

Advies 537

Deskundigen - magistraat

Een vrederechter stelt een advocaat aan als 'juridisch adviseur', niet als gerechtsdeskundige. De bepalingen ter zake van het gerechtelijk wetboek zijn niet van toepassing - een rechter heeft niet de bevoegdheid om de beoordeling van juridische kwesties te delegeren aan een derde: artikel 11, eerste lid Ger. W. (verbod op overdracht van rechtsmacht) - een advocaat mag optreden tegen een advocaat die verbonden is aan dezelfde balie (artikel VI.2.1 van de Codex Deontologie voor Advocaten).

Vraag:

De vrederechter stelt in een beschikking mr. X van uw balie aan als juridisch adviseur in een dossier betreffende de mogelijke aansprakelijkheid van onder meer voorlopig bewindvoerder mr. Y, tevens lid van uw balie.

Mr. X heeft hierbij deontologische bedenkingen. U heeft voorafgaand aan de betreffende vrederechter gesuggereerd om iemand van buiten de balie van ... aan te stellen.

U vraagt mijn advies hierover.

Advies:

1.

Vooreerst lijkt het mij nuttig de concrete opdracht aan mr. X te vermelden:

"(...) met opdracht: "kennis te nemen van het dossier en van de taken dewelke op elkaar volgend werden opgedragen aan de notarissen A en B, aan wijlen de heer J.C. C, en navolgend aan Mr. Y, en na dit te hebben geanalyseerd,

De hoger omschreven vragen te onderzoeken om vervolgens een beoordeling te verwoorden; om aldus na te gaan of de door de voornoemden (niet) gestelde handelingen beantwoorden aan datgene wat van een normaal handelend bewindvoerder, resp. familielid en professioneel bewindvoerder, alsmede een notaris, geplaatst in dezelfde omstandigheden kan worden verwacht; om de mogelijke tekorten en fouten te omschrijven; te adviseren inzake wat desgevallend nog kan ondernomen worden ten aanzien van de nalatenschap, resp. de notarissen

en de bewindvoerder; te adviseren inzake verantwoordelijkheden alsmede inzake het veroorzaakte nadeel,

nopens dit alles een gemotiveerd verslag op te maken, ter griffie neer te leggen binnen een redelijke termijn, onder voeging van een kostenstaat, (...)"

Dit zijn de 'hoger omschreven vragen' die mr. X moet onderzoeken om vervolgens een beoordeling te verwoorden:

" werden er tekorten gemaakt in hoofde van de notarissen en/of de overleden eerste bewindvoerder?*

** m.a.w., nu de gelden kennelijk niet (meer) op enige rekening aanwezig zijn, komt de aansprakelijkheid van de "instrumenterende" notaris/sen in het gedrang doordat het aandeel van de beschermde inzake de verkoop van de woning niet door zijn/hun toedoen geplaatst werd op een geblokkeerde spaarrekening? Alsmede wat betreft de vereffening en verdeling van de banktegoeden?*

** komt de aansprakelijkheid van de overleden bewindvoerder in het gedrang (door niet plaatsing der gelden zowel uit onroerende als roerende herkomst op een ten name van de beschermde geblokkeerde rekening) en door het kennelijk navolgend verlies der gelden, inzonderheid bij gebreke aan enige verantwoording?*

** desgevallend, is er nog een mogelijkheid tot opvordering lastens hetzij de notarissen (verzekering) dan wel lastens de nalatenschap of is de verjaring ingetreden?*

** komt de aansprakelijkheid van Mr. Y in het gedrang doordat er kennelijk geen initiatief genomen werd ten aanzien van én/of de nalatenschap én/of de notarissen, hetzij tot verhaal hetzij minstens tot tijdige stuiting van de verjaring; onverminderd als gevolg van een mogelijk gebrek aan benaerstiging over langere tijd?"*

2.

Ik merk op dat de vrederechter mr. X aanstelt als 'juridisch adviseur'. Uit de beschikking blijkt niet dat hij als gerechtsdeskundige wordt aangesteld. De bepalingen ter zake van het gerechtelijk wetboek zijn dan ook niet van toepassing.

Dit lijkt mij des te meer het geval te zijn nu de beschikking geen partijen vermeldt. Een deskundigenopdracht moet ten uitvoer worden gelegd door een partij. Enige partij ontbreekt in deze zaak, zodat niemand een dergelijke beschikking ten uitvoer kan leggen. Dit hangt samen met een navolgende opmerking (zie infra).

3.

De legitimiteit van het aanstellen van een 'juridisch adviseur' dient in vraag gesteld te worden. Een rechter heeft immers niet de bevoegdheid om de beoordeling van juridische kwesties te delegeren aan een derde. In dit verband wijs ik op artikel 11, eerste lid Ger. W., volgens hetwelk rechters hun rechtsmacht niet kunnen overdragen.



Niettegenstaande – zoals hierboven reeds gezegd – mr. X niet werd aangesteld als deskundige, meen ik dat bij uitbreiding verwezen kan worden naar onder meer Cassatierechtspraak en doctrine inzake overdracht van rechtsmacht bij deskundigenonderzoek. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat het door de rechter bevolen deskundigenonderzoek enkel feitelijke vaststellingen of technisch advies tot voorwerp kan hebben en de rechter zijn rechtsmacht overdraagt wanneer aan de gerechtsdeskundige opdracht is gegeven een advies te verstrekken over de gegrondheid van de vordering (Cass. 1 oktober 2010 en Cass. 15 november 2012, www.cass.be).

De rechter mag de deskundige aldus de opdracht geven om feitelijke vaststellingen te doen of technisch advies te geven, zodat hij de toepasselijke rechtsregels kan toepassen.

Om na te gaan of de rechter desgevallend zijn rechtsmacht heeft overgedragen, moet de formulering van de opdracht in haar geheel bekeken worden en moeten alle gegevens in acht genomen worden, zoals de motieven, de techniciteit en de context waarin de gerechtsdeskundige (*in casu* de ‘juridisch adviseur’) met de opdracht wordt belast.

In het verleden gaf een rechter een expert de opdracht te bepalen wat de aansprakelijkheid is van elk van de partijen. Hij paste nadien zijn opdracht als volgt aan: “*alle technische gegevens aan te leveren die de bodemrechter in staat moeten stellen de eventuele aansprakelijkheden te bepalen.*” (Voorz. Rb. Luik 12 september 1995, *RGAR* 1997, nr. 12741, zoals aangehaald in D. LINDEMANS, “*Artikel 11 Ger. W.*”, in X., *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I, Deel I, Hfdst. I, Ger.W. Art. 11-1 - Ger.W. Art. 11-12, 2010, Mechelen, Kluwer*, nr. 5, p. 5.)

De vraag rijst wanneer de deskundige ‘adviseert’ over een geschilpunt en wanneer hij het ‘beoordeelt’. Volgens LINDEMANS kan het niet enkel een kwestie van woordgebruik zijn: de rechter moet ook inhoudelijk zijn rechtsmacht overgedragen hebben, d.w.z. niet zelf uitspraak hebben willen doen over geschilpunten waarover hij moest oordelen, maar de beoordeling ervan heeft ‘doorgeschoven’ naar de deskundige. Bovendien moet de deskundige zich die taak hebben toegemeten.

Zelfs wanneer de rechter een verder reikende opdracht zou hebben gegeven, is het niet evident om te spreken van een schending van artikel 11, lid 1 Ger. W. als de rechter nadien uit het deskundig verslag slechts de elementen haalt die de deskundige wettig kon aanbrengen, en hij voor het overige zelf uitspraak doet over het geschil. Volgens het Hof van Cassatie kan immers een deskundigenopdracht deels geldig en deels nietig zijn. (D. LINDEMANS, *o.c.*, nr. 6, p. 6-7.)

Wanneer *in casu* naar de opdracht van de vrederechter aan mr. X wordt gekeken, komt het mij voor dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van overdracht van rechtsmacht. Zo vraagt de vrederechter uitdrukkelijk of de aansprakelijkheid van de ‘instrumenterende’ notaris/sen, van de overleden bewindvoerder en van mr. Y in het gedrang komt. Dit is een rechtsvraag waarover de rechter moet oordelen.

Daarnaast stelt de vrederechter: “*de hoger omschreven vragen te onderzoeken om vervolgens een beoordeling te verwoorden; (...)*”(eigen onderlijning). Ook hiermee doelt de vrederechter op het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag door mr. X.

Ik merk op dat de mogelijke overdracht van rechtsmacht in de voorliggende zaak des te frappanter is daar uit de beschikking blijkt dat de vrederechter zich ambtshalve heeft gevat. Waar een rechter ambtshalve een deskundige kan aanstellen kan dit enkel in het kader van een geschil tussen partijen waarin een rechter uitspraak moet doen. Ik moet evenwel vaststellen dat in de beschikking geen



sprake is van enig geschil, laat staan dat uit de beschikking zou kunnen worden opgemaakt welk geschil hangende is tussen welke partijen.

Een bedenking die zou kunnen gemaakt worden is of er al dan niet moedwillig over het hoofd is gezien dat in de tijd dat de broer voorlopig bewindvoerder was, er voldoende controle is uitgeoefend door de bevoegde overheid belast met de controle op de voorlopige bewindvoerders en *in casu* de broer-voorlopige bewindvoerder, te meer deze belast leek te zijn met het stellen van een rechtshandeling.

4.

De vraag rijst vervolgens wat mr. X eventueel zou kunnen doen.

Hoewel het mij niet toekomt hierover te 'oordelen', zou ik voorzichtig durven suggereren om ofwel derdenverzet aan te tekenen en de vrederechter te wraken, ofwel geen gevolg te geven aan de opdracht wegens strijdigheid met artikel 11, eerste lid Ger. W.

5.

Tot slot wens ik even terug te komen op uw voorafgaande suggestie aan de betrokken vrederechter om iemand van buiten de balie van ... aan te stellen.

In dit verband wijs ik op artikel VI.2.1 van de Codex Deontologie voor Advocaten:

“De advocaat mag optreden tegen een advocaat die verbonden is aan dezelfde balie.”

In casu zou mr. X evenwel niet optreden als raadsman tegen mr. Y, doch mijns inziens kan deze bepaling bij uitbreiding in de voorliggende zaak toegepast worden.

Het zou mij overigens niet verbazen mocht bij het uitwerken van een deontologische code voor experten, men een onverenigbaarheid zou voorzien tussen advocaat en expert, minstens zou dit het overwegen waard zijn.

Jacques Van Mallegheem
Bestuurder departement deontologie

28 juli 2015

