

Artikelen

De verblijfsregeling van kinderen van gescheiden ouders: een verruimd wettelijk kader

Roeland Vasseur

Advocaat BVBA Phariseau & Mattelin Advocaten

I. INLEIDING

1. Op 4 september 2006 verscheen de “wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind” in het *Belgisch Staatsblad*. Met de wet wordt de wettelijke omkadering inzake de verblijfsregeling van kinderen van gescheiden ouders in het Burgerlijk Wetboek, versterkt. De wet omvat *grosso modo* drie luiken. Het eerste luik van de wet voert als het ware een “model” in hetwelk de rechter dient te volgen bij het nemen van een beslissing omtrent de verblijfsregeling van het kind wiens ouders gescheiden zijn. Een tweede luik behelst een aantal procedurele voorschriften en vernieuwingen in de procedures waarbij dient te worden geoordeeld over dergelijke aangelegenheden. Een derde luik ten slotte, voorziet in een verruiming van het wettelijk kader inzake dwanguitvoering van beslissingen met betrekking tot de verblijfsregeling. In onderhavige bijdrage zullen de voormelde drie luiken inhoudelijk beknopt worden besproken.

II. BESPREKING

§ 1. DE GELIJKMATIG VERDEELDE HUISVESTING BEVOORRECHT

2. Naast de overweging dat beide ouders principieel gelijkwaardig zijn en zich dan ook beiden voor de opvoeding van het kind dienen in te zetten, een beginsel dat overigens verankerd is in het VN-Kinderrechtenverdrag en waaraan in de Belgische rechtsorde reeds uiting werd gegeven door de wet van 13 april 1995 be-

treffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag¹, lijken ook nog andere doelstellingen aan de grondslag te liggen van de invoering van een “model” van gelijkmatige verdeling van het verblijf van een kind van gescheiden ouders.

Zo wordt in de memorie van toelichting de nadruk gelegd op de negatieve gevolgen van de “*onvoorspelbaarheid van de geschillen*” zoals deze tot op heden bestond. Hoewel de wet van 13 april 1995 de beoogde mentaliteitswijziging bleek te hebben bereikt op het vlak van het *ouderlijk gezag*, in die zin dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag de regel werd en de exclusieve uitoefening de absolute uitzondering, stelde men vast dat de inzet van de procedure feitelijk gewoon verschoof naar het trachten te bekomen van het *hoofdverblijf* voor de kinderen². De huisvesting van het kind werd bij een geschil immers geval per geval geregeld door de rechter overeenkomstig artikel 374 B.W. De techniek om geval per geval te behandelen, zorgde ervoor dat de uitslag van een proces zeer onzeker was, wat dan weer tot gevolg had dat de gerechtelijke procedures zich opstapelden. Iedereen kon immers “zijn kans wagen”, zoals dit in de memorie van toelichting nogal oneerbiedig wordt gesteld³. Daarenboven stelde men vast dat de meeste rechters zo hun eigen mening hadden over de best toe te passen manier van huisvesting, bij gebrek aan een eenvormig model⁴. In die zin blijkt de invoering van een, weliswaar soepel “model” inzake het verblijf van de kinderen van gescheiden ouders (*infra*, nrs. 3-6) dus een zekere proceseconomische doelstelling in te houden.

3. Zoals reeds vermeld, voert de wet als het ware een “model” in hetwelk de rechter dient te volgen bij het

1. B.S. 24 mei 1995.

2. A. DE WOLF, “Lange-afstand-ouders in de rechtspraak over gezags- en contactrecht”, *E.J.* 2002, 18; A. DE WOLF, “Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf”, *E.J.* 2005, 91.

3. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 4.

4. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 4.

nemen van een beslissing omtrent de verblijfsregeling van het kind wiens ouders gescheiden zijn⁵. Het nieuw ingevoerde artikel 374 § 2 B.W. vertrekt daarbij van het principe dat een akkoord tussen de ouders met betrekking tot de verblijfsregeling van het kind steeds de meeste garanties op welslagen biedt. De rechtbank dient het akkoord over de huisvesting van het kind dan ook te homologeren (dus ook wanneer dit *niet* voorziet in een gelijkmatig verdeelde huisvesting), tenzij het akkoord kennelijk strijdig is met het belang van het kind⁶. Het staat de ouders, net als voorheen, uiteraard vrij te beslissen of zij hun akkoord al dan niet ter homologatie zullen voorleggen aan de rechtbank⁷.

4. Bij gebrek aan akkoord, zo gaat artikel 374 § 2 B.W. verder, en voor zover het ouderlijk gezag gezamenlijk zal worden uitgeoefend, zal de rechtbank de mogelijkheid om de huisvesting van het kind op een gelijkmatige manier tussen de ouders vast te leggen, bij voorrang dienen te onderzoeken. Bijkomende voorwaarde is evenwel dat minstens één van de ouders hierom dient te verzoeken. Men heeft het immers, vanuit de filosofie dat het dient te gaan om een soepel model, niet opportuun geacht een dergelijke oplossing wettelijk op te dringen indien geen van beide ouders er voorstander van is⁸. Slechts ingeval de rechtbank van oordeel is dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting, rekening houdende met alle omstandigheden van de zaak, niet de beste oplossing is, kan zij beslissen om een ongelijk verdeeld verblijf vast te leggen.

5. De memorie van toelichting verduidelijkt dat het niet langer aan de ouder die om de gelijkmatig verdeelde huisvesting⁹ verzoekt, zal toekomen om de *gegrondheid* daarvan aan te tonen. Voortaan zal het eerder aan de ouder zijn die zich tegen de gelijkmatige huisvesting verzet om te bewijzen dat er sprake is van enige *contra-indi-*

*catie*¹⁰. Ondanks verscheidene voorstellen in de tegen-gestelde zin¹¹ werd ervoor geopteerd geen lijst van contra-indicaties op te nemen in de wettekst, zelfs geen niet-exhaustieve, teneinde de rechter dienaangaande een zo ruim mogelijke soevereine beoordelingsbevoegdheid te laten. De rechtbank oordeelt immers, aldus het nieuwe artikel 374 § 2 laatste lid B.W., in ieder geval¹² bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, en rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en het belang van de kinderen en de ouders.

De rechtbank zou, blijkens de parlementaire voorbereiding¹³, *onder meer* kunnen beschouwen als potentiële contra-indicatie voor een gelijkmatig verdeelde huisvesting:

- de grote afstand tussen de respectievelijke woonplaatsen van de ouders¹⁴;
- de onbeschikbaarheid van één van hen, met dien verstande dat het moet gaan om een *ernstig* onevenwicht, aangezien dit criterium niet meteen al nadelig mag zijn voor de ouder die een beroepsactiviteit uitoefent;
- de eventuele onwaardigheid;
- het duidelijk blijken geven van onverschilligheid ten aanzien van het kind tijdens het gemeenschappelijk leven of na de scheiding, met dien verstande dat het ook hier dient te gaan om een *ernstige* tekortkoming;
- de inhoud van het verhoor van het kind;
- de jonge leeftijd van het kind¹⁵.

Door ouders die reeds een systeem van verblijfsco-ouderschap hanteren, wordt vaak opgemerkt dat een dergelijk systeem in de praktijk slechts kans op slagen heeft voor zover er (nog) een mogelijkheid tot dialoog bestaat tussen beide ouders¹⁶. Hoewel een systeem van verblijfsco-ouderschap inderdaad de nodige communicatie veronderstelt tussen de ouders, kan een

5. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 5.

6. Zie in dit verband het amendement nr. 9 SWENNEN, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/003, 4, waarin de indiener nog verder ging door te stellen dat een door de ouders onderhandelde oplossing de absolute voorkeur diende te krijgen, zodat het correctief “*tenzij het akkoord kennelijk in strijd is met het belang van het kind*” volgens hem diende te worden weggelaten.

7. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 11.

8. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 12.

9. Hierna ook “verblijfsco-ouderschap” genoemd.

10. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 13.

11. Zie o.m. het amendement nr. 2 Taelman, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/002, 2, waarin de indiener pleitte voor een weliswaar niet-exhaustieve opname van een lijst van contra-indicaties in de wet, teneinde de magistratuur een wettelijk kader te verschaffen en teneinde te vermijden dat de rechter het loutere criterium “*de ene ouder is beter dan de andere*” zou weerhouden als reden voor afwijzing van de bilocatie; zie tevens het amendement nr. 21 WATHELET, *Parl. St.* 2004-05, nr. 1673/006, 2.

12. Oorspronkelijk werd ervoor geopteerd een dergelijke versterkte motiveringsverplichting enkel op te leggen ingeval de rechter *afweek* van het wettelijke model. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 13.

13. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 13-14. Een aantal van de aldaar vermelde criteria blijken ook soms te worden aangewend om te besluiten tot de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag door één van de ouders. Zie voor een studie hieromtrent: A. DE WOLF, “De uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag: uitgangspunt of uitzondering”, *E.J.* 2003, 124-126.

14. Zie voor een uitgebreide studie inzake de gevolgen van een geografische spreiding van de ouders op het vlak van de gezags- en verblijfsregeling: A. DE WOLF, “Lange-afstand-ouders in de rechtspraak over gezags- en contactrecht”, *E.J.* 2002, 18.

15. Zie in dit kader een eerste arrest van het hof van beroep te Gent, waarbij het hof de jonge leeftijd van het kind (*in casu* 4,5 jaar) beschouwde als een contra-indicatie voor een verblijfsco-ouderschap onder de verwijzing dat “*op jonge leeftijd de band tussen de moeder en het kind overheersend is*”: Gent 15 september 2006, 2006/RK/35, onuitg.; contra (voor de inwerkingtreding van de wet): Kort Ged. Brussel 1 maart 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 462, waar de rechter van oordeel was dat in geval van scheiding, beide ouders geroepen zijn om het kind te herbergen, ook als het om een jong kind gaat.

16. Zie in die zin ook Gent 15 september 2006, 2006/RK/35, onuitg.

en ander m.i. echter geenszins zover leiden dat moet worden besloten tot *a priori* afwijzing van een vraag tot verblijfsco-ouderschap van één van de ouders, van zodra wordt vastgesteld dat de communicatie tussen beiden vertroebeld is. Anders voorhouden zou immers het principe van het onderzoek bij voorrang naar de mogelijkheid tot een gelijkmatig verdeelde huisvesting uithollen. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat men voor de rechter staat omdat men het juist niet eens is met elkanders visie op de huisvesting van het kind. Vandaar dat de memorie van toelichting klaarblijkelijk ook laat uitschijnen dat dienaangaande de nodige omzichtigheid aan de dag moet worden gelegd, daar waar zij stelt dat “de rechter van het model kan afwijken ingeval hij vaststelt dat de partijen zich in een zodanige conflictsituatie bevinden dat tussen hen geen enkele dialoog denkbaar is”¹⁷. Allezins mag het hanteren van het criterium van de dialoog en de (on)mogelijkheid tot communicatie er geenszins toe leiden dat de duidelijk onverzettelijke ouder het *a priori* haalt op de om verblijfsco-ouderschap verzoekende ouder.

Bij wege van kritiek op het systeem waarbij contra-indicaties moeten worden aangetoond om een verblijfsco-ouderschap af te weren, wordt geopperd dat zulks tot gevolg zal hebben dat advocaten niet langer de *positieve aspecten* van de persoonlijkheid en de bekwaamheid van hun cliënt zullen pleiten, doch zich vooral zullen focussen op het *negatieve aspect* van de tegenpartij¹⁸. Hoewel dergelijke opmerking mij *in se* terecht overkomt, lijkt het m.i. anderzijds te getuigen van een gebrek aan voeling met de praktijk indien men ervan uitgaat dat zulks voorheen, bij gebrek aan een wettelijk kader omtrent de besluitvorming inzake het verblijf, niet het geval zou zijn geweest...

6. Of de gelijkmatig verdeelde verblijfsregeling *als principe* nu al dan niet in het belang van het kind kan worden geacht, is in deskundigenkringen omstreden¹⁹. Men kan immers hieromtrent onmogelijk veralgemeende uitspraken doen aangezien elk geval apart is en elk kind anders zal reageren op de scheiding van diens ouders en de daarmee gepaard gaande verdeling van het verblijf²⁰. De memorie van toelichting verduidelijkt dan ook expliciet dat niemand beweert dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting het wondermiddel is. Men vertrok echter van het uitgangspunt dat het in elk geval niet vaststaat dat deze wijze *a priori* niet aanbevelenswaardig zou zijn en van de vaststelling dat vele van de bezwaren dewelke werden geuit tegen een gelijkmatig verdeelde huisvesting, in feite ook reeds konden worden ingebracht tegen de klassieke situatie van hoofd-

en secundair verblijf. Immers, in elk geval van alternerend verblijf, of het nu gelijkmatig verdeeld is of niet, zal het kind “twee huizen” hebben, zullen beide ouders in staat moeten zijn om het kind te ontvangen, en zullen verschillen in levenswijze en opvattingen omtrent de opvoeding tussen de ouders bezwaarlijk te vermijden zijn²¹. Bovendien liggen er zoals reeds gezegd tevens andere doelstellingen aan de grondslag van de invoering van het model (*cf. supra*, nr. 2). Vandaar dat wordt verduidelijkt dat het weliswaar gaat om een model dat ter beschikking wordt gesteld van de rechter, doch een model waarmee de rechter soepel kan omspringen, rekening houdende met de concrete omstandigheden eigen aan de zaak en met het belang van het kind, dat toch het ultieme toetsingscriterium lijkt te blijven.

7. De wetgever geeft aldus enerzijds duidelijk blijk van de opvatting dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting dient te worden bevoorrecht, doch laat anderzijds de uiteindelijke beoordelingsbevoegdheid voor de rechtbank, rekening houdende met alle concrete omstandigheden van de zaak, en in het bijzonder rekening houdende met het belang van het kind, onverkort bestaan. In die zin zou men dan ook kunnen stellen dat de wet veel minder vernieuwend is dan soms wordt gesteld. Ruziënde ouders die hun kind als inzet beschouwen, zullen immers van deze wereld blijven. Dergelijke ouders, die niet in staat zijn abstractie te maken tussen hun persoonlijke strubbelingen enerzijds en de belangen van hun gemeenschappelijk kind anderzijds, zullen de rechtbank er nog steeds van willen overtuigen dat er, in hun perceptie althans, wel degelijk gegronde concrete omstandigheden zijn die een gelijkmatig verdeelde huisvesting (of hoofdzakelijke huisvesting) bij de andere ouder onverantwoord maken.

Niettemin is het behoud van de uiteindelijke opportuniteitsbevoegdheid in hoofde van de rechter een goede zaak te noemen. Het opleggen van beslissingen inzake het verblijf van het kind aan de hand van een stringent model zou immers niet toelaten om voldoende rekening te houden met de belangen en de wensen van het kind. Daarenboven kan het behoud van de ruime soevereine opportuniteitsbevoegdheid in hoofde van de rechter tevens beschouwd worden als een wapen in de strijd tegen wat men zou kunnen noemen, het “*oneigenlijk gebruik*” van de wet. Het valt immers te verwachten dat sommige ouders, in navolging van wat reeds vóór de inwerkingtreding van de wet soms gebeurde, de nieuwe wet zullen willen gebruiken, zelfs misbruiken, voor doeleinden waarvoor zij niet bestemd is.

17. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 13.

18. Zie dienaangaande de toelichting bij het amendement nr. 7 VERHERSTRAETEN, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/003, 2.

19. A. DE WOLF, “Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf”, *E.J.* 2005, 92, en de verwijzingen aldaar onder voetnoten 13 en 14; F. LABBE en C. MARINO, “Hébergement alterné de l'enfant: considérations”, *Div. Act.* 2004, 117-122, en de verwijzingen aldaar onder voetnoot 2; M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 6 en de verwijzingen aldaar.

20. Zie voor een studie omtrent de beleving door een kind van de scheiding van diens ouders: A. BUYSSE en L. ACKAERT, “Kinderen en scheiding”, *TJK* 2006, 32.

21. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 5 t.e.m. 7.

Zo kan worden verwacht dat bepaalde ouders een procedure tot het bekomen van een verblijfsco-ouderschap zullen instellen met als verborgen doelstelling zich te onttrekken aan hun verplichting om een bijdrage te betalen in het onderhoud van hun kind²². Hoewel een dergelijke bijdrage bestemd is voor het onderhoud, de opvoeding en een passende opleiding van hun gemeenschappelijk kind overeenkomstig artikel 203 B.W., beschouwt de onderhoudsplichtige ouder die geen abstractie kan maken tussen de strubbelingen tussen de ouders enerzijds en het belang van het kind anderzijds, een dergelijke bijdrage, dewelke doorgaans wordt gestort op de rekening van diens gewezen partner, vaak als een doorn in het oog. De memorie van toelichting stelt dienaangaande dan ook dat de rechter die een dergelijke verborgen doelstelling vaststelt, het verzoek om een verblijfsco-ouderschap dient te verwerpen²³. In dit kader dient terloops te worden opgemerkt dat het instellen van een systeem van verblijfsco-ouderschap overigens geenszins per definitie uitsluit dat een (bijkomende) financiële tussenkomst in de kosten van huisvesting, opvoeding en opleiding, wordt opgelegd aan één van beide ouders. Een gelijkmatig verdeelde huisvesting heft immers geenszins het principe op volgens hetwelk beide ouders *naar evenredigheid van hun middelen* dienen bij te dragen in het onderhoud van de kinderen. De verplichting van de ouders om hun kinderen opvoeding, huisvesting en opleiding te bezorgen, dient immers feitelijk te worden gekwalificeerd als een verbintenis *in solidum*, doch tussen de ouders onderling dient zij te worden verdeeld naar hun vermogen²⁴. Een andere vorm van oneigenlijk gebruik van de wet zou erin kunnen bestaan dat ouders die destijds in de strijd om het hoofdverblijf van de kinderen het onderspit hebben moeten delven, het loutere feit van de nieuw tussengekomen wet tot bevoorrechtiging van de gelijkmatig verdeelde huisvesting zullen trachten aan te grijpen als “*nieuw element*” of “*gewijzigde omstandigheid*” die een wijziging van de verblijfsregeling naar een verblijfsco-ouderschap verrechtvaardigt. Ook hier lijkt een belangrijke corrigerende rol weggelegd voor de magistratuur én de advocatuur.

8. Meer in het algemeen kan men verwachten dat de resultaten van de invoering van het model, meer bepaald de mate waarin er daadwerkelijk meer zal worden besloten tot een verblijfsco-ouderschap en de mate waarin aldus de proceseconomische doelstellingen van eenvormigheid en beheersing van het aantal geschillen kunnen worden bereikt, in eerste instantie afhankelijk zullen zijn van de wijze waarop het nieuwe

artikel 374 § 2 B.W. zal worden benaderd en gehanteerd door de gerechtelijke actoren.

In de eerste plaats kan men daarbij denken aan de *advocatuur*. De advocaat vormt immers de tussenschakel tussen de burger-rechtzoekende en het gerecht. De mate waarin de voornoemde doelstellingen zullen worden verwezenlijkt, zal dan ook mede afhankelijk zijn van de wijze waarop de advocatuur de nieuwe wet zal vertalen naar de rechtzoekende toe: als een wet die de gelijkmatig verdeelde huisvesting vanaf heden duidelijk als norm stelt waarvan slechts om gegronde redenen kan worden afgeweken, of als een wet die in feite weinig of geen substantiële wijzigingen aanbrengt op het vlak van de besluitvorming inzake de verblijfsregeling van het kind aangezien nog steeds en net als voorheen geval per geval beslist wordt, rekening houdende met de concrete omstandigheden eigen aan de zaak. Men kan van de rechtschappen advocaat verwachten dat hij bij deze afweging een zekere abstractie kan maken van commerciële belangen.

Uiteraard zal de wijze waarop de advocaat de wet zal vertalen naar de rechtzoekende toe, op haar beurt in belangrijke mate afhankelijk zijn van de wijze waarop de rechtspraak dienaangaande evolueert en aldus van de wijze waarop de *magistratuur* het nieuwe model zal toepassen. Het is echter maar zeer de vraag of het nieuwe artikel 374 § 2 B.W. de verwezenlijking van voormelde doelstellingen zal toelaten, gelet op het feit dat het gaat om een soepel model waarbij de invulling van een aantal essentiële open rechtsnormen als “*de meest passende oplossing*”, de “*concrete omstandigheden*” en “*het belang van het kind*” noodzakelijkerwijze dient te worden overgelaten aan de opportuniteitsbeoordeling van de individuele magistraat.

Alleszins kan worden verwacht dat een daadwerkelijke bevoorrechtiging van de gelijkmatig verdeelde huisvesting in de praktijk de onafhankelijkheid van de rechtschappen advocaat jegens de onverzettelijke ouderrechtzoekende op de proef zal stellen, zo onder meer in die gevallen waarbij de advocaat duidelijk gewaar wordt dat zijn cliënt het gegeven van het aanvragen van een verblijfsco-oudersschapsregeling wenst te gebruiken als dreigement of als drukingsmiddel om de andere ouder te doen afzien van mogelijks gerechtvaardigde verzuchtingen. Of zoals Frank Schins, procureur-generaal bij het hof van beroep te Gent, het reeds stelde in zijn openingsrede naar aanleiding van de opening van het gerechtelijk jaar: de burger dient weliswaar zelf zijn verantwoordelijkheid te nemen om niet elk conflict voor de rechter te brengen, doch de advocaat heeft hierin een zeer belangrijke rol “*als eerste rechter*”.

22. Zie dienaangaande Kort Ged. Gent 8 november 2005, 05/364/C, onuitg., waarin als principe werd gesteld dat “*een financieel motief hoe dan ook geen basis is om een bilocatieregeling toe te staan, nu dit nooit in het belang van de kinderen zal zijn*”.

23. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1673/001, 13.

24. G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000)”, *T.P.R.* 2001, 2017. Zie in die zin een vonnis van de vrederechter te Oudenaarde-Kruishoutem hetwelke stelde dat “*een bijkomende onderhoudsbijdrage verantwoord is voor zover zij beperkt blijft tot een compensatie van het feit dat de eisende partij over minder middelen beschikt dan de verwerende partij*”. Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 10 december 2004, AR 03A408, onuitg.

9. Desalniettemin mag men zeker niet al té sceptisch staan ten opzichte van de nieuwe wet. De wet geeft immers een sterk maatschappelijk signaal en vormt een nieuwe fase in het streven naar de erkenning van de principiële gelijk(waardig)heid van beide ouders in de Belgische rechtsorde. Zij beoogt dan ook in de eerste plaats een mentaliteitswijziging te bewerkstelligen²⁵. En hoewel men zich mogelijks terecht vragen kan stellen bij de mate waarin de beoogde mentaliteitswijziging daadwerkelijk doorgang zal vinden in aangelegenheden waar de inzet uitermate groot is en waarbij emotionaliteit aldus vaak de bovenhand haalt op rationaliteit, dient te worden herinnerd aan het gegeven dat de invoering van het principe van het gezamenlijk ouderlijk gezag, ondanks het initiële verzet²⁶, toch een zekere, zij het enigszins te nuanceren (cf. *supra*, nr. 2) mentaliteitswijziging heeft kunnen teweegbrengen²⁷. Bovendien blijkt de invoering van het systeem van gelijk verdeeld verblijf in Frankrijk ook een belangrijk positief gevolg te hebben op het zelfbeeld en de verdere ontplooiing van beide ouders²⁸.

§ 2. PROCEDURELE VOORSCHRIFTEN

10. Een tweede luik van de wet omvat een aantal procedurele voorschriften. Hiertoe werd het bestaande artikel 387bis B.W., dat werd ingevoerd door de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, aangevuld.

Dat de nadruk, in overeenstemming met het nieuw ingevoerde artikel 374 § 2 B.W. wordt gelegd op het trachten te bewerkstelligen van een overeenstemming *buiten* de rechtszaal, vanuit de filosofie dat een akkoord omtrent de verblijfsregeling tussen de partijen steeds de meeste garanties biedt op welslagen, blijkt tevens uit de aanhef van het nieuw ingevoerde tweede lid van artikel 387bis B.W. Dit laatste stelt immers dat, onverminderd de mogelijkheid in hoofde van de partijen om daartoe zelf het initiatief te nemen, de rechtbank de partijen poogt te verzoenen en dat zij de partijen alle nuttige inlichtingen dient te verstrekken over de rechtspleging en in het bijzonder over het nut een beroep te doen op de in het zevende deel van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde bemiddeling (ingevoerd door de

wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling²⁹). Indien de rechtbank vaststelt dat een toenadering mogelijk is, kan zij de schorsing van de procedure bevelen voor een periode waarvan de duur één maand niet mag te boven gaan³⁰.

11. Voorts bevat het aangevulde artikel 387bis B.W. voortaan een expliciete wettelijke verankering van de mogelijkheid voor de rechtbank om een beroep te doen op een voorlopige maatregel. De rechtbank kan, zelfs ambtshalve, een voorlopige maatregel bevelen teneinde de vordering te onderzoeken of de toestand van de partijen voor een termijn die zij vaststelt, voorlopig te regelen. Een dergelijke bepaling kan, aldus de memorie van toelichting, overbodig lijken gelet op artikel 19 lid 2 Ger. W., doch men heeft het belangrijk geacht de mogelijkheid te onderstrepen voor de rechter om een beslissing voor een bepaalde duur te nemen op het vlak van het ouderlijk gezag en de huisvestingsregeling van het kind³¹.

Ingeval een dergelijke vordering voor het eerst bij de jeugdrechtbank aanhangig wordt gemaakt, zo gaat artikel 387bis B.W. verder, beslist de jeugdrechtbank over een voorlopige regeling. De zaak kan tijdens een latere zitting opnieuw worden onderzocht, op een datum die ambtshalve vastgelegd wordt in het vonnis, binnen een termijn die één jaar niet te boven mag gaan en onverminderd een oproeping op een vroegere datum³².

Het mag duidelijk zijn dat een en ander mede ingegeven is vanuit het groeiende bewustzijn omtrent de noodzaak tot evaluatie van de verblijfsregeling na verloop van tijd. Men stelde immers vast dat het niet zelden gebeurde dat de initiële beslissingen die werden genomen in verband met de verblijfsregeling, naderhand in de praktijk moeilijk toepasbaar bleken te zijn³³.

Mogelijkerwijze kan een tendens naar het opleggen van een verblijfsco-ouderschap bij wege van voorlopige maatregel, voor zover praktisch mogelijk en uitvoerbaar, een alternatief bieden voor de situaties waarbij de kinderen in de eerste fase van de procedure hoofdzakelijk worden gehuisvest bij de onverzettelijke ouder (bv. in kort geding) in afwachting van een maatschappelijk onderzoek. Meermaals gebeurde het immers dat in het

25. De parlementaire voorbereiding verwees ook reeds uitdrukkelijk naar het gegeven dat “de symbolische kracht van de wet niet mocht worden onderschat”: M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 7.

26. Zie in dit kader A. DE WOLF, “De wet van 13 april 1995 aangaande het ouderlijk gezag: één jaar toepassing in de praktijk”, *E.J.* 1997, 26.

27. A. DE WOLF, “Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf”, *E.J.* 2005, 91.

28. A. DE WOLF, “Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf”, *E.J.* 2005, 93. Zie over het systeem in Frankrijk: O. ROY, “La résidence alternée en France”, *Div. Act.* 2004, 122.

29. *B.S.* 22 maart 2005.

30. Tot een verplichte voorafgaande bemiddeling in familiezaken bij gebrek aan akkoord tussen de ouders, zoals geopperd door het Kinderrechtencommissariaat, is het dus niet gekomen. Zie dienaangaande het amendement nr. 12 SWENNEN, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/003, 5.

31. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 14.

32. Merk op dat het initiële voorontwerp evenals het ontwerp van wet dienaangaande leken uit te gaan van een automatisme gezien de oorspronkelijke bewoording luidde “De zaak wordt opnieuw onderzocht (...)”, daar waar de uiteindelijke tekst van de wet luidt “De zaak kan tijdens een latere zitting opnieuw worden onderzocht (...)”. *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 20 en 28.

33. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 14. In de praktijk gebeurde het dan ook soms dat in het vonnis een datum werd gesteld waarop de zaak zou worden geëvalueerd.

vaak maanden later tussengekomen maatschappelijk verslag tot het besluit werd gekomen dat het niet in het belang van het kind zou zijn om de ondertussen gecreëerde stabiliteit qua verblijf opnieuw te veranderen.

12. Een belangrijke procedurele vereenvoudiging houdt in dat het mechanisme van de voortdurende aanhangigmaking, zoals dit op heden reeds bestaat in de procedure kort geding³⁴, ook bij de jeugdrechtbank toepasbaar wordt gemaakt. De zaak blijft aldus ingeschreven op de rol van de jeugdrechtbank tot het kind waarop het geschil betrekking heeft, ontvoegd wordt of de meerderjarigheid heeft bereikt. In geval van nieuwe elementen kan de zaak opnieuw voor de rechtbank worden gebracht bij conclusie of bij een schriftelijk verzoek dat wordt neergelegd bij of gericht is aan de griffie³⁵.

Artikel 730 § 2, a) van het Gerechtelijk Wetboek wordt door artikel 387bis B.W. om evidente redenen uitdrukkelijk *niet* van toepassing verklaard op deze zaken. Het betreft hier het artikel van het Gerechtelijk Wetboek volgens hetwelk de voorzitters van de hoven en rechtbanken gehouden zijn om jaarlijks een oproeping te houden van alle zaken die sinds meer dan drie jaar op de rol zijn ingeschreven en waarvan de debatten geen aanvang hebben genomen of die sinds meer dan drie jaar niet meer zijn verdergezet en dewelke, behoudens verzoek tot handhaving, ambtshalve worden weggelaten.

De voortdurende aanhangigmaking biedt in eerste instantie uiteraard de mogelijkheid om de zaak weer voor de rechter te brengen op een eenvoudige manier, en zonder de daarmee gepaard gaande kosten van het inleiden van een nieuwe procedure. De voortdurende aanhangigmaking biedt echter ook nog de mogelijkheid een grote hindernis te omzeilen wanneer de gerechtelijke beslissingen in verband met de verblijfsregeling niet worden nageleefd door één van de ouders. Tot voor kort kon de rechter immers, nadat hij uitspraak had gedaan, niet meer op zijn beslissing terugkomen, zelfs niet met instemming van de partijen. Hij had zijn bevoegdheid immers uitgeput, hetgeen een regel van openbare orde uitmaakt. De invoering van het mechanisme van de voortdurende aanhangigmaking maakt het de gedupeerde ouder nu echter mogelijk de zaak opnieuw voor dezelfde rechter te brengen, die de zaak kan herbekijken, de naleving van de beslissing kan koppelen aan dwangmaatregelen of zijn beslissingen zelfs kan wijzigen, gelet op het verruimde kader van mogelijkheden dienaangaande voor de rechter (*cf. infra*, nrs. 14-18)³⁶.

Ondanks initiatieven in die zin³⁷ werd het mechanisme van voortdurende aanhangigmaking (vooral nog) niet van toepassing verklaard op de procedures inzake echtelijke moeilijkheden voor de vrederechter, die zich op grond van artikel 223 B.W. dient uit te spreken over dringende en voorlopige maatregelen tijdens het huwelijk, onder meer met betrekking tot de kinderen. Men verwees dienaangaande naar de procedurele moeilijkheden die een dergelijk systeem voor de vrederechter met zich zou meebrengen, gelet op de bevoegdheidsconflicten *ratione temporis* tussen de vrederechter en de rechter in kort geding, evenals naar het gegeven dat de procedure voor de vrederechter soepel en snel verloopt en de maatregelen slechts beperkt in tijd zijn³⁸.

13. Voorgaande procedurele voorschriften zijn een goede zaak te noemen. Zij zullen immers toelaten om op een soepele manier in te spelen op de aan evolutie onderhevige omstandigheden. Anderzijds zal de praktijk moeten uitwijzen welke gevolgen deze voorschriften zullen teweegbrengen op de belasting van de rechtbanken. Immers, daar waar één van de initiële doelstellingen van de wet was om het aantal geschillen te beperken (*cf. supra*, nr. 2), worden door diezelfde wet een aantal, wat men zou kunnen noemen “vattingsmogelijkheden” bijgecreëerd, te weten een wettelijk voorgeschreven mogelijkheid om de zaak na verloop van tijd opnieuw te onderzoeken en de mogelijkheid om de zaak op een eenvoudige manier terug voor de rechter te brengen in geval van nieuwe elementen als gevolg van de invoering van het systeem van de voortdurende aanhangigmaking, zulks nog aangevuld door de mogelijkheid om de zaak opnieuw voor de rechter te brengen indien één van de ouders de initiële beslissingen niet naleeft (*cf. infra*, nrs. 14-18). Een voorstel om aan de rechter de mogelijkheid te geven om de strafsancities van artikel 432 Sw. op te leggen aan de eisende partij die de zaak, naar het oordeel van de rechter, lichtzinnig terug heeft opgeroepen, werd dienaangaande echter als te verre gaand beschouwd³⁹.

§ 3. WETTELIJK KADER INZAKE GEDWONGEN TENUITVOERLEGGING

14. Het nieuw ingevoerde artikel 387ter B.W. omvat een spectrum van mogelijkheden die ter beschikking worden gesteld van de rechter, ingeval één van de ouders de rechterlijke beslissingen met betrekking tot de huisvesting van de kinderen of het recht op persoonlijk contact weigert uit te voeren.

34. Art. 1280 lid 9 en 10 Ger. W.

35. Ondanks de invoering onder uitdrukkelijke verwijzing naar het mechanisme van voortdurende aanhangigmaking zoals dit reeds bestond in kort geding op grond van art. 1280 Ger. W., blijkt het nieuwe art. 387bis B.W. het terug brengen van de zaak voor de rechter afhankelijk te stellen van “*nieuwe elementen*”, een voorwaarde die, althans niet uitdrukkelijk in art. 1280 Ger. W. wordt gesteld. Het begrip “*nieuwe elementen*” werd niet nader gespecificeerd.

36. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 8 en 14-15.

37. Zie o.m. het amendement nr. 1 Taelman, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/002, 1.

38. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-2005, nr. 1673/001, 8 en 15; contra: de verantwoording bij het amendement nr. 1 Taelman, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/002, 2.

39. Zie het amendement nr. 14 Swennen, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/003, 8-9.

In de praktijk diende men immers vast te stellen dat de partij die het slachtoffer was van het niet-naleven van de beslissing, *de facto* machteloos stond ten overstaan van de onverzettelijke ouder. De middelen inzake gedwongen tenuitvoerlegging waarover de gedupeerde ouder kon beschikken, bleken immers manifest ontoereikend. De gedupeerde ouder kon weliswaar een strafrechtelijke klacht indienen op grond van de artikelen 431 en 432 Sw., doch als het al tot een correctionele veroordeling kwam, werd deze vaak pas maanden later uitgesproken. In de tussentijd liep het kind het risico het slachtoffer te worden van manipulatie door de onverzettelijke ouder, en in het slechtste geval van oudervervreemding⁴⁰. Ook de reeds voorheen bestaande mogelijkheid voor de rechter om een dwangsom uit te spreken, miste zijn effect indien de onverzettelijke ouder onvermogen was, bij gebrek aan mogelijkheden tot tenuitvoerlegging. Een effectieve gedwongen tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissing inzake het verblijf door middel van de tussenkost van een deurwaarder bleek, hoewel theoretisch mogelijk, in de praktijk tevens op moeilijkheden te stoten, gelet op een richtlijn van 21 maart 1996 uitgaande van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders, die stelt dat het de gerechtsdeurwaarder niet toegelaten is de beslissing inzake de verblijfsregeling *manu militari* uit te voeren⁴¹. Voor al ietwat oudere kinderen bleek men dan weer te stoten op de cassatierechtspraak inzake het verbod van dwanguitvoering op de persoon⁴².

De vaststelling van het gegeven dat de bestaande middelen manifest ontoereikend bleken te zijn om de naleving van de beslissingen inzake de verblijfsregeling af te dwingen, versterkt door het gegeven dat inmiddels reeds verscheidene Europese landen werden veroordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wegens het niet-verlenen door de overheid van passende en toereikende bijstand om voor een persoon het recht op de terugkeer van zijn kinderen af te dwingen⁴³, liet de noodzaak van een verruimd wettelijk kader inzake gedwongen tenuitvoerlegging gevoelen.

15. Met de wet werden dan ook expliciet een aantal maatregelen in het Burgerlijk Wetboek opgenomen dewelke de bevoegde rechter zou kunnen nemen, ingeval één van de ouders de beslissingen met betrekking tot de huisvesting van de kinderen of het recht op per-

soonlijk contact weigert uit te voeren⁴⁴. De bevoegde rechter is, blijkens de aanhef van het nieuwe artikel 387ter § 1 B.W., de rechter die de initiële niet-nageleefde beslissing heeft gewezen en voor wie de zaak aldus terug wordt gebracht, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt, in welk geval de vordering voor deze laatste wordt gebracht⁴⁵.

16. De rechter doet uitspraak met voorrang boven alle andere zaken en kan blijkens artikel 387ter § 1 B.W. *onder meer* nieuwe onderzoeksmaatregelen verrichten zoals een maatschappelijke enquête of een deskundigenonderzoek, een poging tot verzoening ondernemen en/of de partijen voorstellen gebruik te maken van de in artikel 387bis B.W. bepaalde bemiddeling. Hoewel de rechter niet *verplicht* lijkt te worden op deze mogelijkheden een beroep te doen (al dan niet voorafgaandelijk aan meer verregaande maatregelen), kan ook deze expliciete opname van voormelde maatregelen in de wet worden aangezien als een veruitwendiging van de doelstelling van de wet om de overeenstemming tussen de ouders in verband met de beslissingen omtrent hun kind aan te moedigen en, voor zover mogelijk, te streven naar een oplossing tot stand gekomen *buiten* de rechtszaal.

De rechter kan voortaan ook *nieuwe* beslissingen nemen met betrekking tot het ouderlijk gezag of de huisvesting van het kind en aldus eerder genomen beslissingen inzake de verblijfsregeling wijzigen. Hoewel zulks mogelijks een efficiënt drukingsmiddel uitmaakt, maakte H. Vanbockrijck reeds in het kader van een vroeger wetsvoorstel in dezelfde zin terecht de bedenking of het kind noodzakelijkerwijze zal gebaat zijn door een maatregel die feitelijk een sanctionering van de onwillige ouder inhoudt. Beslissingen in verband met het ouderlijk gezag en het verblijf van een kind, dienen immers nog altijd in eerste instantie vanuit het oogpunt van het belang van de kinderen te worden bekeken⁴⁶.

17. Meer verregaand, en in het kader van een effectieve gedwongen tenuitvoerlegging van de beslissing, bepaalt artikel 387ter § 1 B.W. voortaan uitdrukkelijk dat de rechter de partij die het slachtoffer is van de miskenning van de gerechtelijke beslissing met betrekking tot de huisvesting van de kinderen of het recht op persoonlijk contact, kan toestaan een beroep te doen op

40. Het zogenaamde *Parental Alienation Syndrome* (PAS); M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 9.

41. Richtlijn van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders, goedgekeurd op de vergadering van 21 maart 1996; H. VANBOCKRIJCK, "Moeilijkheden bij de uitoefening van het omgangsrecht", *E.J.* 2005, 95.

42. Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144; Cass. 7 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, 764; H. VANBOCKRIJCK, *l.c.*, 95.

43. EHRM 25 januari 2000, *Ignacolo-Zenide/Roemenië*, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 429; zie voor verdere verwijzingen: M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 9. Het standpunt dienaangaande van het Hof blijkt echter niet absoluut te zijn, gelet op de vaststelling dat, ook op het Europees niveau, het hoger belang van het kind primeert: EHRM 27 juni 2000, *Nuutinen/Finland*, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 337.

44. Aan de onderhavige wet gingen echter vele wetsvoorstellen vooraf, dewelke alle in zekere mate trachten tegemoet te komen aan de moeilijkheden bij de uitoefening van het omgangsrecht. Zie voor een overzicht: H. VANBOCKRIJCK, *l.c.*, 94, voetnoot 2 en de verwijzingen aldaar.

45. Zulks aldus in afwijking van art. 569, 5° Ger. W., dat stelt dat de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is inzake de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen.

46. H. VANBOCKRIJCK, *l.c.*, 95.

dwangmaatregelen⁴⁷. De rechter bepaalt de aard van deze maatregelen en de nadere regels betreffende de uitvoering ervan, rekening houdend met het belang van het kind. Zo kan hij hiertoe voorafgaandelijk alle noodzakelijke informatie inwinnen en indien nodig bijvoorbeeld een beroep doen op nieuwe onderzoeksmaatregelen zoals het verhoor van het kind...⁴⁸ Indien hij zulks nodig acht, wijst de rechter de personen aan die gemachtigd zijn de gerechtsdeurwaarder te vergezellen voor de tenuitvoerlegging van zijn beslissing⁴⁹. Het zou bijvoorbeeld kunnen gaan om een vertrouwenspersoon, een psycholoog of een maatschappelijk werker, dit alles uiteraard vanuit de bekommernis om een dergelijke verregaande maatregel als de gedwongen terugname van het kind toch nog min of meer in de best mogelijke omstandigheden te laten verlopen.

18. Ten slotte stelt artikel 387ter § 1 B.W. dat de rechter een dwangsom kan uitspreken om te waarborgen dat de te nemen beslissing zal worden nageleefd en, in die hypothese, stellen dat artikel 1412 Ger. W. van toepassing is. Teneinde de sanctie van de dwangsom nog efficiënter te maken, werd artikel 1412 Ger. W. – dat de beslagbepalingen en -uitsluitingen *ex* artikelen 1409 e.v. Ger. W. niet-toepasselijk verklaart voor wat onderhoudsschulden betreft – immers in één adem aangevuld met het geval waarin de rechter toepassing heeft gemaakt van artikel 387ter lid 2 B.W.⁵⁰ Aldus wordt het, in geval van toepassing door de rechter van voormeld artikel, mogelijk om onbepaald beslag te leggen op het integrale inkomen van de onwillige ouder in geval van niet-vrijwillige voldoening van de dwangsom, naar analogie van hetgeen overeenkomstig artikel 1412 Ger. W. reeds mogelijk was in geval van niet-betaling van onderhoudsgelden. Er mag immers worden aangenomen dat het niet-aanbieden van een kind even erg is als het niet-betalen van onderhoudsgeld. Beide tekortkomingen worden trouwens strafrechtelijk bestraft⁵¹.

Dat de uitdrukkelijke verankering in de wet van het principe dat de rechter een dwangsom kan uitspreken, gekoppeld aan de mogelijkheid om onbepaald beslag te leggen in geval van niet-vrijwillige voldoening, echter tegelijkertijd noopt tot een zekere gematigdheid, is ook de indiener van het initiële wetsontwerp niet ontgaan. Waar de rechtspraak voorheen verdeeld was over de vraag of een dwangsom, naast *accessorium* bij een

hoofdveroordeling, al dan niet ook kon worden opgelegd bij een latere uitspraak als blijkt dat een partij zich niet houdt aan de beslissing inzake het omgangsrecht⁵², geeft de memorie van toelichting hieromtrent als richtlijn mee dat “*men kan veronderstellen dat de dwangsom niet meteen zal worden bevolen, maar integendeel pas zal worden benut als bijkomende manier om druk uit te oefenen, wanneer voorheen werd vastgesteld dat er gearzeld werd om tot uitvoering over te gaan*”⁵³.

Gelet op de aard van de materie zijn beslissingen genomen op grond van het nieuwe artikel 387ter B.W. van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.

19. Teneinde geen onderscheid te creëren naargelang de verblijfsregeling werd vastgesteld bij vonnis of beschikking, dan wel in de familiaalrechtelijke overeenkomst in het kader van een echtscheiding met onderlinge toestemming, bepaalt de tweede paragraaf van artikel 387ter B.W. dat het artikel eveneens van toepassing is wanneer de rechten van de partijen geregeld zijn door een overeenkomst zoals voorzien in artikel 1288 Ger. W. In dat geval wordt de zaak bij de rechtbank aanhangig gemaakt door middel van een verzoekschrift op tegenspraak, onverminderd een beroep op artikel 387ter § 3 B.W. in geval van absolute noodzaak (*cf. infra*, nr. 20).

De mogelijkheid voor de rechter om, in geval van niet-naleving van de verblijfs- en omgangsregeling zoals vervat in een familiaalrechtelijke overeenkomst, een beroep te doen op de maatregelen zoals opgesomd in artikel 387ter § 1 B.W., en meer bepaald de mogelijkheid voor de rechter om in dat geval nieuwe beslissingen te nemen met betrekking tot het ouderlijk gezag en de huisvesting van het kind, lijkt aldus een *lex specialis* te zullen gaan vormen op artikel 1288 lid 2 Ger. W. Voormeld artikel behelst immers het algemene principe van de onwizigbaarheid van de beschikkingen in verband met de kinderen zoals opgenomen in de familierechtelijke overeenkomst, behoudens nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen dewelke hun toestand of de toestand van de partijen ingrijpend wijzigen.

Hoewel het nieuwe artikel 387ter § 2 B.W. aldus een aanmerkelijke versoepeling lijkt in te houden op het vlak van de mogelijkheid tot wijziging van de beschikkingen in verband met de kinderen zoals opgenomen in de familierechtelijke overeenkomst – althans in die ge-

47. De memorie van toelichting verduidelijkt dat de partij, die om de gedwongen tenuitvoerlegging van de niet-nageleefde beslissing wenst te verzoeken, conclusies dient neer te leggen voor de rechter die de niet-nageleefde beslissing heeft genomen (of voor de rechter bij wie de zaak inmiddels aanhangig werd gemaakt), of middels een eenvoudig schriftelijk en kosteloos verzoek om de bepaling van een rechtsdag dient te verzoeken. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1673/001, 16.

48. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1673/001, 16.

49. Merk op dat de formulering in art. 387ter B.W. ruim is, aangezien het van toepassing is, ongeacht welke de rechtbank is waarvan de beslissing moet worden uitgevoerd. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1673/001, 15.

50. De verwijzing in art. 1412 eerste lid, 3° Ger. W. naar art. 387ter tweede lid B.W. is eerder ongelukkig te noemen, gezien het nieuw ingevoerde art. 387ter B.W. werd opgesplitst in paragrafen.

51. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1673/001, 10.

52. Zie hieromtrent H. VANBOCKRIJCK, *l.c.*, 94, en meer bepaald de verwijzingen in voetnoten 7 en 8.

53. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1673/001, 19.

vallen waarin deze niet worden nageleefd door één van beide ouders – dient dit onmiddellijk toch enigszins te worden genuanceerd.

Immers, reeds sinds de invoering in 1995 van artikel 387bis B.W.⁵⁴, hetwelk stelt dat *in alle gevallen* de jeugdrechtbank *in het belang van het kind alle beschikkingen* met betrekking tot het ouderlijk gezag *kan opleggen of wijzigen*, ontwikkelde zich geleidelijk aan een tendens in de rechtsleer en rechtspraak tot uitholling van de restrictieve voorwaarden *ex* artikel 1288 lid 2 Ger. W. Deze tendens is ingegeven vanuit de filosofie dat het criterium van het belang van het kind, zoals verwoord in artikel 387bis B.W., dient te primeren op de stringente voorwaarden inzake wijziging van de beschikkingen *ex* artikel 1288 lid 2 Ger. W., zodoende dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om, indien daartoe redenen worden aangehaald en voor zover zulks in het belang van het kind is, de beschikkingen uit de familierechtelijke overeenkomst in verband met de kinderen te wijzigen⁵⁵. Sommigen gaan zelfs zover door te stellen dat de voorwaarden vermeld in artikel 1288 lid 2 Ger. W. door de invoering van het artikel 387bis, impliciet doch zeker opgeheven dan wel uitgeschakeld werden⁵⁶. Een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 1288 lid 2 Ger. W., teneinde de strenge regeling inzake de wijziging van beschikkingen in verband met de kinderen aan te passen, en aldus de op heden nog steeds bestaande contradictie tussen artikel 387bis B.W. en artikel 1288 lid 2 Ger. W. enigszins te overbruggen, is momenteel hangende⁵⁷.

20. In geval van *absolute noodzaak*, en onverminderd de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek⁵⁸, zo stelt artikel 387ter § 3 B.W., kan bij eenzijdig verzoekschrift de toestemming worden gevraagd om een beroep te doen op de dwangmaatregelen als bedoeld in § 1. De artikelen 1026 tot 1034 Ger. W. zijn in dat geval van toepassing. De verzoekende partij moet het verzoekschrift staven met alle dienstige stukken die aantonen dat de weigerende partij daadwerkelijk werd aangemaand haar verplichtin-

gen na te komen en dat zij zich heeft verzet tegen de tenuitvoerlegging van de beslissing. De inschrijving van het verzoekschrift is kosteloos. Het verzoekschrift wordt gevoegd bij het dossier van de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot de beslissing die niet werd nageleefd, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt.

Hoewel van algemene strekking, lijkt voormelde eenzijdige procedure vooral te zijn voorgeschreven voor die gevallen waarbij een verrassingseffect – dus zonder oproeping van de andere partij – absoluut noodzakelijk is, zoals in geval van acuut gevaar dat het kind door één van de ouders naar het buitenland zal worden “ontvoerd”⁵⁹.

21. Ten slotte stelt § 4 van artikel 387ter B.W. dat het artikel geen afbreuk doet aan de internationale bepalingen die België verbinden op het vlak van de internationale ontvoering van kinderen. Men had daarbij in het bijzonder het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 over de burgerlijke aspecten van de internationale ontvoering van kinderen en de verordening van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, in gedachten. Hoewel het in eerste instantie nutteloos kan lijken te preciseren dat voormelde internationale instrumenten de overhand hebben op het Belgisch recht, gelet op het algemeen aanvaarde principe van voorrang van internationale verdragen en normen⁶⁰, achtte men een expliciete herinnering hieraan niettemin wenselijk, teneinde te vermijden dat beslissingen die de wet zouden toepassen zonder rekening te houden met het supranationaal recht, tot problemen zouden leiden die de internationale verantwoordelijkheid van België in het gedrang zouden brengen⁶¹.

22. Bij gebrek aan uitgestelde inwerkingtreding of specifieke overgangsbepalingen, trad de wet in werking op de tiende dag na publicatie in het *Belgisch Staatsblad*, meer bepaald op 14 september 2006.

54. Op heden art. 387bis lid 1 B.W.

55. Vred. Westerlo 30 juni 2003, *T.B.B.R.* 2004, 352; Rb. Gent 13 juni 2002, *E.J.* 2002, 139, noot F. BUYSSENS; Vred. Westerlo 25 februari 2000, *T. Vred.* 2001, 301; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 81; F. BUYSSENS, “Echtscheiding door onderlinge toestemming”, in P. SENAËVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van de minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 361-363; K. HERBOTS, “Artikel 387bis B.W.”, in *Artikelsgewijze commentaar personen- en familierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 5, nr. 6; E. VAN DER VELPEN, “De wijzigbaarheid van de voorafgaande afspraken i.v.m. het ouderlijk gezag over de kinderen bij de echtscheiding door onderlinge toestemming”, *E.J.* 2005, 97, en de verwijzingen onder voetnoot 17.

56. K. VISSERS, “Art. 1288 Ger. W.”, in *Artikelsgewijze commentaar personen- en familierecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., 90, nr. 106.

57. Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek inzake de herziening van de overeenkomst bij echtscheiding door onderlinge toestemming, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 0729/001.

58. De woorden “*onverminderd de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek*” werden toegevoegd op het advies van de Raad van State. Hoewel de voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding bij dringende gevallen krachtens het voormeld artikel over volheid van rechtsmacht beschikt, achtte de Raad van State het verkieslijk deze mogelijkheid expliciet te vermelden, teneinde te vermijden dat er door de nieuwe bepaling interpretatieproblemen zouden ontstaan. Adv. R.v.St., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 25.

59. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 17.

60. Cass. 27 mei 1971 (arrest *Le-Ski*), *J.T.* 1971, 460; A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch publiek recht, Boek 1: De instellingen*, Brussel, Story, 1988, 114.

61. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1673/001, 17.

III. BESLUIT

23. De wet wordt in de media soms al te ongenueanceerd beschouwd als de definitieve bekrachtiging van de gelijkheid tussen vader en moeder op het vlak van het vastleggen van het verblijf van de kinderen. Hoewel de wetgever met onderhavige wet dienaangaande een sterk maatschappelijk signaal geeft, dienen de resultaten van de invoering van het principe tot bevoorrechten van de gelijkmatig verdeelde huisvesting in de praktijk echter te worden afgewacht. De mate waarin de wet de beoogde doelstellingen zal bereiken, zal in belangrijke mate afhankelijk zijn van de wijze waarop de gerechtelijke actoren, in het bijzonder de magistratuur en de advocatuur, het nieuwe model inzake de verblijfsregeling van kinderen van gescheiden ouders zullen benaderen, invullen en toepassen. Voor diezelfde actoren lijkt tevens een rol weggelegd om het oneigenlijk gebruik van de wet tegen te gaan, hetgeen, specifiek voor de advocaat, mogelijk diens onafhankelijkheid ten opzichte van de rechtzoekende op de proef zal stellen.

De procedurele vernieuwingen die de wet invoert met betrekking tot dergelijke aangelegenheden, kunnen positief onthaald worden. Zij zijn immers van die aard om toe te laten dat op een soepelere manier kan worden ingespeeld op wijzigende omstandigheden of evoluties, vanuit de gedachte dat de mogelijkheid tot evaluatie en desgevallend herziening van de regeling indien daartoe gronden zouden voorhanden zijn, in het belang van het kind kan worden geacht. Welke de gevolgen hiervan zullen zijn op de belasting van de rechtbanken, zal de praktijk echter dienen uit te wijzen.

Het versterkt kader inzake de gedwongen tenuitvoerlegging ten slotte, vormt het (voorlopig?) sluitstuk van verschillende initiatieven van de laatste jaren in de strijd tegen de niet-naleving van de verblijfsregeling door één van de ouders en verschaft de rechter dienaangaande een spectrum aan mogelijks te nemen maatregelen. Desondanks dient het gebruik van daadwerkelijke dwangmaatregelen nog steeds als *ultimum remedium* te worden beschouwd, en te worden afgewogen tegen het belang van het kind, dat ook in dit kader het ultieme toetsingscriterium lijkt te blijven.