L'ASTREINTE ET LE DROIT DE LA FAMILLE

50.000 plaintes de parents séparés qui ne peuvent rencontrer leurs enfants sont chaque année recensées en Belgique et le refus "de droit de visite" est en tête de liste des délits commis au sein de couples disloqués, avec 74 % des plaintes¹.

L'avant-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" adopté par le Conseil des Ministres le 3 décembre 2004 prévoit la reprise forcée sous contrôle judiciaire et la saisissabilité totale de la rémunération pour la récupération des sommes dues au titre d'astreinte en matière de présentation d'enfant.

Plus encore que dans tout autre domaine, le nonrespect des décisions de justice organisant la vie des enfants dont les parents sont incapables de continuer à exercer conjointement l'autorité parentale suite à leur séparation est intolérable.

La perte subie par l'enfant est à jamais irréparable.

L'astreinte s'inscrit depuis plus de vingt ans parmi les solutions offertes par le législateur aux créanciers d'obligations de faire ou de ne pas faire en droit de la famille².

Elle n'est cependant pas fréquemment prononcée, voire sollicitée: réticence à mêler argent et famille, refus des plaideurs comme de leur juge de risquer d'envenimer un conflit *a priori* particulièrement délicat, pudeur face à des situations humainement pénibles?

Quelle qu'en soit la raison, cette discrétion de l'astreinte en matière familiale est singulièrement réductrice de l'intérêt de la mesure alors que là plus qu'ailleurs, la politique du fait accompli ne peut être tolérée.

Il paraît donc utile de rappeler le régime instauré par la Convention Benelux signée à La Haye le 26 novembre 1973 et approuvée par la loi belge du 31 janvier 1980 et d'exposer ses diverses applications en droit de la famille: outre la réparation de toutes les voies de fait, l'intérêt de la disposition de l'avant-projet approuvé le 3 décembre 2004 relative à la saisine permanente de la juridiction en charge de la question de l'hébergement de l'enfant se verra ainsi particulièrement renforcé, à défaut de pouvoir envisager actuellement une réforme plus générale de la Convention.

1. Les articles 1385bis à 1385nonies du Code judiciaire

L'astreinte correspond à une somme d'argent, unique ou déterminée par unité de temps ou par contravention, au paiement de laquelle s'expose la partie condamnée, à défaut de respecter l'injonction formulée à son encontre.

Moyen de pression, elle est l'accessoire de la condamnation principale ce qui implique qu'elle doit être prononcée et donc postulée en même temps que celle-ci, même si elle peut être demandée pour la première fois sur opposition ou en degré d'appel.

Il n'en est pas tenu compte pour la détermination de la compétence et du ressort.

Le juge ne peut l'accorder d'office mais le demandeur n'est pas tenu d'en fixer le coût ni les modalités.

Un montant supérieur à celui postulé peut même être alloué³.

L'astreinte est définitivement acquise dans les conditions fixées, notamment quant au délai, mais pas avant la signification du titre⁴.

Lorsqu'elle est ordonnée par une ordonnance de référés fondée sur l'urgence, réformée sur ce point, la Cour est compétente pour examiner si, au jour où le premier juge a statué, l'astreinte était justifiée⁵.

69

Divorce 2005/6

^{1.} Le Soir, 3 nov. 2004.

^{2.} C.J. Benelux, 11 mai 1982, J.T., p. 629.

^{3.} C.J.Benelux, 2 avril 1984, *J.T.*,1984, p. 614.

^{4.} Contra: Liège, 17 nov. 2003, J.L.M.B., 2005, p. 408.

^{5.} Liège, 23 nov. 2004, J.L.M.B., 2005, p. 443.

Dans l'hypothèse où le condamné est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle, de satisfaire à la condamnation principale, il peut en demander la suppression ou la suspension voire la réduction pour la période postérieure à cette impossibilité: c'est le juge qui a prononcé la condamnation principale qui se voit reconnaître cette compétence de révision de même qu'en cas de faillite ou de décès du condamné⁶.

Au besoin, le juge des saisies lui renverra la cause pour statuer sur l'éventuelle révision après avoir vérifié l'actualité exécutoire du titre⁷.

2. Les mesures conservatoires et d'instruction

a. L'expertise

Si le respect de l'intégrité physique et son intangibilité absolue s'opposent à la contrainte en matière d'expertise hématologique ou génétique, il a néanmoins été jugé que "le refus injustifié de se soumettre à la preuve par expertise sanguine en matière de filiation est de nature à causer un dommage sérieux en considération de l'importance que revêt pour un enfant et sa mère le recours à des moyens aussi rigoureux que possible pour établir ou exclure une filiation paternelle". De même, a été accueillie la demande de condamnation à une astreinte de la mère, à défaut de comparution avec l'enfant aux opérations d'expertise génétique.

Une astreinte de 125 euros par enfant et par rendezvous non respecté a par ailleurs été prononcée à charge de la mère ayant entravé le déroulement de l'expertise ordonnée préalablement et ce, à l'occasion du remplacement de l'expert¹⁰.

b. La comparution personnelle

Par un arrêt du 18 février 1988, la Cour de cassation après avoir rappelé que le juge pouvait même

d'office ordonner la comparution des parties ou de l'une d'elles, a précisé que cette mesure n'était assortie d'aucune sanction physique ou pécuniaire, toute personne physique pouvant organiser sa défense comme elle l'entend¹¹.

Aucune possibilité d'astreinte pour assurer l'exécution de cette mesure d'instruction mais le juge ne manquera pas de tenir compte de ce défaut de comparution...

c. La production de documents

La communication par un époux de ses numéros et extraits de comptes bancaires comme la demande à sa banque étrangère de lui adresser une situation de ses avoirs peuvent être ordonnées sous astreinte¹².

Est nulle et ne peut produire aucun effet, l'ordonnance de production de documents assortie d'une astreinte prise par un juge belge à l'égard d'un ressortissant étranger, sans que l'Etat sur le territoire duquel ce ressortissant est établi et à la législation duquel il est soumis, ait autorisé une dérogation à ses compétences et à sa souveraineté conformément à la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 approuvée par la loi belge du 28 mars 1958 qui prime sur le droit interne¹³.

La production de ces pièces par la banque, sous astreinte, serait donc préférable.

d. L'audition de témoins

L'article 926 du Code judiciaire prévoyant des amendes à charge du témoin défaillant, l'astreinte n'est guère utilisée en la matière.

La doctrine n'y voit cependant aucune objection¹⁴.

70 Editions Kluwer

^{6.} Liège, 18 nov. 2004, J.L.M.B., 2005, p. 442; G. De Leval, "Le contentieux suscité par le recouvrement de l'astreinte", CUP, 2003, vol. 65.

^{7.} J. VAN COMPERNOLLE, Rep. not., T. XIII, Livre IV/6, L'astreinte; Civ. Bruxelles (sais.), 3 sept. 2003, J.L.M.B., 2004, p. 750.

^{8.} Civ. Namur (réf.), 25 sept. 1995 et Liège, 4 juin 1996, J.L.M.B., 1997, p. 503.

^{9.} Civ. Namur, 28 juin 1999, Rev. trim. dr. fam., 2000, p. 690.

^{10.} Trib. Jeun. Bruxelles, 19 févr. 2004, inédit, RRQ1242.

^{11.} Cass., 18 févr. 1988, Pas., I, 1988, p. 722.

^{12.} Liège, 12 juin 1998, J.L.M.B., 1999, p. 1518; Civ. Liège (réf.), 30 juin 2000, J.L.M.B., 2000, p. 1216.

^{13.} Liège, 6 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1728 rendu sur tierce opposition de la banque luxembourgeoise, la Convention imposant le recours à une commission rogatoire.

^{14.} J. Van Compernolle, op. cit., n° 43.

e. La prestation de serment

L'astreinte à charge des indivisaires récalcitrants peut permettre de débloquer certaines procédures de liquidation, notamment lorsqu'il s'agit de prêter le serment légal pour clôturer l'inventaire¹⁵.

f. Le séquestre

Lorsqu'au stade du référé et sur la base des éléments produits, la propriété du véhicule (élément essentiel de l'indivision dont après une mainlevée de scellés, l'ex-épouse s'est emparée chez l'ex-époux) paraît douteuse, il n'y a pas plus de raison de permettre à l'ex-mari de l'utiliser qu'à l'ex-épouse de le détenir: il est confié à un séquestre sous astreinte¹⁶.

3. Les mesures relatives aux parties

a. La fixation des résidences

La tension entre les époux et le comportement violent de l'un deux justifient la condamnation à une astreinte assortissant l'interdiction pour chacun de pénétrer dans la résidence de l'autre sans son accord¹⁷.

De même, l'interdiction de contacts entre les conjoints peut être assortie d'une astreinte, même si les faits sont susceptibles de qualification pénale et même si la demande d'astreinte n'a pas été formulée antérieurement¹⁸.

Il a aussi été fait droit à une demande d'astreinte formulée par voie de conclusions, dans le cadre de la procédure sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire, afin d'offrir à la partie demanderesse une garantie d'exécution pour l'avenir d'un titre judiciaire contesté (une ordonnance de référés fixant les résidences séparées)¹⁹.

b. Les biens

L'attribution provisoire de meubles est ordonnée sous astreinte par le Président statuant en référés dès lors que l'époux condamné déjà à ce sujet par le Juge de Paix n'a pas exécuté l'injonction²⁰.

La demande d'astreinte a par contre été rejetée dès lors que le demandeur en récupération n'a pris aucune initiative pour récupérer les meubles revendiqués²¹.

Une astreinte peut également assortir la condamnation d'un époux à rembourser la communauté²².

c. Le paiement des dettes et la gestion des avoirs communs ou indivis

Le Juge de Paix saisi sur la base de l'article 223 du Code civil ou le Président du Tribunal pendant la procédure en divorce peuvent assortir la condamnation d'un époux à payer une dette commune telle le prêt hypothécaire, d'une astreinte fixée par échéance mensuelle non respectée. Bien entendu, les créanciers ne peuvent y voir aucune limitation de leurs droits et les comptes de liquidation n'en seront pas affectés, sans préjudice de la débition de l'astreinte²³.

4. Les mesures relatives aux enfants

a. L'exercice de l'autorité parentale

C'est le plus souvent pour mettre un terme à des voies de fait que l'astreinte est prononcée.

Ainsi, a été condamnée sous astreinte de 2000 BEF par enfant et par jour de retard à les réinscrire dans leur ancienne école, choisie de commun accord, la

71

Divorce 2005/6

J.P. Gand, 28 sept. 1987, J.J.P., 1990, p. 28; J.P. Fosses-la-Ville, 18 juill. 1996, Rev. not. belge, 1996, 459 et note J.-L. Ledoux;
 J.P.Virton, 27 juin 1997, Rev. not. belge, 2000, 19 et note D.S.; Cass., 17 juin 1994, Pas., 1994, I, 618.

^{16.} Civ. Liège (réf.), 10 févr. 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1706.

^{17.} Civ. Mons (réf.), 14 avril 1989, Rev. trim. dr. fam., 1990 p. 422.

^{18.} Civ. Bruxelles (réf.), 24 nov. 1989, R.W., 2000-2001, p. 60 et note K. WAGNER.

^{19.} Civ. Liège (réf.), 22 déc. 1995, J.L.M.B., 1997, p.1041 et note infrapaginale Ch. P.

^{20.} Civ. Bruxelles (réf.), 12 mars 1984, J.T., 1984, p. 312.

^{21.} Liège, 21 mars 2000, J.L.M.B., 2001 p. 550.

^{22.} Civ. Hasselt (réf.), 19 déc. 1994, Limb. Rechts., 1995, p. 53.

^{23.} Civ. Charleroi (réf.), 17 avril 1989, Rev. trim. dr. fam., 1990, p. 415.

mère qui les avait inscrits dans un autre établissement scolaire suite à son déménagement²⁴.

De même, a été condamné à laisser l'enfant fréquenter son école choisie de commun accord, sous astreinte de 10.000 BEF par jour de retard, le père qui avait pris seul la décision de changer d'école, à défaut d'avoir trouvé un terrain d'entente à ce sujet avec la mère²⁵.

L'astreinte est parfois offerte au titre de garantie des engagements du parent dont le comportement inspire des inquiétudes.

Ainsi, une astreinte assortit, de leur accord, l'engagement d'une mère adhérent à une secte *Siddha Shiwa Yoga*, aux philosophies orientales et aux médecines "très parallèles", de laisser les enfants suivre leur scolarité et leurs activités parascolaires comme durant la vie commune²⁶ et l'interdiction faite à un père d'emmener l'enfant de cinq ans aux réunions dominicales de même qu'à toute autre activité des *Témoins de Jehovah*²⁷.

b. L'organisation de l'hébergement

L'astreinte peut être prononcée au profit du parent titulaire d'un hébergement subsidiaire non respecté à charge du parent gardien qui se refuserait à lui présenter les enfants, pour un week-end ou des vacances.

Les cours et tribunaux font alors référence à une situation d'échec antérieure: "réticences évidentes et négatives de l'épouse à persuader, par une attitude volontariste et activiste ses très jeunes enfants de l'impérieuse nécessité pour leur développement harmonieux et la réussite de leur vie d'homme et de femme adultes d'avoir des contacts fréquents étendus avec leur père'28, "lorsque les comportements antérieurs du parent gardien font

craindre qu'il fasse obstacle dans l'avenir à l'exercice par le parent non gardien de son droit aux relations personnelles"²⁹, "lorsqu'il ressort des éléments de la cause qu'il existe un risque que le parent gardien oppose de la réticence à l'exercice de ce droit d'hébergement'³⁰, "au mépris des accords antérieurs"³¹, "lorsque l'on constate le refus formel d'un parent d'autoriser un droit, conféré par arrêt, aux relations personnelles de l'autre parent avec un enfant'³², "parce qu'une expertise psycho-médicale a démontré le besoin et le désir d'un lien affectif avec le père'³³...

A l'inverse, l'astreinte peut également être ordonnée pour condamner un parent non gardien à remettre l'enfant "enlevé" au parent gardien. A nouveau, il est fait égard à la situation d'échec antérieur³⁴.

Enfin, et de manière assez originale, la mesure d'astreinte peut être utilisée à la fois comme sanction et comme garantie: ainsi, un père a postulé et obtenu à charge de son épouse séparée une astreinte en cas de non-présentation de l'enfant qu'il était autorisé à emmener à l'étranger pour les vacances et a offert, aux fins d'attester de sa bonne foi, de se faire lui-même condamner à la même sanction pour le cas où il ne ramènerait pas sa fille, à l'issue du temps de visite³⁵...

Il faut cependant épingler des refus d'octroi de l'astreinte sollicitée. La particularité du contentieux familial et le caractère "délicat" des relations filiales fragilisées semblent les motiver. Ainsi, il a été jugé que, dans la mesure où le nonrespect par l'un des parents d'un droit d'hébergement subsidiaire est une infraction pénale, "il ne convient pas d'ajouter aux peines comminées par loi la condamnation à une astreinte" 36. Des grands-parents ont, par ailleurs, été invités à entreprendre une médiation familiale avec leurs enfants et petits-enfants, avant toute

72 Editions Kluwer

^{24.} Civ. Mons (réf.), 15 sept. 1999, Rev. trim. dr. fam., 2000, p. 698.

^{25.} Civ. Bruxelles (réf.), 19 sept. 1995, Rev. trim. dr. fam., 1996, p. 431.

^{26.} J.P. Huy, 20 déc. 1996, J.L.M.B., 1997, p. 1054.

^{27.} Liège, 17 oct. 2000, J.L.M.B., 2001, p. 946.

^{28.} Mons, 5 nov. 1991, Rev. trim. dr. fam., 1993, p. 216.

^{29.} Mons, 14 nov. 1991, Rev. trim. dr. fam., 1992, p. 121.

^{30.} Trib. Jeun. Bruxelles, 30 oct. 1991, Rev. trim. dr. fam., 1993, p. 239.

^{31.} Civ. Liège (réf.), 30 mai 1990, Rev. trim. dr. fam., 1990, p. 418.

^{32.} Anvers, 23 mai 2000, R.W., 2000-2001, p. 883.

^{33.} Trib. Jeun. Nivelles, 19 déc. 1989, Rev. trim. dr. fam., 1990, p. 439.

^{34.} J.P. St-Josse-ten-Node, 21 nov. 1989, Rev. trim. dr. fam., 1991, p. 260.

^{35.} Civ. Liège (réf.), 18 déc. 2002, inédit, RRF 02/787.

^{36.} Bruxelles, 20 janv. 1986, Réf., inédit.

autre chose, la Cour déclarant prématurée la mesure d'astreinte sollicitée³⁷. Enfin, "dès lors que l'intérêt des enfants exige que le droit à un contact personnel soit appliqué sans autre discussion ou obstacle et que la mère influence fortement ses enfants par ses propres sentiments négatifs à l'égard du père, il est indiqué d'accéder à la demande du père de ne pas sanctionner le défaut des contacts en imposant une astreinte de 500 EUR chaque fois que le droit de visite est contrecarré"38.

Des motifs d'opportunité sont parfois invoqués. Ainsi, même pour le non-respect d'un hébergement subsidiaire par la mère gardienne, l'astreinte sollicitée par le père n'est pas accordée au motif que l'auteur de la voie de fait est "sans fortune personnelle" 39. Elle n'est pas davantage octroyée lorsqu'il est constaté que le non-exercice de l'hébergement subsidiaire procède en réalité d'un refus des enfants et non de leur mère, titulaire de l'hébergement principal 40.

L'astreinte peut être enfin refusée en cas d'application stricte par le juge des principes d'accessoriété et de simultanéité de la mesure par rapport à la condamnation principale. "La demande qui tendrait seulement à la réitération d'une condamnation, qui serait, cette fois, assortie d'une astreinte, est irrecevable"⁴¹.

5. En guise de conclusion

Lorsqu'un parent, époux ou cohabitant sollicite et obtient la condamnation de l'autre à une astreinte, il craint que ses droits fondamentaux ne soient pas respectés ou a déjà essuyé un échec et subi les conséquences de celui-ci.

En l'état actuel de la législation, l'exigence de la simultanéité due au caractère accessoire de l'astreinte persiste, bien qu'elle soit inadaptée au contentieux familial qui requiert avant toutes choses dialogue, ouverture, conciliation et médiation. Cette exigence contraint les praticiens et les parties, qui voudraient se prémunir d'un échec éventuel et recourir à l'astreinte en tant que

garantie de leurs droits, à évoquer d'emblée l'éventualité de la non-exécution des décisions à intervenir, voire des voies de fait.

Et pourtant, ordonner une telle mesure coercitive "en l'absence du constat des carences répétées et volontaires du débiteur d'une obligation principale" ou "face au constat raisonnablement prévisible de la non-exécution de ladite obligation si un incitant financier sérieux n'est pas mis à charge de son débiteur de façon concomitante" constituerait "un véritable procès d'intention et partant un inadmissible apriorisme quant à sa volonté d'exécuter les décisions judiciaires prononcées à sa charge"⁴².

La solution ne serait-elle pas de solliciter l'astreinte dès l'acte introductif d'instance, en même temps que l'obligation principale, et de postuler qu'il soit réservé à statuer sur ce chef de demande accessoire, pour ne blesser aucune susceptibilité et permettre, le cas échéant, de revenir plaider la mesure de contrainte si elle devait s'avérer nécessaire?

Il serait alors souhaitable, afin d'éviter toute confusion dans le chef de la partie défenderesse et toute réaction inappropriée, d'indiquer clairement qu'il sera sollicité à l'audience de réserver à statuer sur ce chef de demande pour autant que rien ne permette de présumer que la décision ne sera pas respectée.

A défaut, un référé basé sur l'article 584 du Code judiciaire pourrait être tenté⁴³.

Suite à l'éclatement des compétences en droit familial, le magistrat appelé à statuer sur une demande d'astreinte peut constater que la décision prise par son prédécesseur n'a pas été respectée ou que le comportement de l'une ou l'autre des parties, à l'occasion des procédures précédentes, le laisse craindre.

Le premier juge du conflit familial n'a cependant pas cette opportunité dans l'état actuel des textes.

73

Divorce 2005/6

^{37.} Mons, 5 mai 1997, J.L.M.B., 1998, p. 1205.

^{38.} Anvers, 24 mars 2004, N.J.W., 2004, Livre 85, p. 1100.

^{39.} Bruxelles, 1982, Pas., 1982, II, p. 109.

^{40.} Civ. Tournai (réf.), 19 mars 1982, Rev. trim. dr. fam., 1982, p. 369.

^{41.} Liège, 23 déc. 2003, J.L.M.B., 2004, p. 651.

^{42.} Civ. Mons (réf.), 7 janv. 2005, RRF04/527/C, inédit et frappé d'appel.

^{3.} Civ. Mons (réf.), 7 janv. 2005, op. cit.

JURISPRUDENCE

L'avant-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" adopté par le conseil des Ministres le 3 décembre 2004 prévoit la saisine permanente du magistrat chargé de l'organisation de l'hébergement de l'enfant pour remédier à la difficulté.

Dans l'attente de la création d'un Tribunal de la famille, et sous peine de voir l'astreinte tomber en

désuétude et perdre ainsi tout caractère d'efficacité, il faut encourager une réforme de son régime général permettant l'examen de cette mesure indépendamment de la demande principale.

Béatrice Compagnion
Juge de Paix de Soignies-Le Roeulx

Anne-France Saudoyez
Avocat à Mons

Jurisprudence

Divorce pour cause déterminée – Effet rétroactif quant aux biens – Circonstances exceptionnelles – Prise de cours à la date de la séparation – Sans effet sur l'indemnité d'occupation

L'indemnité d'occupation fait partie du compte d'indivision après divorce et elle ne peut être considérée comme une dette contractée après la séparation de fait, ni comme un actif acquis depuis ce moment: cette indemnité n'est due qu'à partir du début de l'indivision post-communautaire pour un immeuble indivis ou propre à l'un des époux.

Il n'y a dès lors pas lieu de dire que les effets du divorce quant aux biens remonteront à la date de la séparation de fait.

Liège (1re ch.), 9 novembre 2004

Antécédents

Les parties sont divorcées sur pied de l'article 232 du Code civil. Elles s'étaient mariées le 28 août 1969 sous le régime de la communauté réduite aux acquêts selon contrat de mariage du 30 juillet 1969, passé devant Maître A. de Neuville, notaire à Liège.

La seule question qui n'a pas été tranchée par l'arrêt du 27 avril 2004 est le point de savoir s'il y a lieu en l'espèce à application de l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire, la Cour ayant dit clairement que la requête en divorce du 5 janvier 1990 ne pouvait être prise en compte comme

point de départ des effets du divorce entre époux quant à leurs biens. En conséquence, la seule date de prise de cours des effets du divorce entre époux est celle de la citation en divorce 13 juin 2002. En ordonnant la réouverture des débats, la Cour d'appel invitait les parties à s'expliquer sur les conditions d'application de l'article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire.

Discussion

Article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire

Dans ses conclusions après réouverture des débats l'intimé ne donne aucun élément concret d'appréciation quant à l'existence dans son cas de circonstances exceptionnelles, se bornant à une affirmation péremptoire et à alléguer que, depuis la séparation des parties le 13 août 1992 – date non discutée – les parties n'ont plus eu aucune communauté d'intérêt, ni de collaboration financière et que l'affectio societatis entre elles a pris fin a cette date de sorte qu'il estime qu'une indemnité d'occupation serait due par l'appelante depuis la date de la séparation de fait, d'autant plus, selon sa thèse, que l'immeuble où a vécu l'appelante est un immeuble lui appartenant en propre.

L'intimé fait une mauvaise lecture de l'alinéa 4 de l'article 1278 du Code judiciaire car il n'y est nullement mentionné que d'une manière générale les effets du divorce remontent à la date de la séparation effective mais uniquement que, lorsque l'équité l'exige et qu'il existe des circonstances exceptionnelles, le juge peut décider qu' «il ne sera pas tenu compte dans la liquidation de la commu-

74 Editions Kluwer