

Advies 588

Tuchtprocedure - juridische tweedelijsbijstand

De procedure zoals in tucht houdt in dat wat de procedure betreft men moet handelen alsof het een tuchtzaak betreft, maar het doel van de procedure is eerder van administratieve aard. Dit impliceert de naleving van de rechten van de verdediging.

Hoewel de redenen van een eventuele weglating van de lijst tweedelijsbijstand de criteria van de doeltreffendheid en de kwaliteit van de verstrekte diensten en/of de niet-naleving van de art. 508/9 508/14 eerste en derde lid en 508/16 kan overstijgen, is de opname c.q. weglating van de lijst een administratieve beslissing uitsluitend ingegeven door voormelde twee criteria en het in de toekomst goed functioneren van de tweedelijsbijstand.

Door de formulering van de oproeping van de betrokken advocaat om te verschijnen voor de raad van de Orde zetelend zoals in tucht moet ook blijken dat de voor de raad van de Orde te voeren discussie enkel de doelgebonden bevoegdheid van de raad van de Orde betreft. Wanneer de doeltreffendheid en de kwaliteit niet aan de orde zijn, kan enkel de tuchtprocedure worden gehanteerd.

Advies:

U maakt mij de sententie over van de tuchtraad van beroep van 15 maart 2016.

Deze sententie was mij niet bekend.

Hiertegen zou geen verhaal zijn geformuleerd.

Een verhaal zou ook moeilijk kunnen nu enkel het uitzonderlijk rechtsmiddel van cassatie openstaat tegen een sententie van de tuchtraad van beroep.

Hoewel thans een principiële zaak hangende is voor het Hof van Cassatie waar de OVB voorhoudt tegen de sententies van de tuchtraad van beroep cassatie te kunnen instellen, verlangt de OVB een uitspraak af te wachten alvorens nieuwe voorzieningen in te stellen, tenzij er werkelijk zeer belangrijke principes zouden moeten verdedigd worden.

Een analyse van de sententie van 15 maart 2016 leert dat de betrokken stafhouder geen beroep heeft ingesteld, zelfs niet ten conservatoire titel. Een voorziening van zijn kant was dan ook uitgesloten nu hij geen partij was in graad van hoger beroep.

Uit de sententie valt evenmin af te leiden of de stafhouder werd gehoord in graad van hoger beroep.

Eén en ander maakt dat het moeilijk is om tegen dergelijke sententies cassatievoorzieningen in te stellen.

Het departement staat de stafhouders in dat verband bij en verstrekt advies in de korst mogelijke tijd opdat u als stafhouder desgevallend de nodige stappen kan ondernemen.

Er stellen zich wel problemen tussen enerzijds de "procedure zoals in tucht" en anderzijds de eigenlijke "tuchtprocedure".

Het is evident dat feiten die onder de tucht vallen, niet kunnen worden "aangepakt" door een procedure zoals in tucht.

Beide procedures dienen goed te worden onderscheiden. Een procedure zoals in tucht beoogt geen sanctie op te leggen voor een deontologische inbreuk. Daartoe is enkel en alleen de tuchtprocedure dienstig.

De procedure zoals in tucht houdt in feite in dat wat de procedure betreft men hoort te handelen alsof het een tuchtzaak betreft, maar dat het doel van de procedure eerder van administratieve aard is.

Kennelijke kwaliteitsnormen negeren c.q. wetteksten niet toepassen kan aanleiding geven tot het weglaten c.q. niet toelaten op een lijst van advocaten belast met juridische bijstand zoals omschreven in de art. 508 Ger. W.

Een ander doel van een administratieve beslissing zou kunnen zijn een advocaat, hetzij niet toelaten tot de lijst van de advocaten-patroons, hetzij een advocaat van deze lijst weglaten. Een dergelijke beslissing is ook van administratieve aard en houdt geen sanctie in voor een deontologisch onverantwoord gedrag.

Administratieve beslissingen kunnen wel een impact hebben op de reputatie van de betrokken advocaat.

Dit is de reden dat de advocaat - voorwerp van de mogelijke administratieve beslissing - zijn standpunt moet laten kennen, minstens de gelegenheid daartoe moet geboden worden.

Mogelijkerwijs kan zijn standpunt reeds voor gevolg hebben dat men niet eens meer overweegt een administratieve maatregel te moeten nemen.

Voor het overige moet in de regel alles zoals in tucht worden nageleefd.

Art. 508/8 Ger. W. bepaalt:

"De Orde van Advocaten ziet toe op de doeltreffendheid en de kwaliteit van de prestaties verricht door de advocaten in het kader van de juridische tweedelijnsbijstand, alsook op de regelmatigheid van de stappen ondernomen op grond van de artikelen 508/9, 508/14, eerste en derde lid, en 508/19, § 2.



Onverminderd de tuchtrechtelijke vervolgingen kan de raad van de Orde in geval van tekortkoming en volgens de bij de artikelen 458 tot 463 bepaalde procedure, de handhaving van de advocaat op de in artikel 508/7 bedoelde lijst afhankelijk stellen van de naleving van de voorwaarden die hij bepaalt, diens inschrijving op die lijst schorsen gedurende een periode van acht dagen tot drie jaar of hem eruit weglaten.

Bij niet-naleving van de voorwaarden bepaald door de raad van de Orde overeenkomstig het tweede lid, roept de stafhouder de advocaat voor de raad van de Orde op om een andere maatregel waarin is voorzien in hetzelfde lid, te doen uitspreken.

Behoudens andersluidende beslissing van de raad van de Orde, heeft de in het tweede lid bedoelde maatregel van schorsing geen gevolgen voor de aanstellingen die werden verricht bij het bureau voor juridische bijstand vóór zijn inwerkingtreding.

In geval van weglating, wordt de advocaat van de behandeling van zijn dossiers in het kader van de juridische tweedelijnsbijstand ontlast, behoudens andersluidende beslissing van de raad van de Orde. Het bureau voor juridische bijstand wijst een nieuwe advocaat aan. De advocaat kan vragen om zijn wederinschrijving op de in artikel 508/7 bedoelde lijst middels een met redenen omkleed verzoek, dat niet mag worden ingediend voordat een termijn van vijf jaar verstreken is sinds zijn weglating.

De beslissingen bedoeld in het tweede, vierde en vijfde lid worden met redenen omkleed. Zij zijn vatbaar voor beroep overeenkomstig artikel 432bis.”

Art. 508/7 Ger. W. bepaalt:

“3[De Orde van Advocaten stelt, volgens de nadere regels en de voorwaarden die zij bepaalt, een lijst op met de advocaten die in hoofdorde of in bijkomende orde prestaties wensen te verrichten in het kader van de door het bureau voor juridische bijstand georganiseerde juridische tweedelijnsbijstand en ze houdt deze lijst bij. De Orde kan in de verplichte inschrijving van advocaten voorzien voor zover noodzakelijk voor de doeltreffendheid van de juridische bijstand.]3

De lijst vermeldt de voorkeurmateries die de advocaten opgeven en die zij staven of waarvoor zij zich ertoe verbinden een opleiding te volgen die door de Raad van de Orde of de in de artikel 488 bedoelde overheden wordt georganiseerd.

Tegen de weigering tot inschrijving op de lijst kan beroep worden ingesteld overeenkomstig 2[artikel 432bis]2.

Het bureau zendt de lijst van de advocaten over aan de commissie voor juridische bijstand.]1”

Art. 432 Ger.W. bepaalt:

“Over de inschrijving op het tableau, op de lijst van de advocaten die hun beroep uitoefenen onder de beroepstitel van een andere lidstaat van de Europese Unie en voor de stage beslist de raad van de Orde, die meester is over het tableau, over voornoemde lijst en over de lijst van de stagiairs.

De weigering van inschrijving moet met redenen worden omkleed.”

En ten slotte bepaalt art. 432bis Ger. W.:

“De persoon die om inschrijving verzoekt of die het voorwerp is van een weglating 2[of van een maatregel bedoeld in artikel 508/8, tweede lid,]2 kan tegen de beslissingen genomen door de raad van de Orde hoger beroep instellen bij de tuchtraad van beroep.

Het hoger beroep wordt aan de voorzitter van de tuchtraad van beroep ter kennis gebracht bij een ter post aangetekende brief gericht binnen vijftien dagen te rekenen van de kennisgeving van de beslissing.]1”



Art. 508/8 alsmede art. 508/7 Ger. W. verwijzen beiden naar art. 432bis Ger. W. zijnde het artikel waarbij de zogenaamde “toegang tot het beroep” geregeld wordt.

De toegang tot het beroep van advocaat is geen “burgerlijk recht” (vgl. voor de tuchtstraffen Cass. 19 nov. 1993, nr. 8132; Cass. 2 november 1989, RW 1989-90, 924-929 voor de inschrijving op het tableau, Cass. 15 maart 1965, Pas. 1965, 734 e.v.; vgl. eveneens R.P.D.B., V° Ordres et Instituts professionnels, C VI, nr. 6 bis°).

M.a.w. wanneer de diplomavereisten voorhanden zijn, is er geen automatisme om toegelaten te worden tot het beroep van advocaat (vgl. sententie van de tuchtraad van Beroep Bergen, 25 augustus 1997, JT 1997, 666; Tuchtraad van Beroep Franstalig, 25 januari 2012, JLMB 2012, 358); zie ook Arbitragehof 20 februari 2002, 41/2002 inzake gereguleerde beroepen die geen vrije beroepen zijn). De Raad van de Orde kan evenwel niet om gelijk welke reden de toegang tot het beroep weigeren (vgl. Cass. 26 juni 2014, D.13.0012N, eveneens zeer leerrijk inzake apothekers Cass. 13 mei 1952, Pas. 1952, 577) zoals de Raad van de Orde niet om gelijk welke reden van het tableau kan weglaten (Cass. 19 juni 2009, D07.0014N).

De weigering om een doctor in de rechten op het tableau in te schrijven, is geen tuchtmaatregel (Cass., 15 maart 1965, Pas., 1965, I, 734). Eenzelfde redenering kan gehouden worden voor de al dan niet opname op de lijst van de tweedelijnsbijstand c.q. het afvoeren van de lijst van de tweedelijnsbijstand.

Dit alles betekent niet dat de beslissingen dienaangaande niet afdoende in rechte moeten worden gemotiveerd en dat hogere rechtscolleges geen toezicht houden op de correcte wijze waarop één en ander wordt beoordeeld.

Dit is des te meer het geval nu minstens in eerste aanleg “potentiële concurrenten” oordelen over het toelaten of niet toelaten van een kandidaat.

Het is in deze geest dat de wetgever ook bepaalde gebonden bevoegdheden heeft verleend aan de raad van de Orde van Advocaten inzake tweedelijnsbijstand die toekomstgericht zijn, m.n. gericht zijn op het goed functioneren van de tweedelijnsbijstand na de genomen beslissing.

Vooreerst moet de raad van de Orde van Advocaten vooraf voorwaarden (criteria) bepalen om op de lijst van tweedelijnsbijstand te kunnen worden opgenomen.

Zo bepaalt de wet dat de Raad van de Orde slechts in de verplichte inschrijving kan voorzien om reden van een noodzakelijkheid die voortvloeit uit de doeltreffendheid van de juridische bijstand.

Wanneer een advocaat aan de vooraf vastgestelde criteria voldoet en er geen aanwijzingen zijn dat hij de art. 508/9, 508/14 eerste en derde lid en 50/16 Ger. W. niet naleeft moet de advocaat in beginsel worden opgenomen. Indien men overweegt te weigeren moet men handelen zoals in tucht. Gezien de uitdrukkelijke verwijzing door de wetgever naar de art. 458-463 Ger. W. komt een verwijzing naar de codex in deze niet relevant voor. De wet prevaleert op de Codex (vgl. over weglating lijst stagiairs, Cass. 24 oktober 2014, D.13.0024N).

Handelen zoals in tucht houdt in dat de formele procedure van de tucht wordt nageleefd zoals de wetgever zelf expliciet aangeeft. Dit impliceert de naleving van de rechten van de verdediging.

De wetgever is zeer uitdrukkelijk en verwijst voor de te volgen procedure naar de artikelen 458 - 463 Ger. W.

Uit de uitdrukkelijke verwijzing in art. 508/8 Ger. W. naar de artikelen 458 - 463 Ger. W. blijkt dat ook voor dit contentieus inzake het “niet opnemen c.q. weglaten van de lijst van de advocaten die tweedelijnsbijstand doen” de stafhouder de verplichting heeft om “(De klager en) de advocaat die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek, ... van de instelling van het onderzoek schriftelijk op de hoogte...“ te brengen.



Over de sanctie bij de niet naleving hiervan kan uiteraard worden gediscussieerd, maar beleidsmatig moet de nadruk gelegd worden op het rigoureuus naleven van de art. 458 Ger. W.

Gelet op het feit dat er geen sanctie op de niet naleving van art. 458 Ger. W. in voormeld artikel is opgenomen noch in een ander artikel hierover wordt gehandeld, maakt dat de niet naleving ervan m.i. de zaak niet door nietigheid kan zijn aangetast. Voor nietigheden moet immers een uitdrukkelijke wettekst bestaan (zie art. 860 e.v. Ger.W.).

Schending van de rechten van de verdediging kan worden voorgehouden, samen met schending van art. 6 EVRM maar men moet dan ook in concreto aanwijzen, c.q. aannemelijk maken waarin de rechten van verdediging zijn geschonden. Bovendien kan aan het "euvel" worden geredieerd door enerzijds tijdens de debatten aan de opgeroepen advocaat schriftelijk mee te delen waarom hij is opgeroepen met opsomming van de feiten en de artikelen van de wet die de stafhouder wil zien toepassen. Dit alles uiteraard onder beslissing van de raad van de orde dat de betrokken advocaat toelaat over een voldoende tijd te beschikken om zich tegen de door de stafhouder vermelde verwijten te verweren.

Door de combinatie van deze beide elementen wordt hangende het geding tegemoet gekomen aan de eventuele bezwaren. De remedies moeten evenwel aangedragen worden t.a.v. de raad van de Orde c.q. de tuchtraad van beroep.

Vanuit beleidsmatig oogpunt moet een dergelijke situatie evenwel volledig worden vermeden.

Waar m.i. het voorafgaand horen van de betrokkene geen ontvankelijkheidsvoorwaarde kan zijn voor een procedure zoals in tucht, is het meer dan raadzaam de betrokkene een brief te sturen met verzoek bv. binnen de 8 dagen standpunt in te nemen over bepaalde punten die aanleiding kunnen geven tot het niet opnemen op de lijst van de tweedelijnsbijstand, c.q. hem ervan weg te laten.

In ieder geval moet de oproeping om voor de raad van de Orde te verschijnen de "feiten" vermelden (factuele grondslagen) op grond waarvan de stafhouder de raad van de Orde verzoekt te beslissen de betrokken advocaat te weigeren op de lijst van advocaten van de tweedelijnsbijstand, c.q. van deze lijst weg te laten.

In een tuchtzaak wordt aan de tuchtraad een bundel overgemaakt.

Zoals in een tuchtzaak dient de raad van de Orde te beschikken over een bundel - en ieder behoorlijk bundel is geïnventariseerd - waar de gegevens in terug te vinden zijn waarop de raad van de Orde zich kan steunen om een weigeringsbeslissing te nemen, c.q. een weglating te motiveren.

De aangevoerde redenen om tot een weigeringsbeslissing te komen moeten aan de tegenspraak worden onderworpen, minstens moet de mogelijkheid tot tegenspraak zijn geboden.

Opdat aan de vereisten van onpartijdigheid zou worden voldaan moet degene die een vooronderzoek zou hebben gedaan en de stafhouder die de raad van de Orde verzoekt een bepaalde beslissing te nemen zich onthouden zitting te nemen in het beraadslagend college van de raad van de Orde. De stafhouder kan dan ook de zitting zoals in tucht niet voorzitten. Een persoon die klaagt en lid zou zijn van de raad van de Orde dient zich uiteraard te onthouden zitting te nemen in de zaak waarover hij klacht heeft neergelegd.

Op een vergelijkbare wijze moet worden gehandeld zowel voor de toelating tot de lijst tweedelijnsbijstand als tot de weglating van genoemde lijst.

De redenen die aanleiding kunnen geven tot weglating c.q. tot niet opname moeten vooraf worden gecommuniceerd en een gelegenheid tot opgave van het standpunt van de betrokken advocaat moet worden geboden. Door voormeld standpunt bij de aanvang te ontvangen kan niet uitgesloten worden dat de stafhouder een andere kijk op de zaak krijgt en beslist om de betrokken advocaat niet zoals in tucht op te roepen.



Mocht deze voorafgaande fase niet zijn nageleefd dan belet niets de raad van de Orde - liefst mits er correct werd opgeroepen met opsomming van de feitelijke gegevens en de rechtsgronden van een eventuele beslissing tot weglating c.q. niet opname - de betrokken advocaat ter zitting te horen. Het komt hoe dan ook de raad van de Orde niet toe om de feitelijke gegevens en de rechtsgronden kenbaar te maken waarover moet geoordeeld worden. Er zou aldus minstens de indruk gewekt worden dat de raad van de Orde zowel het onderzoek c.q. de adiëring van de raad van de Orde zelf in de hand heeft gehad en hierover nadien zal antwoorden. Dergelijke functieverwarring kan en mag niet op grond van art. 6 EVRM.

De oproeping van de advocaat vermeldt naast de factuele gegevens eveneens de rechtsgronden waarop de stafhouder zich meent te kunnen steunen terwijl eveneens in de oproeping plaats en tijdstippen waarop de geïnventariseerde bundel kan worden ingezien worden meegedeeld.

Deze inventaris is vanzelfsprekend belangrijk omdat de rechter in hoger beroep moet kunnen nazien op welke stukken de eerste rechter zich heeft gesteund of kunnen steunen om een gemotiveerde beslissing te nemen.

Een gebrek aan inventaris lokt nodeloze discussies uit over het al dan niet aanwezig zijn van bepaalde stukken in de bundel eerste aanleg.

Hoewel de redenen van een eventuele weglating van de lijst tweedelijnsbijstand de criteria van de doeltreffendheid en de kwaliteit van de verstrekte diensten en/of de niet naleving van de art. 508/9 508/14 eerste en derde lid en 508/16 kan overstijgen, is de opname c.q. weglating van de lijst een administratieve beslissing uitsluitend ingegeven door voormelde twee criteria en het in de toekomst goed functioneren van de tweedelijnsbijstand.

De administratieve beslissing ingegeven door "sanctiegevoelens" vanwege de raad van de Orde zijn volstrekt uit den boze en kunnen geen ander gevolg hebben dan de nietigverklaring van dergelijke beslissing van de raad van de Orde omdat de raad van de Orde in bovenvermelde veronderstelling de gebonden bevoegdheid waarover de raad van de Orde beschikt voor een ander doel heeft aangewend dan waarvoor voormelde bevoegdheid door de wetgever werd toegekend. De raad van de Orde kan zich slechts richten op een toekomstige uitoefening van het beroep van advocaat onder de tweedelijnsbijstand zonder acht te slaan op eventuele "deontologische fouten" die de stafhouder op een afzonderlijke wijze behoort te vervolgen.

De wetgever is zich zeer goed bewust geweest dat de feitelijke gegevens de criteria van doeltreffendheid en kwaliteit van de verleende diensten kunnen overstijgen. Immers de tweede paragraaf van art. 508/8 Ger. W. vangt aan met: "onverminderd de tuchtrechtelijke vervolgingen ..." . Dit betekent dat wanneer de feitelijke gegevens de criteria van doeltreffendheid en kwaliteit overstijgen en of de miskennis inhouden van de art. 508/9 en 508/14 eerste en derde lid en 508/16 Ger. W., een dubbele procedure zich opdringt en de stafhouder - kennisnemende vanuit het BJB van feitelijke gegevens die de doeltreffendheid en de kwaliteit van de verleende diensten overstijgt - een onderzoeker behoort aan te stellen c.q. zelf te onderzoeken om het "tuchtrechtelijke luik" te onderzoeken en voor te bereiden.

Dit zal in hoofde van de stafhouder de verplichting met zich brengen dat hij twee brieven moet schrijven om aan art. 458 Ger. W. te voldoen, de ene voor de procedure zoals in tucht en de andere voor de tuchtprocedure.

Mocht per ongeluk in één brief beide aspecten zijn vermeld dan kan dit m.i. evenmin tot enige nietigheid c.q. onontvankelijkheid aanleiding geven bij gebreke aan wettekst die een dergelijke sanctie zou voorzien.

Door zoals de wet voorschrijft de raad van de Orde enkel ter beoordeling te geven de feitelijke gegevens die de doeltreffendheid en de kwaliteit van de verstrekte diensten (en controle op art.



508/9,508/14 eerste en derde lid, 508/16) betreffen, wordt van meet af aan de discussie voor de raad van de Orde omschreven. De raad van de Orde is in voormelde veronderstelling over niets anders geadieerd en kan zich - zonder aan bevoegdheidsoverschrijding te doen - over niets anders uitspreken. Bovendien behoort de raad van de Orde als enig criterium voor zijn beslissing het "toekomstig" goed functioneren van de tweedelijnsbijstand voor ogen te hebben.

De feitelijke gegevens kunnen een inbreuk uitmaken op een deontologische norm en alsdan eveneens voorwerp uitmaken van een tuchtprocedure.

Het "ne bis in idem" beginsel is door de wetgever uitgesloten door de bepaling "onverminderd de tuchtrechtelijke vervolgingen" terwijl het zich strikt houden aan de opdracht van de raad van de Orde m.b.t. de doeltreffendheid en de kwaliteit en de toekomstgerichtheid van de degelijke organisatie van de tweedelijnsbijstand enige overlapping met tuchtinbreuken uitsluit omdat de doelgebonden bevoegdheid van de raad van de Orde er enkel zorg voor draagt dat de op de lijst voorkomende advocaten voldoen aan vooraf bepaalde kwalitatieve normen, waaronder de naleving van de wettelijke bepaling inzake de tweedelijnsbijstand.

De raad van de Orde oordeelt toekomstgericht, de tuchtinstanties oordelen over het verleden en de aldaar begane inbreuken. De aard van de beide beslissingen is verschillend, de ene beoogt het toekomstig goed functioneren van de tweedelijnsbijstand, de andere straft desgevallend inbreuken op de deontologie.

Of om het met een moderne benadering te omschrijven: de raad van de Orde doet aan positieve deontologie terwijl de tuchtraden repressieve (voor sommigen negatieve) deontologie incarneren.

Door de formulering van de oproeping van de betrokken advocaat om te verschijnen voor de raad van de Orde zetelend zoals in tucht moet ook blijken dat de voor de raad van de Orde te voeren discussie enkel de doelgebonden bevoegdheid van de raad van de Orde betreft.

Wanneer de doeltreffendheid en de kwaliteit niet aan de orde zijn, kan enkel de tuchtprocedure worden gehanteerd.

Jacques Van Mallegem
Bestuurder departement deontologie

27 februari 2017

