



SOMMAIRE

- L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale), par N. Dandoy et F. Reusens 177
- Obligations contractuelles - Convention-loi (article 1134, C. civ.) - Clause entachée de nullité - Pouvoirs du juge - Substitution d'une autre clause (non). (Cass., 1^{re} ch., 23 mars 2006) 189
- I. Revenu minimum d'existence - Recouvrement de l'aide à charge des débiteurs alimentaires - Conditions - II. Obligations alimentaires - Obligation d'entretien de l'enfant majeur par ses parents - Conditions - Offre d'hébergement - Etudes laborieuses. (Bruxelles, 2^e ch., 14 septembre 2006) 190
- Filiation - Action en reconnaissance paternelle - Exigence de prise en considération de l'intérêt de l'enfant - Etendue. (Liège, 1^{re} ch., 13 février 2006) ... 191
- Filiation - Recherche de paternité - Action de l'enfant (article 332, C. civ.) - Délai d'intentement - Prise de cours - A la majorité. (Liège, 1^{re} ch., 31 janvier 2006) ... 192
- Mariage - Refus de célébration - Rôle du juge saisi du recours - Examen des éléments objectifs du dossier au regard des doutes de l'officier de l'état civil - Injonction sous astreinte. (Civ. Namur, prés., 6 octobre 2006) 193
- Chronique judiciaire :
Les Legal Awards 2007 à Tour et Taxis - Les deuils judiciaires - Bibliographie - La vie du Palais - Correspondance.

Dans la *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*

Droit privé comparé

par J.-Fr. GERKENS

Voyez le dépliant au centre de ce journal

DOCTRINE

L'hébergement égalitaire

(Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale)

La loi du 18 juillet 2006 comporte trois volets, tous issus de la volonté du législateur de préserver le lien entre un enfant et chacun de ses parents séparés, mais qui, malgré les apparences, se distinguent par leur champ d'application. Le premier volet de la loi vise à mettre en exergue la formule de l'hébergement égalitaire des enfants dont les parents se séparent, le second réforme la procédure civile devant le juge de la jeunesse pour toute question relative à l'autorité parentale et le troisième apporte des innovations sur le plan de l'exécution de décisions portant sur des modalités d'hébergement ou sur un droit aux relations personnelles. Mue par l'objectif d'apaiser les conflits dont l'enfant pourrait être l'enjeu, cette loi du 18 juillet 2006 suscite de nombreuses questions quant à sa mise en œuvre pratique.

1

Introduction

La loi du 18 juillet 2006¹ trouve son impulsion originaire dans les conclusions des états généraux des familles qui dénonçaient l'imprévisibilité des litiges en matière d'hébergement d'enfants dont les parents se séparent dans la mesure où les décisions étaient prises au cas par cas à défaut d'indication législative précise. La ministre de la Justice a dès lors été amenée à proposer l'adoption dans la loi d'un « modèle »² auquel le juge peut déroger en fonction des causes qui lui sont soumises. Or, à partir du moment où l'on envisageait cette idée d'un modèle ou à tout le moins d'une référence, il était difficilement concevable que le texte légal donne la priorité, à défaut d'autres éléments, à l'héber-

gement principal en faveur de la mère³, raison pour laquelle la faveur a été donnée à l'hébergement égalitaire (point 2).

Cette proposition a par ailleurs été l'occasion d'envisager l'ajout dans la loi de dispositions particulières en matière d'exécution des décisions relatives à l'hébergement des enfants aux fins d'assurer leur effectivité (point 4).

Enfin, outre la problématique spécifique de l'hébergement de l'enfant et bien que cela ne ressorte pas clairement du libellé de son projet et de la loi qui a suivi, la ministre a également souhaité modifier la procédure devant le tribunal de la jeunesse en matière d'autorité parentale. L'article 387bis du Code civil a ainsi été complété aux fins notamment de mettre l'accent sur l'intérêt de la recherche d'un consensus dans ce domaine et d'organiser une saisine permanente à l'instar du système existant en matière de mesures provisoires dans le cadre de l'instance en divorce pour cause déterminée (point 3).

(1) Loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *M.B.*, 4 septembre 2006, p. 43971.

(2) L'emploi de ce terme, au cœur même de l'exposé des motifs, a constitué une des plus grandes pierres d'achoppement au cours des débats parlementaires.

(3) Cfr projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1673/001, p. 5.

2

**Les modifications apportées
au fond des litiges**
(article 374 du Code civil)

**1. La faveur donnée aux accords
conclus par les parents**

Si les avis des personnes consultées sur la teneur du projet⁴ étaient très partagés, la plupart des intervenants s'accordaient au moins sur un point : c'est le conflit entre les parents qui gangrène la situation des enfants et constitue un obstacle à leur épanouissement, ce indépendamment du mode d'hébergement envisagé.

La meilleure formule pour l'enfant est avant tout celle à laquelle les deux parents adhèrent puisqu'une solution consentie bénéficiera de leur bienveillance alors qu'une solution imposée risque d'être boycottée par l'un ou par l'autre⁵.

C'est ainsi que la loi du 18 juillet 2006 ajoute un second paragraphe à l'article 374 du Code civil dont le premier alinéa dispose que « lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal de leur litige, l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant ».

Le consensus est donc privilégié en cas de séparation des parents⁶ et quel que soit le mode d'hébergement choisi⁷, pour autant qu'il ne porte pas une atteinte manifeste à l'intérêt de l'enfant⁸. Les refus d'homologation ne devraient dès lors survenir que dans des cas très marginaux.

La lecture de cet article 372, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil — de prime abord très clair — suscite cependant quelques interrogations. En effet, alors que, à la suite de l'avis du Conseil d'Etat, la référence contenue dans le texte de l'avant-projet de loi à la notion de litige avait été supprimée⁹ afin que l'accord des parties puisse

être soumis au tribunal, sans qu'existe nécessairement un différend entre elles¹⁰, celle-ci est soudainement réapparue à l'occasion d'un amendement déposé devant la Chambre¹¹, sans que l'on puisse en expliquer la raison. Dès lors qu'il semble s'agir d'une pure inadvertance de la part du législateur puisque l'amendement en question avait un tout autre but¹², on serait tenté de dire que rien ne devrait désormais empêcher les parents qui sont parvenus à un accord sur les modalités d'hébergement de leur enfant de saisir le magistrat compétent en vue de lui conférer une force contraignante par le biais d'une homologation judiciaire¹³. Reste que tel n'est cependant pas le texte de la loi¹⁴ et que d'aucuns objecteront, comme précédemment^{15 16}, que les parties n'ont, à défaut de désaccord entre elles et tant de litige à trancher par le tribunal, pas d'intérêt à agir au sens de l'article 17 du Code judiciaire¹⁷. A suivre cette position, les parents n'auront dans cette hypothèse d'autre choix, aux fins d'assurer l'ef-

fectivité de leur accord sur le plan de l'exécution et sauf à entamer un processus de médiation volontaire conformément à la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation¹⁸, que de recourir à l'acte notarié¹⁹ qui présente également l'avantage de conférer à cet accord une force probante spécifique²⁰. L'inconvénient d'un tel acte est qu'il ne permet malheureusement pas le recours, au même titre qu'un jugement, à la procédure prévue par le nouvel article 387ter du Code civil²¹ en cas de refus d'exécution d'une décision prise en matière d'hébergement d'enfant, et il y a à notre sens matière à se demander si l'on ne peut trouver là un argument qui plaide en faveur de l'intérêt pour les parties à agir²² sur le plan judiciaire, indépendamment de tout litige. Nous considérons par ailleurs — mais force est d'admettre qu'il s'agit là d'une approche plus pragmatique que légaliste — que, abstraction faite de considérations qui s'inscrivent dans « une perspective sociale plus globale »²³ et en vertu desquelles c'est au notaire plutôt qu'au juge qu'il appartient de conférer la force authentique et exécutoire aux accords parentaux²⁴, il y a quelque chose d'artificiel à ne pas admettre que des parents puissent, en dehors de la procédure spécifique de médiation, solliciter l'homologation judiciaire d'un accord qu'ils ont conclu quant à l'hébergement de leur enfant indépendamment de l'existence de tout litige entre eux dès lors qu'en pratique, le magistrat saisi ne vérifiera — et n'a en tout état de cause pas de réel moyen de le faire — que très rarement si c'est avant ou après sa saisine que les parties sont parvenues à cet accord²⁵...

(18) M.B., 22 mars 2005, p. 12772.

(19) P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, « De wet van 18 juli op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtsbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », *E.J.*, 2006, pp. 121-122.

(20) A ce sujet et concernant plus spécifiquement les accords pris au sujet d'enfants de parents non mariés, voy. J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture d'un couple non marié », in *Famille sur mesure*, rapports du congrès des notaires qui s'est tenu à Knokke-Heist les 22 et 23 septembre 2005, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 385 à 394.

(21) *Cf. infra*, point 4, 3.1. Voy. également l'article 432 du Code pénal relatif à la non-représentation d'enfant, applicable en présence d'une décision judiciaire exécutoire par provision statuant sur l'hébergement d'un enfant (pour de plus amples développements à cet égard, voy. A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 604-605).

(22) Ne pourrait-on en effet pas se situer, dans le cadre de l'évaluation de l'existence d'un intérêt à agir, dans une autre perspective que celle de la pacification d'un conflit?

(23) J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture d'un couple non marié », *op. cit.*, p. 394 et « La modification par acte notarié après un divorce par consentement mutuel des dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale », note sous Bruxelles, ch. Jeun., 7 mai 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 642-643.

(24) *Cf. F. LIGOT*, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *Ann. dr. Louvain*, 1996/1, p. 105 : dans la mesure où il entre dans les seules attributions des notaires de constater en forme authentique les termes d'une convention entre particuliers, cette auteure estime que le juge doit refuser de prêter son concours à des parties qui feraient un procès fictif pour se dispenser de l'office d'un notaire, afin d'assurer une autorité renforcée à leur convention et d'obtenir un titre doté des vertus d'un jugement.

(25) Guy HIERNAUX précise quant à lui que la pratique judiciaire permet de contourner la difficulté puisqu'il suffit à l'une des parties de saisir le juge sur une base juridique quelconque (articles 223 ou 374 nouveau du Code civil; article 1280 du Code judiciaire) en vue de fixer les modalités d'hébergement de l'enfant et à l'autre partie de mar-

(4) Comme dans le cadre des états généraux des familles, un nombre considérable de spécialistes de l'enfance ont été auditionnés au cours des travaux parlementaires : se sont ainsi succédés devant la Chambre des représentants psychiatres, psychologues, magistrats, avocats, président de la Chambre nationale des huissiers de justice, représentants d'associations d'horizons divers concernées par la problématique du droit d'hébergement de l'enfant, professeurs d'université, premier substitut du procureur du Roi, délégué général aux droits de l'enfant de la Communauté française et commissaire aux droits de l'enfant de la Communauté flamande.

(5) J.-Y. HAYEZ et Ph. KINOO, « Hébergement alterné et autorité parentale conjointe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 34.

(6) Concernant cette condition, voy. Trib. jeun. Charleroi, 13^e ch., 14 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 238, dans une espèce où les parents n'étaient en réalité séparés que sur papier et sollicitaient l'homologation d'un accord sur un hébergement égalitaire purement fictif, aux fins de pouvoir bénéficier d'avantages sociaux et fiscaux.

(7) Il n'appartiendra dès lors pas au magistrat saisi de refuser l'homologation d'un accord pour le seul motif que cet accord ne prévoit pas un hébergement égalitaire.

(8) Pour un parallèle, voy. l'article 1293, alinéa 5, du Code judiciaire, relatif aux conventions préalables à divorce par consentement mutuel.

(9) L'article 374, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, tel que modifié à la suite de l'avis du Conseil d'Etat disposait que « lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal quant aux modalités d'hébergement de leurs enfants, leur accord est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant ».

(10) Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1673/001, p. 11 : « En d'autres termes, les parents peuvent saisir le tribunal à la seule fin de faire homologuer leur accord ».

(11) Amendement n° 37 de Mme Taelman et crts, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/012, p. 2.

(12) *Cf. infra*, point 2 et note n° 38.

(13) Voy. à cet égard D. PIRE, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfants », Liège, Formation permanente CUP, 2007, n° 4, *in fine*, qui estime qu'il convient de préconiser une lecture du texte qui rencontre la volonté clairement exprimée par le législateur au cours des travaux préparatoires, à savoir celle de favoriser l'accès au prétoire des parties qui ont pu conclure un accord avant la procédure.

(14) Ne perdons en effet pas de vue que « les réponses fournies éventuellement par les travaux préparatoires ne revêtent aucune valeur normative; elles ne constituent qu'un élément d'information et ne prévalent en tout cas pas sur le texte lui-même » (A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique - Les sources documentaires du droit*, Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, n° 131, pp. 164-165. Voy. également X. DIJON, *Méthodologie juridique - L'application de la norme*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, n°s 142 et 177, pp. 45 et 55 : « la volonté du législateur ne gît pas ailleurs que dans la lettre de la loi » et « ce qu'il dit égaie d'emblée ce qu'il veut dire », de sorte qu'on ne cherche pas dans les travaux préparatoires l'interprétation d'un texte clair. Or, le texte tel qu'il a été adopté fait explicitement référence à la notion de litige.

(15) *Cf. à cet égard* P. VAN LEYNESELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 300 et I. VAN KERCKHOVE, « Les enjeux actuels de la médiation familiale », *J.T.*, 1999, p. 252.

(16) *Contra* : N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 152, n° 76. Cette auteure estime, à propos des conventions relatives aux aliments, que l'intervention du juge dans les « hypothèses où il n'y a pas conflit est utile pour donner force exécutoire à l'accord intervenu ». De même, Mme GALLUS estime que si en matière de modification des conventions préalables à divorce par consentement mutuel, l'homologation judiciaire n'est pas une condition nécessaire de licéité et de validité de la convention modificative, elle peut être nécessaire pour donner force exécutoire à l'accord, les parties ayant sur ce plan « certainement intérêt à agir au sens de l'article 17 du Code judiciaire » (*op. cit.*, n° 79, p. 156).

(17) Voy. cependant la position moins tranchée de V. D'HUART (« Modes alternatifs de règlement des conflits », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Liège, Formation permanente C.U.P., 2002, pp. 41 et 42), qui considère cette affirmation un peu excessive et estime que les parties qui demandent l'entérinement d'un accord sur la base des articles 731 et suivants du Code judiciaire — relatifs à la conciliation — conservent un intérêt qui est celui de voir homologuer cet accord par le juge, ainsi que G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 261, note n° 191.

2. L'hébergement égalitaire : modèle législatif, présomption ou obligation de motivation ²⁶ ?

Nombre de voix se sont élevées contre le projet de loi de la ministre qui, selon ses détracteurs, porte non seulement atteinte au principe du respect dû à la vie privée mais est également de nature à stigmatiser les parents qui, en fonction de leurs convictions personnelles ou des particularités de leur situation familiale, opteraient pour un autre mode d'hébergement. Beaucoup pensent par ailleurs que l'hébergement égalitaire nécessite la réunion de trop nombreuses conditions pour être envisagé comme principe de base.

Le nouveau prescrit légal ²⁷ prévoit en réalité qu'à défaut d'accord sur l'hébergement de l'enfant et en cas d'autorité parentale conjointe ²⁸, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer cet hébergement de manière égalitaire entre eux.

On constate donc que l'obligation pour le magistrat d'envisager la solution de l'hébergement égalitaire préalablement à toute autre n'existe qu'à défaut d'accord et seulement si un des parents le demande, contrairement à ce que beaucoup craignaient à la suite d'une erreur matériel le qui s'était glissée dans l'avant-projet ²⁹.

De plus, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un autre type d'hébergement, dit « non-égalitaire » ³⁰.

L'objectif du législateur n'est en effet pas de faire de l'hébergement égalitaire une règle absolue mais bien d'instaurer un principe de référence pour accéder à une plus grande sécurité juridique et aux fins de « soutenir le juge dans sa décision et tenter d'aboutir à plus de compréhension dans le chef des parties, qui seraient ainsi amenées à mieux respecter la décision » ³¹.

Au regard de ces considérations, on ne peut réellement considérer que la loi du 18 juillet 2006 érige l'hébergement égalitaire en modèle ³², même si tel semblait être l'objectif initial de la mi-

nistre de la Justice, à la lecture tant du résumé ³³ et de l'exposé des motifs ³⁴ de son projet que du commentaire des articles ³⁵. Les magistrats ne cesseront pas de statuer au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes des causes qui leur sont soumises, de sorte que l'hébergement égalitaire ne constitue pas le régime auquel le justiciable doit personnellement adhérer ³⁶. De même, il ne constitue pas le mode d'hébergement auquel le juge doit préalablement se référer en toute circonstance puisque cette obligation n'est, pour rappel, d'application que lorsqu'un des parents au moins sollicite l'égalité dans la répartition de l'hébergement. Ainsi, dans les cas où les deux parents sollicitent l'hébergement principal de leur enfant sans solliciter un hébergement égalitaire à titre subsidiaire, le magistrat ne devra pas nécessairement examiner prioritairement la possibilité de fixer ce type d'hébergement, même si rien ne l'empêchera, bien entendu, d'aboutir à cette solution ³⁷.

La nouvelle loi n'implique pas non plus une obligation de motivation pour le seul cas où le tribunal estimerait ne pas devoir suivre la demande d'hébergement égalitaire formulée par un des parents. En effet, depuis le dépôt d'un amendement ³⁸ devant la Chambre, le texte légal ³⁹ prévoit que « le tribunal statue en tout état de cause ⁴⁰ par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents ». Selon les auteurs de cet amendement, « l'idée qui doit prédominer est que le juge doit prendre en compte les différentes possibilités qui s'offrent aux parties et accorder en priorité l'hébergement égalitaire, si les différents

critères sont remplis » ⁴¹, de sorte qu'il ne remet pas en cause ni ne trahit l'esprit du projet de la ministre de la Justice ⁴² puisque face à une situation où aucun élément n'est de nature à faire pencher la balance pour l'un ou l'autre type d'hébergement, le juge accordera l'hébergement égalitaire au parent qui le demande ⁴³.

A l'analyse, il nous semble ⁴⁴ que les alinéas 2 et suivants de l'article 374, § 2, du Code civil instaurent une présomption — comprise comme « l'énonciation d'une solution juridique qui est indicative pour le juge en ce qu'elle lui montre l'orientation qu'il devrait normalement être amené à prendre, mais sans cependant que cette orientation ne soit contraignante, parce que le juge conserve l'aptitude de choisir une autre orientation si une des parties lui démontre que, pour des raisons spécifiques au cas d'espèce, elle s'avérera plus opportune » ⁴⁵ — qui implique dès lors un renversement de la charge de la preuve par rapport à la pratique antérieure. Cette interprétation trouve une confirmation dans les propos de la ministre de la Justice qui, interrogée à ce sujet par les sénateurs ⁴⁶, a insisté sur le fait que l'apport qualitatif du nouveau régime est de renverser la logique en vertu de laquelle c'était au parent qui sollicitait une garde égalitaire qu'il revenait de prouver la pertinence de cette formule pour l'enfant ⁴⁷. Désormais, c'est la partie qui s'oppose à l'hébergement égalitaire qui devra démontrer l'existence d'une contre-indication ⁴⁸. Dans son rapport fait au nom de la commission de la justice, Mme Valérie Déom précisait que si les magistrats doivent bien entendu rester totalement indépendants, il est indispensable d'harmoniser la manière dont les débats sont menés devant eux ⁴⁹.

(33) Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2004-2005*, n° 1673/001, p. 3.

(34) *Op. cit.*, p. 6.

(35) *Op. cit.*, p. 13. Notons que les interventions ultérieures de la ministre n'ont pas été de nature à clarifier le débat dès lors que l'idée d'un modèle restait très présente, sous une forme adoucie cependant puisqu'il était alors question de « modèle souple » ou de « modèle non contraignant » (*cf.* rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. Mahoux, *Doc. parl., Sénat, sess. ord., 2005-2006*, n° 3-1645/4, pp. 4 et 18).

(36) La ministre elle-même précisait que « nul ne prétend que l'hébergement égalitaire serait la panacée » (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 5). Selon M. Mahoux (rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006, *Doc. parl., Sénat, sess. ord., 2005-2006*, n° 3-1645/4, p. 15), la volonté n'est pas de « promouvoir une solution totalement idéale qui résoudrait la totalité des problèmes d'hébergements d'enfants ».

(37) Il n'est en effet pas porté atteinte au principe dispositif lorsqu'un hébergement alterné est ordonné tandis que les parents sollicitaient l'un et l'autre l'hébergement principal de l'enfant (*cf.* J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *L'incidence du principe dispositif sur l'instance civile mue devant les juridictions de la jeunesse*, Formation de base donnée le 16 février 2005 pour les magistrats de la jeunesse, Syllabus S.P.F. Justice, p. 7 et Q. FISCHER, « Les pouvoirs du juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents : quelques réflexions sur les principes directeurs de l'instance », note sous Civ. Bruxelles, réf., 26 avril 2001, *Div. act.*, 2002, p. 71). Ceci est du reste confirmé dans le commentaire des articles (*op. cit.*, p. 12) selon lequel « si les deux parents sollicitent l'hébergement principal, il se pourrait que sans violer le principe dispositif — « qui peut le plus peut le moins » — le juge impose l'alternance ».

(38) Amendement n° 37 de Mme Taelman et crts, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/012, p. 2.

(39) Article 374, § 2, alinéa 4, du Code civil.

(40) Ce sont les auteurs qui soulignent. Cette précision « vise à éviter que le tribunal ne se « réfugie » derrière ce choix législatif en décidant de fixer un hébergement égalitaire de manière systématique et avec une motivation « passe-partout » » : Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. Mahoux, *Doc. parl., Sénat, sess. ord., 2005-2006*, n° 3-1645/4, p. 5.

(41) Rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. Déom, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/014, p. 64.

(42) *Cf.* justification de l'amendement n° 37, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/012, p. 2. Le représentant de la ministre craignait que cet amendement implique une absence de contrainte pour les juges d'appliquer le système de l'hébergement égalitaire, ceux-ci n'étant obligés, selon lui, que de se poser préalablement la question de l'opportunité d'accorder l'hébergement égalitaire (*Cf.* rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. Déom, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/014, pp. 63-64). Selon P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK et dans le même ordre d'idées, le juge disposera, comme avant la loi du 18 juillet 2006, d'un large pouvoir d'appréciation pour ordonner dans chaque cas concret le mode d'hébergement le plus adapté, de sorte que sur ce plan, l'entrée en vigueur de ladite loi ne changera rien (P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, n° 44, p. 130).

(43) Dans le même sens, G. HIERNAX, *op. cit.*

(44) Nous basant sur l'esprit de la loi plutôt que sur sa lettre, dès lors que le texte n'est pas clair. Il y a en effet un hiatus entre le libellé de la loi qui présente l'hébergement égalitaire comme le régime à privilégier et le contenu même de l'article 374, § 2, du Code civil selon lequel ce mode d'hébergement doit faire l'objet d'un examen prioritaire par le magistrat saisi.

(45) *Cf.* J.-L. RENÇON, « L'hébergement de l'enfant « transfrontière » », in *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 327, n° 38 et note 35.

(46) Qui ont adopté sans amendement le texte qui leur était transmis par la Chambre.

(47) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. Mahoux, *Doc. parl., Sénat, sess. ord., 2005-2006*, n° 3-1645/4, pp. 18-19.

(48) *Ibidem* et commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13. Force est cependant d'admettre que dans la pratique, la charge de la preuve incombera aux deux parties puisque chacune développera des arguments pour le type d'hébergement qu'elle postule et contre celui sollicité par l'adversaire. Dans le même sens, G. HIERNAX, *op. cit.*

(49) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 24 mars 2006 par Mme Déom, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/018, p. 5.

quer son accord sur lesdites modalités à l'audience d'introduction (G. HIERNAX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », à paraître in *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/1).

(26) Sur les distinctions qu'il convient d'opérer entre ces différentes notions, voy. l'avis écrit de Mme Jehanne Sossion, annexé au rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. Déom, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/014, pp. 284-285.

(27) Article 374, § 2, alinéa 2, du Code civil.

(28) Selon l'exposé des motifs (*op. cit.*, p. 7), la formule sera donc écartée de plein droit — sauf accord peu probable des parties — lorsque le tribunal attribue l'autorité parentale exclusive à l'un des parents.

(29) Voy. avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2004-2005*, n° 1673/001, p. 23. L'avant-projet de loi soumis au Conseil d'Etat ne prévoyait en effet pas qu'un des parents doive faire la demande d'un hébergement égalitaire pour que le magistrat examine prioritairement la possibilité d'attribuer ce type d'hébergement, ce qui était contraire à la teneur de l'exposé des motifs et aurait, du reste, été de nature à porter atteinte au principe dispositif.

(30) Article 374, § 2, alinéa 3, du Code civil.

(31) Rapport fait au nom de la sous-commission du droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. Déom, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2005-2006*, n° 1673/014, p. 160.

(32) Même si nous devons bien admettre que la différence entre les termes « modèle » et « référence » est ténue.

3. Les critères déterminants ⁵⁰

3.1. La ministre de la Justice a fait le choix — à notre sens opportun — de ne pas dresser, dans le prescrit légal, de liste des critères de nature à justifier un hébergement non égalitaire ⁵¹. Le commentaire des articles fait cependant référence, de manière non exhaustive, à un certain nombre de contre-indications ou circonstances particulières ⁵². Ont ainsi été retenus l'éloignement significatif des parents ⁵³, l'indisponibilité de l'un d'eux ⁵⁴, l'indignité ⁵⁵, le désintérêt manifeste pour l'enfant pendant la vie commune ou pendant la séparation ⁵⁶, son jeune âge ⁵⁷, le contenu de son audition ⁵⁸ et la faveur donnée au maintien de la fratrie ⁵⁹.

Chaque critère devra être évalué avec prudence. En matière d'indisponibilité notamment, il est précisé qu'il convient de ne pas préjudicier d'emblée le parent qui a une activité professionnelle dès lors que « dans beaucoup de familles, les deux parents travaillent et doivent prendre les mesures qui s'imposent pour assurer l'accueil de l'enfant » ⁶⁰. Par ailleurs, le constat de la présence effective d'une ou de plusieurs contre-indications retenues n'emportera pas systématiquement le refus d'un hébergement égalitaire ⁶¹, le magistrat saisi gardant son entier pouvoir d'appréciation ⁶².

3.2. La liste des contre-indications n'étant qu'exemplative, d'autres critères pourront emporter la décision du magistrat, tels ceux déjà dégagés par la jurisprudence antérieure à la nouvelle loi : les problèmes matériels d'hébergement ⁶³, le manque d'aptitudes éducatives ⁶⁴, le besoin de stabilité de l'enfant ⁶⁵, la différence trop importante de modes éducatifs ou de modes de vie ⁶⁶, l'attitude d'un parent envers l'autre, les soucis de santé qui empêchent une prise en charge quotidienne et effective de l'enfant...

3.3. Du reste, s'il n'est pas expressément fait référence, dans la liste des contre-indications contenue dans le commentaire des articles, à la problématique des relations conflictuelles entre parents puisque c'est précisément en cas de litige que le magistrat saisi doit examiner en priorité la possibilité de fixer un hébergement égalitaire, il est toutefois spécifié plus loin que le juge pourra s'écarter du principe de référence « au titre de circonstance particulière, s'il constate que les parties sont à ce point en conflit qu'aucun dialogue entre elles n'est envisageable » ⁶⁷. Nous aurions quant à nous tendance, conformément à une certaine jurisprudence, à aller plus loin dans ce raisonnement aux fins d'éviter que la prise en compte de cette apparente contre-indication constitue une prime pour le parent le moins conciliant. Nous ne pouvons à cet égard qu'approuver la motivation adoptée par la cour d'appel de Liège qui, dans un arrêt du 29 mars 2004 ⁶⁸ précise que s'il est certain qu'un hébergement « alterné » nécessite un minimum de communication entre les parties, il convient toutefois de ne pas écarter systématiquement sa mise en place « parce qu'existent des incompréhensions ou un manque provisoire de dialogue dû à des tensions passagères ou une mauvaise volonté précisément destinée à éviter la mise en place d'un tel hébergement » ⁶⁹. Le magistrat, tout en

sachant tenir compte de ce que l'hébergement égalitaire peut se révéler totalement inadapté lorsque règne un climat de tensions extrêmes entre les parents, devrait dans le même temps toujours veiller à ne pas perdre de vue que refuser ce type d'hébergement pour cette seule raison peut, dans certains cas, être de nature à renforcer une relation fusionnelle entre le parent auquel l'hébergement principal est confié et l'enfant et « confirmer le "dén" de l'existence de l'autre parent » ⁷⁰.

3.4. Enfin, l'exposé des motifs dispose que le juge devra, dans le cadre de son appréciation, tenir compte des pratiques et accords antérieurs des parents ⁷¹. Il s'agit ici, quel que soit le mode d'hébergement sollicité, d'éviter d'imposer aux enfants trop de modifications dans leur cadre de vie alors que la séparation des parents a déjà entraîné pour eux des bouleversements souvent pénibles. Ce critère dit de « continuité » apparaît régulièrement en jurisprudence ⁷² et trouve sa consécration scientifique dans les travaux de Françoise Dolto, qui a mis en évidence « l'importance pour l'enfant de respecter ses trois "continuums", celui du corps, de l'affectivité et du social sous peine d'engendrer des déstructurations importantes de sa personnalité » ⁷³.

Le parent qui sollicite la mise en place d'un mode d'hébergement différent de celui qui est d'application depuis un certain temps — ce quel qu'il soit — devra par conséquent invoquer des circonstances suffisamment pertinentes sur le plan de l'intérêt de l'enfant pour obtenir gain de cause ⁷⁴. Il ne pourra dès lors raisonnablement se prévaloir exclusivement de la faveur désormais accordée à l'hébergement égalitaire ⁷⁵.

Un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles ⁷⁶ fait une application remarquable de ce critère de continuité dans une espèce où le père invoquait avoir créé une nouvelle vie autour de lui — notamment en se mariant avec une dame dont il a eu deux enfants — aux fins de justifier sa demande de modifier un hébergement secondaire élargi qui fonctionnait bien en un hébergement strictement égalitaire : « si l'on ne trouve certes pas sur le plan des éléments concrets et pratiques ni sur le plan des capacités éducatives des parents, d'arguments objectifs qui feraient obstacle à la formule de l'hébergement alterné, l'on ne voit réellement pas non plus d'éléments qui plaideraient pour un changement d'un système qui est performant, qui convient aux enfants et surtout qui a fait l'objet d'un consensus entre les parents, ce qui reste probablement la meilleure garantie

(50) Pour une analyse des différents critères utilisés par la jurisprudence sous l'empire de l'ancienne loi, voy. N. DANDOY et F. REUSSENS, « L'hébergement alterné à l'épreuve de la pratique judiciaire : quatre arrondissements francophones sous la loupe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 45 à 101.

(51) La ministre souhaitait en effet donner au juge qui pense que l'égalité n'est pas souhaitable dans le cas qui lui est soumis la possibilité de motiver son choix sans contrainte textuelle (Rapport fait au nom de la sous-commission du droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 46).

(52) Commentaire des articles, *op. cit.*, pp. 12-13.

(53) Trib. jeun. Nivelles, 5 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 179.

(54) Bruxelles, 3^e ch., 13 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 128; Trib. jeun. Dinant, 24 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 241.

(55) Par l'emploi de ce terme, le législateur sous-entend des circonstances à ce point graves qu'elles conduiraient également le parent concerné à être privé de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12). Pour un exemple, voy. Trib. jeun. Charleroi, 15^e ch., 15 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 187, dans une espèce où il était prouvé que le père avait une attitude pour le moins ambiguë à l'égard de sa fille de neuf ans (il dormait avec elle et la lavait sous la douche).

(56) Il est à cet égard précisé que la carence devra être sérieuse pour que le juge exclue l'hébergement égalitaire. Dès lors que l'on peut considérer que le refus d'intervenir financièrement en faveur de son enfant est un indice sérieux de désintérêt pour lui, le tribunal pourra prendre en considération les carences passées du débiteur récalcitrant (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13).

(57) Dans la jurisprudence, on retrouve souvent une référence aux âges de trois et quatre ans en deçà desquels un hébergement égalitaire est déconseillé : *cfr* Civ. Liège, réf., 10 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 253; Trib. jeun. Charleroi, 13^e ch., 26 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 211; Trib. jeun. Charleroi, 14^e ch., 5 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 222. *Contra* : voy. note 61.

(58) Bruxelles, 3^e ch., 13 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 128. Ce critère renvoie plus largement à celui du souhait des enfants, lequel peut également découler du contenu d'une étude sociale ou d'une expertise médico-psychologique.

(59) Voy. les décisions inédites citées dans N. DANDOY et F. REUSSENS, *op. cit.*, pp. 60-62.

(60) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12. Pour un exemple jurisprudentiel récent, voy. Mons, 2^e ch., 10 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 72 : « il convient de relever que, même lorsque les parents ne sont pas séparés, ils ne sont pas nécessairement disponibles en permanence et peuvent bénéficier de l'aide de tiers pour s'occuper des enfants ».

(61) Pour des exemples d'application d'un hébergement égalitaire malgré le jeune âge des enfants, voy. Trib. jeun. Charleroi, 15^e ch., 3 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 196; Civ. Nivelles, réf., 30 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 214; Trib. jeun. Liège, 15^e ch., 2 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 218. Pour des cas d'hébergement alterné malgré l'éloignement des domiciles des parents, voy. Civ. Nivelles, réf., 19 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 183 et Trib. jeun. Charleroi, 14^e ch., 15 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 209.

(62) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12 : « Il est proposé de ne pas indiquer de liste, même exemplative, des contre-indications, le juge restant libre (sans préjudice de l'obligation de motivation) de les déterminer ».

(63) Trib. jeun. Dinant, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 198.

(64) Ce critère faisant référence à des attitudes ou carences d'une gravité moindre que celles auxquelles renvoie l'indignité dont il est question ci-dessus, au point 3.1.

(65) Dans la littérature spécialisée, la nécessité de stabilité est très souvent liée à l'âge de l'enfant, plus particulièrement à la période du bas âge et à celle de l'adolescence (J.-Y. HAYEZ et Ph. KINO, *op. cit.*, pp. 32-34). Ce critère recoupe également celui de la continuité évoqué ci-dessus (point 3.4.) dès lors qu'il est parfois invoqué lorsqu'il semble inopportun de modifier l'équilibre des enfants acquis au fil des jours en modifiant intempestivement une formule d'hébergement qui fonctionne depuis un temps.

(66) Trib. jeun. Nivelles, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 205.

(67) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13.

(68) Liège, 1^{re} ch., 29 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 169.

(69) Concernant la mauvaise volonté d'un parent qui refuse l'hébergement égalitaire sans raison objective, voy. également Bruxelles, 3^e ch., 24 février 1998, *Rev. trim.*

dr. fam., 1999, p. 285 et Trib. jeun. Dinant, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 198.

(70) F. LABBE et C. MARINO, « Hébergement alterné de l'enfant : considérations », *Div. Act.*, 2004/8, p. 118.

(71) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 13.

(72) Voy. Trib. jeun. Nivelles, 3 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 249 et la jurisprudence inédite citée in N. DANDOY et F. REUSSENS, *op. cit.*, pp. 53 et 72.

(73) F. DOLTO, *Quand les parents se séparent*, Paris, édition du Seuil, 1988, p. 17. Voy. à cet égard Trib. jeun. Nivelles, 3 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 249.

(74) Voy. la jurisprudence inédite citée in N. DANDOY et F. REUSSENS, *op. cit.*, p. 54.

(75) Selon la ministre de la Justice, « l'entrée en vigueur de la loi n'est pas un changement de circonstances suffisant pour remettre en cause les situations acquises » (Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2005-2006, n° 3-1645/4, p. 29).

(76) Bruxelles, ch. jeun., 27 juin 2006, à paraître in *Rev. trim. dr. fam.*, 1/2007.

pour son succès. Les enfants ont en effet pu intégrer sereinement la séparation de leurs parents dans leur vie dès lors qu'ils ont pu sentir que leurs deux parents restaient unis dans toutes les décisions qui les touchaient et dès lors qu'ils ne perdaient pas leurs repères rassurants que doivent être leurs deux parents dans une autorité exercée conjointement. C'est cette sécurité-là qu'il convient de préférer dans l'intérêt des enfants au-delà d'un modèle dont le caractère égalitaire n'est que théorique ».

3

Les modifications procédurales (article 387bis du Code civil)

Outre la faveur donnée à l'hébergement égalitaire, la ministre a souhaité adapter les règles de procédure des litiges relatifs à l'autorité parentale devant le tribunal de la jeunesse⁷⁷, aux fins de tenir compte de leurs particularités. Dans cette optique, l'article 387bis du Code civil a été complété par pas moins de cinq alinéas, qui insèrent des dispositions purement procédurales⁷⁸ dans un code qui devrait idéalement, pour des raisons de cohérence législative, rester étranger aux questions de cet ordre⁷⁹.

L'agencement de ce nouvel article 387bis du Code civil n'est du reste pas d'une limpidité exemplaire et pourrait donner à penser que les deuxième et troisième alinéas, concernant respectivement la médiation et les mesures avant dire droit, sont applicables à tout tribunal amené à statuer en matière d'autorité parentale⁸⁰. Force est pourtant de constater que les ajouts effectués par la loi du 18 juillet 2006 ne sont bel et bien applicables que dans le cadre d'une procédure mue devant le tribunal de la jeunesse⁸¹. C'est en tous cas ce qu'a confirmé la mi-

nistre de la Justice qui, interpellée par un parlementaire⁸² (lequel regrettait que les ajouts en matière de médiation soient insérés dans « l'article 387bis, qui ne concerne que les tribunaux de la jeunesse » n'a pas démenti cette affirmation, se contentant de préciser que le projet de loi sur la réforme du divorce comprend également toute une série de dispositions relatives à la médiation⁸³.

1. La part active du juge dans la recherche d'un consensus

1.1. Dès lors qu'une solution consentie a plus de chance d'être respectée et que les parents sont souvent les mieux placés aux fins de prendre des décisions conformes à l'intérêt de leur enfant, la ministre de la Justice a souhaité, par le biais d'un amendement déposé devant la Chambre des représentants⁸⁴, favoriser autant que possible l'émergence d'un accord entre les parties⁸⁵.

Un second alinéa a dès lors été inséré à l'article 387bis du Code civil et dispose que « sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire⁸⁶, le tribunal tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard et d'entamer le processus de médiation. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois »⁸⁷.

nent que la section civile du tribunal de la jeunesse, estime que l'on peut cependant s'interroger à propos de l'alinéa 2 dès lors que cet alinéa a été inséré au cours des travaux parlementaires et que le processus qui y est décrit peut parfaitement s'inscrire dans tous les types de contentieux (D. PIRE, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfants », Liège, Formation permanente CUP, 2007, n° 16 et 19). L'argument de cet auteur, selon lequel le texte mentionne « le tribunal » plutôt que « le tribunal de la jeunesse » ne convainc guère dans la mesure où ce sont également les termes « le tribunal » qui sont repris à l'alinéa relatif aux mesures avant-dire-droit, qui était déjà libellé comme tel dans le projet initial; or ce dernier ne visait incontestablement que le tribunal de la jeunesse.

(82) Ce recours aux travaux préparatoires de la loi se justifie en l'absence de texte clair (X. DIJON, *op. cit.*, p. 55, n° 177).

(83) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 24 mars 2006 par Mme Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 12. Pour de plus amples explications, voy. *infra*, note n° 87.

(84) Amendement n° 44 du gouvernement, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/017, p. 2.

(85) Concernant l'importance de tenter d'instaurer un dialogue entre les parties et de favoriser la médiation aux fins de diminuer le nombre ou, à tout le moins, la violence des procédures judiciaires, voy. la chronique judiciaire parue en 2005 dans le *Journal des tribunaux* (pp. 86-87), intitulée « Enfants de parents séparés : une loi va-t-elle imposer l'hébergement alterné? » et qui reprend le communiqué de presse de l'O.B.F.G. du 1^{er} décembre 2004 ainsi que la position des juges de référé du tribunal de première instance de Bruxelles à propos du projet d'instaurer la garde alternée en tant que régime de droit commun en cas de conflit familial.

(86) Relatif à la médiation judiciaire.

(87) Comme l'annonçait la ministre de la Justice, le projet de loi réformant le divorce déposé le 15 mars 2006 (*Doc. parl.*, Ch., session, 2005-2006, n° 2341/001) prévoit, en son article 20, la modification de l'article 1255 du Code judiciaire dont le paragraphe 5, alinéa 4, a un contenu quasiment similaire à celui de l'article 387bis, alinéa 2, du Code civil.

1.2. Cette disposition introduit dans la matière du droit familial une nouvelle obligation de tentative de conciliation, à côté notamment⁸⁸ de celle prévue à l'article 1253quater du Code judiciaire dans le cadre du contentieux conjugal⁸⁹. Afin de rendre effective cette obligation, le tribunal de la jeunesse veillera à ordonner la comparution personnelle des parties⁹⁰ puisque l'article 54 de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse leur permet en principe de se faire représenter par un avocat en matière civile⁹¹.

Ce préalable de conciliation, même s'il ne débouche pas sur un accord et s'il n'est pas à l'abri de toute critique⁹², aura au moins le mérite d'offrir aux parties un espace et un moment pour pouvoir exprimer les difficultés auxquelles elles et leurs enfants sont confrontés dans le contexte de la mésentente du couple parental et les solutions qu'elles proposent pour tenter de les surmonter⁹³.

1.3. Et puisque la mission conciliatrice conférée au juge a ses limites⁹⁴, des dispositions spécifiques en matière de médiation — processus distinct mais complémentaire⁹⁵ — ont été adoptées. En effet, là où les dispositions du Code judiciaire permettent au juge déjà saisi d'un litige d'ordonner une médiation à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci⁹⁶, la loi du 18 juillet 2006 l'enjoint⁹⁷ de leur donner, avant d'envisa-

(88) Voy. également les articles 319, § 3, alinéa 3, et 338, du Code civil : G. DE LEVAL, *op. cit.*, n° 56, p. 76.

(89) Rappelons que la conciliation en matière de procédure de divorce pour cause déterminée est quant à elle facultative (cfr article 1258, § 1^{er}, du Code judiciaire tel que modifié par la loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce, *M.B.*, 21 juillet 1994, p. 19110).

(90) Comp. P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 132, n° 51.

(91) Les cas prévus au titre II, chapitre III, de la loi sur la protection de la jeunesse tels que visés par l'article 54 de cette même loi et dans lesquels les parties doivent comparaître en personne sont ceux qui ne relèvent pas de la compétence civile du tribunal de la jeunesse (cfr P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, 2^e partie, t. III, Bruxelles Bruylant, 1977, p. 488, n° 591, note 1).

(92) Cfr M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La place des "accords" dans le règlement des conflits familiaux — du jugement au contrat », *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 415 : l'auteur relève, à côté des solides avantages qu'elle présente, trois types de critiques « de principe » formulées à l'encontre de la conciliation judiciaire, à savoir le ralentissement de la procédure, l'inefficacité faute de temps et de formation des juges et le risque de partialité vu le cumul des fonctions de conciliation, d'investigation et de jugement qu'elle induit. Concernant cette dernière problématique, voy. également J. VAN COMPERNELLE, « Conciliation judiciaire et conflit familial », *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein - Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 601 et s., ainsi que les nombreuses références citées par l'auteur à la note infrapaginale 2.

(93) Cfr J.-L. RENCHON, « Le juge et l'humanisation de la procédure en divorce », *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 550, n° 31, qui détaille également les différents avantages de la comparution en conciliation dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 223 du Code civil.

(94) Directement liées aux critiques qui sont formulées à son encontre : cfr *supra*, note n° 92.

(95) I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, pp. 219-220).

(96) Cfr article 1734 du Code judiciaire, inséré par la loi du 21 février 2005 (*op. cit.*).

(97) Tel n'était pas le cas sous l'empire de l'ancienne loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 264), ni du reste sous l'empire de celle actuellement en vigueur du 21 février 2005, même si rien ne l'empêchait

(77) Rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 71.

(78) Outre le fait que les modifications apportées en matière d'exécution ont été insérées dans un article 387ter ... (cfr *infra*).

(79) Au regret émis par Mme de T'Serclaes quant à l'alourdissement du Code civil par l'insertion de règles de procédure et aux problèmes d'accessibilité des lois que cela implique pour le citoyen, il fut répondu par la ministre de la Justice — qui renvoyait à cet égard expressément aux lois du 13 avril 1995 relative à l'autorité parentale, du 31 mars 1987 modifiant la filiation, du 29 avril 2001 sur la tutelle et du 18 juillet 1991 relative à l'administration provisoire — qu'il « est courant de procéder de la sorte en matière familiale ». Ce choix est selon elle d'autant plus défendable que « les procédures sont très spécifiques et liées directement au problème de fond » : rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2005-2006, n° 3-1645/4, p. 21.

(80) Il est en effet indistinctement question de « tribunal » à ces alinéas, tandis que les alinéas suivants font expressément référence au tribunal de la jeunesse. Par ailleurs, même s'il se présente essentiellement comme une disposition de compétence judiciaire, l'article 387bis tel qu'inséré dans le Code civil par la loi du 13 avril 1995, exprime aussi une règle de fond qui donne à tout juge saisi d'un litige relatif à l'aménagement des prérogatives parentales du père et de la mère d'un enfant d'ordonner ou modifier, dans l'intérêt de l'enfant, toute disposition relative à l'autorité parentale » (cfr à cet égard J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 405, n° 45).

(81) Dans le même sens : P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 132, n° 50. D. PIRE, qui confirme que les modifications apportées aux règles de procédure ne concer-

ger la possibilité d'entamer le processus de médiation, toutes informations utiles sur cette procédure^{98 99} et sur l'intérêt d'y recourir¹⁰⁰. Cette option rappelle celle qui a été retenue par le législateur français, à l'article 373-2-10 du Code civil¹⁰¹ relatif aux litiges concernant la résidence de l'enfant, à la différence qu'en France, le juge aux affaires familiales ne dispense pas lui-même aux parties les informations sur la mesure de médiation mais « peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure ».

La nouvelle disposition rappelle d'autant plus le système français qu'elle permet en outre au tribunal de la jeunesse, lorsqu'il constate qu'un rapprochement entre parties est possible — c'est-à-dire sans nécessairement s'enquérir de ce qu'elles sont d'accord d'entamer le processus de médiation¹⁰² — d'ordonner la surséance de la procédure, pour une période maximale d'un mois, en vue de leur permettre de recueillir de nouvelles¹⁰³ informations et — éventuellement — d'entamer ledit processus. Si celui-ci est effectivement engagé au cours de ce délai d'un mois, l'affaire pourra à nouveau être remise à une date ultérieure, conformément aux règles de droit commun relatives à la médiation (articles 1734 et suivants du Code judiciaire)¹⁰⁴.

Certains auraient souhaité aller encore plus loin et — s'inspirant du système en vigueur en Norvège, où la tentative de médiation est une condition de recevabilité de l'action judiciaire rela-

tive aux conflits parentaux concernant les enfants de moins de 16 ans¹⁰⁵ — rendre obligatoire une telle tentative de médiation, à tout le moins en matière d'hébergement de l'enfant mineur¹⁰⁶. Il a cependant été décidé, plutôt que d'imposer le processus de médiation, d'en accroître l'information, dès lors que la plupart des spécialistes en la matière estiment qu'il ne peut raisonnablement être envisagé que sur une base volontaire¹⁰⁷. C'est du reste l'optique qui a été privilégiée par la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation¹⁰⁸.

2. Le processus décisionnel

2.1. Les quatre derniers alinéas insérés par la loi à l'article 387bis du Code civil laissent quant à eux plus que songeurs... Ils sont libellés comme suit :

« Le tribunal peut, même d'office, ordonner une mesure préalable destinée à instruire la demande ou à régler provisoirement la situation des parties pour le délai qu'il détermine.

» Lorsqu'il est saisi pour la première fois d'une telle demande, sauf accord de toutes les parties et du procureur du Roi, le tribunal de la jeunesse statue à titre provisionnel. La cause peut être réexaminée à une audience ultérieure, à une date fixée d'office dans le jugement, dans un délai qui ne peut excéder un an, et sans préjudice d'une nouvelle convocation à une date plus rapprochée, ainsi qu'il est indiqué à l'alinéa suivant.

» Devant le tribunal de la jeunesse, la cause reste inscrite au rôle jusqu'à ce que les enfants concernés par le litige soient émancipés ou aient atteint l'âge de la majorité légale. En cas d'éléments nouveaux, elle peut être ramenée devant le tribunal par conclusions ou par demande écrite, déposée ou adressée au greffe.

» L'article 730, § 2, a, du Code judiciaire n'est pas applicable à ces causes ».

2.2. Dans un premier temps, la loi du 18 juillet 2006 transpose l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire¹⁰⁹ à la procédure devant le tribunal de la jeunesse en matière d'autorité parentale. L'alinéa 3 du nouvel article 387bis du Code civil n'est cependant pas aussi redondant qu'il le paraît de prime abord dès lors qu'à la différence de la disposition dont il est une résurgence, il autorise le juge de la jeunesse à prononcer d'office une mesure avant dire droit¹¹⁰ et souligne du reste l'opportunité, dans la matière de l'autorité parentale et en particulier lorsque le juge est saisi d'un problème d'hébergement d'un enfant, de recourir aux mesures provisoires¹¹¹. Il n'est à cet égard pas inutile de rappeler que le jugement rendu sur la base de l'article 19 alinéa 2, du Code judiciaire — et dès lors également sur la base de l'article 387bis, alinéa 3, du Code civil — n'est pas revêtu de l'autorité de chose jugée en ce qui concerne le fond du litige¹¹², de sorte qu'il ne préjudicie en rien la décision que le tribunal sera amené à prendre ultérieurement¹¹³.

2.3. Par ailleurs, le nouvel article 387bis, alinéa 4, du Code civil impose au tribunal de la jeunesse saisi pour la première fois d'une demande relative à l'autorité parentale de statuer à titre « provisionnel »¹¹⁴, sauf accord de toutes les parties et du procureur du Roi¹¹⁵. Il poursuit — et son libellé est aussi malencontreux que peu clair — en indiquant, d'une part, que la cause peut être réexaminée à une audience ultérieure et, d'autre part, que le jugement provisoire prononcé conformément à la première partie de l'alinéa fixe d'office la date de ce réexamen dans un délai qui ne peut excéder un an, ce sans pré-

de procéder de la sorte (P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, p. 300 : ces auteurs ajoutent qu'« avec l'autorité morale dont il dispose et l'expérience qu'il a des procédures, qui de mieux que lui pourrait convaincre les parties de l'opportunité de tenter une médiation? »).

(98) Les informations à transmettre aux parties par le tribunal de la jeunesse porteront tant sur le mécanisme de la médiation en tant que tel que sur des aspects plus pratiques, comme par exemple les coordonnées des centres de médiation agréés (cf justification de l'amendement n° 44 du gouvernement, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/017, p. 2).

(99) En France, une note d'information sur la médiation familiale précisant les textes sur la médiation familiale, comme le prescrit la loi, mais également les permanences et la pratique de la juridiction, est jointe par le greffe aux convocations adressées aux parties fixant la date de comparution devant le juge aux affaires familiales (D. GANANCIA et M. JUSTON, *Vade-mecum du juge aux affaires familiales prescripteur d'une mesure de médiation familiale*, section française du Groupement européen des magistrats pour la médiation, mai 2005, p. 16 : ce document est disponible sur http://bien.etre.enfant.free.fr/IMG/pdf/vademecum_juston.pdf).

(100) Pour un argumentaire du juge aux affaires familiales français aux fins de « convaincre » les parties de l'intérêt de la médiation familiale, voy. D. GANANCIA et M. JUSTON, *op. cit.*, pp. 20 à 22.

(101) En matière de divorce, voy. l'article 255 du Code civil français.

(102) Voire même à l'encontre de la volonté des parties qui souhaiteraient « en découdre » immédiatement, à la condition d'entrevoir malgré tout une possibilité de rapprochement : D. PIRE, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfants », Liège, Formation permanente C.U.P., 2007, n° 21.

(103) Quelle différence avec les premières informations données par le juge? La lecture des travaux préparatoires ne permet pas de répondre à cette question. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 21 février 2005 relative à la médiation, un amendement — qui n'a finalement pas été retenu — prévoyait une obligation pour les parties de se rencontrer au moins une fois en présence d'un médiateur, ce dans l'idée de donner aux parties des explications sur la nature du processus et les sensibiliser aux avantages de la médiation (voy. à cet égard P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, p. 300).

(104) P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 133, n° 54.

(105) M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 422; M. JUSTON, « La médiation dans les affaires de famille en Europe », actes du colloque organisé à Trèves le 31 mai 2006 par l'Académie de droit européen et intitulé « Le droit européen de la famille dans la pratique », disponibles sur http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_2735_file_en.3845.pdf. Voy. également V. LANGE, *Législation comparée : Norvège*, éditions du Juris-Classeur, 2000, n° 111 qui parle, afin qu'un époux obtienne la « séparation légale » en cas d'enfant commun de moins de 16 ans, d'une obligation préalable de tentative de « conciliation devant un conciliateur autorisé », laquelle vise surtout à obtenir un accord entre les parents sur les questions qui concernent cet enfant.

(106) Cf amendement n° 11 de M. G. Swennen, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1673/003, p. 5 et rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 67. L'idée de l'auteur de l'amendement était non pas d'instaurer une obligation de médiation, mais bien de demander aux parties de participer à quelques séances de médiation pour avoir un premier aperçu des possibilités qui leur sont offertes : rapport fait au nom de la commission de la justice le 24 mars 2006 par Mme Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 13.

(107) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 24 mars 2006 par Mme Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 9 : l'objectif n'est pas d'imposer aux parties une médiation, mais plutôt d'obliger le juge à les informer sur les possibilités de médiation. Certains commentateurs de la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation estimaient que « même si l'information préalable obligatoire est une manière séduisante de mieux faire connaître la médiation, son caractère contraignant nous semble paradoxal en médiation » (P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, p. 300).

(108) *Op. cit.*

(109) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 14. L'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire dispose que « le juge peut, avant dire droit, ordonner une mesure préalable destinée à instruire la demande ou à régler provisoirement la situation des parties ».

(110) Concernant, en droit commun, les initiatives laissées à la discrétion du juge en matière d'administration de la preuve notamment, voy. P. ROUARD, *op. cit.*, n° 13, pp. 25-26.

(111) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 8 et commentaire des articles, *op. cit.*, p. 14.

(112) G. DE LEVAL, *op. cit.*, n° 94, p. 132.

(113) Dans l'article 19 du Code judiciaire, « le provisoire s'oppose au définitif » et « s'entend, de " ce qui se fait avant dire droit " pour " préparer un jugement à rendre ou décider ce qui est à faire entretemps " » : J.-L. RENCHON, note sous Civ. Bruxelles, réf., 20 octobre 1982, *Rev. trim. dr. fam.*, 1985, p. 397, qui cite C. CAMBIER (t. II, la compétence, p. 327 et s.).

(114) Le texte néerlandais dispose quant à lui plus judicieusement que le tribunal de la jeunesse statue « over een voorlopige regeling » et non « over een provisionele regeling ».

(115) Rappelons à cet égard qu'en vertu de l'article 765 du Code judiciaire, le tribunal de la jeunesse ne statue, à peine de nullité, qu'après avoir entendu le ministère public en son avis ou en ses réquisitions. Sur le rôle actif du parquet de la jeunesse dans le cadre d'un litige civil et plus particulièrement familial, voy. D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 225. Voy. également J. DU JARDIN, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, spécialement pp. 730-733. Nous attirons l'attention du lecteur sur les particularités de cette intervention du procureur du Roi (c'est en effet d'accord dont il est question ici, et non d'avis), qui dépasse les catégories généralement admises de missions qui lui sont dévolues dans la matière du droit civil (voy. à cet égard D. PIRE, « Tribunal de la jeunesse et droit judiciaire privé », in *Actualités de droit familial - Le point en 2001*, Liège, Formation permanente C.U.P., 2001, pp. 125 à 128, qui distingue, dans le domaine du droit civil, le ministère public comme partie jointe, partie principale ou instructeur du procès civil).

judice d'une convocation à une date plus rapprochée dans le cadre de la saisine permanente telle qu'elle sera décrite ci-après, à condition dans ce cas de rapporter la preuve de la survenance d'éléments nouveaux. En deux phrases réunies dans un seul alinéa, le législateur semble ainsi affirmer une chose et son contraire.

Cette apparente contradiction trouve en réalité sa source dans les particularités d'un travail législatif de longue haleine qu'il convient de décrire brièvement aux fins de tenter de comprendre le sens des dispositions auxquelles il a abouti.

L'avant-projet de loi ¹¹⁶, après avoir posé le principe selon lequel le tribunal de la jeunesse saisi pour la première fois d'une demande en matière d'autorité parentale statue à titre « provisionnel », disposait laconiquement que « la cause est réexaminée à une date ultérieure, dans un délai qui ne peut excéder un an ».

A la suite de l'avis du Conseil d'Etat qui estimait que dans la mesure où le principe d'un réexamen obligatoire était affirmé, il convenait de ne pas en laisser l'initiative aux parties et de prévoir que le jugement réglant provisoirement leur situation mentionne la date à laquelle la cause sera réexaminée ¹¹⁷, le texte a été modifié et disposait que « la cause est réexaminée à une audience ultérieure, à une date fixée d'office dans le jugement, (...) ».

Au cours des débats devant la Chambre des représentants, un amendement ¹¹⁸ a été déposé aux fins de ne prévoir qu'une simple faculté pour le tribunal de la jeunesse de réexaminer la cause à une audience ultérieure dès lors qu'une automaticité aurait été de nature à donner l'impression aux parties que le dossier n'est jamais clôturé ¹¹⁹.

Cet amendement a été adopté à l'unanimité ¹²⁰ et a curieusement abouti à la disposition telle qu'elle est en vigueur aujourd'hui alors qu'au regard de l'objectif poursuivi, il aurait suffi de supprimer purement et simplement l'alinéa 4 de l'article 387bis en projet puisque l'alinéa précédent permettait déjà — et permet du reste toujours — au tribunal de la jeunesse de prendre d'office des mesures provisoires, à n'importe quel stade de la procédure.

Comment dès lors comprendre cette disposition pour le moins nébuleuse avec laquelle les tribunaux de la jeunesse vont devoir composer? Il y a en effet lieu d'éclaircir la manière dont il faut entendre le terme « peut » ajouté à l'occasion de l'amendement litigieux et la faculté qui en découle.

Selon les premiers commentateurs de la loi ¹²¹ qui s'accordent pour dire que la formulation du

nouvel article 387bis, alinéa 4, du Code civil n'est pas heureuse, « vu que le tribunal de la jeunesse n'est à présent plus obligé de fixer une telle audience d'évaluation, il ne peut pas non plus être contraint de statuer dans tous les cas à titre provisoire. Ce n'est que dans les cas où il décide que l'affaire doit être revue dans un certain délai que le tribunal de la jeunesse statuera à titre provisoire, dans l'attente d'une évaluation ultérieure » (traduction libre).

Même si aucune clé de lecture ne s'accommode véritablement du texte tel qu'il a été rédigé, nous estimons quant à nous qu'il faut le comprendre comme une obligation pour le tribunal de la jeunesse saisi pour la première fois d'un litige relatif à l'autorité parentale de statuer à titre provisoire ¹²², sauf accord des parties et du procureur du Roi, et de prévoir d'office dans sa décision une date à laquelle l'affaire pourra être réexaminée, ce qui ne sera toutefois effectivement le cas que si les parties comparaissent et ne laissent pas renvoyer au rôle. Dans le cas contraire, la décision prononcée restera provisoire et pourra dès lors être revue indépendamment de la survenance d'éléments nouveaux ¹²³. Cette circonstance sera de nature à poser des difficultés en cas de changement de résidence du parent qui a la garde ¹²⁴ de l'enfant puisqu'en vertu du dernier alinéa de l'article 44 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, le tribunal saisi reste compétent pour statuer si ce changement intervient au cours de l'instance. Or, l'instance ne prend fin que par une décision au fond coulée en force de chose jugée ¹²⁵ de sorte que si la décision prise par le tribunal de la jeunesse territorialement compétent lors de la saisine initiale reste provisoire, c'est ce même tribunal qui restera théoriquement compétent pour statuer sur une demande de modification des mesures ordonnées, même plusieurs années plus tard.

2.4. Enfin, le dernier alinéa du nouvel article 387bis du Code civil instaure auprès du tribunal de la jeunesse un mécanisme de saisine permanente similaire à celui qui existe en matière de mesures provisoires dans le cadre de l'instance en divorce pour cause déterminée ¹²⁶.

Outre que, comme nous le verrons plus loin, ce mécanisme permettra de faciliter la saisine du juge de la jeunesse ¹²⁷ lorsque surgissent

mijn, treft de jeugdrechtsbank een voorlopige regeling in afwachting van verdere evaluatie ».

(122) La décision ainsi prononcée ayant la même portée qu'une décision prise sur pied de l'article 19, alinéa 2, du Code ou sur la base du nouvel article 387bis, alinéa 3, du Code civil.

(123) On peut en effet difficilement admettre qu'une décision provisoire cesserait de l'être par le seul effet de la loi...

(124) La notion de résidence du parent qui a la garde de l'enfant pose des difficultés depuis l'adoption de la loi du 13 avril 1995. En cas d'autorité parentale conjointe en effet, chacun des parents peut prétendre être titulaire de la « garde » de l'enfant. Si l'on s'en tient au concept d'hébergement et qu'on lie la compétence au lieu de l'hébergement principal de l'enfant, la question de la compétence n'est pas encore résolue si l'hébergement est égalitaire. Une solution consiste à se référer au critère du domicile légal de l'enfant, sauf si ce domicile, pour des raisons administratives, ne correspond pas à la résidence principale de l'enfant. Voy. sur cette question F. TULKENS et T. MOREAU, *Droit de la jeunesse : aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 703 et s.

(125) F. TULKENS et T. MOREAU, *op. cit.*, p. 708.

(126) *Cf.* article 1280, alinéas 8 et 9, du Code judiciaire.

(127) L'application de ce mécanisme dans le contentieux conjugal relevant de la compétence du juge de paix aurait été inopportune au regard des difficultés procédurales en matière de compétence *rationae tempore* qu'elle

des difficultés d'exécution d'une décision prononcée en matière d'hébergement d'un enfant mineur, il permet également aux parties, en cas d'éléments nouveaux, de saisir ce même tribunal par le simple dépôt de conclusions ou par demande écrite, déposée ou adressée au greffe, et non plus par la réintroduction d'une nouvelle procédure ¹²⁸, par le biais du dépôt d'une nouvelle requête.

Plus que précédemment encore, les juges devront rester vigilants et apprécier de manière restrictive le caractère nouveau des éléments invoqués par la partie qui souhaite voir réexaminer son dossier, aux fins de préserver une certaine stabilité dans le processus d'éducation ¹²⁹. Il conviendra en effet de veiller à concilier cette facilité procédurale instaurée par la nouvelle loi avec l'autorité — relative — de la chose jugée et d'éviter que celle-ci soit transformée en une voie de recours déguisée ¹³⁰.

4

Les modifications apportées en matière d'exécution des décisions judiciaires relatives à l'hébergement des enfants ou au droit aux relations personnelles (article 387ter du Code civil)

1. Les objectifs du législateur

Le parent confronté au refus d'exécution, par l'autre parent, d'une décision ou d'une convention dans laquelle sont fixées les modalités d'hébergement de l'enfant chez ses parents séparés restait assez démuné face à cette « voie de fait » ¹³¹. Bien que des moyens de contrainte existaient, ils s'avéraient soit peu efficaces, soit peu utilisés.

Le contexte est bien sûr délicat et tant les parents malheureux que leurs conseils ou les juges sont parfois réticents à mettre en œuvre des moyens qui risquent d'envenimer le conflit et d'hypothéquer davantage tout espoir de renouer une relation affective avec l'enfant ¹³².

Une procédure pénale du chef de non-présentation d'enfant nécessite de longues investigations et n'aboutit pas en tant que telle à la restauration du contact entre le parent et l'enfant ¹³³.

risquait de susciter et n'aurait par ailleurs présenté que peu d'intérêt dès lors que la procédure devant les juridictions cantonales est souple et rapide et que les décisions du juge de paix en ce domaine sont provisoires (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 15).

(128) *Ibidem*.

(129) Voy. Trib. jeun. Anvers, 1^{er} mars 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 87 : « (...) de gewijzigde omstandigheden uitzonderlijk, ernstig en bijzonder moeten zijn ».

(130) Sur ce danger déjà palpable sous l'empire de la loi ancienne, voy. D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 226.

(131) Pour une définition de ce concept en matière de relations familiales : J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 310.

(132) B. COMPAGNION et A.-F. SAUDOYER, « L'astreinte et le droit de la famille », *Div. Act.*, 2005, p. 69.

(133) Audition de Mme Boliau, présidente de l'Ordre des barreaux flamands, rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*,

(116) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1673/001, p. 20.

(117) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1673/011, p. 25.

(118) Amendement n° 28 de MM. Wathélet et Verherstraeten, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/007, p. 4.

(119) Rapport fait au nom de la sous-commission du droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 72.

(120) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 12.

(121) P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 134 : « Aangezien de jeugdrechtsbank thans niet verplicht wordt dergelijke evaluatiezitting vast te leggen, kan zij ook niet verplicht worden in alle gevallen een voorlopige regeling te treffen. Slechts indien beslist wordt dat de zaak dient te worden geëvalueerd binnen een bepaalde ter-

L'astreinte, prévue par les articles 1385bis et suivants du Code judiciaire, constitue un moyen qui peut sembler efficace pour obtenir l'exécution d'une obligation de faire mais sa mise en œuvre s'avérait parfois problématique puisqu'elle est considérée comme une demande accessoire¹³⁴. Une certaine jurisprudence¹³⁵ en déduisait qu'elle ne pouvait être demandée qu'en même temps que la demande principale et non ultérieurement, lors du constat d'un défaut d'exécution, parce qu'à ce moment, le juge qui avait pris la décision relative à l'hébergement avait vidé sa saisine. Une autre tendance considérait par contre qu'une astreinte pouvait faire l'objet d'une demande autonome — et donc postérieure — devant le juge qui avait rendu la décision en matière d'hébergement¹³⁶. Les parents — et leurs conseils — avertis pouvaient prendre la précaution de solliciter d'emblée, en même temps que la demande principale, une demande d'astreinte pour se prémunir contre un éventuel défaut d'exécution des modalités d'hébergement. En dehors de toute indication sérieuse d'une crainte de non-respect de la décision, le juge restait cependant peu enclin à l'octroyer¹³⁷.

Lorsque tous les moyens de pression à l'égard du parent qui retenait l'enfant s'avéraient inefficaces et que seule une reprise forcée de l'enfant aurait pu permettre le rétablissement du contact entre l'enfant et l'autre parent, ce dernier se heurtait à des réticences encore plus vives de la part de certains magistrats¹³⁸ tant il paraissait

délicat de départager deux droits fondamentaux de l'enfant : son droit à une vie privée et familiale et son droit à l'intégrité physique¹³⁹.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme — qui protège le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale — implique, selon la Cour européenne des droits de l'homme, des obligations positives dans le chef des Etats, de sorte que tout parent a le droit de bénéficier de mesures propres à le réunir à son enfant¹⁴⁰. La mise en œuvre de ce droit n'est cependant pas absolue dans la mesure où elle se heurte à d'autres droits fondamentaux et notamment à l'intérêt de l'enfant. Outre que l'intérêt de cet enfant ne correspond pas toujours à son droit de rencontrer l'un de ses parents¹⁴¹, l'effet traumatisant que peut revêtir la contrainte physique exercée sur sa personne peut également constituer une préoccupation majeure par rapport à son droit de rencontrer régulièrement chacun de ses parents¹⁴². La Convention internationale des droits de l'enfant protège les mêmes droits, de manière encore plus explicite : les Etats signataires ont pris l'engagement de garantir à l'enfant le droit d'être élevé par ses parents (article 7) ou du moins d'entretenir avec eux des relations personnelles régulières (article 9.3) tout en veillant cependant à ce que toute décision relative à cet enfant soit guidée par son intérêt supérieur (article 3).

Le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents l'emporte-t-il sur son droit à l'intégrité physique? A défaut d'indication légale explicite, la Chambre nationale des huissiers de justice a conclu par la négative et, dans une circulaire du 21 mars 1996, a recommandé à ses membres de ne pas prêter concours à la reprise forcée d'un enfant¹⁴³. Le rôle de l'huissier de justice se limitait dès lors, en cas d'inexécution des modalités d'hébergement ou du droit aux relations personnelles, à dresser constat de la transgression de la décision de justice.

La plupart des parlementaires et des personnes entendues dans le cadre de l'élaboration de la

loi du 18 juillet 2006 ont reconnu voire dénoncé le caractère problématique de l'exécution des décisions ou conventions en matière d'hébergement ou de droit aux relations personnelles¹⁴⁴ mais les avis s'opposaient quant aux moyens qu'il fallait mettre en œuvre pour y remédier. La pierre d'achoppement de ce débat concernait naturellement la question de savoir s'il était possible ou non de prévoir légalement une reprise forcée d'un enfant¹⁴⁵.

La solution de compromis qui fut trouvée consistait d'une part à donner une compétence spécifique en matière d'exécution au juge qui a pris la décision relative à l'hébergement ou au droit aux relations personnelles et lui permettre de revoir sa décision, et d'autre part à consacrer dans la loi la possibilité de principe de reprendre l'enfant par la force, mais en l'entourant d'une série de garanties : il revient audit juge d'examiner ainsi *a posteriori*, dès lors qu'une violation de la décision ou de la convention a été constatée, l'opportunité d'ordonner une mesure de contrainte et d'en prévoir les modalités précises¹⁴⁶.

2. Le champ d'application du nouvel article 387ter du Code civil

La procédure particulière d'exécution instaurée par le nouvel article 387ter du Code civil vise les décisions judiciaires et les conventions de divorce par consentement mutuel relatives tant à l'hébergement d'un enfant chez ses parents séparés qu'au droit aux relations personnelles d'un grand-parent ou d'un tiers conformément à l'article 375bis du Code civil.

On aurait pu s'attendre, tout comme pour les mesures procédurales insérées à la suite de l'alinéa 1^{er} de l'article 387bis, à trouver ce type de dispositions au sein du Code judiciaire, comme le suggéraient d'ailleurs plusieurs propositions de lois¹⁴⁷, d'autant qu'un emplacement au sein de ce Code aurait évité tout risque de confusion quant au champ d'application de l'article 387ter. En effet, cet article 387ter se distingue à plusieurs égards, quant à son champ

Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 161; F. TULKENS, « Lorsque l'enfant ne paraît pas - Analyse critique du délit de non-présentation d'enfant dans l'article 369bis du Code pénal », *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 399; S. DEMARS, « L'enlèvement parental international », *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 391; Q. FISCHER, « L'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents », *Régulation des relations parentales : questions approfondies*, Rev. dr. U.L.B., vol. 32, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 106.

(134) Article 1385bis du Code judiciaire; J. VAN COMPERNOLLE et O. MIGNOLET, « L'astreinte, règles générales et champ d'application », *Saisies et astreinte*, Formation permanente C.U.P., octobre 2003, vol. 65, p. 209; B. COMPAGNION et A.-F. SAUDOVER, *op. cit.*, p. 69; Liège, 1^{re} ch., 23 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 651.

(135) Civ. Namur, réf., 31 juillet 1996, *J.T.*, 1997, p. 101; Liège, 23 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 651. Dans ce sens également : G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, « Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte », *Dix ans d'application de l'astreinte*, C.I.E.A.U., Bruxelles, éditions Créadif, 1991, p. 244; D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale? », *op. cit.*, p. 227; B. COMPAGNION et A.-F. SAUDOVER, *op. cit.*, p. 73.

(136) Liège, 28 juin 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 105; Liège, vac., 10 août 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 279; Anvers, 23 mai 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 883; Liège, 1^{re} ch., 28 juin 2005, *J.T.*, 2005, p. 687. Cette solution est approuvée par J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 304, citant dans le même sens I. MOREAU-MARGRÈVE, « L'astreinte », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1982, p. 65 et par J.-P. MASSON et N. MASSAGER, *Droit des personnes - Chronique de jurisprudence (1994-1998)*, Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, p. 193.

(137) Civ. Bruxelles, réf., 7 février 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 107; Civ. Mons, réf., 7 janvier 2005, *RRF04/527/C*, inédit, cité par B. COMPAGNION et A.-F. SAUDOVER, *op. cit.*, p. 73; J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *op. cit.*, p. 312; J. ENGLEBERT, « Les pièges de la procédure civile », *Les pièges des procédures*, éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 62; audition de Mme Vanbockrijck, rapport fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 170.

(138) Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014,

p. 22, p. 142 (audition de M. Hiernaux), p. 163 (audition de Mme De Buck).

(139) H. VANBOCKRIJCK, « Moelikheden bij de uitoefening van het omgangsrecht », *E.J.*, 2005, p. 95.

(140) C.E.D.H., 27 juin 2000, *Nuutinen c. Finlande*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 337; C.E.D.H., 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 665, note E. LANGENAKEN; D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale? », *op. cit.*, p. 231; N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Régulations des relations parentales : questions approfondies*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 31.

(141) N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 59 et les références citées.

(142) C.E.D.H. 25 janvier 2000, arrêt *Ignacollo-Zenide c. Roumanie*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 429, point 95.

(143) Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 50; audition de M. Mignon, président de la Chambre nationale des huissiers de justice, rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 156 à 158; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 140; Liège, 1^{re} ch. 23 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 651 (La Cour « s'étonne de ce qu'une circulaire "interdirait" tout recours à la force, contrairement à la formule exécutoire et, s'il est hautement souhaitable que le recours à la force ne soit utilisé qu'en dernier recours dans les affaires de cette nature, son interdiction ne peut cependant être érigée en principe sous peine de rendre inopérantes les décisions judiciaires en matière d'hébergement d'enfant »).

(144) Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 22.

(145) Le député Guy Swennen avait antérieurement déposé une proposition de loi relative à l'exécution des décisions en matière d'hébergement et de relations personnelles mais tout en excluant toute mesure de contrainte à l'égard de l'enfant. Les mesures proposées ne visaient que le parent récalcitrant : proposition du 30 mars 2004, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 51-0976. Par contre, le député Melchior Wathelet exposait dans les motifs de sa proposition de loi que l'inexécution des modalités d'hébergement de l'enfant contrevient à l'intérêt de ce dernier et que dès lors la remise forcée de l'enfant devait dans certains cas être poursuivie dans son intérêt : proposition du 14 novembre 2003, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 51-0434. Voy. également le rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 7.

(146) Rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 5.

(147) Proposition de loi du 9 octobre 2003 déposée par M. Bourgeois, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr., 2003, n° 51-0273/001; proposition de loi du 14 novembre 2003 déposée par M. Wathelet, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 51-0434/001; proposition de loi du 30 mars 2004 déposée par M. Swennen, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 51-0976/001; proposition de loi du 30 mai 2006 déposée par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2005-2006, n° 3-58/2.

d'application, de l'article 387bis qu'il suit immédiatement.

D'une part, l'article 387ter vise uniquement les difficultés d'exécution de décisions judiciaires ou de conventions de divorce par consentement mutuel relatives à l'hébergement des enfants mineurs ou au droit aux relations personnelles alors que l'article 387bis a trait plus largement à tout litige en matière d'autorité parentale. D'autre part, alors que le législateur a voulu réserver les nouveaux alinéas 2 à 5 de l'article 387bis aux seules procédures mues devant le tribunal de la jeunesse¹⁴⁸, l'article 387ter s'applique par contre à tout juge qui a pu rendre une décision relative à l'hébergement ou aux relations personnelles.

3. Le champ de compétences du juge de l'exécution

3.1. La compétence matérielle

Le principe posé par l'article 387ter consiste à donner au juge qui a établi les périodes d'hébergement de l'enfant chez l'un et l'autre de ses parents ou qui a fixé le droit aux relations personnelles d'un parent voire même d'un tiers¹⁴⁹ — à moins qu'un autre juge n'ait été saisi depuis — la compétence d'assortir *a posteriori* sa décision de mesures de contrainte. Il ne porte bien entendu pas préjudice à la possibilité, pour le juge qui doit fixer *ab initio* les modalités d'hébergement de l'enfant, d'assortir déjà l'éventuelle inexécution de sa décision de mesures de contrainte si les circonstances le requièrent, comme c'était d'ailleurs le cas dans la pratique antérieure¹⁵⁰, sous réserve de ce que la loi du 18 juillet 2006 prévoit que certaines mesures ne peuvent être ordonnées que dans une décision postérieure, après le constat, par le juge, de l'inexécution d'une décision préalable¹⁵¹.

Le législateur a donc entendu, pour les litiges relatifs à l'hébergement des enfants, conférer une compétence spécifique au juge qui a rendu préalablement la décision et déroger ainsi à la compétence générale du tribunal de première instance en matière d'exécution des décisions¹⁵².

Cette dérogation est justifiée par le contexte particulièrement délicat de l'exécution de décisions en matière d'hébergement qui peut impliquer, le cas échéant, des mesures de contrainte physique à l'égard d'un enfant. On a donc voulu, avant d'en arriver là, être certain que la décision qui ne reçoit pas d'exécution spontanée, correspond encore à l'intérêt de l'enfant. Le juge qui avait pris cette décision est sans doute le mieux informé de la situation et le mieux outillé pour apprécier quelles mesures de contrainte seront les plus adéquates et si et dans quelle mesure il convient de recourir à la contrainte physique. Cette compétence s'explique cependant surtout par la circonstance que le législateur a voulu que le juge appelé à examiner la question de l'inexécution puisse aussi revoir la décision bafouée et, le cas échéant, la modifier¹⁵³.

La loi ne précise pas à quel juge revient cette compétence lorsque les modalités d'hébergement résultent de conventions de divorce par consentement mutuel. Il ressort du commentaire des articles du projet de loi que le tribunal de première instance qui a homologué les conventions ne pouvait pas être assimilé au « juge qui a pris la décision » en raison du défaut de caractère contentieux de la procédure de divorce par consentement mutuel¹⁵⁴, de sorte qu'il convient de recourir à la compétence générale du juge de la jeunesse en cette matière¹⁵⁵.

Enfin, des parents qui avaient réglé sous seing privé les modalités d'hébergement de leurs enfants, notamment par acte notarié¹⁵⁶, ne peuvent pas saisir le juge de la jeunesse sur la base de l'article 387ter, ce qui nous paraît regrettable d'une part en raison de la valeur reconnue par le législateur lui-même aux accords entre les parents¹⁵⁷ et d'autre part compte tenu de la possibilité pour le juge saisi sur la base de l'article 387ter de modifier le cas échéant les modalités d'hébergement. Lorsque ces parents seront confrontés à un refus d'exécution de la convention, ils devront saisir le juge de la jeunesse sur la base de l'article 387bis mais le juge ne pourra pas, sur cette base, ordonner la reprise forcée de l'enfant ni accorder le superprivilège en matière d'astreinte¹⁵⁸.

3.2. La compétence temporelle

La nouvelle règle de compétence en matière d'exécution de la décision peut se heurter aux règles particulières de répartition de la compétence matérielle en matière d'autorité parentale entre différents juges, en fonction de l'évolution du conflit conjugal. On sait en effet que les litiges relatifs à l'autorité parentale, qui sont en général l'apanage du tribunal de la jeunesse conformément à l'article 387bis du Code civil, sont portés devant le juge de paix lorsque les époux le saisissent en cas de mésentente sérieuse sur pied de l'article 223 du Code civil et devant le président du tribunal de première instance pendant la durée de la procédure de divorce. Si, en vertu de ces règles de compétence, un autre juge que celui qui a rendu la décision en matière d'hébergement est saisi au moment où des problèmes d'exécution de la décision surviennent, l'article 387ter expose que c'est ce dernier juge saisi qui est compétent pour connaître de ce conflit relatif à l'exécution, et donc pour prendre les mesures prévues à l'article 387ter alors même qu'il n'a pas encore statué sur le fond de la question. Si, par contre, aucun autre juge n'a été saisi d'une demande en matière d'autorité parentale, le juge qui a rendu la décision est compétent pour prendre les éventuelles mesures

d'exécution de sa décision, même si en vertu des règles précitées de compétence temporelle, il n'est plus compétent pour connaître du fond du litige. Le texte de l'article 387ter est clair sur ce point¹⁵⁹. Il implique donc une dérogation aux règles de compétence énoncées aux articles 223 du Code civil et 1280 du Code judiciaire¹⁶⁰. Cela peut dès lors aboutir à proroger pendant une période de temps relativement considérable la compétence d'un juge si ce juge, saisi d'un problème d'exécution de sa décision, décide, dans le cadre d'une demande d'exécution, de modifier les modalités d'hébergement, qui peut-être susciteront à leur tour des problèmes d'exécution et ainsi de suite¹⁶¹.

3.3. La compétence du juge d'appel

« Le juge qui a pris la décision », pour reprendre les termes de l'article 387ter du Code civil, pourrait être un juge d'appel et le litige relatif à l'exécution de la décision devrait alors directement être soumis à la cour d'appel ou, le cas échéant, au tribunal de première instance sur appel d'une décision du juge de paix. Encore faut-il savoir, lorsque la décision prise au premier degré a été frappée d'appel, si le juge d'appel a modifié la décision du premier juge relative aux modalités d'hébergement ou s'il a confirmé cette décision, auquel cas on pourrait soutenir que c'est le premier juge, et non le juge d'appel, qui a « rendu la décision »¹⁶².

Ni la loi, ni les travaux parlementaires n'envisagent cette hypothèse alors que la solution qui se dégage du texte s'avère peu compatible avec les objectifs de rapidité, d'accessibilité et de gratuité poursuivis par le législateur à travers cette nouvelle loi¹⁶³. La compétence du juge d'appel

(159) Lorsque le texte de la loi est clair, il ne souffre pas d'interprétation (voy. ci-dessus, note 14), même si les travaux préparatoires semblent indiquer la solution contraire, à savoir que la nouvelle règle de compétence de l'article 387ter ne porte pas préjudice aux règles de compétence qui gouvernent le conflit familial et qui répartissent ce contentieux entre le juge de paix, le président du tribunal de première instance et le juge de la jeunesse (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 15 et rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 74).

(160) *Contra* : P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 137 : ces auteurs considèrent au contraire que le juge qui a pris la décision ne peut connaître de son exécution qu'à condition qu'il dispose encore de la compétence matérielle quant au fond du litige au moment où il est saisi de la question de l'exécution de sa décision antérieure.

(161) Prenons par exemple l'hypothèse où le président du tribunal de première instance a réglé les modalités d'hébergement d'un enfant dans le cadre des mesures provisoires durant l'instance en divorce de ses parents. Cette décision n'est pas respectée par la mère. Le père peut saisir le président sur la base de l'article 387ter alors même que la procédure en divorce est définitivement clôturée. Si le président modifie les modalités d'hébergement, comme le lui permet l'article 387ter, et que ces nouvelles modalités ne sont pas non plus respectées, le père pourra de nouveau revenir vers lui, toujours sur la base de l'article 387ter, et ce des années même après le prononcé du divorce.

(162) Cette question découle de la solution dégagée à propos de l'article 1385quinquies du Code judiciaire relatif à l'astreinte et qui fait référence au « juge qui a ordonné l'astreinte ». La Cour de cassation a considéré que lorsque la cour d'appel a confirmé la décision du premier juge, elle n'était pas « le juge qui a ordonné l'astreinte » de sorte que seul le premier juge est compétent pour supprimer ou modifier cette astreinte (G. DE LEVAL, « Le contentieux suscité par le recouvrement de l'astreinte - Bref aperçu de la jurisprudence récente », *Saisies et astreinte*, Formation permanente C.U.P., octobre 2003, vol. 65, p. 281).

(163) H. VANBOCKRIJCK, « Sancties bij niet-naleving van beslissingen aangaande verblijf en omgangsrecht

(148) Voy. *supra* les développements sur cette question.

(149) Conformément à l'article 375bis du Code civil.

(150) Voy. ci-dessus.

(151) Notamment la reprise forcée de l'enfant et le superprivilège de la saisie des montants dus en termes d'astreinte, voy. *infra*.

(152) Article 569, 5°, du Code judiciaire.

(153) Rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 5.

(154) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 16.

(155) P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 138. *Contra* : G. HIERNAX, *op. cit.* Cet auteur considère que le litige né de l'inexécution des conventions de divorce par consentement mutuel doit être porté devant le tribunal de première instance qui a prononcé le divorce par consentement mutuel, au moyen d'une requête contradictoire.

(156) On pense essentiellement aux parents non mariés ou aux parents divorcés qui auraient convenu de modifier le régime initial d'hébergement. Voy. J.-L. RENÇON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture d'un couple non marié », *op. cit.*, p. 378.

(157) *Cfr supra*, point II, 1.

(158) Ces deux mesures étant réservées au juge qui est saisi sur la base de l'article 387ter, *cfr infra*.

présente en effet les inconvénients d'entraîner la perte d'un degré de juridiction et de nécessiter des frais d'acte introductif — il devrait s'agir au surplus d'une citation ¹⁶⁴ — et de mise au rôle, qui auraient pu être évités si l'on avait pu saisir le juge de la jeunesse ou le président du tribunal de première instance par le mécanisme de la saisine permanente.

Le législateur a cependant considéré que l'inexécution d'une décision constituait en soi un changement de circonstances ¹⁶⁵. On pourrait dès lors imaginer qu'il soit possible de saisir le juge compétent sur la base, selon le cas, de l'article 387bis, de l'article 223 du Code civil ou de l'article 1280 du Code judiciaire en invoquant ce changement de circonstances, et de lui demander de prendre les mesures d'exécution qui s'imposent conformément à l'article 387ter. L'article 387ter prévoit en effet que le juge « nouvellement saisi » conformément aux règles de compétence précitées, est compétent pour connaître de l'exécution d'une décision prise antérieurement par un autre juge.

3.4. La compétence territoriale

La règle de compétence issue de l'article 387ter pourrait également aboutir à déroger aux règles générales de compétence territoriale puisque le juge de la jeunesse — pour lequel seul la question se pose ¹⁶⁶ — qui a rendu la décision pourrait être saisi pour prendre des mesures d'exécution de sa décision alors même qu'il ne serait le cas échéant plus compétent territorialement pour connaître du « fond » du litige si le domicile de l'enfant a entretemps été établi dans un autre arrondissement judiciaire.

4. La procédure

4.1. La saisine du juge

L'article 387ter dispose que la cause peut être « ramenée » devant le juge qui a pris la décision relative à l'hébergement ou aux relations personnelles. Ce terme fait référence à des modalités de saisine différentes selon le juge qui sera

effectivement appelé à trancher la problématique de l'exécution de la décision.

Si le juge qui a pris la décision initiale est le juge de la jeunesse ou le président du tribunal de première instance (sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire, et ce, aussi longtemps que la procédure en divorce est pendante), la cause peut être « ramenée » devant lui par le mécanisme de la saisine permanente qui régit ces procédures, à savoir par dépôt de conclusions ou par simple lettre adressée au greffe ¹⁶⁷.

Si par contre le juge compétent est le juge de paix, il faudra « ramener » la cause au moyen d'une nouvelle requête contradictoire ¹⁶⁸. De même, si l'un des parents ne respecte pas les conventions de divorce par consentement mutuel, le juge de la jeunesse devra également être saisi au moyen d'une requête contradictoire ¹⁶⁹ puisqu'aucune procédure n'est à ce moment encore inscrite au rôle de ce tribunal. Enfin, si c'est le président du tribunal qui est compétent pour connaître de l'exécution, mais que le divorce est définitivement prononcé, nous pensons qu'il faudra également le saisir par la voie ordinaire.

Sans préjudice de la compétence du président du tribunal de première instance sur la base de l'article 584 du Code judiciaire ¹⁷⁰, le juge peut aussi être saisi au moyen d'une requête unilatérale en cas « d'absolue nécessité », selon les termes du texte de loi, c'est-à-dire en cas d'extrême urgence ou lorsqu'un effet de surprise doit être réservé à des mesures de contrainte, par exemple lorsque l'on craint que l'enfant soit définitivement emmené à l'étranger par le parent qui le retient ¹⁷¹. Le requérant doit alors joindre à la requête les pièces qui attestent, d'une part, que la partie récalcitrante a été mise en demeure de respecter ses obligations et, d'autre part, que, malgré cette mise en demeure, elle s'est opposée à l'exécution de la décision ou de la convention de divorce par consentement mutuel.

Il est précisé que cette requête unilatérale a lieu sans frais. Cette gratuité semble spécifique à l'hypothèse de l'absolue nécessité : on peut comprendre que le législateur n'ait pas voulu pénaliser par des frais la personne qui revendique l'exécution d'une décision ou d'une convention de divorce par consentement mutuel dans l'urgence par rapport à celle qui pourrait la réclamer par la voie ordinaire par le biais de la saisine permanente. C'est cependant oublier que ce mécanisme n'existe que devant le juge de la jeunesse et devant le président du tribunal de première instance durant le temps de la procédure en divorce et que dès lors, lorsqu'il faut saisir le juge de paix, le président alors que le divorce est prononcé et définitif, ou le juge d'appel, la cause devra être introduite au moyen

d'une requête ou d'une citation ¹⁷², dont il n'est stipulé nulle part qu'elle serait « sans frais » ¹⁷³.

4.2. Le déroulement de l'instance

Le prescrit légal contraint le juge à statuer toutes affaires cessantes. Dans l'intention d'accélérer la prise en charge judiciaire du défaut d'exécution des décisions en matière d'hébergement ou de droit aux relations personnelles, le législateur a donc non seulement veillé à faciliter l'accès au juge au moyen du mécanisme de la saisine permanente mais il a également prévu expressément que l'examen de la cause devait recevoir un traitement prioritaire ¹⁷⁴. Chaque tribunal devra donc veiller à fixer la cause à la première audience possible, dans des délais relativement courts.

4.3. Le caractère exécutoire par provision

Toute décision qui statue sur l'exécution d'une décision judiciaire ou d'une convention de divorce par consentement mutuel relative au droit d'hébergement ou au droit aux relations personnelles est de plein droit exécutoire par provision, qu'elle soit prise par le juge de paix, le président du tribunal de première instance ou le juge de la jeunesse ¹⁷⁵.

4.4. Eventail des mesures

Compromis entre, d'une part, la volonté de ne pas permettre que des décisions de justice en matière d'hébergement d'enfants restent lettre morte à défaut de possibilité d'exécution forcée et, d'autre part, les conséquences humaines dramatiques que cette exécution peut entraîner pour l'enfant, l'éventail des mesures que peut prendre le juge saisi d'un tel problème d'exécution est assez large et son rôle ne se limite pas à garantir l'exécution de la décision qu'il aurait prise antérieurement. Le juge peut en effet réexaminer complètement la situation familiale afin de comprendre les motifs de l'inexécution et d'y apporter la solution la plus adéquate, qui ne consiste pas nécessairement à assortir sa décision de mesures de contrainte.

Après de longues hésitations quant au point de savoir s'il était préférable de laisser carte blanche au juge en termes de mesures d'exécution ou s'il fallait au contraire identifier précisément les différentes mesures qui s'offraient à lui, il fut opté pour une solution médiane consistant à lui indiquer des orientations à titre exemplatif ¹⁷⁶.

(172) Cfr *supra*, les développements concernant la compétence du juge d'appel.

(173) Dans le commentaire des articles du projet de loi, il est précisé, concernant la requête unilatérale, qu'« ici encore, la requête a lieu sans frais », ce qui semble faire allusion à la gratuité pour toute requête relative à l'exécution d'une décision en matière d'hébergement ou de relations personnelles, alors que cette gratuité n'apparaît précisément nulle part ailleurs. S'agit-il d'une méprise ou d'un oubli? (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 17).

(174) H. VANBOCKRIJCK, « De gedwongen tenuitvoerlegging », *op. cit.*, p. 4; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 138.

(175) G. HIERNAX, *op. cit.*

(176) Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 78; rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 13.

(dwangmaatregelen, dwangsom) », *Het verblijfsco-ouderschap en de hōlebi-adoptie*, documents de travail du colloque organisé à Louvain le 7 novembre 2006, p. 2.

(164) La citation constitue le mode ordinaire d'introduction d'une demande. Une cause peut être introduite par voie de requête si la loi le prévoit. Dans ce cas-ci, la demande soumise à la cour d'appel ne constitue pas un appel proprement dit et devrait donc être introduite par citation.

(165) Lors des travaux préparatoires, un amendement n° 46 a été adopté par la Chambre pour insérer dans le corps de l'article 387ter la possibilité pour le juge de modifier les périodes d'hébergement. Cet ajout était justifié par la considération que la violation d'une décision constitue en soi un changement de circonstances (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/017, pp. 3 à 5). Voy. également P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 139; D. PIRE, « Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale? », *op. cit.*, p. 36.

(166) La compétence territoriale du juge de paix saisi dans le cadre de l'article 223 du Code civil et du président du tribunal de première instance saisi dans le cadre d'une procédure en divorce conformément à l'article 1280 du Code judiciaire est déterminée par le lieu de la dernière résidence conjugale (article 628, 1° et 2°, du Code judiciaire) alors que la compétence territoriale du juge de la jeunesse est définie par le lieu de la résidence des parents qui ont la « garde » de l'enfant (article 44 de la loi du 8 avril 1965. Pour de plus amples explications à cet égard, voy. *supra*, note n° 125).

(167) Voy. *supra*.

(168) G. HIERNAX, *op. cit.*

(169) Conformément à l'article 45 de la loi du 8 avril 1965. Les articles 1034bis et suivants du Code judiciaire sont applicables.

(170) A la suite de l'avis du Conseil d'Etat, le législateur a précisé que la possibilité de saisir le juge compétent en matière d'exécution de la décision par requête unilatérale ne portait pas préjudice à la compétence générale du président du tribunal de première instance en matière de référés (Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 17). En cas d'urgence, le requérant aura donc le choix de saisir soit le juge compétent par requête unilatérale, soit le président du tribunal de première instance sur la base de l'article 584 du Code judiciaire.

(171) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 16; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 138.

L'énonciation de certaines mesures dans la loi permet d'en asseoir la légitimité : c'est en effet en raison de l'absence d'une autorisation textuellement exprimée par la loi que les huissiers de justice refusaient de prêter leur concours à la reprise forcée de l'enfant et que certains juges refusaient de prononcer une astreinte dans une décision autonome au motif qu'ils avaient épuisé leur saisine quant au fond du litige¹⁷⁷.

Plusieurs amendements visaient à insérer dans le texte de loi la possibilité de recourir aux services des centres espaces-rencontres. Afin de laisser toute liberté au juge, ces amendements n'ont pas été retenus, même si le législateur a souligné l'opportunité intéressante et souvent indispensable que représentent les contacts encadrés par les espaces-rencontres¹⁷⁸. Le juge reste donc libre d'apprécier quelles mesures lui paraîtront les plus appropriées à chaque cas d'espèce, en restant attentif à la circonstance qu'un des parents a peut-être déjà perdu tout contact avec l'enfant et que la prolongation de cette rupture accroît le traumatisme des retrouvailles.

Certaines mesures ne peuvent être prises par le juge qu'en dehors de l'hypothèse de l'urgence. Il s'agit des nouvelles mesures d'instruction, de la tentative de conciliation et de l'invitation à la médiation. Dans tous les cas, c'est-à-dire y compris lorsqu'il y a urgence, il peut modifier les modalités de l'hébergement de l'enfant, prononcer une astreinte ou ordonner la reprise forcée de l'enfant.

4.4.1. La médiation

Le juge peut inviter les parties à rechercher une solution amiable aux difficultés d'exécution du système d'hébergement mis en place, par une conciliation ou par une médiation. Assez curieusement, l'article 387ter évoque « la médiation telle que prévue à l'article 387bis », alors que l'article 387bis renvoie lui-même à la partie du Code judiciaire relative à la médiation¹⁷⁹. Faut-il seulement retenir que le juge saisi des difficultés d'exécution d'une décision ou d'une convention de divorce par consentement mutuel peut inviter les parties à entamer un processus de médiation conformément à l'article 1734 du Code judiciaire ou faut-il déduire du renvoi vers l'article 387bis que ce juge aura, comme le juge de la jeunesse saisi en toute matière relative à l'autorité parentale, l'obligation de donner aux parties toutes les informations relatives à l'intérêt que représente la médiation? D'après les discussions lors des travaux parlementaires, il semble que l'obligation qui pèse sur le juge d'informer les parties sur l'intérêt de la médiation n'est applicable que dans le cadre d'une procédure régie par l'article 387bis¹⁸⁰.

4.4.2. Les mesures d'instruction

De nouvelles mesures d'instruction telles qu'une enquête sociale ou une expertise peu-

vent s'avérer nécessaires dans le litige né de l'inexécution de la décision antérieure, notamment lorsqu'une longue période de temps s'est écoulée entre la décision initiale et la saisine du juge en raison de l'inexécution de la décision¹⁸¹.

4.4.3. La modification de la décision relative à l'hébergement

Puisqu'il peut réexaminer complètement la situation, le juge peut aller jusqu'à prendre de nouvelles décisions relatives à l'hébergement de l'enfant chez ses parents ou au droit aux relations personnelles. On songe à deux solutions opposées : soit le juge considère que le parent qui refuse de respecter la décision le fait de façon abusive et porte dès lors atteinte non seulement aux droits de l'autre parent mais également à ceux de l'enfant de sorte qu'il vaut mieux alors confier l'exercice de l'autorité parentale et l'hébergement principal à l'autre parent¹⁸², soit il considère que le refus du parent d'exécuter la décision relative à l'hébergement repose sur des craintes ou des difficultés qui s'avèrent fondées et il aménage, réduit, voire supprime les contacts entre l'enfant et le parent qui réclamait l'exécution de la décision.

La modification de l'ancienne décision a été envisagée de façon générale par le législateur et dans le strict intérêt de l'enfant contrairement à la volonté de certains parlementaires qui envisageaient de prévoir que le juge pourrait, au titre de sanction, inverser les modalités d'hébergement de l'enfant et confier l'hébergement principal de l'enfant au parent injustement privé de contact avec lui¹⁸³.

4.4.4. L'astreinte

Le recours à l'astreinte¹⁸⁴ peut constituer un moyen de contrainte efficace à condition que le montant soit suffisamment important pour être dissuasif¹⁸⁵ et que le parent au bénéfice duquel elle a été fixée puisse en poursuivre efficacement l'exécution forcée.

(181) Rapport du 30 mai 2006 fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2005-2006, n° 3-1645/4, p. 21.

(182) Liège, ch. jeun., 8 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 693; Bruxelles, 3^e ch., 30 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1164.

(183) Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 78; proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de mieux faire respecter le droit aux relations personnelles avec les enfants à la suite d'un divorce ou d'une séparation de fait, déposée le 28 juillet 2004 par M. Willems, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2003-2004, n° 3-833/1 et proposition de loi visant à mieux faire respecter le droit aux relations personnelles avec les enfants à la suite d'un divorce ou d'une séparation de fait, déposée le 15 juillet 2004 par Mme Taelman, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 51-1288/1; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 140 et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, 2006, p. 6.

(184) Pour la définition et les conditions d'application de l'astreinte, voy. J.-L. RENCHON, « Le recours à l'astreinte dans les relations familiales », *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 301.

(185) Mme Sosson, entendue lors des travaux parlementaires, suggérerait que le montant de l'astreinte dépasse celui de l'éventuelle contribution alimentaire due par le parent qui réclame l'exercice de son droit d'hébergement pour éviter que l'autre parent, qui s'oppose au droit d'hébergement, ne préfère s'obstiner dans son refus et renoncer à la contribution alimentaire. Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 168.

Il a été à cet effet prévu que le juge qui est saisi en raison de l'inexécution d'une décision en matière d'hébergement ou de relations personnelles peut, dans un souci d'efficacité, prévoir que l'exécution forcée de l'astreinte bénéficiera du même privilège que le paiement des pensions alimentaires, à savoir la possibilité de saisir l'ensemble des revenus du débiteur sans aucune limitation¹⁸⁶. L'article 1412 du Code judiciaire a dès lors été modifié en ce sens par la loi du 18 juillet 2006. Cette modalité n'est pas automatique. Le juge doit, s'il le juge utile¹⁸⁷, l'avoir prévu explicitement dans la décision. Il résulte des travaux préparatoires que ce privilège ne peut être prévu qu'après avoir constaté le refus d'exécution de la décision relative à l'hébergement. Le juge qui statue sur les modalités d'hébergement ou sur le droit aux relations personnelles peut donc prévoir d'emblée une astreinte mais il ne peut pas encore accorder le privilège de saisissabilité conformément à l'article 1412 du Code judiciaire¹⁸⁸.

L'objectif du législateur était bien sûr de renforcer l'efficacité de l'astreinte, surtout lorsque le parent récalcitrant dispose de maigres revenus, mais aussi de mettre sur un pied d'égalité les garanties d'exécution de décisions en matière alimentaire et en matière d'hébergement d'enfants. Il est apparu aussi grave, aux yeux du législateur, de bafouer le droit de l'enfant d'entretenir des contacts avec certaines personnes que de ne pas pourvoir à son entretien matériel¹⁸⁹.

4.4.5. La reprise forcée de l'enfant

Enfin, le juge peut autoriser la partie requérante à recourir à des mesures de contrainte physique. La question a fait l'objet de nombreux débats au cours de l'élaboration de la loi, plusieurs parlementaires souhaitant exclure explicitement tout recours à la contrainte sur la personne de l'enfant¹⁹⁰. L'article 387ter semble être l'issue d'un compromis équilibré. D'une part, il paraissait intolérable d'interdire qu'une décision de justice puisse être exécutée, par la force si nécessaire, de sorte qu'il a même semblé nécessaire d'écrire dans la loi la possibilité de ce recours à la force. D'autre part, il devenait alors indispensable d'entourer cette exécution forcée de garanties particulières afin de protéger avant tout l'intérêt de l'enfant.

Bien que le texte de loi n'en dise rien et que l'emplacement même de cette mesure parmi

(186) Article 387ter, § 1^{er}, alinéa 6.

(187) P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 142.

(188) P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 142; rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 87.

(189) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 10 et p. 86; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 141.

(190) Rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 7; proposition de loi du 30 mars 2004 déposée par M. Swennen, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 51-0976; audition de Mme A. Vandekerckhove, rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 186 et 195; audition de Mme L. Van Den Kerckhove, rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 254; avis de Mme A. Drieskens, rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, p. 262; amendement n° 23 de M. Vandenberghe, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2005-2006, n° 3-1645/6, p. 4.

l'éventail indicatif fourni au juge ne le suggère pas¹⁹¹, le législateur a insisté à diverses reprises sur le caractère ultime de cette mesure, certains parlementaires ayant même souhaité le mentionner de façon expresse¹⁹².

La reprise forcée ne peut par ailleurs être ordonnée qu'à la suite d'une inexécution avérée¹⁹³ d'une décision de justice antérieure. Il est donc à présent exclu qu'un parent malheureux qui n'a pas pu exercer son droit d'hébergement ou son droit aux relations personnelles se rende directement chez un huissier de justice aux fins d'exécution forcée¹⁹⁴.

(191) Le texte évoque la possibilité d'ordonner des mesures de contrainte avant celle de prononcer une astreinte.

(192) Rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, pp. 8 et 49 et rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 5.

(193) Rapport du 30 mai 2006 fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, rapport de la ministre de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2005-2006, Doc. 3-1645/4, p. 21; rapport du 27 janvier 2006 fait au nom de la sous-commission du droit de la famille par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/014, pp. 9 et 49; P. SENAËVE et H. VANBOCKRIJCK, *op. cit.*, p. 140; D. PIRE, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », *op. cit.*, p. 29.

(194) Rapport du 24 mars 2006 fait au nom de la commission de la justice par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, n° 1673/018, p. 78.

Le législateur a enfin voulu que la reprise forcée d'un enfant soit organisée de façon concrète par le juge, qui doit préciser le type de mesures qu'il ordonne, leurs modalités précises, définies en fonction de l'intérêt de l'enfant et le cas échéant les personnes qui devront accompagner l'huissier de justice dans l'accomplissement de sa mission. La reprise forcée de l'enfant ne peut avoir lieu que si toutes les modalités prévues par le juge sont respectées.

La circulaire de la Chambre nationale des huissiers de justice du 21 mars 1996 devra sans doute être revue puisque la loi du 18 juillet 2006 donne une légitimité à l'exécution forcée des décisions judiciaires relatives au droit d'hébergement ou au droit aux relations personnelles¹⁹⁵.

5. Conformité de l'article 387ter du Code civil aux dispositions internationales en matière d'enlèvement international d'enfant

Le dernier paragraphe de l'article 387ter indique que la compétence du juge sur cette base ne porte pas préjudice aux dispositions internationales liant la Belgique en matière d'enlèvement international d'enfants. Le législateur rappelle ainsi que lorsque la violation d'une décision en matière d'hébergement d'enfants entraîne le déplacement d'un enfant d'un Etat vers un autre, il convient d'appliquer en priorité les conventions internationales auxquelles la Belgique est liée. Il s'agit essentiellement¹⁹⁶ de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹⁹⁷ et du règlement « Bruxelles IIbis », en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005¹⁹⁸. Ces instruments internationaux visent à promouvoir le principe selon lequel tout déplacement illicite d'enfant devra faire l'objet d'un retour immédiat dans le pays de résidence de l'enfant.

Lorsqu'un enfant réside illégalement en Belgique parce qu'il y a été amené par l'un de ses pa-

rents au mépris d'une décision relative à la responsabilité parentale et à l'hébergement de cet enfant, le parent qui réclame l'enfant peut saisir, soit lui-même, soit par l'intermédiaire de l'autorité centrale¹⁹⁹, le président du tribunal de première instance conformément à la procédure prévue aux articles 1322bis à octies du Code judiciaire²⁰⁰. Le président ne peut pas examiner l'opportunité des modalités d'hébergement de l'enfant et ne peut que statuer sur la reconnaissance de la décision étrangère et ordonner, ou, éventuellement, dans le respect des conditions énumérées par les conventions, refuser²⁰¹, le retour de l'enfant²⁰².

La procédure instaurée en cas d'enlèvement international d'enfant se différencie donc de la nouvelle procédure insérée par l'article 387ter du Code civil sur le plan de la compétence — président du tribunal de première instance²⁰³ versus juge qui a rendu la décision — et sur le plan du pouvoir du juge — garantir et organiser le retour de l'enfant versus veiller à maintenir les meilleurs contacts possible entre l'enfant et ses deux parents, en s'appropriant si nécessaire l'ensemble du débat relatif aux modalités d'hébergement — alors que l'origine du litige est identique dans les deux hypothèses : la violation par un des parents d'une décision qui organise les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents.

5

Conclusion

Dès lors que l'imprévisibilité des litiges était une réalité²⁰⁴ à laquelle il convenait de remédier, le choix de l'hébergement « égalitaire » comme principe de référence n'apparaît pas inopportun. Il a le mérite d'insister sur l'importance pour l'enfant de maintenir des contacts privilégiés avec chacun de ses parents et de pouvoir se référer, pour la construction de sa

(199) Article 1322quinquies du Code judiciaire.

(200) Cette procédure est applicable à toute demande fondée sur l'une des dispositions internationales en vigueur en Belgique, à savoir la Convention de Luxembourg, de La Haye ou le règlement Bruxelles IIbis : Q. FISCHER, *op. cit.*, p. 103. Voy. également M. DEMARET, *op. cit.*, p. 525.

(201) Il s'agit par exemple, dans le cadre de la Convention de La Haye, de l'absence d'exercice effectif du droit de garde, de l'acquiescement au déplacement par le parent gardien, du danger physique ou psychique pour l'enfant et de l'opposition de l'enfant mature au retour. Voy. S. DEMARS, *op. cit.*, p. 375 et M. DEMARET, *op. cit.*, pp. 518 et s. Le règlement Bruxelles IIbis limite la possibilité de refuser le retour en raison d'un danger physique ou psychique pour l'enfant, le juge devant plutôt s'assurer que l'Etat de résidence habituelle de l'enfant prendra les mesures de sécurité pour l'enfant : M. DEMARET, *op. cit.*, p. 523; Q. FISCHER, *op. cit.*, p. 102.

(202) S. DEMARS, *op. cit.*, pp. 372 et 380; Q. FISCHER, *op. cit.*, p. 97; M. DEMARET, *op. cit.*, p. 516.

(203) Pour de plus amples précisions quant à la compétence territoriale du président dans le cadre de la procédure visée aux articles 1322bis à octies, voy. S. DEMARS, *op. cit.*, pp. 378 et 385.

(204) L'étude que nous avons réalisée sur le terrain (N. DANDOY et F. REUSSENS, *op. cit.*), révélait en effet clairement une absence totale d'unité dans l'appréciation de l'importance des différents critères pris en compte pour le choix d'une formule d'hébergement. Si cette appréciation ne cessera bien entendu d'être empreinte d'une certaine subjectivité, le magistrat saisi gardant son pouvoir souverain d'appréciation, cette subjectivité sera désormais encadrée par le contenu du nouveau prescrit légal.

Strad@
www.strada.be

droit

L'accès le plus direct à l'information juridique

DBIT
LARCIER

Informations et commandes:
De Boeck Services srl
Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve
(010) 48 25 70 • (010) 48 25 19
commande@deboekservices.com

personnalité, tant à la figure paternelle qu'à la figure maternelle.

Nous ne pouvons cependant nous empêcher d'éprouver une certaine amertume face à l'emploi du terme « égalitaire ». Nous restons en effet persuadées que l'utilisation d'un autre qualificatif²⁰⁵ aux fins de désigner le mode d'hébergement auquel le juge devra dans un premier temps se référer aurait très certainement permis d'apaiser les esprits de nombreux opposants qui voient à juste titre²⁰⁶ dans l'emploi de cette formule la mise en exergue de l'existence d'un droit dans le chef des parents plutôt que de la nécessité de statuer au regard de l'intérêt de l'enfant. De même, il ne semblait guère nécessaire, au dernier alinéa de l'article 374, § 2, du Code civil²⁰⁷ de mettre sur un même pied l'intérêt des enfants et celui des parents...

En ce qui concerne les modifications procédurales, un certain recul est nécessaire aux fins d'apprécier la manière dont les tribunaux vont les mettre en œuvre. Nous partageons d'ores et déjà les craintes de certains de voir l'obligation de statuer à titre provisoire lors d'une première saisine relancer le conflit entre les parties et impliquer un engorgement encore plus prononcé des tribunaux de la jeunesse. Nous avons à cet égard pu constater — et on peut le regretter — que ces modifications ont été pensées et décidées en fonction des seuls litiges touchant l'hébergement des enfants alors qu'elles concernent plus généralement l'autorité parentale, ce qui pourrait aboutir sur le terrain à des solutions légales parfois aussi impraticables que peu opportunes.

Enfin, le volet de la loi relatif à l'exécution du droit d'hébergement et du droit aux relations personnelles apporte, nous semble-t-il, des outils efficaces et accessibles, mais dont il ne faut pour autant pas surestimer la portée. La mise en œuvre de l'article 387ter du Code civil comportera toujours le risque d'envenimer le conflit et ne permettra pas à elle seule de restaurer un lien miné par le comportement obstiné, voire abusif, d'un parent.

Cependant, même si elle n'est ni exempte de critiques ni à l'abri de résistances, la loi du 18 juillet 2006 affirme une conception juste et équilibrée du droit de l'enfant à être élevé par ses parents²⁰⁸ et elle se donne les moyens de le faire respecter.

Nathalie DANDOY
Florence REUSENS

Assistentes au Centre de droit de la personne,
de la famille et de son patrimoine
de l'Université catholique de Louvain

(205) M. C. Panier, dans ses conclusions générales au colloque intitulé « L'hébergement alterné : solution idéale? », organisé le 21 janvier 2005 par la commission de la jeunesse du barreau de Liège, faisait à cet égard le constat que ces termes partent du point de vue des parents en termes de droit. M. Juston, président du tribunal de grande instance de Tarascon et juge aux affaires familiales, préconisait quant à lui, lors de ce même colloque, l'emploi des termes « hébergement partagé » ou « hébergement paritaire ». Cette dernière formule aurait à notre sens été plus neutre en termes de revendications parentales.

(206) L'exposé des motifs fait en effet référence à un souci d'instaurer une égalité entre les père et mère (*op. cit.*, pp. 4 et 5).

(207) « Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents ».

(208) Article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

**OBLIGATIONS CONTRACTUELLES. —
Convention-loi (article 1134, C. civ.).
— Clause entachée de nullité. —
Pouvoirs du juge. — Substitution
d'une autre clause (non).**

Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2006

Siég. : I. Verougstraete (prés.), G. Londers (rapp.),
E. Dirix, A. Fettweis et B. Dejemeppe.

Min. publ. : D. Thijs (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} L. Simont et J. Verbist.

(Région flamande c. Entreprises Jan De Nul s.a.
e.a.).

*Lorsque le juge constate la nullité absolue
d'une clause d'un contrat, il ne peut la rem-
placer par une autre clause qui ne repose pas
sur le consentement des parties.*

(Traduction)

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 16 mars 2004 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le conseiller Ghislain Londers a fait rapport.

L'avocat général Dirk Thijs a conclu.

II. Le moyen de cassation.

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées.

— articles 6, 1131, 1134 et 1135 du Code civil;
— article 57, § 2, de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique.

Décisions et motifs critiqués.

L'arrêt déclare l'appel recevable mais non fondé notamment sur la base des considérations suivantes :

« Les entrepreneurs se fondent en ordre principal sur la contradiction entre la formule de révision de prix et l'article 57, § 2, de la loi du 30 mars 1976 qui est libellé comme suit :

« " Les contrats ne peuvent contenir de clauses de révision de prix que dans la mesure où celles-ci ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximum de 80% du prix final et se réfèrent à des paramètres représentant les coûts réels; chaque paramètre est uniquement applicable à la partie du prix correspondant au coût qu'il représente ".

» Ainsi (1) seuls 80% du prix final peuvent au maximum être subordonnés à une formule de révision; (2) cette révision ne s'applique qu'à des paramètres qui représentent les coûts réels du contrat et (3) chaque paramètre est uniquement applicable à la partie du prix correspondant au coût qu'il représente. Il s'ensuit que lorsque la valeur d'un ou de plusieurs paramètres

dans une clause de prix déroge de manière significative à la part réelle dans les coûts représentée par l'un ou l'autre des paramètres dans le prix fixé par le contrat, la clause de révision de prix est nulle. La formule de révision de prix prévue par l'article 3 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services doit dès lors répondre à ces conditions.

» Il apparaît, en l'espèce, que la valeur du paramètre gasoil dans la clause de révision litigieuse déroge de manière significative à la part réelle du coût représentée par ce paramètre dans le prix convenu. La valeur de ce paramètre dans la clause s'élève à 30% pour la première phase des travaux et seulement à 10% pour la seconde phase des travaux, alors qu'il n'est nullement allégué, ni *a fortiori* établi, que les entreprises pour les deux phases étaient de nature tellement différente que la part du diesel dans la structure des coûts des deux phases différerait de façon importante.

» Les entrepreneurs écrivaient déjà le 24 avril 1987 que le coefficient de révision du diesel dans la formule était trop important et que la baisse spectaculaire du prix de ce carburant influençait défavorablement le prix de revient de l'entreprise. Ils ont réaffirmé cette opinion dans une lettre du 13 avril 1988 et précisé que, conformément à l'article 57 de la loi du 30 mars 1976, la formule de prix devait refléter le coût réel des travaux.

» Les entrepreneurs ont proposé, le 7 février 1989, de réduire dans la formule le facteur gasoil à 5%. L'administration a fait savoir le 11 avril 1989 qu'elle maintenait sa position de refus mais qu'elle était néanmoins disposée à examiner la demande des entrepreneurs à la lumière de la circulaire ministérielle du 25 février 1988 et elle a demandé aux entrepreneurs de produire à la fin des travaux les calculs et les pièces justificatives requises par les points 4 et 5 de cette circulaire. Cela n'a toutefois donné aucun résultat.

» La formule de révision de prix n'est pas conforme à l'article 57, § 2, de la loi du 30 mars 1976 et est, dès lors, nulle.

» La constatation de la nullité d'une clause ne viole pas le principe de la force obligatoire des conventions (article 6 du Code civil). Cette nullité ne se fonde pas sur la constatation que le prix serait révisé sur la base de l'indice des prix à la consommation (comme le soutient la demanderesse) mais sur le fait que la formule de révision ne satisfait pas aux conditions précitées.

» La (demanderesse) invoque en vain que les entrepreneurs auraient dû indiquer lors de la soumission qu'il leur était impossible de donner un prix (article 20, § 4, de l'arrêté royal du 22 avril 1977). Lors du dépôt de la soumission, il n'était pas impossible de donner un prix et tous les adjudicataires ont fait une offre. Seul un paramètre de la clause de révision de prix prescrite par l'administration ne semblait pas adapté (voy. ci-dessous).

» La constatation de la nullité de la formule n'entache pas davantage l'égalité de traitement des adjudicataires dès lors que chacun d'entre eux se trouvait dans la même situation et a établi sa soumission sur la base d'un cahier des charges qui prescrivait cette formule. En d'autres termes, la formule n'avait aucune influence sur la comparaison entre les adjudicataires. L'importance de la pondération inexacte du paramètre ne s'est révélée qu'après les adjudications lors-