen.

Die bepaling stelt immers het volgende:

“Onverminderd de in het tweede lid bepaalde voorwaarden, voldoet, voor de authentieke akten die door een openbaar ambtenaar in gedematerialiseerde vorm zijn opgemaakt, verleden of betekend, enkel een gekwalificeerde elektronische handtekening, bedoeld in artikel 3.12. van verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, aan de voorwaarden van een handtekening.”

Artikel 1317, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek laat dus niet toe dat van een gekwalificeerd elektronisch zegel gebruikgemaakt wordt, maar schrijft een gekwalificeerde elektronische handtekening voor zoals bedoeld in artikel 3.12 van verordening 910/2014.

gemachtigde van de minister gepreciseerd dat de steller van het voorontwerp in voorkomend geval de kosten die aan een gekwalificeerde elektronische handtekening zijn verbonden, wil voorkomen.

Overweging 49 van verordening 910/2014 stelt het volgende:

“Het nationaal recht moet (...) bepalen welk rechtsgevolg elektronische handtekeningen hebben, met uitzondering van de in deze verordening vastgestelde voorschriften dat een gekwalificeerde elektronische handtekening hetzelfde rechtsgevolg dient te hebben als een handgeschreven handtekening.”

De steller van het voorontwerp zou dus kunnen bepalen dat een niet-gekwaliificeerde elektronische handtekening hetzelfde rechtsgevolg heeft als een handgeschreven handtekening. In dat kader moet hij wel het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en van non-discriminatie in acht nemen.

Uit de algemene overwegingen van de memorie van toelichting blijkt evenwel dat de principiële gebruikmaking van een gekwalificeerde elektronische handtekening, voorgeschreven bij het ontworpen artikel 18, § 2, en bij artikel 1317 van hetzelfde wetboek, wordt gerechtvaardigd door het feit dat

“[d]ergelijke gekwalificeerde diensten (...) een zeer hoog niveau van betrouwbaarheid [bieden], zowel technisch als juridisch, en (...) de enige manier [zijn] om op redelijke manier te kunnen beantwoorden aan de noodzaak van juridische zekerheid van akten van de burgerlijke stand”

De afdeling Wetgeving begrijpt in dit geval niet hoe het feit dat een akte van de burgerlijke stand is opgemaakt op basis van een ontwerp dat automatisch door de DABS is gegenereerd, de rechtszekerheidsvereisten inzake die akte zou kunnen beperken of het risico op vervalsing van de vereiste handtekeningen tijdens het opmaken van de akte zou kunnen verkleinen.

Het dispositief moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

Ontworpen artikel 22 van het Burgerlijk Wetboek

In zoverre het ontworpen artikel 22 bepaalt dat “[d]e akten van de burgerlijke stand (...) als enige bewijs van de staat van de persoon [gelden]”, is het in tegenspraak met andere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek volgens welke een persoon bepaalde elementen betreffende de staat van de persoon met andere middelen kan bewijzen.⁴ Het dispositief van het ontworpen artikel 22 moet dienovereenkomstig worden herzien om die incoherentie te verhelpen.

⁴ Zie in het bijzonder de ontworpen artikelen 25, 164/3 en 164/6.

Ontworpen artikel 24 van het Burgerlijk Wetboek

De bedoeling van de steller van het voorontwerp blijkt niet duidelijk uit de huidige redactie van het ontworpen eerste lid.

Het is immers zijn bedoeling dat de versie van een in de DABS geregistreerde akte van de burgerlijke stand die vóór de inwerkingtreding van het voorontwerp van wet op papier is opgemaakt, bewijskracht heeft tot bewijs van het tegendeel. Volgens de huidige formulering lijkt echter de akte van de burgerlijke stand die vóór de inwerkingtreding van het voorontwerp van wet op papier is opgemaakt, bewijskracht te hebben tot bewijs van het tegendeel zodra ze in de DABS is geregistreerd.

Ontworpen artikelen 28 en 29 van het Burgerlijk Wetboek

Gelet op het feit dat de gedematerialiseerde kopieën⁵ waarvan in artikel 73, eerste lid, 3) en 4), sprake is, “beelden” zijn van de originele akten van de burgerlijke stand die vóór de inwerkingtreding van het nieuwe dispositief van het Burgerlijk Wetboek op papier zijn opgemaakt, rijst de volgende vraag met betrekking tot de ontworpen artikelen 28 en 29 *juncto* het ontworpen artikel 73, eerste lid, 3) en 4): wanneer de persoon op wie de akte in kwestie betrekking heeft, een kopie van de akte wenst te verkrijgen overeenkomstig het recht dat het ontworpen artikel 28 daartoe invoert, zal hij dan een afschrift van de gedematerialiseerde kopie krijgen, of een afschrift van de originele akte die op papier is opgemaakt daar het papieren register van de burgerlijke stand, met toepassing *a contrario* van het ontworpen artikel 73, tweede lid, nog altijd de enige authentieke bron is?⁶ Dat ontworpen artikel 73, tweede lid, preciseert immers het volgende:

“De Databank Akten Burgerlijke Stand geldt als authentieke bron voor alle akten opgemaakt na de inwerkingtreding van de wet en de gegevens die erin zijn opgenomen.”

De steller van het voorontwerp moet nagaan of een persoon op wie een akte van de burgerlijke stand betrekking heeft die vóór 1 januari 2019 op papier is opgemaakt, over een afschrift van de authentieke op papier opgemaakte akte zal kunnen beschikken onder dezelfde voorwaarden en voor dezelfde prijs als die welke gelden voor een afschrift van een gedematerialiseerde akte die vanaf 1 januari 2019 is opgemaakt of ingeschreven.

Eenzelfde opmerking geldt voor de uittreksels van akten.

⁵ In hoofdstuk 8, dat overgangsbepalingen bevat, bepaalt artikel 97 van het voorontwerp dat “[e]en papieren akte van de burgerlijke stand die in gedematerialiseerde vorm in de DABS werd opgenomen (...) door de ambtenaar van de burgerlijke stand die houder is van het register waarin de akte zich bevindt bewaard [dient] te worden”. Die bepaling maakt het ontworpen artikel 73 van het Burgerlijk Wetboek nog abstruser. Ook artikel 98 van het voorontwerp werpt op zich geen licht op de procedure, tenzij in combinatie met de verduidelijking gegeven in de bespreking van artikel 96 van het voorontwerp, waarin sprake is van de begrippen “geactualiseerd beeld van de akte (nodig voor het afleveren van afschriften)” en “metagegevens (nodig voor het afleveren van de uittreksels)” in het kader van een “volledig gemigreerd[e] [akte]”.

⁶ In de memorie van toelichting staat trouwens dat “[d]e elektronische akten opgemaakt na de oprichting van de DABS (...) volledige bewijswaarde [hebben] (nl. tot bewijs valsheid in geschrifte), in tegenstelling tot de oude papieren akten die nadien in de DABS werden opgenomen, die slechts gelden tot bewijs van tegendeel”.

Ontworpen artikel 28 van het Burgerlijk Wetboek

1. Uit de bespreking van artikel 28 blijkt dat de steller van het voorontwerp de afgifte van uittreksels van de akten van de burgerlijke stand wil bevorderen en dat afschriften enkel nog op uitdrukkelijk verzoek zouden kunnen worden afgegeven, en enkel in zoverre het doel waarmee het afschrift wordt gevraagd, dat rechtvaardigt.

Het dispositief van het ontworpen artikel 28 geeft die bedoeling, volgens de afdeling Wetgeving terecht, niet weer. Wanneer een afschrift alleen mag worden afgegeven nadat de ambtenaar van de burgerlijke stand is nagegaan of de aanvraag gerechtvaardigd is in het licht van het oogmerk waarmee het afschrift wordt gevraagd, zou dat betekenen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zich in het privéleven van de burger mengt.

De afdeling Wetgeving begrijpt niet hoe een dergelijke inmenging te rechtvaardigen valt.

2. In het ontworpen artikel 28, § 1, derde lid, moet het woord “verder” worden weggelaten.

3. In de Franse tekst van paragraaf 3 schrijve men “ou le fonctionnaire délégué”.

Ontworpen artikel 31 van het Burgerlijk Wetboek

Uit de bespreking van het ontworpen artikel 31 blijkt dat de steller van het voorontwerp een fout betreffende de ambtenaar van de burgerlijke stand die in de akte wordt vermeld, een verkeerde datum van opmaak van de akte of het ontbreken van wettelijk vereiste gegevens als “materiële vergissingen” beschouwt.

Maar volgens de definitie van “materiële vergissing” in het ontworpen artikel 31, § 2, kunnen dergelijke vergissingen niet als “materiële vergissingen” worden bestempeld. Ze zijn immers niet het resultaat van een onjuiste vermelding in de akte van de burgerlijke stand van een gegeven dat in een authentieke akte of in een officieel attest stond dat de ambtenaar van de burgerlijke stand in zijn bezit had op het ogenblik waarop de akte werd opgemaakt.

De definitie van het begrip “materiële vergissing” moet dus worden aangepast zodat ook dergelijke fouten daaronder vallen.

Ontworpen artikel 37 van het Burgerlijk Wetboek

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in het ontworpen artikel 37 moet worden verwezen naar artikel 75 van het Burgerlijk Wetboek in plaats van naar artikel 74 van hetzelfde wetboek.

Ontworpen artikel 41 van het Burgerlijk Wetboek

1. In het dispositief moet uitdrukkelijk worden gepreciseerd dat het identificatienummer geen deel uitmaakt van de eigenlijke akte en dus buiten de rechtbank om kan worden verbeterd.

2. De ontworpen paragraaf 1 stelt dat de akten van de burgerlijke stand altijd melding moeten maken van “de naam, de voornaam en de handtekening van de ambtenaar van de burgerlijke stand of de overeenkomstig artikel 9 gemachtigde beambte, die de akte heeft opgemaakt”.

Voor alle akten van de burgerlijke stand die op basis van een automatisch gegenereerd ontwerp digitaal worden opgemaakt, wordt echter bepaald dat dat ontwerp definitief wordt indien het niet binnen drie dagen door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt gewijzigd. In dat geval bevat de akte niet de handtekening van de ambtenaar van de burgerlijke stand aangezien ze impliciet is goedgekeurd.

In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking 1 bij hoofdstuk 1 “Wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek”.

Ontworpen artikel 42 van het Burgerlijk Wetboek

Aangezien de in het ontworpen artikel 42 bedoelde kennisgeving van de geboorte het mogelijk zou moeten maken om de geboorteaangifte op te maken indien de ouders van het kind binnen vijftien dagen na de geboorte daarvan geen aangifte doen, is het raadzaam in de wet of via een machtiging aan de Koning in die zin te preciseren welke inlichtingen bij de kennisgeving meegedeeld dienen te worden.

Ontworpen artikel 43 van het Burgerlijk Wetboek

1. In de Franse tekst dienen in paragraaf 1 de woorden “ou la mère” vervangen te worden door de woorden “et la mère”, teneinde aan dat dispositief een dienstige strekking te verlenen.

2. In diezelfde paragraaf moet er bovendien op toegezien worden dat de Nederlandse en de Franse tekst met elkaar in overeenstemming zijn wat betreft de vermelding van de personen die de geboorteaangifte doen.

3. Een soortgelijke opmerking geldt voor de artikelen 50, 2°, en 51, 3° (“hoedanigheid”, “statut”, “qualité”).

Ontworpen artikel 44 van het Burgerlijk Wetboek

Het is de bedoeling om in het ontworpen artikel 44 in het bijzonder de gegevens over te nemen die thans vermeld worden in artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek. De formulering die in het ontworpen artikel 44, 3°, gehanteerd wordt, verschilt evenwel van de huidige formulering van artikel 57, 2°, van het Burgerlijk Wetboek. Doordat gebruikgemaakt wordt van de woorden “indien hun afstamming vaststaat”, terwijl die mogelijkheid niet alleen betrekking heeft op de vader of de meemoeder, ontstaat de indruk dat de afstamming van moederszijde eveneens vóór de opmaak van de geboorteakte zou moeten vaststaan. Artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek luidt evenwel als volgt:

“Het kind heeft als moeder de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld.”

Teneinde elke tegenstrijdigheid met artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek te vermijden en ter wille van de rechtszekerheid zouden de woorden “en van de vader of de meemoeder, indien hun afstamming vaststaat” bijgevolg vervangen kunnen worden door de woorden “en van de vader, indien de afstamming van vaderszijde vaststaat, of van de meemoeder, indien de afstamming harerzijds vaststaat”.

In het huidige artikel 131 van het Burgerlijk Wetboek dient de verwijzing naar artikel 79, net zoals dat het geval is in het ontworpen artikel 121, § 1, eerste lid, vervangen te worden door een verwijzing naar artikel 56 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorontwerp).⁷

Ontworpen artikelen 58 en 59, 1°, van het Burgerlijk Wetboek

Uit de bespreking van de ontworpen artikelen 58 en 59, 1°, blijkt dat de reden voor de vervanging van het woord “bevalling” dat thans in artikel 80*bis*, tweede lid, 1°, van het Burgerlijk Wetboek gebruikt wordt, de bedoeling is om eenheid te brengen in de terminologie die gebruikt wordt in het eerste en tweede lid van artikel 80*bis*, welke leden in het voorontwerp overgenomen worden in de ontworpen artikelen 58 en 59, 1°. Het hanteren van uiteenlopende begrippen, waaraan de steller van het voorontwerp een einde wil maken, is evenwel slechts schijn. Wanneer in artikel 80*bis*, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (ontworpen artikel 58) verwezen wordt naar “het ogenblik van de vaststelling van de geboorte”, heeft die bepaling betrekking op de vaststelling van het bestaan van een kind dat levend geboren en intussen niet overleden is en dus op de vaststelling van de “geboorte” van dat kind. Ingeval het kind overleden is op het ogenblik dat die vaststelling gedaan diende te worden, is het niet meer mogelijk een dergelijke vaststelling te doen en dient een akte van aangifte van een levenloos kind opgemaakt te worden.

Bij de huidige stand van het recht heeft een kind dat levenloos ter wereld gekomen is of vóór de vaststelling van zijn geboorte overleden is geen rechtspersoonlijkheid. Aangezien uit de bespreking van de artikelen 58 en 59 blijkt dat het de bedoeling van de steller van het

⁷ Vergelijk bijvoorbeeld met het ontworpen artikel 133 (artikel 7 van het voorontwerp) en het ontworpen artikel 145/1 (artikel 11 van het voorontwerp).

voorontwerp is om de huidige regeling niet te wijzigen, zou het beter zijn de woorden “het uur, de plaats van de bevalling” te behouden in het ontworpen artikel 59, 1°, teneinde geen verwarring te doen ontstaan over het feit dat het niet mogelijk is de geboorte van een levenloos kind vast te stellen, wat overigens bevestigd wordt door de gemachtigde van de minister.

Om soortgelijke redenen dient de term “[geboren]” geschrapt te worden in het opschrift van onderafdeling 3.

Ontworpen artikel 61 van het Burgerlijk Wetboek

Aangezien een persoon verschillende voornamen kan hebben en niets eraan in de weg staat dat men al die voornamen of sommige ervan laat veranderen (zie het ontworpen artikel 2, § 3, van de wet van 15 mei 1987 ‘betreffende de namen en voornamen’ en het ontworpen artikel 370/3, § 3), dienen in het ontworpen artikel 61, 2° de woorden “de nieuwe voornaam” vervangen te worden door de woorden “de nieuwe voornaam of voornamen”.

Ontworpen artikel 62 van het Burgerlijk Wetboek

In het ontworpen artikel 62, 3°, wordt verwezen naar artikel 11, § 2, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit. Uit artikel 124 van het voorontwerp van wet vloeit evenwel voort dat die bepaling opgeheven wordt, terwijl ze bovendien vervangen wordt bij het ontworpen artikel 11bis van het Wetboek van de Belgische nationaliteit (zie artikel 125 van het voorontwerp van wet). Het dispositief van het ontworpen artikel 62, 3°, behoort bijgevolg dienovereenkomstig herzien te worden.

Ontworpen artikel 63 van het Burgerlijk Wetboek

Het ontworpen artikel 63 vormt onderafdeling 1 “Algemene bepaling” van afdeling 10 “De akten van inschrijving”.

Die bepaling heeft evenwel alleen betrekking op de inschrijving van rechterlijke beslissingen. Verscheidene daaropvolgende bepalingen van afdeling 10 hebben echter betrekking op de inschrijving van administratieve akten (zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 66, dat inzonderheid betrekking heeft op de inschrijving van een door een buitenlandse autoriteit uitgesproken adoptie; het ontworpen artikel 69, dat betrekking heeft op de inschrijving van een naamsverandering die uit een koninklijk besluit blijkt; het ontworpen artikel 70, dat betrekking heeft op de inschrijving van een buitenlandse akte; enz.).

Zoals het ontworpen artikel 63 gesteld is, is het dus niet algemeen toepasselijk op alle akten van inschrijving bedoeld in afdeling 10.

Het dispositief behoort derhalve herzien te worden teneinde dat gebrek aan samenhang te verhelpen.

Ontworpen artikel 68 van het Burgerlijk Wetboek

Onder onderafdeling 6 en in het ontworpen artikel 68 is sprake van een “vervangend vonnis”; die uitdrukking dient vervangen te worden door de term “verbeteringsvonnis” (in het Frans “jugement rectificatif”).

Ontworpen artikel 71 van het Burgerlijk Wetboek

In het ontworpen artikel 71, § 1, tweede lid, dient verwezen te worden naar “hoofdstuk 1, afdeling 6” in plaats van naar “afdeling 6, onderafdeling 1”.

Ontworpen artikel 74 van het Burgerlijk Wetboek

Aangezien het, zoals in de bespreking van het ontworpen artikel 74 bevestigd wordt, de bedoeling is om de taken van de DABS vast te stellen, zou het begin van die bepaling beter als volgt gesteld worden:

“De DABS heeft tot taak: (voorts zoals in het voorontwerp).”

Ontworpen artikel 79 van het Burgerlijk Wetboek

Het spreekt vanzelf dat de machtiging die bij artikel 79 aan de Koning verleend wordt alleen betrekking zal kunnen hebben op aangelegenheden die niets van doen hebben met die welke raken aan het recht op eerbiediging van het privéleven van de persoon die belang heeft bij een akte van de burgerlijke stand.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de ontworpen artikelen 80, tweede lid, en 82.

Ontworpen artikel 80 van het Burgerlijk Wetboek

Waarom is in artikel 80, 1°, alleen voor de advocaat een rol weggelegd en niet meer in het algemeen voor de gemachtigde, voorzien van een bijzondere en authentieke volmacht? Mag laatstgenoemde slechts voor de opmaak van alle akten van de burgerlijke stand, met uitzondering van de huwelijksakte, stappen ondernemen (ontworpen artikel 20, eerste lid)?

Artikel 6

Ontworpen artikel 132 van het Burgerlijk Wetboek

In het ontworpen artikel 132, tweede lid, dienen de woorden “de afwezige” vervangen te worden door de woorden “de overledene”.

Artikel 14

Ontworpen artikel 164/1 van het Burgerlijk Wetboek

1. In het ontworpen artikel 164/1, § 2, tweede lid, dient telkens verwezen te worden naar “artikel 164/2, § 5” in plaats van naar “artikel 164/2, § 4”.
2. Met het oog op de coherentie in de tijd dienen de paragrafen 3 en 4 van het ontworpen artikel 164/1 onderling van plaats verwisseld te worden. Paragraaf 3 heeft immers betrekking op het geval waarin het aangifteformulier door de ambtenaar van de burgerlijke stand ondertekend is, terwijl paragraaf 4 nog gaat over het geval waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand zou kunnen weigeren om dat formulier te ondertekenen.

Artikel 22

Ontworpen artikel 165 van het Burgerlijk Wetboek

Zoals blijkt uit de bespreking van de artikelen 21 tot 23 van het voorontwerp strekt artikel 22 van het voorontwerp er alleen toe een technische aanpassing aan te brengen in artikel 165 van het Burgerlijk Wetboek.

Na afgifte van het ontvangstbewijs van het formulier, kan de ambtenaar van de burgerlijke stand nog weigeren om het formulier te ondertekenen, als hij twijfels heeft omtrent de geldigheid of de authenticiteit van de tot staving van dat formulier bezorgde documenten. Aangezien de ondertekening van dat formulier overeenkomt met hetgeen thans de opmaak van de akte van aangifte van het huwelijk is, dienen de woorden “opmaak van de akte van aangifte van het huwelijk, zoals bedoeld in artikel 63”, met instemming van de gemachtigde van de minister vervangen te worden door de woorden “ondertekening van het aangifteformulier bedoeld in artikel 164/1”.

Artikel 24

Door de nieuwe tekst waardoor artikel 193^{ter} van het Burgerlijk Wetboek bij artikel 24 van het voorontwerp vervangen wordt, vervalt het huidige eerste lid van die bepaling, dat als volgt luidt:

“Elk exploot van betekening van een vonnis of arrest dat een huwelijk nietig verklaart, wordt door de gerechtsdeurwaarder onmiddellijk in afschrift meegedeeld aan het openbaar ministerie en de griffier van het gerecht dat de beslissing heeft uitgesproken.”

De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom dat lid opgeheven wordt, aangezien geen enkele bijzondere omstandigheid dat lijkt te rechtvaardigen. Dat geldt des te meer daar een soortgelijke mededeling inzake afstamming impliciet gehandhaafd wordt bij artikel 36 van het voorontwerp, waarbij geen wijziging aangebracht wordt in artikel 333, § 1, van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 25

Ontworpen artikel 186 van het Burgerlijk Wetboek

Aangezien dit artikel strekt tot wijziging van artikel 186 van het Burgerlijk Wetboek, zouden het dispositief van artikel 25 en dat van artikel 24 van het voorontwerp onderling van plaats verwisseld moeten worden teneinde de volgorde in acht te nemen van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die gewijzigd worden.

Artikel 26

Ontworpen artikel 194 van het Burgerlijk Wetboek

Het ontworpen artikel 194 verwijst naar artikel 20 van het Burgerlijk Wetboek. Laatstgenoemd artikel lijkt echter geen verband te houden met het dispositief van artikel 194. Die verwijzing dient gecorrigeerd te worden.

Artikel 45

Ontworpen artikel 367-2 van het Burgerlijk Wetboek

Gelet op het ontworpen artikel 367-2, eerste lid, en de wijziging die bij artikel 44 van het voorontwerp aangebracht wordt in het opschrift van Boek I, Titel VIII, Hoofdstuk II, Afdeling 3, paragraaf 4, van het Burgerlijk Wetboek, dient in het ontworpen artikel 367-2, vijfde lid, de term “gewezen” vervangen te worden door de term “ingeschreven”.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het ontworpen artikel 368-1, § 1, tweede streepje, zoals dat voortvloeit uit artikel 47 van het voorontwerp, waar het woord “geregistreerd” vervangen dient te worden door het woord “ingeschreven”.

Artikel 58

Ontworpen artikel 370/4 van het Burgerlijk Wetboek

In het ontworpen artikel 370/4, § 2, derde lid, dient de verwijzing naar het ontworpen artikel 2, § 4, van de wet van 15 mei 1987 (artikel 105 van het voorontwerp), vervangen te worden door een verwijzing naar het ontworpen artikel 370/3, § 4.

Artikel 59

Ontworpen artikel 370/5 van het Burgerlijk Wetboek

1. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 370/5, eerste lid, dient verwezen te worden naar “un acte de changement de prénom” in plaats van naar “un acte de changement de nom”.

2. Er dient eveneens bepaald te worden dat de akte van voornaamsverandering en de akten van de burgerlijke stand van de afstammelingen in de eerste graad van de begunstigde vervolgens met elkaar in verband dienen te worden gebracht.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 107 van het voorontwerp, waarbij artikel 4 van de wet van 15 mei 1987 gewijzigd wordt. In dat geval dient een kantmelding aangebracht te worden in de akten van de burgerlijke stand van de afstammelingen in de eerste graad van de begunstigde.

Artikel 60

Ontworpen artikel 370/6 van het Burgerlijk Wetboek

In het ontworpen artikel 370/6, tweede lid, klopt de verwijzing naar het ontworpen artikel 7, eerste lid, van de wet van 15 mei 1987 (artikel 110 van het voorontwerp) niet, aangezien die bepaling bij het voorontwerp opgeheven wordt bij de inwerkingtreding van het ontworpen artikel 370/6. Het dispositief behoort dienovereenkomstig herzien te worden.

Artikel 61

Ontworpen artikel 370/7 van het Burgerlijk Wetboek

Zorgvuldigheidshalve dienen in het ontworpen artikel 370/7, eerste lid, de woorden “de vergunning” vervangen te worden door de woorden “de vergunning tot naamsverandering”.

Hoofdstuk 2. Wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek

Artikel 65

Ontworpen artikel 1231-19 van het Gerechtelijk Wetboek

Het ontworpen artikel 1231-19, tweede lid, handelt, ten gevolge van de rechterlijke beslissing waarbij de adoptie uitgesproken wordt, niet over de wijziging van een akte van inschrijving maar wel degelijk over het opmaken van een akte van inschrijving. De Franse tekst van dit lid behoort dienovereenkomstig gewijzigd te worden.

Artikel 69

Ontworpen artikel 1254 van het Gerechtelijk Wetboek

In artikel 69, 2°, van het voorontwerp van wet wordt vermeld dat die bepaling paragraaf 2 van artikel 1254 van het Gerechtelijk Wetboek vervangt. Die bepaling houdt evenwel eveneens de vervanging in van de huidige paragrafen 3 en 4 van artikel 1254 van datzelfde wetboek.

Het dispositief van artikel 69, 2°, van het voorontwerp van wet behoort dienovereenkomstig herzien te worden.

Hoofdstuk 3. Wijzigingen van het Wetboek Internationaal Privaatrecht

Artikel 76

Ontworpen artikel 31 van het Wetboek van internationaal privaatrecht

1. Het ontworpen artikel 31, § 2, derde lid, machtigt de minister van Justitie om richtlijnen op te stellen die ertoe strekken een uniforme toepassing te waarborgen van de voorwaarden bedoeld in paragraaf 1 van die bepaling.

Ingeval die richtlijnen geen normatieve strekking zouden hebben, zou dat derde lid nutteloos zijn, aangezien de minister uiteraard bevoegd is om circulaires uit te vaardigen die ertoe strekken een kader te scheppen voor de toepassing van de wetten en verordeningen die onder zijn bevoegdheid vallen.

Ingeval die richtlijnen wel een normatieve strekking zouden hebben, merkt de afdeling Wetgeving op dat de wetgever, overeenkomstig de artikelen 33 en 108 van de Grondwet, in beginsel aan de Koning verordenende bevoegdheid dient te verlenen, waarbij de Koning, indien Hij dat wenselijk acht, zelf de minister van Justitie kan machtigen om die richtlijnen nader in te vullen.

2. Ter wille van de rechtszekerheid dient in het ontworpen artikel 31, § 3, vierde lid, gepreciseerd te worden, enerzijds, dat de termijn van drie maanden ingaat “vanaf de ontvangst van de adviesaanvraag” en, anderzijds, dat die termijn verlengd kan worden op initiatief van de Centrale autoriteit.

Hoofdstuk 4. Wijzigingen van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen

Dit hoofdstuk geeft geen aanleiding tot opmerkingen.

Hoofdstuk 5. Wijzigingen van het Consulair Wetboek

Artikel 78

Ontworpen artikel 7 van het Consulair Wetboek

De steller van het voorontwerp moet, met inachtneming van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, kunnen verantwoorden waarom de consulaire ambtenaar niet bevoegd is om akten van de burgerlijke stand te verbeteren wegens een “materiële fout”, zoals bedoeld in het ontworpen artikel 32 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 80

Ontworpen artikel 10 van het Consulair Wetboek

1. Het ontworpen artikel 10, § 1, dient vanaf de eerste streepjes doorlopend genummerd te worden. Voor het overige dient, wat het eerste streepje van die paragraaf betreft, in de Franse tekst gepreciseerd te worden dat het gaat om de artikelen 12 en 14 tot en met 21 van het Burgerlijk Wetboek.

2. Artikel 10 van het Consulair Wetboek bepaalt in zijn huidige redactie op algemene wijze het volgende:

“De in artikel 7 bedoelde bevoegdheden worden uitgeoefend met als voorwaarden:

1° overeenkomstig de in België van kracht zijnde wetgeving op het gebied van de burgerlijke stand;”

Artikel 80 van het voorontwerp strekt ertoe die algemene formule te vervangen door een specifieke opsomming van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die van toepassing zijn voor elk type akte dat door het consulaire posthoofd opgemaakt wordt.

Die wijziging lijkt niet wenselijk. Naast het feit dat het Consulair Wetboek daardoor minder soepel aangepast zou kunnen worden aan de toekomstige ontwikkelingen van het Burgerlijk Wetboek, impliceert ze tevens dat de steller van het voorontwerp moet kunnen verantwoorden waarom verscheidene van de ontworpen bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet vermeld worden in het ontworpen artikel 10, § 1, van het Consulair Wetboek. De afdeling Wetgeving merkt bij wijze van voorbeeld op dat niets een gegronde reden lijkt op te leveren om artikel 48 niet toepasselijk te maken op het consulaire posthoofd bij de opmaak van geboorteakten. Hetzelfde geldt voor de ontworpen artikelen 58 en 59, die betrekking hebben op de akten betreffende levenloze kinderen, en voor het ontworpen artikel 66, dat betrekking heeft op de adoptieakten.

Het dispositief dient in het licht van deze opmerking herzien te worden.

3. Ter wille van de rechtszekerheid zou het bovendien beter zijn het voorontwerp aan te vullen met een dispositief waarbij artikel 14, vierde lid, van het Consulair Wetboek aldus

gewijzigd wordt dat daarin gepreciseerd wordt dat het van toepassing is “onverminderd artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek” (welk artikel betrekking heeft op het overlijden aan boord van een schip of een luchtvaartuig).

Hoofdstuk 6. Wijzigingen van het Wetboek van de Belgische nationaliteit

Artikel 86

Ontworpen artikel 15 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit

1. In artikel 86, 1°, van het voorontwerp dient verwezen te worden naar “paragraaf 1, derde lid” van artikel 15 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit in plaats van naar “paragraaf 1, vijfde lid”.
2. Teneinde voor eenheid van terminologie te zorgen zou het beter zijn de woorden “maakt hij hiervan een attest over aan de ambtenaar van de burgerlijke stand” die in het ontworpen artikel 11bis, § 5, derde lid, gebruikt worden, te vervangen door de woorden “zendt hij aan de ambtenaar van de burgerlijke stand een attest over dat er geen negatief advies uitgebracht wordt”.

Hoofdstuk 7. Wijzigingen van het Strafwetboek

Artikel 94

Ontworpen artikel 362 van het Strafwetboek

In het ontworpen artikel 362, eerste lid, dient verwezen te worden naar artikel 45 van het Strafwetboek in plaats van naar artikel 37 van hetzelfde wetboek.

Hoofdstuk 8. Overgangsbepalingen

Artikel 96

Het is niet nodig om in het dispositief van artikel 96 de datum te vermelden van de wet die uit het voorontwerp zal voortspruiten. De woorden “van ...” dienen dan ook geschrapt te worden.

Artikelen 99 en 100

Uit de bespreking van artikel 99 blijkt dat het de bedoeling van de steller van het voorontwerp is dat de nieuwe bepalingen met betrekking tot de akte van geboorte (artikelen 42 tot en met 49 van het Burgerlijk Wetboek) van toepassing zouden zijn op de kinderen waarvan aangifte gedaan wordt na de inwerkingtreding van het voorontwerp. Het dispositief van artikel 99 van het voorontwerp geeft die bedoeling evenwel niet weer, aangezien daarin verwezen wordt

naar de oude artikelen 42 tot en met 49 van het Burgerlijk Wetboek. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat verwezen dient te worden naar de artikelen 42 tot en met 49 van het Burgerlijk Wetboek, zoals ze bij het voorontwerp gewijzigd worden.

Doordat in artikel 100 van het voorontwerp verwezen wordt naar de oude artikelen 55 tot en met 56 van het Burgerlijk Wetboek geeft die bepaling evenmin de bedoeling van de steller van het voorontwerp weer. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat verwezen dient te worden naar de artikelen 55 tot en met 56 van het Burgerlijk Wetboek, zoals ze bij het voorontwerp gewijzigd worden.

Hoofdstuk 9. Opheffingsbepalingen

Artikel 103

Aangezien circulaires niet-normatief zijn, is het beter om ze niet bij een normatieve handeling op te heffen teneinde niet de indruk te wekken dat ze normatief van aard waren.⁸

De bepalingen onder 7° tot en met 13°, 15° en 17° tot en met 19° van artikel 103 dienen bijgevolg geschrapt te worden.

Hoofdstuk 10. Inwerkingtreding

Dit hoofdstuk geeft geen aanleiding tot opmerkingen.

TITEL 3 – Diverse wijzigingen inzake het naamrecht

ALGEMENE OPMERKING

De werkwijze waarbij de steller van het voorontwerp verscheidene over het voorontwerp verspreide wijzigingen aanbrengt in eenzelfde aangelegenheid die hij regelt in verschillende teksten die daarenboven op verschillende datums in werking treden, bemoeilijkt het rationele begrip van de voorgenomen wijzigingen en het toezicht op het correcte gebruik van de vroegere en de nieuwe terminologie in teksten die elkaar in de tijd opvolgen en elkaar zelfs zouden kunnen overlappen indien ze niet tegelijkertijd opgeheven worden (dat is bijvoorbeeld het geval voor het begrip “overschrijving” dat vanaf 1 januari 2019 zal worden vervangen door het begrip “inschrijving”).

De regeling van het naamrecht is daarvan een goed voorbeeld.

Zo worden in titel 2, hoofdstuk 2, afdeling 8, van het voorontwerp wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek aangebracht die betrekking hebben op naams- en

⁸ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 7.6.

voornaamsveranderingen (ontworpen artikelen 61 en 62 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 4 van het voorontwerp) en wordt in diezelfde titel, hoofdstuk 3, afdeling 3 (betreffende de toegang tot de DABS) de procedure voor die veranderingen vastgesteld (ontworpen artikelen 370/3 tot 370/8 van het Burgerlijk Wetboek, artikelen 57 tot 62 van het voorontwerp). Die bepalingen treden in werking op 1 januari 2019 met toepassing van artikel 104. De Koning kan echter voor iedere bepaling een vroegere datum van inwerkingtreding vaststellen.

Onder titel 3 van het voorontwerp worden in de artikelen 105 tot 121 wijzigingen aangebracht in de wet van 15 mei 1987. Die wijzigingen treden in werking op de eerste dag van de maand die volgt op het verstrijken van een termijn van tien dagen die ingaat de dag na de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad* (artikel 121 van het voorontwerp).

Dezelfde aangelegenheid wordt aldus in twee dispositieven geregeld op een verschillende manier, aangezien ze niet op dezelfde datum in werking treden. Daarbij houdt het dispositief van titel 3 zich terecht aan de logica van het huidige dispositief van het Burgerlijk Wetboek, zonder evenwel te waarborgen dat de wet van 15 mei 1987 die erbij gewijzigd wordt, zal worden opgeheven (artikel 103, 20°, van het voorontwerp van wet) op hetzelfde ogenblik dat de nieuwe bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in werking zullen treden, indien de datum van inwerkingtreding ervan bij koninklijk besluit vastgesteld wordt op een datum die voorafgaat aan 1 januari 2019.

Het hanteren van een dergelijke werkwijze in zulk een lijvige en ambitieuze tekst lijkt een bron van rechtsonzekerheid te zijn. De steller van het voorontwerp wordt verzocht om in de bespreking van de betreffende artikelen te verduidelijken hoe de titels 2 en 3 van het voorontwerp zich in de tijd moeten verhouden en er aldus voor te zorgen dat de adressaten van die regels goed geïnformeerd worden.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Hoofdstuk 1. Wijzigingen van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen

Artikel 107

Er wordt verwezen naar opmerking 2 bij artikel 59.

Artikel 110

Ter wille van de duidelijkheid en overeenkomstig de bedoeling van de steller van het voorontwerp zoals die op te maken valt uit de bespreking van het artikel, moet gepreciseerd worden dat de Koning het eensluidend afschrift van de vergunning tot verandering van naam aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand toezendt.

Hoofdstuk 2. Wijzigingen van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten

Dit hoofdstuk geeft geen aanleiding tot opmerkingen.

TITEL 4 – Diverse wijzigingen inzake het nationaliteitsrecht

Hoofdstuk 1. Wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit

Artikel 127

In de bepaling onder 1° moeten de woorden “het vorige lid” vervangen worden door de woorden “het tweede lid”.

Artikelen 128 tot 130

Overeenkomstig de regels inzake de wetgevingstechniek moeten wijzigingen van de nummering van de bestaande afdelingen vermeden worden. Het is dan ook beter dat de nieuwe afdeling “Terugkrijgen van de Belgische nationaliteit als deze na onterecht te zijn verleend, is ingetrokken geworden na dat belanghebbende minstens 10 jaar in het genot is geweest van de hoedanigheid van Belg” (lees: Terugkrijgen van de Belgische nationaliteit wanneer deze, na onterecht te zijn verleend, ingetrokken is nadat de belanghebbende minstens 10 jaar de hoedanigheid van Belg heeft gehad) het nummer “Afdeling I/1” krijgt en dat de huidige afdeling II van hoofdstuk III haar nummer behoudt.

TITEL 5 – Wijziging van artikel 368-6 van het Burgerlijk Wetboek

Artikel 140

Ontworpen artikel 368-6 van het Burgerlijk Wetboek

Artikel 368-6 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt thans het volgende:

“De bevoegde autoriteiten zorgen voor de bewaring van de gegevens waarover zij beschikken in verband met de herkomst van de geadopteerde, in het bijzonder deze betreffende de identiteit van zijn moeder en vader, en ook van de gegevens die nodig zijn voor het volgen van zijn gezondheidstoestand, over het medisch verleden van de geadopteerde en van zijn familie, met het oog op de totstandkoming van de adoptie en teneinde het de geadopteerde, indien hij dit wenst, later mogelijk te maken zijn herkomst te achterhalen.

Zij waarborgen aan de geadopteerde of aan zijn vertegenwoordiger de toegang tot die gegevens in de mate toegestaan door de Belgische wet, waarbij passende begeleiding wordt verstrekt.

Het verzamelen, bewaren en de toegang tot deze gegevens worden geregeld bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.”

Het nieuwe tweede lid van het ontworpen artikel 368-6 bepaalt dat de bevoegde autoriteiten de toegang waarborgen tot de herkomstgegevens van de geadopteerde of van zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) of, in geval van overlijden van de geadopteerde, aan zijn afstammeling(en). Wat dat betreft, spreekt het vanzelf dat de enige bevoegde autoriteiten ten aanzien waarvan de federale wetgever die regeling kan uitvaardigen, de autoriteiten zijn die onder zijn bevoegdheid vallen, namelijk de federale centrale autoriteit.

Met het ontworpen tweede lid worden de bevoegdheden van de federale overheid overschreden doordat er ook in verwezen wordt naar de centrale autoriteiten van de gemeenschappen⁹. Hetzelfde geldt voor het nieuwe derde en het nieuwe vierde lid aangezien ze voorzien in een regeling voor het indienen van het schriftelijk verzoek bij een centrale autoriteit die niet onder de federale wetgever valt.

Daaruit volgt dat de federale wetgever het ontworpen tweede, derde en vierde lid van artikel 368/6 niet alleen kan aannemen: met betrekking tot die leden moet een samenwerkingsakkoord worden gesloten dat idealiter in het verlengde ligt van het samenwerkingsakkoord van 12 december 2005 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘inzake de tenuitvoerlegging van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie’, waarmee de respectievelijk bevoegde wetgevers ingestemd hebben en dat onder andere voorziet in een regeling voor het verzamelen van en voor sommige aspecten van het bewaren van gegevens, waaronder eventueel gegevens over de herkomst van de geadopteerde.

TITEL 6 – Diverse wijzigingen inzake de wetgeving betreffende de mede-eigendom

Hoofdstuk 1. Gewone mede-eigendom en gedwongen mede-eigendom in het algemeen

Artikel 141

1. Op de vraag wat de strekking is van de woorden “binnen hetzelfde toepassingsdomein” in de eerste zin van het ontworpen artikel 577-2, § 10, tweede lid, preciseert de gemachtigde van de minister dat die woorden verwijzen “au cas prévu au § 5” bedoeld in het eerste lid van diezelfde bepaling (maar niet verwijzen naar de toepassingsvoorwaarden die eveneens in het eerste lid gesteld worden).

⁹ De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 60713/VR, gegeven op 27 februari 2017 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit “betreffende de verzameling en de bewaring van en de toegang tot de gegevens in verband met de herkomst van de geadopteerde” immers het volgende opgemerkt: “*In casu* is de Raad van State evenwel van oordeel dat erop gewezen moet worden dat, wanneer er in artikel 368-6, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek sprake is van de “bevoegde autoriteiten” die moeten zorgen voor de bewaring van de gegevens waarover zij beschikken in verband met de herkomst van de geadopteerde, daarmee niet alleen verwezen wordt naar de “federale centrale autoriteit”, zoals gedefinieerd in artikel 360-1, 2°, van het Burgerlijk Wetboek, maar eveneens naar de centrale autoriteiten van de gemeenschappen die gedefinieerd worden in de bepaling onder 3° van datzelfde artikel. Indien het de bedoeling van de wetgever geweest was om in artikel 368-6 van het Burgerlijk Wetboek alleen te verwijzen naar de “federale centrale autoriteit” en niet naar de centrale autoriteiten van de gemeenschappen, zou hij “De federale centrale autoriteit” geschreven hebben en niet “De bevoegde autoriteiten”, aangezien in artikel 360-1, 2°, geen sprake is van meerdere federale centrale autoriteiten.”

Ter wille van de rechtszekerheid wordt voorgesteld om de woorden “binnen hetzelfde toepassingsdomein” te vervangen door de woorden “In het geval van § 9”.

2. In het ontworpen artikel 577-2, § 10, wordt meermaals een niet eenvormige terminologie gehanteerd. Zo wijst de afdeling Wetgeving op het volgende:

- in paragraaf 10, tweede lid, staat “de uitrusting te optimaliseren”, terwijl paragraaf 10, derde lid, het heeft over werken “die de beoogde verbetering van de uitrusting voor energie, water of telecommunicatie tot doel” hebben.

- in paragraaf 10, tweede lid, is er in het dispositief eerst sprake van werken uitgevoerd aan “bijbehorende faciliteiten in of op de gemene delen” (“équipements associés dans ou sur les parties communes”) en vervolgens van het aanleggen van een “infrastructuur” (“infrastructure”), terwijl paragraaf 10, derde lid, het heeft over werken die betrekking hebben op “de uitrusting voor energie, water of telecommunicatie” (“l'équipement pour l'énergie, l'eau ou les télécommunications”).

Ter wille van de rechtszekerheid moet in de verschillende leden van het ontworpen artikel 577-2, § 10, een eenvormige terminologie gehanteerd worden en moeten woorden gebruikt worden die de bedoeling van de steller van het voorontwerp in beide taalversies correct weergeven.

3. In het dispositief van het voorontwerp behoort tevens het begrip “bijbehorende faciliteiten” of elk ander begrip dat zou worden gebruikt – gelet op de eerste opmerking die hiervoor gemaakt is – gedefinieerd te worden teneinde het materiële toepassingsgebied van het ontworpen artikel 577-2, § 10, tweede lid, te bepalen.

4. Nog in het ontworpen artikel 577-2, § 10, tweede lid, is het tegenstrijdig om te bepalen enerzijds dat de uitgevoerde werken “tot doel hebben om de uitrusting voor de eigenaars of gebruikers van private delen (...) te optimaliseren” en anderzijds dat de mede-eigenaar de “infrastructuur” die met die werken wordt gerealiseerd, “voor eigen rekening” mag aanleggen. Het eerste deel van het tweede lid lijkt een optimalisering te impliceren die alle mede-eigenaars ten goede komt, terwijl het tweede deel ervan lijkt toe te laten dat de optimalisering alleen geldt voor de mede-eigenaar die de werken in gang zet.

Het dispositief moet in het licht van die opmerking herzien worden.

Voorts moet worden verduidelijkt hoe de optimalisering van de uitrusting beoordeeld zal worden.

5. In het derde lid moet de mede-eigenaar of de operator verplicht worden tot het overzenden niet alleen van een beschrijving van de voorgenomen werken, maar ook van het bewijs dat de grondvoorwaarden die bij het tweede lid opgelegd worden in acht genomen worden, meer bepaald de optimalisering voor de eigenaars.

6. In het ontworpen artikel 577-2, § 10, vierde lid, dient het werkwoord “moeten” vervangen te worden door het werkwoord “kunnen”, aangezien het de mede-eigenaars of, in voorkomend geval, de vereniging van mede-eigenaars vrij staat om al dan niet verzet aan te tekenen.

7. Er moet tevens voorzien worden in een recht op verzet voor de mede-eigenaars of, in voorkomend geval, de vereniging van mede-eigenaars, in het meer algemene geval waarin niet zou zijn voldaan aan de grondvoorwaarden van het ontworpen artikel 577-2, § 10, tweede lid (afwezigheid van optimalisering, niet-inachtneming van de termijnen, enz.).

8. Wat betreft het ontworpen artikel 577-2, § 10, vijfde lid, moet de steller van het voorontwerp, gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, kunnen verantwoorden waarom de verplichting om te goeder trouw te overleggen niet uitgebreid wordt tot alle houders van een zakelijk recht (en niet alleen tot de mede-eigenaars). Zo niet, moet het dispositief dienovereenkomstig herzien worden.

9. De vraag rijst of het ter wille van de rechtszekerheid ook niet beter zou zijn om de nadere regels te bepalen inzake de procedure voor het overleg te goeder trouw die aldus bij het ontworpen artikel 577-2, § 10, vijfde lid, opgelegd wordt.

Hoofdstuk 2. Gedwongen mede-eigendom van gebouwen en groepen van gebouwen en de bevoegdheid van de vrederechter inzake mede-eigendom

Artikel 142

Ontworpen artikel 577-3 van het Burgerlijk Wetboek

1. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 577-3, eerste lid, moet het woord “lot” in het meervoud gezet worden, zoals dat trouwens het geval is in de Nederlandse tekst van het voorontwerp.

2. In de ontworpen bepaling wordt de uitdrukking “onroerend goed waarop een gebouw of groep van gebouwen (...) wordt opgericht” gebruikt, terwijl volgens de bespreking van het artikel “het opleggen van de verplichting dat (het gebouw of de groep van gebouwen) moet worden gebouwd of moet kunnen worden gebouwd” beoogd wordt. De steller van het voorontwerp moet zich ervan vergewissen dat met de in het dispositief gebruikte uitdrukking “onroerend goed waarop een gebouw of groep van gebouwen is opgericht of wordt opgericht” voldaan wordt aan de doelstelling om voor meer duidelijkheid te zorgen, terwijl in de bespreking van het artikel het gebouw dat of de groep gebouwen die “moet worden gebouwd of moet kunnen worden gebouwd” beoogd wordt.

Artikel 143

Ontworpen artikel 577-4 van het Burgerlijk Wetboek

1. Een proportioneel recht van gebruik van de gemeenschappelijke delen als grondregel vastleggen, strookt niet met de gebruikelijke aard van de gemeenschappelijke delen van een onroerende mede-eigendom.

Zoals blijkt uit de bespreking van artikel 143 van het voorontwerp kan het recht van de mede-eigenaars om de gemeenschappelijke delen proportioneel te gebruiken, uiteraard niet slaan op het gebruik van gemeenschappelijke delen zoals de trap, de gang of de lift, die nodig zijn om gebruik te maken van de privatieve delen. Het zijn evenwel die zaken die doorgaans de gemeenschappelijke delen van een onroerende mede-eigendom uitmaken.

Het dispositief moet bijgevolg herzien worden teneinde het beginsel van een proportioneel recht van gebruik van de gemeenschappelijke delen te beperken tot de delen die niet nodig zijn om het goed te gebruiken en die zich gezien de aard ervan lenen tot een dergelijk proportioneel gebruik (bv. een fietsenhok of een kelder).

2. Met betrekking tot het ontworpen artikel 577-4, § 1, vierde lid, 2°, preciseert de gemachtigde van de minister dat de steller van het voorontwerp wel degelijk de bedoeling heeft alle bedingen en sancties, waarin voorzien wordt bij niet-betaling samen te brengen, ook, maar niet alleen, de strafbedingen.

Ter wille van de nauwkeurigheid en de rechtszekerheid zou het adequater zijn de bepaling als volgt te redigeren:

“evenals, in voorkomend geval, de strafbedingen, de bedingen die voorzien in een verwijlntrest en alle sancties met betrekking tot de niet-betaling van die lasten”.

De overgangsbepaling die in dat verband is opgenomen in artikel 156, vijfde lid, van het voorontwerp – die thans alleen op de schadebedingen betrekking heeft – moet eveneens dienovereenkomstig aangepast worden.

3. In het ontworpen artikel 577-4, § 4, moet, gelet op de wijzigingen die in dat verband bij het voorontwerp aangebracht worden, ook verwezen worden naar het collaboratieve recht (zie de artikelen 207 tot 217 van het voorontwerp).

Artikel 144

Ontworpen artikel 577-5 van het Burgerlijk Wetboek.

1. De in het ontworpen artikel 577-5, § 3, 3°, opgenomen precisering dat de syndicus alle gerechtelijke en buitengerechtelijke maatregelen kan nemen voor het invorderen van de lasten, zou beter opgenomen worden in artikel 577-8, § 4, van het Burgerlijk Wetboek die de opdrachten vermeldt waarmee de syndicus op zijn minst belast is.

2. Krachtens artikel 608 van het Burgerlijk Wetboek moet de vruchtgebruiker de periodieke uitgaven voor het gebruik van het goed dragen. Gelet op de omschrijving van het begrip “werkkapitaal” in het ontworpen artikel 577-5, § 3, 1°, is het dan ook strijdig met de *ratio legis* van die bepaling om een hoofdelijkheid tussen vruchtgebruiker en blote eigenaar op te leggen voor de lasten die verband houden met het werkkapitaal. Alleen de lasten die verband houden met het reservekapitaal kunnen onder de verplichtingen van de blote eigenaar vallen.

Uit de bespreking van artikel 144 van het voorontwerp blijkt dat de steller van het voorontwerp overigens alleen doelt op de problematiek van de lasten waarvan niet duidelijk kan worden uitgemaakt of ze al dan niet vallen onder de grove herstellingen.

Het ontworpen artikel 577-5, § 3, 4° moet bijgevolg herzien worden teneinde het beginsel van de hoofdelijkheid tussen vruchtgebruiker en blote eigenaar te beperken tot de lasten die verband houden met het reservekapitaal.

3. De afdeling Wetgeving plaatst vraagtekens bij de wijziging die aangebracht wordt in het ontworpen artikel 577-5, § 4, en bij de strekking die moet gegeven worden aan de woorden “naar evenredigheid van zijn aandeel gebruikt voor de stemming overeenkomstig artikel 577-6, § 6”. Het lijkt de bedoeling van de steller van het voorontwerp te zijn dat de mede-eigenaars alleen op hun respectieve vermogens kunnen worden aangesproken voor veroordelingen van de vereniging van mede-eigenaars die verband houden met beslissingen waarvoor ze over stemrecht beschikten. Als dat het geval is, blijkt die bedoeling niet duidelijk uit de bepaling die in het voorontwerp voorgesteld wordt. Ter wille van de duidelijkheid moet die bepaling bijgevolg hoe dan ook herzien worden.

Artikel 145

Ontworpen artikel 577-6 van het Burgerlijk Wetboek

1. Het ontworpen artikel 577-6, § 1, eerste lid, wordt aangevuld om te preciseren dat de mede-eigenaar zich door één persoon kan laten bijstaan op voorwaarde dat hij de syndicus daarvan vooraf in kennis stelt, en dat die persoon “niet actief [kan] tussenkomen tijdens de algemene vergadering”.

2. De ontworpen bepaling kan geen afbreuk doen aan een volmacht die een mede-eigenaar eventueel aan zijn advocaat zou hebben gegeven om hem op de algemene vergadering te vertegenwoordigen, mits artikel 577-6, § 7, van het Burgerlijk Wetboek in acht is genomen.

3.1. Wat betreft de bespreking volgens welke een mede-eigenaar zich op een algemene vergadering slechts door één persoon mag laten bijstaan, wijst de afdeling Wetgeving er bovendien op dat het gebruikelijk is dat een advocaat of een technisch adviseur zich laat bijstaan door medewerkers wier aanwezigheid op de algemene vergadering dus eveneens gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Daarenboven kan niet uitgesloten worden dat de bijstand van verscheidene

personen met verschillende bekwaamheden vereist is, bijvoorbeeld van een advocaat en een technisch adviseur.

3.2. Aangaande het verbod dat de persoon die de mede-eigenaar bijstaat actief optreedt tijdens de algemene vergadering, wordt in de bespreking van de bepaling gepreciseerd dat hij “uiteraard antwoord [kan] geven op de vragen en advies [kan] geven aan degene die hij vergezelt, maar (...) de bespreking niet [mag] sturen of monopoliseren”. De vraag rijst of het gebruikte begrip “actieve tussenkomst” die bedoeling adequaat weergeeft. Dat begrip lijkt de persoon die een mede-eigenaar bijstaat, immers te verbieden het woord te nemen om zich te richten tot alle mede-eigenaars. Wat dat betreft, moet worden opgemerkt dat het degelijk informeren van de algemene vergadering van de mede-eigenaars en het correct bijstaan van de betrokken mede-eigenaar lijken te kunnen rechtvaardigen dat de persoon die deze laatste bijstaat, zich mag richten tot alle mede-eigenaars.

4. Wat betreft het ontworpen artikel 577-6, § 6, tweede lid, vereisen het evenredigheidsbeginsel en het evenwicht dat bewaard moet worden tussen de rechten van de verschillende mede-eigenaars, dat in het geval waarin alleen de mede-eigenaars die de lasten van een gemeenschappelijk deel dragen, kunnen deelnemen aan de stemming, ook voldaan moet zijn aan de voorwaarde dat de betreffende beslissingen geen afbreuk mogen doen aan het wettige belang van de vereniging van mede-eigenaars.

5. De bepaling moet in het licht van die opmerkingen herzien worden.

Artikel 146

Ontworpen artikel 577-7 van het Burgerlijk Wetboek

1. Overeenkomstig de wetgevingstechnische regels is het beter in de ontworpen paragraaf 1, 1° de onderverdelingen van een artikel niet te vernummeren zodat onder meer de ontwikkeling van de bepaling nog kan worden nagegaan.¹⁰ Er moet dan ook afgezien worden van de vernummering van de punten d) en e) van artikel 577-7, § 1, 1°, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 146, 5°, van het voorontwerp).

2. In artikel 146, 9°, van het voorontwerp wordt het vereiste van de eenparigheid van stemmen voor elke beslissing betreffende de volledige heropbouw van het onroerend goed afgeschaft.

Het ontworpen artikel 577-7, § 1, 2°, h), voorziet voortaan in een viervijfdemeerderheid, maar heeft uitsluitend betrekking op het geval waarin het gebouw afgebroken of volledige heropgebouwd wordt om redenen van hygiëne of veiligheid of wanneer de kostprijs voor de aanpassing van het gebouw aan de wettelijke bepalingen buitensporig zou zijn.

¹⁰ *Beginselen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 125.

Het is weliswaar zo dat in artikel 577-7, § 1, 2°, c), van het Burgerlijk Wetboek zonder nadere precisering verwezen wordt naar de “heropbouw van het onroerend goed”, zodat de gevallen van volledige heropbouw van het gebouw waarop het ontworpen artikel 577/7, § 1, 2°, h), geen betrekking heeft, onder die bepaling lijken te vallen.

Daartegenover staat dat nergens wordt bepaald welke meerderheid vereist is voor beslissingen tot afbraak van het gebouw om andere redenen dan hygiëne of veiligheid of buitensporige kostprijs van de werken. Het dispositief moet in dat opzicht aangevuld worden.

3. De bij het ontworpen artikel 577-7, § 1, 2°, h), ingevoerde regeling waarbij afstand van een kavel gedaan kan worden, is totaal nieuw en wijkt af van het gemeen recht. De steller kan zich weliswaar beroepen op het precedent dat geschapen is bij de artikelen 656 en 699 van het Burgerlijk Wetboek inzake conventionele erfdienstbaarheid (en mandeligheid die in het Burgerlijk Wetboek trouwens als een erfdienstbaarheid behandeld wordt), maar de vraag of deze regeling in principe toepasbaar is op de mede-eigendom moet zorgvuldig worden bestudeerd. Hetzelfde geldt onder andere voor de eventuele fiscale gevolgen van de regeling (mogelijke debitering van registratierechten die verband houden met de eruit voortvloeiende overdracht van het onroerend goed en die van toepassing is op het bedrag van de “compensatie” waarvan in de ontworpen tekst sprake is) en voor de kadastrale openbaarmaking.

Het ontworpen artikel 577-7, § 1, 2°, h), dient dan ook in het licht van die opmerking herzien te worden en de steller van de tekst moet ervoor zorgen dat in de bespreking van het artikel de uitleg verstrekt wordt die nodig is voor het goede begrip van een dergelijke regeling.

Artikel 150

Ontworpen artikel 577-9 van het Burgerlijk Wetboek

1. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 577-9, § 1/1, zou het beter zijn het woord “octroyées” te vervangen door het woord “attribuées”.

2. Zo ook zou het beter zijn in de Franse tekst van het ontworpen artikel 577-9, § 8, tweede lid, het woord “infondée” te vervangen door de woorden “non fondée”.

3. Vermits de steller van het voorontwerp toegeeft dat een mede-eigenaar die verwikkeld is in een rechtsgeding tegen de vereniging van mede-eigenaars en die in het gelijk gesteld wordt, er niet kan toe worden verplicht om bij te dragen aan de erelonen en de kosten die door die vereniging gedragen worden, is de verplichting waarin het ontworpen artikel 577-9, § 8, vierde lid, voorziet, niet afdoende gerechtvaardigd.

Het loutere feit dat de mede-eigenaar die verwikkeld is in een rechtsgeding tegen de vereniging van mede-eigenaars, gedeeltelijk in het ongelijk gesteld is, kan immers niet rechtvaardigen dat hij moet bijdragen aan alle erelonen en kosten die aangerekend worden aan de vereniging van mede-eigenaars. Die mede-eigenaar zal immers ook gedeeltelijk in het gelijk

gesteld zijn en kan uit dat oogpunt niet verplicht worden mee te betalen aan de erelonen en de kosten die vanwege die overwinning voor rekening van de vereniging van mede-eigenaars komen.

Het dispositief moet dan ook in het licht van die opmerking herzien worden.

Artikel 151

Ontworpen artikel 577-10 van het Burgerlijk Wetboek

1. In het ontworpen artikel 577-10, § 4, tweede lid, 1°, moet worden gepreciseerd dat de kosten voor de kennisgeving van het reglement van interne orde gedragen worden door de mede-eigenaar die een zakelijk of persoonlijk recht vestigt.

2. In het ontworpen artikel 577-10, § 4, vierde lid, wordt bepaald dat het recht van de houder van een zakelijk of een persoonlijk recht om in rechte op te treden vervalt binnen een termijn van vier maanden na de algemene vergadering, terwijl hij logischerwijze pas kan overwegen een vordering in te stellen vanaf het ogenblik waarop hij kennis krijgt van de beslissing van de omstreden algemene vergadering, wat afhangt van het ogenblik waarop die beslissing hem ter kennis gebracht wordt. Die kennisgeving is echter afhankelijk van de persoon die ermee belast is,¹¹ zodat de concrete duur van de termijn waarover de houder van een zakelijk of een persoonlijk recht beschikt om in rechte op te treden, dienovereenkomstig zal variëren, wat afbreuk doet aan het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Het dispositief moet in het licht van die opmerking herzien worden.

Artikel 153

Ontworpen artikel 577-11/1 van het Burgerlijk Wetboek

Het ontworpen artikel 577-11/1 schrijft voor dat de instrumenterende notaris bij het verlijden van de authentieke akte de door de uittredende mede-eigenaar verschuldigde achterstallen op gewone en buitengewone lasten, “daaronder begrepen de kosten van gerechtelijke en buitengerechtelijke invordering”, moet afhouden.

Er dient te worden gepreciseerd dat het moet gaan om “zekere, vaststaande en opeisbare kosten, onverminderd artikel 577-9, § 8, eerste lid”, zoals dat ontworpen is in de voorliggende regeling.

¹¹ Zie het ontworpen artikel 577-10, § 4, tweede lid, 2°.

Artikel 156

Artikel 156, zesde lid, van het voorontwerp is in tegenspraak met het doel dat door de steller van het voorontwerp nagestreefd wordt in het ontworpen artikel 577-10, § 2, tweede lid, namelijk de verplichting die aan de syndicus opgelegd wordt om het reglement van inwendige orde aan te passen ingeval van een wetswijziging. Het doel bestaat er immers in om het reglement van interne orde met het oog op de rechtszekerheid geregeld te laten bijwerken opdat de rechten en plichten van de mede-eigenaars daarin duidelijk tot uiting komen.

Aan de syndicus dient dan ook de verplichting opgelegd te worden om het reglement van interne orde aan te passen aan de wijzigingen die uit het ontworpen dispositief voortvloeien opdat de mede-eigenaars over een gecoördineerd document conform het toepasselijk recht beschikken.

TITEL 7 – Bepalingen tot uitvoering en aanvulling van de verordening (EU) nr. 655/2014 van 15 mei 2014 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken

Hoofdstuk 1 – Algemene bepalingen

Dit hoofdstuk geeft geen aanleiding tot opmerkingen.

Hoofdstuk 2 – Wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek

Artikelen 164 en 167

Ontworpen artikelen 1391/3 en 1391/6 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Het ontworpen artikel 1391/3, eerste lid, luidt als volgt:

“De Koning bepaalt, na het advies te hebben ingewonnen van de beheerder van het register en van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de natuurlijke personen of categorieën van personen die, voor de toepassing van dit hoofdstuk, de gegevens zoals bedoeld in artikel 1391/1 kunnen registreren in het Centraal Register EAPO en die toegang kunnen hebben tot deze gegevens, evenals de personen of categorieën van personen die deze gegevens voor de toepassing van dit hoofdstuk kunnen raadplegen.”

Het ontworpen artikel 1391/6, zijnerzijds, luidt als volgt:

“De Koning bepaalt, na het advies te hebben ingewonnen van de beheerder en de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de gegevens van en de nadere regels voor de inrichting en werking van het register.”

2.1. Die opdrachten van bevoegdheid kunnen niet aanvaard worden doordat ze betrekking hebben op een aangelegenheid die valt onder de bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven dat gewaarborgd wordt bij artikel 22 van de Grondwet.

2.2. In zijn arrest nr. 39/2013 van 14 maart 2013 verklaart het Grondwettelijk Hof immers het volgende over die grondwetsbepaling:

“B.4.5. De rechten die bij artikel 22 van de Grondwet en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens worden gewaarborgd, zijn niet absoluut. Hoewel artikel 22 van de Grondwet aan eenieder het recht op eerbiediging van zijn privéleven en zijn gezinsleven toekent, voegt die bepaling daaraan immers onmiddellijk toe: ‘behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald’.

Die grondwetsbepaling waarborgt derhalve dat geen enkele overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven kan plaatsvinden dan krachtens voldoende precieze regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering, waarbij elke inmenging in dat recht dient te beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig dient te zijn met de nagestreefde wettige doelstelling.

(...)

B.8.1. Door aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voor te behouden om te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op eerbiediging van het privéleven kan worden aangetast, waarborgt artikel 22 van de Grondwet iedere burger dat geen enkele inmenging in dat recht toegelaten is dan krachtens de regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.

Naast die formele wettigheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet eveneens de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat.

Evenzo houdt de vereiste van voorzienbaarheid waaraan de wet moet voldoen om in overeenstemming te worden bevonden met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in dat de formulering ervan voldoende precies is zodat elk individu in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien (EHRM, 17 februari 2004, Maestri t. Italië, § 30).

De wet moet waarborgen bieden tegen willekeurige aantastingen door de overheid van het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door in een effectief jurisdictioneel toezicht te voorzien, anderzijds (zie onder andere, EHRM, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 55; 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg t. Zweden, § 76; 4 juli 2006, Lupsa t. Roemenië, § 34).”

De steller van het voorontwerp dient dan ook zelf in duidelijke en nauwkeurige bewoordingen aan te geven welke aantasting van het privéleven hij wenst toe te staan, in het bijzonder wat betreft de gegevens waartoe men toegang kan krijgen en de personen die de gegevens mogen registreren en die tot die gegevens toegang hebben.

2.3. Wat de gegevens betreft die in het Centraal Register EAPO geregistreerd en geraadpleegd kunnen worden, kan met het kader dat geboden wordt door verordening (EU) nr. 655/2014 van 15 mei 2014 van het Europees Parlement en de Raad ‘tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken’ (hierna: “verordening 655/2014”) en met de vermelding, in het ontworpen artikel 1391/1 van het Gerechtelijk Wetboek dat het Centraal Register EAPO bestaat uit “de gegevens (...) die noodzakelijk zijn voor de doeleinden van het rechterlijk verzoek en om het juiste verloop na te gaan van de procedures betreffende het verzoek voor het verkrijgen van rekeninginformatie”, voldaan worden aan de vereisten van het wettigheidsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet.

Voorts bevat het voorontwerp geen nadere uitleg in verband met de personen die gemachtigd zullen zijn om de gegevens van het Centraal Register EAPO te registreren of te raadplegen. Uit dit oogpunt is de afdeling Wetgeving niet in staat om zich uit te spreken over de vraag of het ingevoerde dispositief, gelet op het nagestreefde doel, niet te ver gaat (evenredigheidsbeginsel) in het licht van het recht op eerbiediging van het privéleven, hetgeen pas beoordeeld zal kunnen worden wanneer aan de machtiging uitvoering gegeven wordt.

Artikel 169

Ontworpen artikel 1447/1 van het Gerechtelijk Wetboek

In het ontworpen artikel 1447/1, § 2, wordt bepaald dat de schuldeiser het verzoek tot het verkrijgen van informatie ook kan formuleren indien de door hem verkregen rechterlijke beslissing, gerechtelijke schikking of authentieke akte nog niet uitvoerbaar is.

Aangezien de schuldeiser in dat geval reeds over een rechterlijke beslissing, een gerechtelijke schikking of een authentieke akte betreffende de omstreden schuldvordering beschikt, is het tegenstrijdig om vervolgens, in het ontworpen artikel 1447/1, § 2, 3°, te eisen dat de schuldeiser aantoont dat zijn vordering tegen de schuldenaar ten principale waarschijnlijk “gegrond verklaard” zal worden.

TITEL 8 – Wijzigingen van de wet van 25 december 2016 houdende de wijziging van verscheidene bepalingen [betreffende] de zakelijke zekerheden op roerende goederen

Deze titel geeft geen aanleiding tot opmerkingen.

TITEL 9 – Diverse wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing

Hoofdstuk 1. Wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Zoals de steller van het voorontwerp uiteenzet, strekken de bepalingen inzake bemiddeling van het voorontwerp ertoe “maximaal (...) in [te] zetten op de bevordering van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (...) om de rechtbanken te ontlasten” terwijl hij eveneens “de meerwaarde van een onderhandelde eerder dan een opgelegde oplossing” benadrukt.

Er dient evenwel onderstreept te worden dat de bevordering van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting weliswaar tevens als gunstig effect kan hebben dat de rechtbanken daardoor ontlast worden, maar dat dit niet het nagestreefde doel mag zijn, aangezien in dat geval afbreuk zou worden gedaan aan de alternatieve weg en aan de noodzaak van een daadwerkelijk en werkzaam rechtsmiddel.

2. Een van de wezenlijke nieuwigheden van het ontworpen dispositief bestaat erin dat de rechter voortaan gemachtigd is om hetzij de procedure te schorsen om “de partijen de mogelijkheid te bieden na te gaan of hun geschil geheel of gedeeltelijk op minnelijke wijze kan worden opgelost”, hetzij om ambtshalve aan de partijen te bevelen een beroep te doen op bemiddeling.¹² Bovendien bestaat het doel van de hervorming er kennelijk niet zozeer in “maximaal in te zetten op de bevordering” van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting, maar wel om die wijzen van geschillenbeslechting te “bevoorrecht[en]”, waardoor een logica gevolgd wordt die ertoe leidt dat van een beroep doen op de hoven en rechtbanken een alternatieve wijze van geschillenbeslechting gemaakt wordt die alleen aangewend zou kunnen worden voor die conflicten die men niet heeft kunnen regelen door de buitengerechtelijke wijzen van conflictoplossing: “De beslechting van een geschil door de hoven en rechtbanken moet als vangnet dienen wanneer alle andere (minnelijke) oplossingstrajecten niet mogelijk zijn.” In de bespreking van de artikelen 181 en 187 van het voorontwerp wijst de steller van het voorontwerp er voorts op dat “[d]e beslechting van het geschil door de rechtbank (...) de laatste optie [moet] zijn” en dat “in iedere stand van het geding voorrang gegeven [wordt] aan bemiddeling en andere vormen om het geschil op minnelijke wijze op te lossen”. De rechter wordt er overigens mee belast na te gaan of zulks wel degelijk het geval is, terwijl hij bij het ontworpen artikel 730/1, eerste lid, (artikel 187 van het voorontwerp), verzocht wordt om in geval van twijfel de persoonlijke verschijning van de partijen te bevelen teneinde hen te bevragen “over de wijze waarop zij (...) gepoogd hebben het geschil minnelijk op te lossen” voordat de gerechtelijke procedure ingesteld werd.

Aldus doet de ontworpen tekst een dubbel probleem rijzen.

¹² Ontworpen artikelen 730-1 en 1734 van het Gerechtelijk Wetboek.

3. Enerzijds doordat die tekst een inperking inhoudt van het recht waarover elke burger beschikt om een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die bij de wet ingesteld is uitspraak te laten doen over het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen en dat gewaarborgd wordt bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.¹³ Het recht op een eerlijk proces, dat gewaarborgd wordt door artikel 6, lid 1, EVRM, dient geïnterpreteerd te worden in het licht van het beginsel van de voorrang van het recht, naar luid waarvan er een daadwerkelijke gerechtelijke weg dient te bestaan waarlangs men zijn burgerlijke rechten kan laten gelden. Het recht op een rechterlijke instantie omvat evenwel niet alleen het recht om een vordering in te stellen, maar ook het recht om het geschil binnen een redelijke termijn via rechtspraak te laten oplossen.¹⁴⁻¹⁵

Het ontworpen artikel 730/1 wordt ingevoegd in Deel IV, Boek II, Titel II, Hoofdstuk I van het Gerechtelijk Wetboek. In Deel IV is boek II gewijd aan het geding. De eerste titel van dat boek omvat de regels betreffende het instellen van de vordering en titel II die betreffende de behandeling en de berechting van de vordering. Hoofdstuk I van die titel II omvat voortaan de omschrijving van het recht waarover elke partij beschikt om “iedere (...) hoofdvordering” vóór het instellen van een geschilprocedure “ter minnelijke schikking” voor te leggen aan de rechter die bevoegd is om daarvan kennis te nemen (ontworpen artikel 731, eerste lid), en regelt de procedure die voor een dergelijke vordering geldt met een uiteenzetting van de gevolgen van het eventueel tot stand komen van een schikking (artikelen 732 en 733 van het Gerechtelijk Wetboek).

Het voorontwerp voorziet in de vervanging van het opschrift “Minnelijke schikking”, van dit hoofdstuk I, door “Minnelijke oplossingen van geschillen” en in de invoeging van een nieuw artikel 730-1, waarin bepaald wordt dat de rechter “in elke stand van het geding een minnelijke oplossing van de geschillen [dient te bevorderen]” terwijl uiteengezet wordt hoe hij in die zin kan handelen, namelijk door na te gaan of “er reeds redelijke inspanningen (...) werden geleverd” om tot een minnelijke oplossing van het geschil te komen.¹⁶

Deze nieuwe bepaling, die ingevoegd wordt vooraan in titel II, welke titel gewijd is aan de behandeling en de berechting van de vordering, heeft duidelijk niet langer betrekking op de rechtspleging inzake minnelijke schikking, die pas vanaf het ontworpen artikel 731 behandeld wordt, maar verwoordt daarentegen een nieuwe algemene regel die voor elke rechtspleging geldt en die uitwerking kan hebben in elke fase van de rechtspleging (“in elke stand van het geding”):

¹³ Zie in het bijzonder EHRM 12 november 2002, *Běleš e.a. v. Tsjechische Republiek*, § 49, ECLI:CE:ECHR:2002:1112JUD004727399, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-65307>.

¹⁴ EHRM 1 maart 2002, *Kutić v. Kroatië*, ECLI:CE:ECHR:2002:0301JUD004877899, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-64828>.

§ 25: “ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une 'solution' juridictionnelle du litige. Il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties et qu'il n'assure pas à celles-ci le droit d'obtenir une solution à leurs litiges d'ordre civil.”

¹⁵ EHRM 9 oktober 2003, *Acimović v. Kroatië*, §§ 36 e.v., ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD006123700, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65908>.

¹⁶ Bespreking van artikel 187.

de noodzaak voor de rechter een minnelijke oplossing van het geschil te bevorderen. Doordat dit principe geldt voor elke rechtspleging en in elke stand van het geding, vloeit daar noodzakelijkerwijze uit voort dat de minnelijke oplossing van de geschillen bevorderd dient te worden ten opzichte van de gerechtelijke uitkomst van het geschil – door het wijzen van een vonnis waarbij de vordering hetzij, volledig of ten dele, ingewilligd wordt, hetzij afgewezen wordt.

Dat het recht om te verkrijgen dat het geschil via rechtspraak opgelost wordt op de helling komt te staan, vloeit aldus voort uit het ontworpen nieuw artikel 730-1 doordat de rechter daarbij in staat gesteld wordt om “de procedure” te schorsen “teneinde de partijen de mogelijkheid te bieden na te gaan of hun geschil geheel of gedeeltelijk op minnelijke wijze [opgelost] kan worden (...) en daar alle nuttige inlichtingen over in te winnen”, terwijl bij de wet geen beperking in de tijd gesteld wordt op die schorsing.¹⁷ De periode van maximaal zes maanden waarin het ontworpen artikel 1734 voorziet, geldt immers alleen in het geval dat de rechter de zaak verdaagt tot een bepaalde datum.

Zelfs indien de termijn van zes maanden zou gelden voor deze schorsing van de procedure, wat het geval zal zijn als de rechter beslist om de zaak tot een bepaalde datum te verdagen, zou het recht waarover de partijen of althans een van de partijen beschikt om te verkrijgen dat het geschil binnen een redelijke termijn “via rechtspraak opgelost wordt” in het gedrang kunnen komen doordat de rechter “voor wie een zaak hangend is”, na die eerste schorsing gedurende maximaal zes maanden teneinde de partijen de mogelijkheid te bieden “na te gaan of hun geschil geheel of gedeeltelijk op minnelijke wijze [opgelost] kan worden (...) en daar alle nuttige inlichtingen over in te winnen”, op verzoek van een van de partijen of ambtshalve “(aan de partijen) [kan] bevelen [te trachten] hun geschil (...) op te lossen door een bemiddeling¹⁸ of een informatiesessie over bemiddeling [kan] opleggen” (ontworpen artikel 1734, § 1, eerste lid (artikel 204 van het voorontwerp)). Daarenboven wordt in de nieuwe paragraaf 2 van dat artikel bepaald dat, wanneer de rechter aan de partijen beveelt om te trachten hun geschil op te lossen door een bemiddeling, hij tegelijk de bemiddelaar aanstelt, de aanvankelijke duur vastlegt van diens opdracht, die de termijn van zes maanden niet mag overschrijden en de zaak verdaagt tot de eerst nuttige datum na het verstrijken van die termijn.

Aangezien geen enkel voorbehoud gemaakt wordt met betrekking tot de schorsing die zich reeds voorgedaan zou hebben ter uitvoering van het ontworpen artikel 730-1, dat over een ander onderwerp handelt dan de maatregel die krachtens het ontworpen nieuw artikel 1734 bevolen kan worden, volgt daaruit dat de gerechtelijke procedure aldus geschorst zou kunnen worden gedurende een nieuwe relatief lange periode die tot meer dan zes maanden zou kunnen

¹⁷ In de bespreking van artikel 187 staat in dat verband het volgende te lezen: “Een gelijkaardige bepaling is reeds terug te vinden in artikel 1253ter/3, § 2 en artikel 1255, § 6 van het Gerechtelijk Wetboek.” Vergeleken met het ontworpen dispositief vertonen die beide bepalingen evenwel wezenlijke verschillen: in artikel 1255, § 6, van het Gerechtelijk Wetboek wordt uitdrukkelijk bepaald dat de duur van de schorsing die door de rechter gelast wordt, wat alleen mag “[a]ls hij vaststelt dat toenadering mogelijk is,” (welke voorwaarde niet voorkomt in de ontworpen tekst) niet meer mag bedragen dan één maand.

¹⁸ In de bespreking van het ontworpen artikel 1734 wordt te kennen gegeven dat die bevoegdheid die aan de rechter opgedragen wordt “reeds bestaat”. Bij de huidige stand van de tekst kan de rechter weliswaar “op eigen initiatief” een bemiddeling bevelen, maar daartoe is evenwel “de instemming” van de partijen vereist (artikel 1734, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

duren indien de rechter de “aanvankelijke” duur van de opdracht van de door hem aangestelde bemiddelaar op zes maanden vaststelt (het is voor de bemiddelaar immers materieel onmogelijk zijn opdracht aan te vatten zodra de rechter die maatregel bevolen heeft, waarbij komt dat de zaak pas opnieuw vastgesteld zal worden op de “eerste nuttige datum” na het verstrijken van die “aanvankelijke” termijn die door de rechter bepaald is). Daarenboven laat het begrip “aanvankelijke duur” van de opdracht die aan de bemiddelaar toevertrouwd is, kennelijk de mogelijkheid open dat de rechter die periode verlengt, in voorkomend geval ambtshalve.

Doordat ze komen bovenop de termijnen die nu reeds de strikt juridische behandeling van de meeste vorderingen die bij de hoven en rechtbanken ingesteld worden, bezwaren zijn die periodes waarin de procedure geschorst zou worden met het oog op een eventuele minnelijke oplossing van het geschil van dien aard dat ze verhinderen dat de vorderingen binnen een redelijke termijn door het gerecht behandeld worden, terwijl niet aangetoond is dat de maatregelen die deze vertragingen veroorzaken voor de betrokken rechtzoekenden enig gunstig gevolg zullen hebben.

Door het ontworpen dispositief is het niet uitgesloten dat dergelijke maatregelen, waartoe ambtshalve besloten wordt, leiden tot een echte rechtsweigering, in het bijzonder indien ze uitgesproken worden aan het eind van het proces (bijvoorbeeld na de pleidooien van de partijen, op het ogenblik waarop de rechter de zaak in principe in beraad zou moeten nemen). Ten gevolge van het ontworpen dispositief zou een dergelijke situatie mogelijk worden zonder dat zulks door een hoger rechtscollege bestraft zou kunnen worden, aangezien de aldus bevolen maatregelen niet vatbaar zijn voor enig rechtsmiddel (artikel 205 van het voorontwerp). De procedure vormt evenwel net een geheel van regels die ertoe strekken de werkzaamheid te garanderen van de rechten die aan de rechtzoekenden toegekend worden en, bijgevolg, te voorkomen dat bepaalde procedurele gedragingen zich zouden kunnen voordoen.

Deze teksten dienen dan ook herzien te worden:

– door de bevoegdheid van de rechter in de tijd te beperken en door bijvoorbeeld te voorzien in een bepaling naar luid waarvan aan de partijen bij het begin van de procedure specifieke informatie verstrekt dient te worden over de mogelijkheden om het geschil minnelijk te regelen, in welk geval de zaak voor een korte termijn (maximaal een maand) verdaagd kan worden om, als zulks de bedoeling van de partijen zou zijn of zou worden, de gelegenheid te bieden om een buitengerechtelijke procedure voor het regelen van het geschil in gang te zetten;¹⁹

– door uit te sluiten dat, in het kader van eenzelfde procedure, herhaaldelijk informatiemaatregelen getroffen worden waartoe door de rechter besloten zou kunnen worden krachtens hetzij het ontworpen nieuw artikel 730-1, hetzij het ontworpen artikel 1734;

¹⁹ Doordat bij de tekst van het voorontwerp aan de advocaten en de gerechtsdeurwaarders de verplichting opgelegd wordt om de partijen te wijzen op de mogelijkheden om gebruik te maken van dergelijke vormen van minnelijke regeling van het geschil, (artikelen 181 en 182 van het voorontwerp), zou het logisch zijn om de bevoegdheid van de rechter om in dat verband actie te ondernemen in de tijd te beperken (bijvoorbeeld tot de inleidende zitting) en tot alleen die gevallen waarin uit de gegevens van het dossier blijkt dat de partijen wellicht niet over alle gegevens beschikken op grond waarvan ze zouden kunnen beoordelen hoe nuttig het voor hen zou zijn om te pogen hun geschil minnelijk te regelen (in het bijzonder indien de partijen niet vertegenwoordigd worden door een advocaat).

– door te voorkomen dat de rechter, in het kader van eenzelfde procedure zowel maatregelen krachtens het ontworpen artikel 730-1 als krachtens het ontworpen artikel 1734 zou kunnen nemen;

– door een schorsing van de procedure teneinde de partijen te bevelen “om te [trachten] hun geschil (...) door een bemiddeling [op te lossen]” alleen mogelijk te maken in die gevallen waarin vaststaat dat alle partijen bij de zaak met de voorgenoemde maatregel instemmen.

Laatstgenoemde beperking houdt verband met het tweede bezwaar dat het ontworpen dispositief doet rijzen en welk bezwaar van principiële aard is.

4. Het doel dat de steller van het voorontwerp nastreeft, lijkt niet te kunnen samengaan met een van de wezenlijke beginselen die gelden voor bemiddeling als vorm van alternatieve regeling van geschillen, namelijk de omstandigheid dat vrijwilligheid voorop dient te staan bij hetgeen de partijen ondernemen: bemiddeling moet aanvaard worden; ze mag niet opgelegd worden.

Doordat de ontworpen tekst de rechter in staat stelt om, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van slechts één van de partijen, aan de partijen te bevelen om te trachten hun geschil door een bemiddeling op te lossen, houdt die tekst een aantasting in van de hele filosofie die ten grondslag ligt aan de legitimiteit en de efficiëntie van de aanwending van bemiddeling in een poging een oplossing te vinden voor een geschil dat tussen de partijen gerezen is met betrekking tot hun burgerlijke rechten en verplichtingen.

Volgens de huidige tekst van artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek kan de justitiële rechter alleen met instemming van de partijen “een bemiddeling bevelen”. Schijnbaar is het volgens de ontworpen tekst voor de rechter niet meer mogelijk “een bemiddeling [te] bevelen”, maar alleen om aan de partijen te bevelen “[te trachten] hun geschil (...) op te lossen door een bemiddeling”. De inhoud van de maatregel die in het ontworpen dispositief bedoeld wordt, stemt nochtans wel degelijk overeen met “het bevelen van een bemiddeling”, aangezien niet voorgesteld wordt om enige wijziging aan te brengen in artikel 1735 van het Gerechtelijk Wetboek (tenzij om daarin een “zesde lid” (lees: een paragraaf 6) in te voegen), terwijl in dat artikel bepaald wordt welke gevolgen gegeven dienen te worden aan de beslissing die de rechter krachtens artikel 1734 genomen heeft en daarin de bemiddelingsprocedure geregeld wordt.

Dat bemiddeling intrinsiek vrijwilligheid vergt, heeft te maken met de bereidheid van de partijen om in een bemiddelingstraject te stappen. In de bespreking van artikel 204 van het voorontwerp wordt gesteld dat de mogelijkheid die aan de rechter geboden wordt om aan de partijen te bevelen te trachten een bemiddeling tot stand te brengen, niet indruist tegen de aard van de bemiddeling, die vrijwillig is, en vrijwillig blijft omdat “de rechter [hier aan] de partijen [de verplichting] op[legt] om hun conflict op te lossen via bemiddeling, maar (...) de partijen niet tot een bemiddelingsakkoord [dwingt]”. Op te merken valt evenwel dat op geen enkel ogenblik noch door de rechtsleer, noch door de voorstanders van bemiddeling betoogd is dat de omstandigheid dat bemiddeling vrijwilligheid vergt geen ander gevolg zou hebben dan het verbod voor de rechter om de partijen “tot een bemiddelingsakkoord te dwingen”. In dat verband ziet de afdeling Wetgeving overigens niet in hoe een akkoord tussen de partijen door de rechter opgelegd zou kunnen worden.

In tegenstelling tot gerechtelijke stappen biedt bemiddeling de partijen niet de waarborg dat een rechter hun geschil, aan het einde van een openbare procedure, met naleving van onder andere het beginsel van de tegenspraak en de wapengelijkheid, op onafhankelijke en onpartijdige wijze beslecht.²⁰ Bemiddeling stelt de partijen er alleen toe in staat om “dankzij de tussenkomst van een neutrale derde” te zoeken naar een akkoord dat voor elke partij aanvaardbaar is.²¹

Hoewel de partijen afstand kunnen doen van de rechten die aan hen toegekend zijn bij artikel 6, lid 1, EVRM, om in een bemiddelingstraject te stappen, dient zulks een weloverwogen en vrijwillige keuze te zijn. Hetzelfde geldt voor de geestesgesteldheid die van de partijen verwacht wordt wanneer ze in een bemiddelingstraject stappen.²²

Daarenboven brengt bemiddeling noodzakelijkerwijze extra kosten mee (honorarium van de bemiddelaar en, in voorkomend geval, honoraria van de raadslieden van de partijen voor specifieke prestaties in verband met het bemiddelingstraject), waardoor de kostprijs van de procedure verhoogd wordt zonder dat daar ook maar iets positiefs tegenover staat indien de bemiddeling niet tot een akkoord leidt, waarbij het gevaar bestaat dat zulks vaak het geval zal zijn indien de bemiddeling aan de partijen of aan een van de partijen opgedrongen wordt.

In de bespreking van artikel 204 van het voorontwerp (wijzigingen die aangebracht worden in artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek) staat voorts dat die mogelijkheid die aan de rechter geboden wordt om ambtshalve een bemiddeling te bevelen “de voorkeur [verdient] omdat zij zich ertoe leent om de alternatieve vormen van conflictoplossing zoveel mogelijk te bevorderen”. Doordat de rechter in staat gesteld wordt om ambtshalve een bemiddeling te bevelen, gaat het evenwel niet langer om het begunstigen of in de hand werken van bemiddeling²³, maar wel om het opleggen ervan, in voorkomend geval tegen de zin in van één van de partijen of van beide partijen.

5. In haar advies nr. 59.226/1/2/3 van 19 mei 2016²⁴ heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State het volgende opgemerkt in verband met een bepaling van het voorontwerp van

²⁰ Het beginsel van de wapengelijkheid, “zoals het thans wordt opgevat als een ‘billijk en rechtvaardig evenwicht tussen de procespartijen’ is een algemeen rechtsbeginsel dat vervat ligt in het ruimere begrip van het recht op een eerlijk proces (...) en dat sterk verweven is met het recht op tegenspraak.” (P. DUINSLAEGER, “Het recht op wapengelijkheid”, 2015, 1 en 2,

https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/mercuriale2015.vers_def_250815.pdf.

²¹ Federale Bemiddelingscommissie, <http://www.fbc-cfm.be/nl/inhoud/begrip>.

²² Volgens de tekst van het ontworpen nieuw artikel 1723-1 (artikel 192 van het voorontwerp) is bemiddeling “een vertrouwelijk en gestructureerd proces van vrijwillig overleg tussen conflicterende partijen met de actieve medewerking van een onafhankelijke en onpartijdige derde die de communicatie vergemakkelijkt en poogt de partijen ertoe te brengen zelf een oplossing uit te werken”. Volgens de Federale Bemiddelingscommissie bestaat de taak van de bemiddelaar erin “de partijen te helpen om zelf, met volledige kennis van zaken, tot een billijke overeenstemming te komen die de behoeften van alle interveniërende partijen respecteert”, <http://www.fbc-cfm.be/nl/faq-list>.

²³ Synoniemen van “bevorderen”, elektronische Van Dale.

²⁴ Advies nr. 59.226/1/2/3, dat op 19 mei 2016 uitgebracht is over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 25 december 2016 ‘tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie’ (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1986/1, 159 tot 267).

wet 'tot hervorming van de rechtspleging voor de rechtbank van koophandel, tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en houdende diverse bepalingen inzake justitie' die ertoe strekte aan de rechters van de rechtbank van koophandel de bevoegdheid te verlenen om, zelfs ambtshalve, aan de partijen te bevelen onderhandelingen aan te knopen of een bemiddelingstraject te volgen:

“3.1. Krachtens het tweede lid van het ontworpen artikel 1385quaterdecies/8, § 1, kan de rechtbank ‘de partijen ook verzoeken te onderhandelen of een bemiddeling bevelen’.

3.2. Vermits zowel bij een verzoening als bij een bemiddeling tussen de partijen met tussenkomst van een derde (verzoener of bemiddelaar) wordt ‘onderhandeld’, moet dit wellicht zo worden begrepen dat de steller van het voorontwerp – wanneer hij aan de rechter de mogelijkheid biedt om de partijen te verzoeken te onderhandelen – het geval voor ogen heeft van onderhandelingen waarin noch door de rechtbank noch door een bemiddelaar tussenbeide wordt gekomen. De bespreking van het artikel vermeldt in dat verband dat de rechtbank de partijen kan verzoeken ‘al dan niet met bijstand van een erkende bemiddelaar’ te onderhandelen.

De ontworpen tekst bepaalt dat de rechtbank, wanneer een dergelijk verzoek wordt gedaan, de zaak zal kunnen verdagen naar een vaste datum maar binnen een termijn van ten hoogste zes maanden; tegen een dergelijke beslissing staat geen enkel beroep open.

Ten aanzien van het recht van de rechtzoekenden om hun geschillen binnen een redelijke termijn beslecht te zien, lijkt het disproportioneel dat de rechter de mogelijkheid wordt gegeven om de partijen te verplichten te onderhandelen, te meer daar zij krachtens diezelfde ontworpen tekst gedwongen geweest zijn om de zaak binnen een zeer korte termijn (vijfenveertig dagen) in gereedheid te brengen.

Dat de rechter een onderhandeling kan opleggen blijkt uit het feit dat hij de partijen kan ‘verzoeken’ te onderhandelen, hij de zaak meteen zes maanden kan verdagen en dat er tegen die beslissing geen beroep kan worden ingesteld. Hij heeft die mogelijkheid telkens hij die onderhandeling ‘opportuun’ acht, zelfs al zal de rechtbank doorgaans niet weten of het inleiden van de gerechtelijke procedure niet reeds is voorafgegaan door onderhandelingen tussen de partijen – of zelfs dat die onderhandelingen parallel met de gerechtelijke procedure worden gevoerd –, aangezien dergelijke onderhandelingen *in se* vertrouwelijk zijn, inzonderheid wanneer wordt onderhandeld via de advocaten van de partijen.

3.3. De rechtbank kan ook ‘een bemiddeling bevelen met overeenkomstige toepassing van de artikelen 1734 tot 1737’ van het Gerechtelijk Wetboek. Uit de ontworpen tekst blijkt niet uitdrukkelijk dat zij de zaak in dat geval eveneens kan verdagen naar een latere datum. Die mogelijkheid valt echter hoe dan ook af te leiden uit de geest van de tekst, aangezien er niet kan worden bemiddeld als de geschillenprocedure niet wordt geschorst.²⁵ Het gebruik van de termen ‘bevelen’ en ‘ordonner’ en het feit dat de rechtbank de zaak met hoogstens zes maanden kan verdagen zonder dat tegen die

²⁵ Voetnoot 49 van het geciteerde advies: In de bespreking van artikel 75 (ontworpen artikel 1385quaterdecies/8) wordt trouwens vermeld dat de kamer “de partijen ook [kan] vragen te onderhandelen, al dan niet met bijstand van een erkende bemiddelaar”, wat erop wijst dat de bemiddeling wordt beschouwd als een bijzondere vorm van onderhandelen. De zin “In geval van een verzoek tot onderhandelingen wordt de zaak verdaagd naar een vaste datum binnen ten laatste zes maanden” in het tweede lid van de genoemde bepaling moet derhalve aldus worden geïnterpreteerd dat hij eveneens van toepassing is in geval van bemiddeling.

beslissing beroep kan worden ingesteld, nopen ertoe vast te stellen dat de ontworpen tekst een verplichte bemiddeling invoert.²⁶

Bemiddeling is een alternatieve wijze van conflictoplossing, die bij de huidige stand van het recht nog steeds aan het oordeel van de partijen wordt overgelaten.

De wet van 21 februari 2005 ‘tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling’ heeft op algemene wijze in het positief recht de mogelijkheid ingevoerd om een beroep te doen op bemiddeling door de artikelen 1724 en volgende in het Gerechtelijk Wetboek in te voegen en door zowel in een zogenoemde ‘vrijwillige’ als in een ‘gerechtelijke’ bemiddelingsprocedure te voorzien, met dien verstande dat beide procedures steunen op het vrijwillige karakter van de bemiddeling. P. Van Leynseele wijst er ter zake op dat ‘la limite du pouvoir du juge de renvoyer les parties en médiation est qu’il doit s’assurer au préalable que les parties sont d’accord d’y recourir. La médiation est avant tout un processus volontaire’²⁷.

Ten gevolge van die opmerking is die bepaling van dat voorontwerp niet opgenomen in het wetsontwerp dat bij het parlement ingediend is en geleid heeft tot de wet van 25 december 2016 ‘tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie’.

Die opmerkingen zijn *mutadis mutandis* eveneens van toepassing op de tekst van onderhavig voorontwerp.

6. Kortom, de mogelijkheid die de rechter krijgt om, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van één enkele partij, de partijen te bevelen een bemiddelingsmaatregel te nemen of ze ertoe te verplichten “te [trachten] hun geschil (...) door een bemiddeling [op te lossen]”, dient uit het ontworpen dispositief weggelaten te worden.

Onder voorbehoud van deze algemene opmerking onderzoekt de afdeling Wetgeving van de Raad van State de artikelen van titel 9 van het voorontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 180

Ontworpen artikel 298, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek

Zoals deze bepaling gesteld is, zou ze aldus geïnterpreteerd kunnen worden dat daarbij van rechtswege aan de daarin bedoelde magistraten de hoedanigheid van erkend bemiddelaar toegekend wordt.

²⁶ Voetnoot 50 van het geciteerde advies: De loutere verwijzing naar “de overeenkomstige toepassing” van artikel 1734 – luidens hetwelk bemiddeling slechts mogelijk is op gezamenlijk verzoek van de partijen of op voorstel van de rechtbank maar met instemming van de partijen – lijkt die vaststelling niet te kunnen weerleggen.

²⁷ Voetnoot 51 van het geciteerde advies: P. VAN LEYNSEELE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, 297.

Volgens het ontworpen artikel 1726, § 1/1, moet immers “voor de toepassing van dit Wetboek, (...) onder bemiddelaar, erkend bemiddelaar [verstaan worden].

Bovendien wordt in het ontworpen artikel 1726, §1, 2°, in de opsomming van de beroepen die vrijgesteld worden van het juridisch component van de vorming en van het bekwaamheidsexamen met het oog op de erkenning, geen melding gemaakt van de magistraten waarvan sprake is in het ontworpen artikel 298. Dat zou verklaard kunnen worden door het feit dat zij vrijgesteld zouden zijn van elke opleiding voorafgaand aan hun erkenning.

Indien zulks niet de bedoeling is van de steller van het voorontwerp zou in het ontworpen artikel 298, tweede lid, bepaald moeten worden dat de daarin bedoelde magistraten als bemiddelaar kunnen optreden onder voorbehoud, wat hun erkenning betreft, van de toepassing van artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 181

Ontworpen artikel 444, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek

1. In de bespreking van het artikel staat dat “(de advocaten) in samenspraak met de rechtszoekende redelijke pogingen [ondernemen] om het geschil op een minnelijke wijze op te lossen en dit in elke stand van de zaak”. Aldus lijkt voor elk geschil de verplichting te gelden om vooraf een traject van buitengerechtelijke geschillenbeslechting te volgen, voordat er een rechtsvordering ingesteld kan worden. Dat blijkt nog duidelijker uit de rest van de bespreking van het artikel, waarin erop gewezen wordt dat “[d]e beslechting van het geschil door de rechtbank (...) de laatste optie [moet] zijn” en dat “[d]e traditionele rol van de advocaat (het pleitmonopolie) (...) behouden [blijft]” maar alleen “voor de beslechting van geschillen waar bemiddeling of andere minnelijke oplossingen redelijkerwijze niet haalbaar zijn”.

Doordat de ontworpen tekst ertoe strekt om in artikel 444 van het Gerechtelijk Wetboek een verplichting op te nemen voor de advocaten om “, in de mate van het mogelijke, de minnelijke oplossing van geschillen na [te streven]”, wordt daarmee evenwel afbreuk gedaan aan het grondbeginsel dat als leidraad moet dienen voor de advocaat bij de vervulling van zijn opdracht om de belangen van zijn cliënten te behartigen, welk beginsel in herinnering wordt gebracht in het eerste lid van artikel 444 van het Gerechtelijk Wetboek, namelijk dat hij vrij zijn ambt uitoefent ter verdediging van het recht en van de waarheid.

Het staat bijgevolg aan de advocaat om in alle vrijheid te beoordelen of gebruikmaken van een alternatieve wijze van geschillenbeslechting overeenstemt met het welbegrepen belang van zijn cliënt en om, in voorkomend geval, aan hem voor te stellen daarvoor te opteren.

De ontworpen tekst behoort op dat punt herzien te worden.

2. Wat de informatieplicht betreft die bij de ontworpen tekst opgelegd wordt, wordt de ontworpen regeling, zoals hiervoor benadrukt is, ingevoegd na artikel 444, eerste lid, dat in het

algemeen handelt over de wijze waarop de advocaten hun ambt uitoefenen. In die bepaling is er geen sprake van de specifieke band die elke advocaat met zijn cliënt onderhoudt.

Het is niet duidelijk of de “nieuwe” informatieopdracht waarvan in de ontworpen tekst sprake is voor elke advocaat de verplichting inhoudt om - zoals in de bespreking van het artikel verondersteld lijkt te worden - voor elke zaak in het bijzonder de cliënt specifiek in te lichten over de mogelijkheden om te kiezen voor een minnelijke beslechting van het geschil, dan wel of in een dergelijke informatie voorzien kan worden in het kader van een algemene mededeling door bijvoorbeeld de gemeenschapsorden.

De steller van het voorontwerp zou er goed aan doen zijn bedoelingen in dat verband te verduidelijken.

Artikel 187

Ontworpen nieuw artikel 730/1 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Bovenop de fundamentele punten van kritiek die reeds geformuleerd zijn in de algemene opmerkingen bij titel 9, doet de ontworpen regeling een probleem rijzen wat de vertrouwelijkheid betreft van de onderhandelingen tussen de partijen.

Immers, in de bespreking van het artikel wordt er weliswaar op gewezen dat het recht waarover de rechter beschikt om de partijen, inzonderheid door hen te bevelen om persoonlijk te verschijnen, vragen te stellen “over de wijze waarop zij voorafgaand aan het geding gepoogd hebben het geschil minnelijk op te lossen” uitgeoefend dient te worden “zonder afbreuk te doen aan de vertrouwelijke inhoud van briefwisseling tussen advocaten”, maar daarbij wordt uit het oog verloren dat in geval van onderhandelingen tussen de partijen de vertrouwelijkheid van die onderhandelingen veel verder reikt dan de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaten, daar de partijen er over het algemeen alleen mee instemmen te onderhandelen indien het hele proces vertrouwelijk is, waarbij die vertrouwelijkheid in voorkomend geval zelfs kan gelden voor het principe zelf dat onderhandelingen plaatsvinden.

De kan bestaat dan ook dat het bevelen van de persoonlijke verschijning van de partijen vaak een ondoeltreffende maatregel zal zijn die alleen tot gevolg zal hebben dat de justitiële behandeling van de zaak nodeloos vertraagd wordt.

2. De steller van het voorontwerp zou duidelijker te kennen moeten geven wat de echte bedoeling is van de mogelijkheid die aan de rechter geboden wordt om de partijen te bevragen over de wijze waarop zij gepoogd hebben hun geschil op te lossen voor het instellen van de gerechtelijke procedure, over “elk passend gevolg” dat hij kan geven aan de weigering van de partijen om op die vraag in te gaan en over de gevolgen die voortvloeien uit het feit dat geen enkele poging ondernomen is om het geschil minnelijk op te lossen.

Behalve indien zulks niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp zou zijn, dient in de bespreking van het artikel duidelijk vermeld te worden dat de aanwending van een middel om het geschil minnelijk op te lossen geen voorafgaande voorwaarde is voor het

instellen van een gerechtelijke procedure en dat, inzonderheid, artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het gewijzigd is bij de wet van 25 december 2016, in een dergelijk geval niet van toepassing zou zijn.

Artikel 193

Ontworpen artikel 1724 van het Gerechtelijk Wetboek

De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het wel raadzaam is om in dit artikel, waarin bepaald wordt welke geschillen voor bemiddeling in aanmerking komen (eerste lid), het nieuwe tweede lid in te voegen waarin voorgeschreven wordt dat de partij die een verzoek tot bemiddeling afwijst, haar weigering schriftelijk dient mee te delen.

Artikel 194

Ontworpen artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek

Wellicht zouden ook de magistraten bedoeld in het ontworpen artikel 298, tweede lid, vrijgesteld moeten worden van het juridisch component van de vorming en van het examen. Er wordt verwezen naar de opmerking die bij artikel 180 gemaakt is.

Artikel 195

Ontworpen artikel 1727 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In het ontworpen artikel 1727, § 2, 5°, wordt als taak van de Federale bemiddelingscommissie alleen genoemd de tijdelijke of definitieve intrekking van de erkenning van de bemiddelaar in geval van niet-naleving van de voorwaarden bepaald in artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek of van die van de deontologische code. In het ontworpen artikel 1717, § 2, 7°, anderzijds, is evenwel sprake van de bepaling van de procedure voor het sanctioneren van de bemiddelaar.

In het ontworpen artikel 1727/4, § 4, wordt evenwel bepaald dat andere sancties dan de intrekking van de erkenning opgelegd kunnen worden door de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling - en bijgevolg door de Federale bemiddelingscommissie.

Het ontworpen artikel 1727/4, § 2, bepaalt bovendien dat de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling er eveneens mee belast is advies te verlenen in geval van betwisting van het honorarium van bemiddelaars.

Het ontworpen artikel 1727, § 2, behoort derhalve aldus vervolledigd te worden dat alle bevoegdheden van de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling vermeld worden bij de opdrachten van de Federale bemiddelingscommissie.

2. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het niet beter zou zijn om in het dispositief eveneens te voorzien in een procedure voor de tijdelijke of definitieve intrekking van de inschrijving op de lijst van bemiddelaars bedoeld in het ontworpen artikel 1727, § 2, 4°.

Artikel 196

Ontworpen artikel 1727/1 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Doordat artikel 196 van het voorontwerp strekt tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, dienen in het ontworpen artikel 1727/1, tweede lid, de woorden “van deze wet” vervangen te worden door de woorden “van het zevende deel van dit Wetboek”.

2. Uit het ontworpen artikel 1727/3, § 1, blijkt dat de commissie die belast is met de tucht “de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling” genoemd wordt. Bijgevolg behoort die officiële benaming overgenomen te worden in het ontworpen artikel 1727/1, tweede lid, in plaats van de woorden “commissie voor de tuchtregeling”.

Artikelen 197, 198 en 199

Doordat in de ontworpen artikelen 1727/2, § 1, tweede lid, 1727/3, § 2, vierde lid, en 1727/4, § 1, tweede lid, voorgeschreven wordt dat bepaalde aangelegenheden bij een ministerieel besluit worden geregeld, worden daarin verschillende overdrachten van bevoegdheden vastgelegd ten voordele van de minister.

Overeenkomstig de artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet, berust de uitvoerende macht evenwel bij de Koning. In beginsel dient de wetgever aan de Koning verordenende bevoegdheid te verlenen, waarbij de Koning, in voorkomend geval, een bevoegdheid kan overdragen aan een minister om de aangenomen regels nader in te vullen.

Artikel 197

Ontworpen artikel 1727/2 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In het ontworpen artikel 1727/2, § 2, tweede lid, behoort te worden gepreciseerd op welke wijze de helft van de leden van het bureau gekozen zullen worden met het oog op de hernieuwing van hun mandaat na vier jaar, de eerste keer dat er zulk een hernieuwing plaatsvindt.

2. Wat het ontworpen artikel 1727/2, § 3, betreft, moet de steller van het voorontwerp in staat zijn om uit het oogpunt van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, te verantwoorden waarom de mandaten van voorzitter en ondervoorzitter nooit toevertrouwd worden aan een gerechtsdeurwaarder, terwijl alle andere in het bureau vertegenwoordigde beroepen daarvoor beurt om beurt in aanmerking komen. In het andere geval behoort het dispositief dienovereenkomstig herzien te worden.

3. Uit het ontworpen artikel 1727/3, § 4, blijkt dat het bureau over een goedkeuringsbevoegdheid beschikt ten aanzien van de beslissingen die aan hem voorgelegd zouden worden door de commissie voor de erkenning van Belgische en buitenlandse bemiddelaars en door de commissie voor de erkenning van vormingen en de handhaving van de permanente vorming. Het ontworpen artikel 1727/2, § 4, behoort derhalve aldus aangevuld te worden dat die bevoegdheid daarin eveneens vermeld wordt.

Artikel 198

Ontworpen artikel 1727/3 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Doordat bij paragraaf 1 van het ontworpen artikel 1727/3 drie vaste commissies opgericht worden, maar de paragrafen 2 tot 5 van diezelfde bepaling alleen betrekking hebben op de commissie voor de erkenning van Belgische en buitenlandse bemiddelaars en op de commissie voor de erkenning van vormingen en de handhaving van de permanente vorming, met uitsluiting van de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling, die geregeld wordt bij het ontworpen artikel 1727/4, verdient het aanbeveling om die paragrafen 2 tot 5 op te nemen in een afzonderlijke bepaling.

2. In het ontworpen artikel 1727/3, § 2, vierde lid, behoort niet gepreciseerd te worden dat het om een gemotiveerde beslissing gaat, aangezien die verplichting reeds voortspruit uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

3. In het ontworpen artikel 1727/3, § 4, behoren in de Nederlandse tekst de woorden “de opdrachten bedoelde in” vervangen te worden door de woorden “de opdrachten bedoeld in”.

Artikel 201

Ontworpen artikel 1728 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In geval er bemiddeld wordt, kan de uitbreiding van de vertrouwelijkheid tot de documenten die reeds bestonden voor aanvang van de bemiddeling, waarvoor de instemming van de partijen vereist is, aanzienlijke problemen doen rijzen indien de bemiddeling mislukt, aangezien dat ertoe kan leiden dat de ene of de andere partij, of beide in de onmogelijkheid verkeren om hun rechten op dienstige wijze te doen gelden in het kader van een gerechtelijke procedure die na het mislukken van de bemiddeling ingesteld zou worden.

Hoewel bepaald wordt dat die uitbreiding slechts met instemming van de partijen plaatsvindt, kan men het gevaar niet uitsluiten dat die instemming, die verleend wordt buiten elke gerechtelijke procedure om door een partij die niet noodzakelijkerwijze bijgestaan is door een professionele rechtsbeoefenaar, verleend wordt zonder dat die partij genoegzaam ingelicht was over de gevolgen van die uitbreiding.

Wanneer de partijen beslissen om de vertrouwelijkheid uit te breiden tot alle documenten die tijdens de bemiddeling overgelegd zijn, zelfs tot de niet vertrouwelijke documenten die reeds voor aanvang van de bemiddeling bestonden, zal de verzoekende partij derhalve in geval van het mislukken van de bemiddeling geen documenten meer in rechte kunnen overleggen waaruit het bewijs van haar rechten blijkt: bijvoorbeeld een onbetaalde factuur of een overzicht van de kosten die ze voor het onderhoud en de opvoeding van de kinderen gemaakt heeft, enz.

2. Gelet op het feit dat de enige reden voor die mogelijkheid om de vertrouwelijkheid uit te breiden tot reeds bestaande documenten die niet vertrouwelijk waren het beginsel van de vertrouwelijkheid van de bemiddeling is, hetgeen overigens een uitgemaakte zaak is, ziet de afdeling Wetgeving niet in welk nut het zou hebben om te voorzien in de mogelijkheid van een dergelijke uitbreiding in het licht van de risico's die daarin besloten liggen.

Artikel 204

Ontworpen artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek

Wat de mogelijkheid betreft die aan de rechter geboden wordt om aan de partijen een informatiesessie over bemiddeling op te leggen, behoort die mogelijkheid hoe dan ook afgebakend te worden door de periode gedurende welke de gerechtelijke procedure daartoe geschorst wordt tot een strikt minimum te beperken en, meer nog, door te voorkomen dat die schorsingsbevoegdheid uitgeoefend zou kunnen worden op een ogenblik waarop de gerechtelijke procedure nagenoeg afgelopen is. Het is niet redelijk aan de rechter de mogelijkheid te bieden om de partijen ambtshalve te bevelen om aan een informatiesessie over bemiddeling deel te nemen op een ogenblik waarop zij hun conclusie willen pleiten, namelijk wanneer de zaak op tegenspraak in staat van wijzen gebracht is en na, vaak lange tijd, gewacht te hebben op de pleitzitting.

In de bespreking van het artikel wordt er voorts op gewezen dat “[h]et (...) evident [is] dat de rechter de partijen over de beoogde maatregel hoort”. Aangezien de maatregel “in elke stand van het geding” bevolen kan worden, is het niet evident dat ze bevolen zou worden wanneer een zitting vastgelegd wordt.²⁸ De regel inzake het horen van de partijen over de maatregel die de rechter wenst te nemen, die noodzakelijk is voor het in acht nemen van de tegenspraak en die in herinnering gebracht wordt in de bespreking van het artikel, dient uitdrukkelijk in het dispositief opgenomen te worden.

²⁸ De maatregel kan immers bevolen worden hetzij op de inleidende zitting of op een rechtsdag van de verdaagde zaak volgend op de inleidende zitting, hetzij op een pleitzitting, hetzij tijdens het onderzoek van het geschil, op verzoek van een van de partijen (voor dit geval wordt in het ongewijzigd blijvende artikel 1734, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, bepaald dat de griffier de partijen oproept op de rechtsdag die bepaald wordt binnen vijftien dagen na het verzoek) of ambtshalve door de rechter.

Artikel 205

Ontworpen artikel 1735 van het Gerechtelijk Wetboek

In verband met het voorstel om een zesde lid (lees: een paragraaf 6) toe te voegen aan artikel 1735 van het Gerechtelijk Wetboek, teneinde te bepalen dat de maatregelen bevolen overeenkomstig de artikelen 1734 en 1735 van het Gerechtelijk Wetboek niet vatbaar zijn voor enige rechtsmiddel, wordt verwezen naar de algemene opmerking.

Artikel 206

1. Doordat bij artikel 194 van het voorontwerp afgestapt wordt van het beginsel van een gedifferentieerde erkenning, is de verwijzing naar de woorden “met betrekking tot familiezaken, sociale zaken en burgerlijke en handelszaken uitgezonderd voor geschillen tussen ondernemingen” in het ontworpen artikel 1737/1, eerste lid, 1°, niet op haar plaats en dient ze geschrapt te worden.
2. Die bepalingen zijn van strafrechtelijke aard en zouden beter in het Strafwetboek ingevoegd worden.

Artikelen 207 tot 217

Nieuw deel VIII van het Gerechtelijk Wetboek met als opschrift “Collaboratieve onderhandelingen”

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In verband met de eventuele verplichting om een beroep te doen op de collaboratieve onderhandelingen zonder voorafgaande instemming van alle partijen bij de zaak, wordt verwezen naar de algemene opmerking die bij titel 9 gemaakt is. De hiernavolgende bijzondere opmerkingen worden geformuleerd onder voorbehoud van die algemene opmerking.
2. Bij de artikelen 207 tot 217 wordt in het Gerechtelijk Wetboek een nieuw deel VIII ingevoegd, dat handelt over collaboratieve onderhandelingen als manier om geschillen minnelijk op te lossen “naast de bemiddeling en de andere vormen van minnelijke oplossingen van geschillen”.

Men kan zich afvragen of het nodig is om in het Gerechtelijk Wetboek een nieuw deel op te nemen teneinde daarin een regeling in te voegen inzake een nieuwe manier om geschillen minnelijk op te lossen. Het zou logischer zijn om het opschrift van het huidige zevende deel, dat uitsluitend betrekking heeft op bemiddeling, te wijzigen door het toepassingsgebied ervan te verruimen tot alle vormen van minnelijke oplossing van geschillen.²⁹

²⁹ Deze verruiming is niet gerechtvaardigd ten aanzien van zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek, dat gewijd is aan de arbitrage, aangezien het handelt over een alternatieve manier van geschillenbeslechting, en dus niet over een minnelijke oplossing die steunt op onderhandelingen, luisterbereidheid en vrijwillig overleg.

In dat deel zou een eerste boek gewijd kunnen worden aan de algemene beginselen die van toepassing zijn op alle vormen van minnelijke oplossing van geschillen. Een boek II zou vervolgens gewijd kunnen worden aan bemiddeling, waarin de huidige bepalingen van het zevende deel opgenomen zouden worden en waarin een boek III zou kunnen handelen over collaboratieve onderhandelingen. In de toekomst zouden nog andere vormen van minnelijke oplossing van geschillen in dat deel ingevoegd kunnen worden.

3. In artikel 208 wordt gedefinieerd wat begrepen wordt onder collaboratieve onderhandelingen. In artikel 209 wordt bepaald dat alleen collaboratieve advocaten het recht hebben om aan deze vorm van minnelijke geschillenbeslechting te doen, terwijl daarin ook bepaald wordt aan welke vormvereisten en voorwaarden men moet voldoen om als collaboratief advocaat erkend te kunnen worden.

In de artikelen 211 tot 217 worden de nadere regels voor de collaboratieve onderhandelingen bepaald.

Het belang van de invoeging van die regels die overeenstemmen met de regels die reeds uiteengezet zijn op de website van de gemeenschapsorden³⁰ en die inzonderheid ook vervat zijn in de “charte de participation au processus de droit collaboratif”³¹ bestaat erin deze “nog zeer miskende” vorm van geschillenbeslechting “te promoten met een wetgevende erkenning”.

Die doelstelling en de wijze waarop ze nagestreefd wordt, levert geen bezwaar op onder voorbehoud van hetgeen hierna volgt.

4. De bijzondere kenmerken van het collaboratief recht lijken immers niet echt verenigbaar te zijn met de mogelijkheid die bij artikel 210 van het voorontwerp (nieuw artikel 1740 van het Gerechtelijk Wetboek) aan de rechter geboden wordt om aan de partijen te bevelen om te trachten hun geschil specifiek door een collaboratieve onderhandeling op te lossen. Enkele van de essentiële regels die bij deze vorm van minnelijke regeling van geschillen in acht genomen dienen te worden, zijn immers de volgende:

1°) het feit dat elke partij verplicht is om zich te laten bijstaan door een “collaboratief advocaat”,

2°) de verbintenis om geen gerechtelijke procedure in te stellen of voort te zetten gedurende de collaboratieve onderhandelingen en

3°) de verplichting voor de collaboratieve advocaten om hun cliënt niet meer te verdedigen ingeval de onderhandelingen mislukken. De collaboratief advocaat kan met andere woorden in geen enkel geval de advocaat blijven van zijn cliënt voor het vervolg van de procedure wanneer de collaboratieve onderhandelingen niets opleveren.

³⁰ Zie inzonderheid www.avocats.be/fr/le-droit-collaboratif en www.ordeexpress.be/artikel/144/1939/collaboratieve-onderhandeling-in-de-steigers.

³¹ www.avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf.

Op grond van die bijzondere regels die eigen zijn aan het collaboratief recht zijn de partijen in een gerechtelijke procedure die niet van bij het begin door een collaboratief advocaat bijgestaan worden verplicht om een andere raadsman aan te stellen alvorens de collaboratieve onderhandelingen aan te knopen. Zo ook zullen de partijen genoodzaakt zijn om in geval van het mislukken van de onderhandelingen, een beroep te doen op de diensten van een nieuwe advocaat voor de voortzetting van een procedure die in het begin voor de rechtbank gevoerd werd (aangezien het in dit geval gaat om collaboratieve onderhandelingen die bevolen zijn in de loop van de gerechtelijke procedure).³²

5. Hoewel aanvaard kan worden dat de bevordering van het collaboratief recht grond oplevert om deze vorm van minnelijke oplossing van geschillen in het Gerechtelijk Wetboek in te voeren, lijkt het evenwel niet raadzaam om een bepaling in te voegen die specifiek voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om ambtshalve of op verzoek van een van de partijen aan hen te bevelen te trachten om hun geschil door een collaboratieve onderhandeling op te lossen.

Er behoort evenwel een bepaling ingevoegd te worden waarin voorgeschreven wordt dat wanneer de rechter een bemiddeling beveelt, de partijen in onderling overleg collaboratieve onderhandelingen kunnen aanknopen in plaats van de maatregel die door de rechter opgelegd is.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 209

Er moet logischerwijze van uitgegaan worden dat de erkenning als collaboratief advocaat veronderstelt dat die advocaat “waarborgen [kan] bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling”. De afdeling Wetgeving ziet derhalve niet in welke meerwaarde zou kunnen voortvloeien uit de precisering volgens welke men zowel de vereiste erkenning als collaboratief advocaat toegekend gekregen moet hebben als waarborgen dient te bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling om opgenomen te kunnen worden in “de lijst van collaboratieve advocaten opgesteld door de Orde van Vlaamse balies of van de Ordre des barreaux francophones et germanophone”. In de bespreking van dat artikel wordt in dat verband gesteld dat die waarborgen vastgelegd zullen worden door de orden.

Het verband tussen de erkenning en de voorwaarde volgens welke de advocaat “waarborgen (dient te) bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling” dient, op zijn minst in de bespreking van het artikel, verduidelijkt te worden.

³² Hoewel de aanwijzing van de bemiddelaar door de rechter, wanneer de partijen het daarover niet eens geraken, geen enkel principieel bezwaar doet rijzen, daar de bemiddelaar per definitie neutraal is, is het in dit verband niet denkbaar - en dat wordt zo ook niet bepaald in de tekst van het voorontwerp - dat de rechter de collaboratieve advocaten aanwijst die hun respectieve cliënt moeten bijstaan tijdens de collaboratieve onderhandelingen.

Artikel 218

Bij artikel 218 wordt de voortzetting van de uitoefening van het mandaat van de leden van de Federale bemiddelingscommissie gekoppeld aan de inwerkingtreding “van deze wet”. Het spreekt vanzelf dat de steller van het voorontwerp daarmee wil verwijzen naar de inwerkingtreding van de bepalingen van het voorontwerp die betrekking hebben op bemiddeling. Artikel 219 houdt evenwel niet de garantie in dat alle bepalingen inzake bemiddeling op hetzelfde ogenblik in werking zullen treden. Daardoor bestaat het risico dat er een juridische leemte ontstaat, temeer daar het de afdeling Wetgeving niet duidelijk is hoe de leden van de Federale bemiddelingscommissie die benoemd zijn volgens de nadere regels van de wet van 21 februari 2005 in de praktijk hun mandaat zullen blijven uitoefenen in afwachting van de aanwijzing van nieuwe leden in een Federale bemiddelingscommissie waarvan de organen grondig herzien zullen zijn.

Het dispositief behoort dienovereenkomstig herzien te worden.

SLOTOPMERKINGEN

De volledige tekst van het voorontwerp van wet behoort tweemaal zorgvuldig nagelezen te worden.

Bij de eerste nalezing dient de redactionele kwaliteit van de ontworpen tekst onder de loep genomen te worden, zowel wat de inhoud als wat de vorm betreft. Deze nalezing zal zeker ook aan de artikelsgewijze bespreking ten goede komen, aangezien er in bepaalde gevallen reeds geldende bepalingen overgenomen worden. Hoewel aldus de bedoeling geuit wordt om opnieuw wetgevend op te treden, hetgeen de mogelijkheid biedt tot het instellen van beroepen bij het Grondwettelijk Hof, wordt de draagwijdte van de tekst in beginsel niet gewijzigd. De rechtspraak en de rechtsleer die verband houden met die bepalingen boeten dan ook niets aan relevantie in.³³ Wat de nieuwe teksten betreft, waarmee discussies beslecht worden die betrekking hebben op de rechtspraak of de rechtsleer, dient de steller van het voorontwerp er niet alleen op toe te zien dat de artikelsgewijze bespreking de vereiste duidelijkheid biedt, maar moet hij zich er eveneens van vergewissen dat die bespreking en het ontworpen dispositief nauwkeurig op elkaar afgestemd zijn. Daarbij dient eveneens toegezien te worden op de samenhang tussen de Nederlandse en de Franse tekst.

In concreto vestigt de afdeling Wetgeving de aandacht op de moeilijkheden die vermeld worden in onderstaand overzicht, dat niet exhaustief is.

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 12 van het Burgerlijk Wetboek dienen de woorden “dans leur ordre de nomination respectif” vervangen te worden door de woorden “dans l’ordre de leur nomination respective”.

³³ De vermelding van de overeenstemmende oude tekst in de artikelsgewijze bespreking zal in dat verband zeer nuttig zijn, zowel tijdens de bespreking zal in dat verband in de Kamer van volksvertegenwoordigers als naderhand.

Bij het ontworpen artikel 72 van het Burgerlijk Wetboek wordt een Databank Akten Burgerlijke Stand opgericht, die in het ontworpen artikel 14, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek afgekort wordt als DABS, welke afkorting vervolgens in verscheidene bepalingen van de ontworpen artikelen 14 tot 71 van het Burgerlijk Wetboek gebezigd wordt. In het ontworpen hoofdstuk 3 van het Burgerlijk Wetboek, dat handelt over de databank voor de akten van de burgerlijke stand (ontworpen artikelen 72 tot 85 van het Burgerlijk Wetboek), maakt de steller zonder onderscheid gebruik van dan eens de benaming “Databank Akten Burgerlijke Stand” en dan weer de afkorting DABS. Wanneer de steller kiest voor het gebruik van een afkorting, dient hij erop toe te zien dat deze afkorting in het vervolg van de tekst consequent gebruikt wordt.

Het voorontwerp bezigt de begrippen “afschrift” (bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 367-3 van het Burgerlijk Wetboek – artikel 45 van het voorontwerp),³⁴ “voor eensluidend verklaard afschrift” (bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek – artikel 69 van het voorontwerp) en “beëdigde vertaling” (bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 64 van het Burgerlijk Wetboek). De steller van het voorontwerp wordt verzocht na te gaan of de gehanteerde begrippen overeenstemmen met de realiteit waarnaar ze verwijzen en hij dient het gebruik van die begrippen zo eenvormig mogelijk te maken. In voorkomend geval dient in de bespreking van de artikelen de nodige uitleg verstrekt te worden.

De tweede herlezing moet dienen om ervoor te zorgen dat de wetgevingstechnische voorschriften in acht genomen worden. Gelet op de omvang van het voorontwerp heeft de afdeling Wetgeving zulks niet kunnen nagaan. Zij verwijst de steller van het voorontwerp naar de handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten die online staat.³⁵ Ter wille van de rechtszekerheid dient de steller van het voorontwerp er in het bijzonder op toe te zien dat bij het aangeven van de bepalingen die bij het voorontwerp gewijzigd worden, met de grootste zorg melding gemaakt wordt van de nog geldende wijzigingen die daarin eerder aangebracht zijn.³⁶

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre LIÉNARDY

³⁴ In de Franse tekst leest men “copie conforme”.

³⁵ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”.

³⁶ *Ibid.*, aanbevelingen 113 tot 115 en formules F 4-2-1-1 tot F 4-2-1-9.