

Advies 570

Magistraat - onverenigbaarheden - raad van de Orde - onafhankelijkheid - rechtschapenheid - partijdigheid

Een advocaat zetelt als werkend magistraat en niet als plaatsvervangend vrederechter. Het betreft een absolute onverenigbaarheid waarover de raad van de Orde moet oordelen, maar waarvan zij geen vrijstelling kan verlenen. De onverenigbaarheid is ingegeven door de onafhankelijkheid van de advocaat en de waardigheid van de balie

De onafhankelijkheid vereist dat het de taak van de advocaat is om elke mogelijkheid tot verwarring met zijn optreden in hoedanigheid van magistraat, te vermijden en dit zowel in hoofde van zijn cliënt als van derden. Wanneer men enerzijds als advocaat optreedt voor een partij in een bepaald dossier en anderzijds als magistraat oordeelt, geoordeeld heeft of nog te oordelen heeft over de tegenpartij van zijn cliënt - ook al is dat in een ander dossier - creëert men verwarring tussen de twee hoedanigheden waarin men optreedt met betrekking tot eenzelfde partij. Dergelijke verwarring moet vermeden worden door de advocaat; zelfs de enkele mogelijkheid tot verwarring volstaat om terughoudend te zijn. Enige schijn van een gebrek aan onafhankelijkheid volstaat.

De onafhankelijkheid van de advocaat vereist tevens enerzijds dat hij kritisch de rechtspraak benadert en de door de 'werkende rechter' tot stand gebrachte rechtspraak in vraag kan stellen en anderzijds dat de advocaat geen moreel belang mag hebben bij de zaak. De advocaat mag dan ook in zijn advies niet geremd zijn door eerder door hem uitgesproken vonnissen.

De beroepsuitoefening van de advocaat moet gestoeld zijn op de maximale verdediging van de belangen van zijn cliënt. Deze plicht tot partijdigheid gaat regelrecht in tegen de vereiste onpartijdigheid van een magistraat.

Vraag:

Een stafhouder vraagt advies met betrekking tot volgende aangelegenheid.

Mr. A van balie X is sedert 01.01.2016 werkend rechter bij het vrederecht van het kanton ... en zetelt aldus 'actief' (ze zetelt wekelijks, zowel in openbare zittingen als in raadkamer). De voorheen zetelende vrederechter is op rust vanaf dezelfde datum. De plaats is nog niet open verklaard.

Mr. A oefent echter nog steeds het beroep van advocaat actief uit.

Thans is een incident gerezen tussen mr. A en mr. B van uw balie.

Mr. B is de raadsman van de vzw C in een dossier waarin mr. A optreedt als de raadsman van de tegenpartij.

Mr. A heeft in het verleden als werkend vrederechter reeds vorderingen van de vzw C behandeld.

Volgens mr. B kan mr. A *in casu* niet optreden. Mr. A daarentegen meent dat zij kan optreden als raadsman van de tegenpartij in de voorliggende zaak, maar dat het dossier door een plaatsvervangende vrederechter moet behandeld worden.

De voorzitter van vrede- en politierechters deelt de visie van mr. A.

* * *

Vraag tot bijkomend advies:

U maakt de brief d.d.6 juli 2016 van mr. A over waarin zij niet akkoord gaat met mijn advies van 28 juni 2016. Mr. A stelt in haar brief d.d. 6 juli 2016 dat zij als werkend vrederechter van het kanton ..., tot tweemaal toe heeft gezeteld in de betrokken zaak met het oog op een uitstel van de zaak. U treedt haar bij en meent dat het verstrekkende gevolgen kan hebben voor advocaten die eveneens werkend of plaatsvervangend rechter zijn. U vraagt dan ook om de casus te herbekijken.

Advies:

Voorafgaand merk ik op dat mr. A zetelt als werkend magistraat en niet als plaatsvervangend vrederechter. De functie van plaatsvervangend vrederechter is in principe niet onverenigbaar met het beroep van advocaat. De advocaat-plaatsvervangend rechter moet er wel voor waken dat zijn handelswijze geen vragen doet rijzen over de onafhankelijkheid van het gerecht; hij kan niet zijn zitting schorsen om tussendoor een eigen zaak te pleiten voor de rechtsmacht die hij voorziet. (J. STEVENS, *Advocatuur. Regels & deontologie*, Mechelen, Kluwer, 2015, 382, nr. 532.).

Ik breng u artikel 437, lid 1, 1° Ger. W. in herinnering, dat luidt als volgt:

“Het beroep van advocaat is onverenigbaar:

1° met het beroep van werkend magistraat, van griffier en van staatsambtenaar;” (eigen onderlijning)

Het betreft hier een absolute onverenigbaarheid waarover de raad van de Orde moet oordelen, maar waarvan zij geen vrijstelling kan verlenen. De raad van de Orde heeft met andere woorden geen beoordelingsmarge, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de onverenigbaarheid met bezoldigde betrekkingen of werkzaamheden (artikel 437, lid 1, 4° Ger. W.).

De onverenigbaarheid is ingegeven door de onafhankelijkheid van de advocaat en de waardigheid van de balie. Wat betreft de *waardigheid* van de balie, stelt er zich mijns inziens *in casu* geen enkel probleem.



Artikel 455 Ger. W. bepaalt:

“De raad van de Orde heeft de opdracht om de eer van de Orde van advocaten op te houden en de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep van advocaat ten grondslag liggen en een behoorlijke beroepsuitoefening moeten waarborgen, te handhaven.”

Volgens artikel 455 Ger. W. is het beroep van advocaat gebaseerd op de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid (vgl. zie GwH 26 september 2013, nr. 127/2013, r.o. B.28.1).

Rechtschapenheid vereist dat de advocaat zich onthoudt in alle omstandigheden te kiezen of in een situatie te verkeren waarin hij een particulier belang moet kiezen boven het superieure belang waarvan hij de last draagt (vgl. J.-M. BRIGANT, *Contribution à l'étude de la probité*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p. 238 nr. 382).

Bepaalde functies die advocaten uitoefenen naast hun beroep van advocaat nopen hen ertoe terughoudend te zijn bij het aanvaarden van bepaalde zaken. Dit is niet alleen zo voor advocaten-plaatsvervangende rechters, maar eveneens voor advocaten die gerechtelijke mandaten aanvaarden. Zo zal een curator niet als raadsman optreden voor een rechter-commissaris van één van zijn faillissementen (vgl. P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat*, p. 389). In Frankrijk gaat men (terecht) verder. De hoogleraar aan een staatsuniversiteit kan niet optreden tegen de Staat, onder meer in een zaak van fiscale fraude (J. HAMELIN en A. DAMIEN, “Les règles de la profession d'avocat”, 1987, die verwijzen naar een arrest van de Raad van State, *Gaz. Palais*, 1977, I, 59).

Ook het EHRM gaat uit van de specificiteit van het beroep van advocaat waardoor bijzondere regels in acht moeten worden genomen (EHRM 24 februari 1994 (Casado Coca vs. Spanje) <http://www.echr.coe.int>; JLMB 1995, 332, noot MISSON, L., r.o. 54).

Het is de plicht tot rechtschapenheid - wat mede een vorm van terughoudendheid impliceert - naast de plicht tot onafhankelijkheid en partijdigheid die de advocaat verplichten om kritisch iedere vraag tot consult en verdediging te benaderen en desgevallend de zaak te weigeren (vgl. i.v.m. marktregels vs. deontologie: MARTERNS, P., “L'avocat, le droit, la déontologie et le marché”, in X., *Liber Amicorum J. Van Den Heuvel*, p.97 e.v. meer bepaald p. 105).

Wat betreft de *onafhankelijkheid* van de advocaat - die als een principe van openbare orde wordt beschouwd - merk ik op dat die moet gelden zowel ten overstaan van de overheid als van particuliere belangen. (J. STEVENS, *o.c.*, 381-382, nrs. 530 en 531.)

Het komt mij voor dat de onafhankelijkheid vereist dat het de taak van de advocaat is om elke mogelijkheid tot verwarring met zijn optreden in hoedanigheid van magistraat, te vermijden en dit zowel in hoofde van zijn cliënt als van derden. Wanneer men enerzijds als advocaat optreedt voor een partij in een bepaald dossier (*in casu* voor de tegenpartij van de vzw C) en anderzijds als magistraat oordeelt, geoordeeld heeft of nog te oordelen heeft over de tegenpartij van zijn cliënt (*in casu* de vzw C) - ook al is dat in een ander dossier - creëert men verwarring tussen de twee hoedanigheden waarin men optreedt met betrekking tot eenzelfde partij. Dergelijke verwarring moet vermeden worden door de advocaat; zelfs de enkele mogelijkheid tot verwarring volstaat om terughoudend te zijn. Enige schijn van een gebrek aan onafhankelijkheid volstaat. Zo moet men door de ogen van de rechtzoekende zelf (niet alleen in de zin van ‘zijn cliënt’, maar ook in de zin van ‘de tegenpartij’ zoals *in casu* (vzw C) kijken om te zien of er een schijn is, een schijn die tegen de



instelling van het gerecht zou kunnen spelen. Met andere woorden, “*justice must be seen to be done not only to be done*” (adviezen 226 en 437 van het departement deontologie).

Uit de brief van mr. B d.d. 18 april 2016 blijkt dat mr. A als magistraat reeds geoordeeld heeft over invorderingen ingesteld in opdracht van de vzw C. Ik meen uit dezelfde brief te kunnen afleiden dat het in het voorliggende geval tevens een invorderingsdossier betreft. Zoals mr. B terecht schrijft zal zijn cliënt (de vzw C) geconfronteerd worden met enerzijds vonnissen van mr. A in haar hoedanigheid van vrederechter (die aldus de vorderingen van de vzw C beoordeelt) en anderzijds een vonnis waarin mr. A optreedt als raadsman van de tegenpartij van de vzw C. Ik kan me dan ook niet van de indruk ontdoen dat er hier toch minstens sprake kan zijn van enige schijn van een gebrek aan onafhankelijkheid.

De noodzakelijke onafhankelijkheid van de advocaat vereist enerzijds dat hij kritisch de rechtspraak benadert en desgevallend de door de ‘werkende rechter’ tot stand gebrachte rechtspraak in vraag kan stellen en anderzijds dat de advocaat geen moreel belang mag hebben bij de zaak (vgl. LAMBERT, P., *Les règles et usages de la profession d’avocat*, 1994, p. 388). De advocaat mag dan ook in zijn advies niet geremd zijn door eerder door hem uitgesproken vonnissen. Deze onafhankelijkheid lijkt *in casu* in hoofde van mr. A moeilijk voorhanden te zijn.

Verder wens ik er nog op te wijzen dat een andere kernwaarde van de advocatuur de *partijdigheid* is. De beroepsuitoefening van de advocaat dient gestoeld te zijn op de maximale verdediging van de belangen van zijn cliënt en van niemand anders. Deze maximale verdediging is een deontologische plicht. Indien de advocaat deze plicht niet ernstig neemt, begaat hij een deontologische fout. (J. STEVENS, *o.c.*, 1153, nr. 1420). Deze plicht tot partijdigheid gaat regelrecht in tegen de vereiste onpartijdigheid van een magistraat.

Het feit dat een rechter een andere functie uitoefent of uitgeoefend heeft, kan vragen oproepen naar zijn partijdigheid. Het EHRM definieert ‘de onpartijdigheid’ - zoals opgenomen in artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR - als ‘de afwezigheid van enig vooroordeel of vooringenomenheid’. (E. JANSSENS, “Cumulatie advocaat en plaatsvervangend magistraat”, in X., *Liber Amicorum J. Stevens*, Brugge, die Keure 2011, 388).

De vraag rijst of mr. A volledig partijdig haar cliënt kan verdedigen in het licht van de kennis over de vzw C die ze onvermijdelijk heeft vergaard als magistraat, temeer het hier vermoedelijk ook gaat over een invorderingsdossier (zoals de dossiers waarin ze reeds heeft gevonnist als vrederechter). De vraag kan ook andersom gesteld worden (al dient u als stafhouder hierover niet te oordelen): kan mr. A nog onpartijdig oordelen als vrederechter in invorderingsdossiers van de vzw C, nu ze als raadsman van de tegenpartij van de vzw C is opgetreden?

In dit verband wil ik u het arrest Wettstein van het EHRM niet onthouden (EHRM nr. 33958/96, 21 december 2000 (Wettstein / Zwitserland), <http://www.echr.coe.int>). De verzoeker beklagde zich over het gebrek aan onpartijdigheid van twee magistraten (advocaten die deeltijds de functie van rechter waarnemen) in het kader van de administratieve rechtspleging waarin hij partij was. De magistraten waren in een ander rechtsgeding opgetreden als advocaat tegen de verzoeker, de ene rechtstreeks in zijn hoedanigheid van advocaat en de andere via zijn medewerker. Het recht te worden gehoord door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, dat wordt gegarandeerd door art. 6.1 E.V.R.M., werd volgens het EHRM geschonden.



Zoals een plaatsvervangend rechter zich onbewust kan laten inspireren door zijn specialisatie of zijn praktijkbelangen als advocaat, kan een advocaat zich eveneens onbewust laten beïnvloeden door de vonnissen die hijzelf heeft opgesteld waardoor zijn noodzakelijke partijdigheid en onafhankelijkheid niet ten volle kan worden gegarandeerd (vgl. E. JANSSENS, *o.c.*, p. 385 e.v. meer bepaald p. 401).

Ik meen dan ook te kunnen besluiten dat er *in casu* enerzijds sprake is van een gebrek aan onafhankelijkheid in hoofde van mr. A, minstens van enige schijn van een gebrek aan onafhankelijkheid. Anderzijds is er onvoldoende garantie op de vereiste van partijdigheid van een advocaat.

Ik zie mij dan ook verplicht u te adviseren dat mr. A zich als raadsman van de tegenpartij van de vzw C dient terug te trekken. Maar uiteraard komt deze beoordelingsbevoegdheid u toe.

* * *

Bijkomend advies:

1.

Ik moet het uitgebrachte advies volkomen bevestigen temeer ik in het concrete geschil mede uw aandacht moet vestigen op o.m. de cassatierechtspraak uit 1975 (die nadien nog is herhaald) (Cass. 13 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 191.):

“Overwegende dat de advocaat die de beklagde heeft vertegenwoordigd, in dezelfde zaak het ambt van rechter niet mag waarnemen;

Overwegende dat die onregelmatigheid in de samenstelling van de correctionele rechtbank een reden tot wraking oplevert;

Overwegende dat uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat eiser die onregelmatigheid voor de feitenrechter heeft opgeworpen;

Overwegende dat het middel dat steunt op de aanwezigheid van een reden tot wraking van de rechter niet voor de eerste maal voor het Hof mag worden aangevoerd, tenzij de deelneming van die rechter aan de beslissing een voor de rechtsbedeling essentiële regel schendt;

Overwegende dat het algemene rechtsbeginsel, volgens hetwelk niemand tegelijkertijd rechter en partij in eenzelfde zaak mag zijn en dat wordt gehuldigd met name in de artikelen 292, 293, 297 en 304 van het Gerechtelijk Wetboek, dergelijke regel oplevert;

Overwegende dat dit beginsel de openbare orde raakt; dat de miskennis ervan de nietigheid van het bestreden vonnis ten gevolge heeft;

Dat het middel gegrond is.”

2.

Daarnaast wens ik te benadrukken dat mijn advies van 28 juni 2016 betrekking heeft op de vraag naar de verenigbaarheid tussen de functie van advocaat en werkend magistraat en niet plaatsvervangend magistraat.

In dit verband wijs ik er dan ook op dat artikel 437, lid 1, 1° Ger. W. voldoende duidelijk is en niet openstaat voor enige andere interpretatie: het beroep van advocaat is absoluut onverenigbaar met het beroep van werkend magistraat. De raad van de Orde kan hiervan geen vrijstelling verlenen. Het is me dan ook een raadsel waarom mr. A het volgende stelt:



“Het is nu eenmaal aanvaard dat men als werkend Rechter tevens nog het beroep uitoefent van advocaat, hetgeen impliceert dat men voortdurend wisselt van petje.” (eigen onderlijning)

Wanneer men de functie van werkend magistraat wenst uit te oefenen, dient men onvermijdelijk de keuze te maken. Dit betekent dat men, als men kiest voor de magistratuur, zijn weglating van het tableau moet vragen. Eten van twee walletjes is niet mogelijk.

3.

Wat de cumulatie van functies betreft (want daar gaat het *in casu* toch om), wil ik u zoals hierboven reeds aangehaald, het arrest van het Hof van Cassatie van 13 oktober 1975 (*Arr. Cass.* 1976, 191.) niet onthouden.

Uit dit arrest blijkt dat indien een magistraat in eenzelfde zaak tevens is opgetreden als advocaat, een essentiële regel geschonden wordt, met name het rechtsbeginsel volgens hetwelk men niet tegelijk rechter en partij mag zijn (zoals opgenomen in artikel 292 Ger. W.). Het gaat hier om een regel van openbare orde.

In casu blijkt zowel uit de brief van mr. B aan u d.d. 17 juni 2016 als uit de brief van mr. A d.d. 6 juli 2016 dat mr. A tot tweemaal toe is blijven zitten als vrederechter in de betrokken zaak - waarin ze als raadsman van de tegenpartij van de vzw C optreedt - en uitstel heeft verleend.

Hoewel het mij niet toekomt uitspraak te doen over een mogelijke schending van het rechtsbeginsel dat men niet tegelijk partij en rechter kan zijn, herhaal ik dat de noodzakelijke onafhankelijkheid van de advocaat vereist dat hij enerzijds kritisch de rechtspraak benadert en desgevallend de door de ‘werkende rechter’ tot stand gebrachte rechtspraak in vraag kan stellen en dat hij anderzijds geen moreel belang mag hebben bij de zaak (vgl. LAMBERT, P., *Les règles et usages de la profession d’avocat*, 1994, p. 388). De advocaat mag dan ook in zijn advies niet geremd zijn door eerder door hem uitgesproken vonnissen. Deze onafhankelijkheid lijkt *in casu* in hoofde van mr. A moeilijk voorhanden te zijn.

Het zal u niet onbekend zijn dat er in het gerechtsdossier zogenaamde zittingsbladen zijn aan te treffen. Het is dus uitgesloten dat een fysische persoon in eenzelfde dossier eenmaal als vrederechter op het zittingsblad wordt vermeld en op een ander ogenblik als raadsman van één van de partijen. Gelet op de brief d.d. 6 juli 2016 van mr. A kan dit niet anders, want mocht dit niet het geval zijn dan staat men voor een zeer zwaarwichtig feit.

Hoe hierover maar de minste twijfel zou kunnen bestaan is voor mij een onverklaarbaar raadsel, tenzij de beginselen van de rechtstaat ‘à la tête du client’ en dus naar eenieders willekeur, zouden worden toegepast of niet toegepast.

Ik ben eveneens verplicht u te wijzen op de beginselen die het toenmalige Arbitragehof heeft herhaald in zijn arrest van 3 maart 1999 bij de beoordeling van de invoering van de functie van plaatsvervangende raadsheren in de hoven van beroep (arrest nr. 29/1999):

“B.5.8

Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepalingen blijkt dat de wetgever zich bewust was van de mogelijke nadelen verbonden aan de aanwezigheid van advocaten plaatsvervangende raadsheren in de aanvullende kamers. Het is immers niet denkbeeldig dat



*hun aanwezigheid in de aanvullende kamers zou kunnen leiden tot een **functieverwarring** tussen de rechter en de advocaat en tot **belangenverstrengeling**, wat twijfels zou kunnen oproepen omtrent de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het rechtscollege, alhoewel laatstgenoemd risico aanzienlijk is getemperd door het toezicht uitgeoefend door het Hof van Cassatie op de rechtspraak.” (eigen onderlijning en markering in vetjes)*

In overweging B.5.9 stelt het toenmalige Arbitragehof:

“Bovendien is de taak van de aanvullende kamers beperkt tot het wegwerken van de actuele achterstand. In zoverre het gaat om uitzonderlijke maatregelen, die zich tot die doelstelling beperken en die in de tijd zijn beperkt, kunnen zij worden verantwoord, terwijl dat niet het geval zou zijn voor het handhaven van dergelijke maatregelen om een achterstand weg te werken die structureel zou zijn geworden.”

Men kan zich dan ook niet beroepen op de structurele problemen om toepassing om artikel 437, lid 1, 1° Ger. W. te omzeilen.

Er is *in casu* geen sprake van “beperkte opdracht” zoals in het arrest van het Arbitragehof van 3 maart 1999, noch van overmacht in hoofde van de overheid. Daarenboven is er sprake van een alleenrechtsprekend magistraat (in tegenstelling tot plaatsvervangende raadsheren die onder voorzitterschap van een professioneel magistraat zetelen) waardoor - zeker in de laagste rechtscolleges die dicht bij de bevolking staan - het gevaar op functieverwarring en belangenverstrengeling reëel is.

De onafhankelijkheid van de advocaat bestaat er ook in dat hij niet gelijk wat en wanneer doet. Deze vereiste van onafhankelijkheid is des te groter (en vormt dan ook een last of een reëel nadeel als advocaat) voor een advocaat plaatsvervangend rechter die geroepen wordt de taak van plaatsvervangend rechter daadwerkelijk uit te oefenen. Dit is *a fortiori* nog meer het geval wanneer men ‘werkend rechter’ is.

4.

Ik vrees dat de argumenten van mr. A mij helemaal niet kunnen overtuigen om mijn advies d.d. 20 en 28 juni 2016 - volgens hetwelk mr. A zich dient terug te trekken uit de zaak - ook maar enigszins te wijzigen.

Jacques Van Mallegheem
Bestuurder departement deontologie

20 juni 2016 en 11 augustus 2016

