

VOORZIENING IN CASSATIE

VOOR: de heer X advocaat, met kantoor te . . .

eiser tot cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie Johan Verbist, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, bij wie keuze van woonplaats wordt gedaan,

TEGEN: de PROCUREUR GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL, met kantoor te 1000 Brussel, Poelaertplein 1,

verweerder in cassatie,

*
*
*

Aan de Heren Eerste Voorzitter en Voorzitter van het Hof van Cassatie,

Aan de Dames en Heren Raadsheren bij het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Dames en Heren,

Eiser heeft de eer een beslissing aan uw beoordeling voor te leggen die op tegenspraak op 11 februari 2014 werd uitgesproken door de tweede kamer van de Nederlandstalige Tuchtraad van Beroep voor Advocaten, waarbij aan eiser de tuchtstraf van de berisping werd opgelegd (nr. TB-0090-2013).

*
*
*

FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

1. Bij aangetekende brief van 22 oktober 2012 werd eiser opgeroepen om te verschijnen op de zitting van de tuchtraad voor advocaten van de balies van het rechtsgebied van het hof van beroep te Gent teneinde zich te verantwoorden om:

“Tekort geschoten te zijn in uw plicht tot onafhankelijkheid ten overstaan van uw cliënten de heer Q en mevrouw S meer bijzonderlijk door een actieve rol te spelen in het organiseren van een belangenvermenging, meer bijzonderlijk door:

- 1. Blijkens de notariële akte van 04.04.2008 samen met de cliënten in omverdeeldheid een onroerend goed aan te kopen, gelegen te ... en dit via de BVBA ✓ waarvan u de zaakvoerder bent.*
- 2. Door blijkens overeenkomst van 19.12.2006 via de BVBA ✓ waarvan u op dat ogenblik de zaakvoerder was, 25% van een handelseigendom, gelegen te ... te verkopen aan cliënten.*
- 3. Door in eigen naam blijkens overeenkomst van lening opgemaakte te ... op 05.06.20091 bedrag van € 133.500 te lenen aan uw cliënten.*

Deze houding is strijdig met de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep van advocaat ten grondslag liggen en een behoorlijke beroepsuitoefening moeten waarborgen (art. 455 Ger. W.).

In toepassing van art. 460 laatste alinea Ger.W. kan uw veroordeling gevraagd worden in de kosten voor het onderzoek begroot op € 415 en voor het onderzoek ter zitting”.

Bij beslissing van 18 september 2013 verklaarde de tuchtraad voor advocaten van de ordes van het rechtsgebied van het hof van beroep te Gent de feiten bewezen en werd eiser veroordeeld tot de tuchtsanctie van een schorsing van drie maanden, waarbij werd gezegd dat de uitvoering van deze sanctie voor de helft werd uitgesteld voor een duur van drie jaar.

2. Bij aangetekende brief van 30 september 2013 stelde eiser hoger beroep in tegen deze beslissing.

In de bestreden beslissing van 11 februari 2014 verklaart de Nederlandstalige tuchtraad van beroep voor advocaten het hoger beroep ontvankelijk en deels gegrond. De

beslissing van 18 september 2013 wordt hervormd en de tuchtraad van beroep spreekt ten overstaan van eiser de tuchtstraf van de berisping uit.

Tegen deze beslissing wenst eiser op te komen met het volgende middel tot cassatie.

EERSTE MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 458, 459 en 474 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

De appelrechters beslissen dat de tuchtvervolging niet verjaard is, op grond van de volgende motieven:

“b. Verjaring van de tuchtvervolging

[Eiser] voert aan dat de tuchtvervolging verjaard is.

Artikel 474 Ger. W. voert een verjaringstermijn in voor het instellen van het tuchtonderzoek. Dit dient te worden geopend binnen twaalf maanden na de kennisname van de feiten door de tuchtrechtelijke overheid die bevoegd is om een procedure op gang te brengen.

De stafhouder zal dus binnen het jaar na kennisname van de feiten moeten beslissen of hij een tuchtonderzoek instelt of niet.

Het woordgebruik is niet even precies, maar uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat met ‘ingesteld’ (in de Franse tekst ‘la procédure disciplinaire est ouverte’) wordt bedoeld de opening van het onderzoek (dies ad quem) (G.-A. DAL en M. WAGEMANS, ‘La nouvelle discipline du barreau’, JT, 2006, 112; P. HOFSTRÖSSLER, ‘Tuchtrecht voor advocaten: omdat we anders zijn’ in S. LUST en P. LUYPAERTS (eds.), Tucht en deontologie. (In)effectiviteit van het tuchtrecht ter handhaving van de waardigheid van het ambt, Brugge, Die Keure, 2007, 44).

T.a.v. de verjaring die wordt ingeroepen, oordeelt de tuchtraad dat de

tuchtvervolging toelaatbaar is nu de stafhouder mr. X binnen 12 maanden na kennisname van de feiten bij aangetekend schrijven heeft verwittigd dat een onderzoek zou worden ingesteld. De tuchtprocedure wordt ingesteld door dat schrijven en niet door de -latere- dagvaarding, (Tuchtraad van Beroep Orde van Advocaten 20 april 2010, Ad Rem 2010, afl. 3, 74, err. Ad Rem 2010, afl. 4, 78).

De ratio van artikel 474 Ger.W. wordt helemaal niet uitgehold, nu uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de opening van het onderzoek volstaat om van het 'instellen van de tuchtprocedure' te spreken.

De Stafhouder heeft ter zake kennis genomen van de feiten bij ontvangst van de brief van 05 oktober 2009, uitgaande van de klagers. Volgens de niet betwiste vermeldingen op het stavend stuk 1 van het tuchtdossier werd deze brief op het secretariaat van de Stafhouder ontvangen op 14 oktober 2009.

De Stafhouder liet bij brief van 17 december 2009, bij toepassing van artikel 458 § 1 lid 2 Ger. W, aan [eiser] weten dat het tuchtonderzoek werd gestart: dit is ruim binnen de verjaringstermijn.

Er is dan ook geenszins sprake van verjaring van de tuchtvervolging."
(bestreden beslissing, blz. 3-4)

Grieven

Krachtens artikel 458, §1 van het Gerechtelijk Wetboek ontvangt en onderzoekt de stafhouder de klachten tegen de advocaten van zijn orde. De stafhouder leidt het onderzoek of stelt een onderzoeker aan, wiens taken en bevoegdheden hij omschrijft. Luidens artikel 458, §2 van het Gerechtelijk Wetboek zendt de stafhouder, die na het onderzoek oordeelt dat redenen bestaan om de advocaat te laten verschijnen voor de tuchtraad, het dossier samen met zijn met redenen omklede beslissing over aan de voorzitter van de tuchtraad, zodat deze de tuchtraad kan samenroepen overeenkomstig de bepalingen van artikel 459 van het Gerechtelijk Wetboek.

Overeenkomstig artikel 459, §1 van het Gerechtelijk Wetboek neemt de tuchtraad kennis van de tuchtzaken door toedoen van de stafhouder van de betrokken advocaat. De voorzitter van de tuchtraad roept op verzoek van de stafhouder de advocaat bij een ter post aangetekende brief op om voor de tuchtraad te verschijnen. De oproeping vermeldt de feiten die de advocaat ten laste worden gelegd.

Krachtens artikel 474 van het Gerechtelijk Wetboek wordt de tuchtprocedure op straffe van verjaring ingesteld binnen 12 maanden te rekenen van de kennisneming van de feiten door de tuchtrechtelijke autoriteit die bevoegd is om die procedure op gang te brengen.

Krachtens deze bepaling dient de procedure te worden ingesteld binnen de 12 maanden te rekenen van de kennisneming van de feiten, wat betekent dat de stafhouder binnen de 12 maanden moet oordelen of redenen bestaan om de advocaat te laten verschijnen voor de tuchtraad en het dossier samen met zijn met zijn redenen omklede beslissing moet verzenden aan de voorzitter van de tuchtraad. Met het instellen van de procedure binnen de 12 maanden wordt derhalve bedoeld het aanhangig maken van de zaak bij de tuchtraad.

Uit de vaststellingen van de bestreden beslissing blijkt dat de stafhouder heeft kennis genomen van de feiten bij ontvangst van de brief van 5 oktober 2009, uitgaande van de klagers, dit is op 14 oktober 2009. Uit de stukken waarop uw Hof vermag acht te slaan en met name uit de verwijzingsbeslissing van de stafhouder evenals uit de beslissing van de tuchtraad van de balies van het rechtsgebied van het hof van beroep te Gent van 18 september 2013, blijkt dat de beslissing tot verwijzing waarbij de zaak aanhangig werd gemaakt bij de tuchtraad door de stafhouder werd genomen op 17 oktober 2012.

Door te beslissen dat de tuchtprocedure niet verjaard is, hoewel er meer dan een jaar verlopen is tussen het ogenblik dat de stafhouder kennis nam van de feiten en het ogenblik waarop hij de zaak aanhangig heeft gemaakt bij de tuchtraad, op grond dat met het instellen van de tuchtprocedure in de zin van artikel 474 van het Gerechtelijk Wetboek wordt bedoeld de opening van het onderzoek en het onderzoek in deze zaak werd gestart op 17 december 2009, miskennen de appelrechters de regel luidens dewelke de tuchtprocedure, op straffe van verjaring, dient te worden ingesteld binnen 12 maanden te rekenen vanaf de kennisneming van de feiten door de tuchtrechtelijke autoriteit die bevoegd is om die procedure op gang te brengen (schending van artikel 474 van het Gerechtelijk Wetboek) evenals de regel luidens dewelke de stafhouder de tuchtprocedure instelt door het toezenden van het dossier samen met zijn met redenen omklede beslissing aan de voorzitter van de tuchtraad (schending van de artikelen 458, §2 en 459, §1 van het Gerechtelijk Wetboek).

TWEEDE MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wetsbepalingen

- Artikel 149 van de Grondwet,
- Artikel 460, laatste lid en 1018 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

De bestreden beslissing bevestigt, wat de kosten betreft, zonder enige nadere motivering, de beslissing van 18 september 2013, waarbij de kosten begroot werden op € 415 en ten laste gelegd werden van eiser.

De eerste rechter besliste in die zin op grond van de volgende overwegingen:

“De in de oproeping begrote kosten ten bedrage van € 415 werden niet betwist en komt gerechtvaardigd voor. Deze kosten dienen ten laste gelegd te worden van [eiser]”.

(blz. 8 van de beslissing van de tuchtraad voor advocaten van de basis van het rechtsgebied van het hof van beroep te Gent van 18 september 2013)

Grieven

Artikel 460, laatste lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de tuchtraad in zijn beslissing de kosten die voor het onderzoek en voor het onderzoek ter terechtzitting werden gemaakt ten laste kan leggen van de betrokken advocaat.

De wet bepaalt niet welke kosten ten laste gelegd kunnen worden van de advocaat. Evenwel blijkt uit artikel 460, laatste lid dat enkel de kosten die voor het onderzoek en voor het onderzoek ter terechtzitting werden gemaakt ten laste van de advocaat gelegd kunnen worden. Naar analogie met artikel 1018 van het Gerechtelijk Wetboek moet worden aangenomen dat deze kosten betrekking hebben op de onderzoeksmaatregelen, onder meer het getuigen- en deskundigengeld, de reis- en verblijfskosten van magistraten, griffiers en partijen, wanneer hun reis door de rechter bevolen is en de kosten van de akten wanneer deze uitsluitend met het oog op het geding zijn opgemaakt. Deze kosten kunnen niet forfaitair worden vastgesteld.

Te dezen blijkt uit de stukken waarop uw Hof vernag acht te slaan, met name stavend stuk 3 van het tuchtdossier, dat de kosten de volgende posten omvatten: aanleg dossier, aangetekende briefwisseling, gewone briefwisseling 12 X 10, dactylografie (PV van verhoor) 3 x 10 en tijdsbesteding-onderzoek 5u à 40 EUR, en begroot werden op € 415.

De (forfaitair vastgestelde) kosten van de aanleg van het tuchtdossier, de aangetekende briefwisseling, de gewone briefwisseling, dactylografie en tijdsbesteding aan het onderzoek, zijn evenwel geen kosten in de zin van artikel 460, laatste lid van het Gerechtelijk Wetboek.

Eiser voerde in die zin in conclusie (blz. 33) aan: *“Er zijn volgens de opgave in het tuchtdossier geen uitgaven geweest ingevolge het tuchtonderzoek. De opgave van de kosten betreffen interne kosten van de Orde van advocaten, zoals aanlegdossier, briefwisseling kosten, dactylografie van processenverbaal en tijdsbesteding aan het onderzoek van de zaak. Deze kosten zijn geen kosten veroorzaakt door het onderzoek en zijn evenmin kosten van het onderzoek ter terechtzitting. Overigens lijken deze kosten op grond van een forfait te zijn begroot wat evenmin in overeenstemming is met de wettekst, terwijl de tijd gespendeerd door de stafhouder tijd is die inherent is aan de uitoefening van de functie die de betrokken stafhouder vrijwillig heeft opgenomen”*.

Door de beslissing van de eerste rechter, die voormelde, deels forfaitair begrote, kosten ten belope van € 415, ten laste van eiser legde, te bevestigen, schenden de appelrechters artikel 460, laatste lid van het Gerechtelijk Wetboek evenals, voor zoveel als nodig, artikel 1018 van het Gerechtelijk Wetboek.

Door voorts na te laten te antwoorden op het middel dat eiser in conclusie formuleerde, met name dat de opgegeven kosten, geen kosten zijn voor het onderzoek of voor het onderzoek ter terechtzitting, schenden de appelrechters nog artikel 149 van de Grondwet.

DERDE MIDDEL TOT CASSATIE
(OP VORDERING)

Geschonden wetsbepalingen

— artikel 149 van de Grondwet,

- de artikelen 6.1 en 8 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955,
- de artikelen 428, 429, 437, 442, 440, 444, 446, 455 en 456 van het Gerechtelijk Wetboek,
- de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

De appelrechters beslissen dat zij de mogelijkheid hebben om ook privé handelingen van een advocaten te sanctioneren in de mate zij een weerslag hebben op de kernwaarden van het beroep, beslissen dat de ten laste van eiser gelegde en bewezen feiten onbetwistbaar niet te verenigen zijn met de principes van de kiesheid en de onafhankelijkheid waartoe een advocaat verplicht is en veroordelen eiser tot de tuchtstraf van de berisping, op grond van de volgende motieven:

“Bovendien blijkt overduidelijk uit het proces-verbaal van verhoor d.d. Van 4 maart 2010 en de bijgevoegde brief van 13 februari 2009 uitgaande van het kantoor van en onder getekend door [eiser], dat deze op het ogenblik van de hem ten laste gelegde feiten alleszins nog de raadsman was van Q”.
(Bestreden beslissing, blz. 6-7)

“d. de vervolging

- *De ontvankelijkheid van de vervolging : artikel 8 EVRM*

Een van de kernwaarden van het beroep is de onafhankelijkheid: een deontologische plicht en een regel van openbare orde. (Arbitragehof 30 april 1997, nr.23/97)

Eén van de voorwaarden voor een onpartijdig én eerlijk proces voor een onafhankelijke rechter in een rechtstaat is de onafhankelijkheid van de advocaat.

De advocatuur is een beroep met een semipubliek karakter. Zij heeft een duidelijk verband met het algemeen belang, gezien haar taak van poortwachter tot het gerecht, en het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening.

(J. STEVENS EN I VANDEVELDE, ibidem).

Consequent kan conform artikel 8 lid 2 EVRM een inmenging in het privé leven geoorloofd zijn aangezien de deontologische regel van de onafhankelijkheid van openbare orde is. Die onafhankelijkheid wordt onder meer door de onverenigbaarheden gewaarborgd.

De normen van "eer, waarachtigheid, rechtschapenheid en kiesheid" zijn open normen. Zij dienen uitgewerkt te worden door de balie in tuchtbeslissingen en reglementen.

(J. STEVENS EN I VANDEVELDE, *ibidem*)

Cfr. 'International Code of Ethics' van de International Bar Association :

"Advocaten zullen te allen tijde de eer en de waardigheid van hun beroep hoog houden. Zij zullen zich, zowel in hun beroeps- als in hun privéleven, onthouden van iedere gedraging die het beroep of de beoefenaars in diskrediet zou kunnen brengen".

De plicht tot waarachtigheid, die de advocaat zowel in zijn professionele als in zijn privéleven in acht moet nemen (Cass. 25 maart 1977), houdt in dat de advocaat geen nadeel toebrengt aan de goede naam en faam van het beroep, het vertrouwen dat gewekt wordt bij het beroep.

(J. STEVENS EN I VANDEVELDE, *ibidem*)

Daden in het privéleven van de advocaat geven slechts aanleiding tot tussenkomst van de disciplinaire overheden voor zover zij publieke opspraak kunnen verwekken, tegen de eer van de orde en de waardigheid van het beroep.

Toch is het openbaar schandaal - hoe verspreid of gering ook - niet alleen de reden waarom laakbare privégedragingen gesanctioneerd kunnen worden. Dergelijke gedragingen kunnen een rechtstreekse weerslag hebben op de goede werking van het kantoor van de advocaat, de dienstverlening zelf. De waarborgen die een advocaat moet kunnen geven aan zijn cliënten komen potentieel in het gedrag, nog voor aan deze feiten publiciteit is gegeven.

(J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, 1056, 691)

Wegens de aard zelf van zijn beroep, de ervaring die het hem verschaft en de verantwoordelijkheden die het hem oplegt, heeft de advocaat de plicht in zijn privé leven meer voorzichtigheid en omzichtigheid aan de dag te leggen dan een gewoon

particulier burger. Hij mag nooit de eed vergeten die hem verbindt voor alle daden van zijn leven en hij moet er steeds aan denken dat hij deel uitmaakt van een orde, die ook in het gedrang kan komen.

(J. STEVENS, o.c. nr. 692; Sententie 21/4/1953 Brussel, r. 1212)

Met betrekking tot arrest Özpınar: Het EHRM beslist op case-by-case basis. De arresten hebben ook geen algemene strekking, doch kunnen in gelijkaardige gevallen een precedentenwaarde hebben.

"In deze omstandigheden is het Hof van mening dat het onderzoek, geleid door de inspecteur naar het privéleven en het professioneel leven van verzoekster, in de loop waarvan getuigen werden ondervraagd door dit of dat aspect van het leven van verzoekster, evenals de administratieve sanctie die er op is gevolgd en die voornamelijk gebaseerd was op gevolgtrekkingen uit handelingen van haar, beschouwd kunnen worden als een inbreuk op haar privéleven".

Besluitend: enkel in de omstandigheden van de zaak Özpınar is er een mogelijke schending van artikel 8 EVRM voorhanden. Uit een grondige lezing van dit arrest blijkt dat de feitenconstellatie niet vergelijkbaar is met huidige zaak.

Een beoordeling door het EHRM gebeurt steeds in concreto. Een toepassing naar analogie maken met huidige zaak is niet gepast.

De vordering houdt geen verband met het beroep

Zoals hierboven uiteengezet heeft de tuchtraad de mogelijkheid om, ook privéhandelingen te sanctioneren in de mate zij een weerslag hebben op de kernwaarden van het beroep.

"In zoverre de overheden van de balie reglementen vaststellen die met name tot doel hebben de voorwaarden te bepalen waaraan de inschrijving op het tableau of de toelating tot de stage is onderworpen, zijn zij vergelijkbaar met de overheden van andere vrije beroepen.

De verschillende behandeling die is voorbehouden aan de raden van de Orde van Advocaten steunt evenwel op verscheidene elementen waarvan het geheel een objectief criterium vormt.

Krachtens art. 444, lid 1 Ger. IW. moeten de advocaten vrij hun ambt uitoefenen ter verdediging van het recht en van de waarheid. Zij kunnen worden opgeroepen om

rechters en ambtenaren van het openbaar ministerie te vervangen (art. 442). Zij kunnen ambtshalve worden aangewezen (art. 446 en 455bis, par. 1). Zij moeten voorzien in de bijstand aan minvermogenden (art. 455, par. 1).

Die regels en beginselen, die eigen zijn aan het beroep van advocaat, voeren een objectief verschil in ten opzichten van het geheel van de andere vrije beroepen" (Arbitragehof nr. 23/97, 30 april 1997 (prejudiciële vraag) A.A. 1997, 295)

e. De grond van de zaak

Ten onrechte wordt voorgehouden dat ~~X~~ ^Q geen cliënt was van mr. X op het ogenblik van de feiten (cfr. supra);

Artikel 456 Ger. W. draagt de Raad van de Orde op "de eer van de Orde van Advocaten op te houden; de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan hun beroep ten grondslag liggen, te handhaven; de inbreuken daarop en de tekortkomingen tuchtrechtelijk te beteugelen of te straffen, onverminderd het optreden van de rechtbanken indien daartoe grond bestaat".

De deontologische regels van de balie vormen de toepassingsregels van deze principes (Cass., 31 januari 1980, Arr. Cass., 1979-80, 639, J.T., 1981, 280).

De ten laste gelegde feiten zijn onbetwistbaar niet te verenigen met de principes vooral van de kiesheid waartoe een advocaat verplicht is: het aankopen van een onroerend goed samen met een cliënt, zij het via een patrimoniumvennootschap, het verkopen van een handelseigendom aan een cliënt en het verstrekken van een lening aan een cliënt

Ten onrechte wordt door [eiser] herhaald dat hij op het ogenblik van de feiten niet (meer) de raadsman was van de betrokken cliënt: als privépersoon zou hij wellicht een lening hebben kunnen verstrekken aan een niet-client, doch niet als advocaat aan een cliënt.

Dergelijke transacties kunnen immers vrij gemakkelijk aanleiding geven tot tegenstrijdigheid van belangen.

Het in het gedrang komen van de onafhankelijkheid van [eiser] als advocaat bij dergelijke transacties en vooral bij het verstrekken van een lening aan een cliënt, is manifest.

De tuchtraad voor advocaten van de Ordes van het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent heeft bij beslissing van 18 september 2013 dan ook terecht de aan [eiser] ten laste gelegde feiten bewezen geacht."

(Bestreden beslissing, blz. 7-10)

Grieven

Eerste onderdeel

Krachtens artikel 428 van het Gerechtelijk Wetboek kan niemand de titel van advocaat voeren of het beroep van advocaat uitoefenen indien hij geen Belg of onderdaan van een lidstaat van de Europese Unie is, niet in het bezit is van het diploma van doctor of licentiaat in de rechten, niet de eed heeft afgelegd bedoeld in artikel 429 en niet is ingeschreven op het tableau van de Orde of op de lijst van de stagiairs.

Deze verplichting tot het afleggen van de eed overeenkomstig artikel 429 van het Gerechtelijk Wetboek en tot inschrijving op het tableau van de Orde of op de lijst van de stagiairs geldt enkel voor handelingen die behoren tot het monopolie van de advocaat.

Krachtens artikel 440 van het Gerechtelijk Wetboek hebben, voor alle gerechten, behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, alleen de advocaten het recht te pleiten.

De artikelen 439-446ter van het Gerechtelijk Wetboek bepalen de rechten en plichten van de advocaten. Eén van deze plichten is de plicht tot onafhankelijkheid, die voortvloeit uit de artikelen 429, 437, 440, 442, 444, 446, 455 en 456 van het Gerechtelijk Wetboek, evenals uit artikel 6.1 van het EVRM.

Uit de artikelen 428, 429 en 440 van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat voormelde deontologische verplichtingen van de advocaat, waaronder plicht tot onafhankelijkheid van de advocaat, enkel gelden voor handelingen die behoren tot het monopolie van de advocaat.

Eiser voerde in conclusie aan dat hij enkel het beheer van gelden van de klager onder zich had en dat het beheer van de gelden zich situeerde in de vrijwillige sfeer en niet het gevolg was van enige aanstelling als schuldbemiddelaar of wat dan ook (blz. 21, zesde paragraaf en volgende van de conclusie van eiser). Eiser voerde aan dat het vrijwillig beheer van gelden van derden niet behoort tot het monopolie van de advocaat, dat er over het beheer van de gelden van de klager aan eiser overigens niets werd verweten, zodat de handelingen van eiser waarvoor hij tuchtrechtelijk werd vervolgd zich louter in de

privésfeer afspeelden en hij op grond daarvan niet wegens miskening van enige beroepsplicht kon worden vervolgd.

Door eiser te veroordelen tot de tuchtstraf van de berisping wegens het aankopen van een onroerend goed samen met een cliënt, zij het via een patrimoniumvennootschap, het verkopen van een handelseigendom aan een cliënt en het verstrekken van een lening aan een cliënt, zonder te onderzoeken of eiser tegelijk met het stellen van voormelde handelingen als advocaat was opgetreden voor deze cliënt, dat wil zeggen ten aanzien van zijn cliënt handelingen had gesteld die behoren tot het monopolie van de advocaat, schenden de appelrechters de artikelen 428, 429, 440, 442, 444, 446, 455 en 456 van het Gerechtelijk Wetboek.

In zoverre de appelrechters beslissen dat eiser wel degelijk als advocaat van de klagers was opgetreden, laten de appelrechters na de antwoorden op het verweer van eiser dat hij ten aanzien van de klagers niet als advocaat was opgetreden, in die zin dat hij geen handelingen stelde die onder het monopolie van de advocaat vielen, maar enkel de gelden van de klager beheerde op diens verzoek, zonder dat er enige aanstelling als schuldbemiddelaar of wat dan ook aan de orde was en schenden zij artikel 149 van de Grondwet.

In zoverre de appelrechters ten slotte uit de stukken waarnaar zij verwijzen, met name het proces-verbaal van verhoor van 4 maart 2010 en de bijgevoegde brief van 13 februari 2009 uitgaande van het kantoor van en ondertekend door eiser, afleiden dat eiser voor de klagers optrad als advocaat, dat wil zeggen handelingen stelde die behoren tot het monopolie van de advocaat, schenden de appelrechters de bewijskracht van deze stukken, nu uit deze stukken enkel blijkt dat eiser instond voor het beheer van de gelden van de klagers (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek). In zoverre ten slotte de appelrechters beslissen dat het beheer van gelden een handeling uitmaakt die behoort tot het monopolie van de advocaat, schenden de appelrechters nog artikel 440 van het Gerechtelijk Wetboek.

Tweede onderdeel

Bij de beoordeling of een beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven voldoet aan de vereisten van art. 8.2 EVRM dient de rechter na te gaan of de nationale norm noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Door de onafhankelijkheid van de advocaat te omschrijven als behorende tot de openbare orde naar nationaal recht heeft de bestreden beslissing de nationale norm niet getoetst aan de criteria voorzien in art. 8.2 EVRM waar het begrip openbare orde niet in is opgenomen.

De criteria van art. 8.2 EVRM zijn autonome criteria die niet enkel naar nationaal recht kunnen worden ingevuld.

Door de onafhankelijkheid uitsluitend aan het nationale begrip openbare orde te toetsen schendt de bestreden sententie art. 8.2 EVRM.

Openbare orde kan immers in de zin van het verdrag niet worden gelijkgesteld met openbare veiligheid noch met bescherming van de orde ("défense de l'ordre" in de authentieke Franse tekst en "prevention of disorder" in de authentieke Engelse tekst) zoals opgenomen in art. 8.2 EVRM.

Zelfs zo in de bestreden beslissing wordt gelezen dat de onafhankelijkheid van de advocaat zou behoren tot de Europese openbare orde naar EVRM verdragsrecht dan nog heeft de bestreden sententie de nationale norm niet getoetst aan de criteria voorzien in art. 8.2 EVRM. Het begrip openbare orde is niet opgenomen in art. 8.2 EVRM - zeker niet in de authentieke teksten - terwijl de criteria vermeldt in art. 8.2 EVRM restrictiever zijn dan de openbare orde waarvan sprake in art. 8 EVRM. Openbare orde kan immers in de zin van art. 8.2 van het verdrag niet worden gelijkgesteld met openbare veiligheid noch met bescherming van de orde ("défense de l'ordre" in de authentieke Franse tekst en "prevention of disorder" in de authentieke Engelse tekst). De toetsing gemaakt door de bestreden sententie aan het begrip openbare orde voldoet dan ook niet aan de toetsing van de criteria opgesomd onder art. 8.2 EVRM.

De bestreden sententie schendt dan ook art. 8.2 EVRM.

Derde onderdeel

Krachtens artikel 8 van het EVRM heeft eenieder recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden

en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Bij de beoordeling of een beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven voldoet aan de vereisten van artikel 8.2 E.V.R.M. dient de rechter op grond van de concrete omstandigheden van de zaak na te gaan of de beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van het nagestreefde wettig doel. Uit de beslissing van de rechter moet niet alleen blijken dat hij het recht op eerbiediging van het privéleven heeft afgewogen tegen de andere rechten bedoeld door artikel 8.2 EVRM, maar ook dat de opgelegde beperking, in acht genomen bijzondere omstandigheden van de zaak, beantwoordt aan een dwingende sociale noodwendigheid en pertinent is en dat door de opgelegde beperking de evenredigheid wordt geëerbiedigd tussen het aangewende middel en het beoogde doel.

Het bestaan van deze dwingende sociale noodwendigheid impliceert dat de rechter slechts een tuchtsanctie kan opleggen wegens gebrek van onafhankelijkheid van de advocaat indien de onafhankelijkheid daadwerkelijk in het gedrang is gekomen door een actueel belangenconflict. De rechter kan derhalve het recht op bescherming van het privéleven niet beperken om de enkele reden dat er potentieel een belangenconflict zou kunnen optreden.

Te dezen stellen de appelrechters vast dat een inmenging in het privéleven overeenkomstig artikel 8.2 van het EVRM geoorloofd kan zijn indien de gedragingen uit de privésfeer een rechtstreekse weerslag hebben op de goede werking van het kantoor van de advocaat en de dienstverlening zelf.

De appelrechters beslissen nog dat de tenlastegelegde feiten onbetwistbaar niet te verenigen zijn met de principes vooral van de kiesheid waartoe een advocaat verplicht is ze: het aankopen van een onroerend goed samen met een cliënt, zij het via een patrimoniumvennootschap, het verkopen van een handelseigendom aan een cliënt en het verstrekken van een lening aan het cliënt. De appelrechters zijn van oordeel dat dergelijke transacties immers vrij gemakkelijk aanleiding kunnen geven tot tegenstrijdigheid van belangen, zodat het in het gedrang komen van de onafhankelijkheid van eiser als advocaat bij dergelijke transacties en vooral bij het verstrekken van een lening aan een cliënt manifest is.

Door op die grondslag eiser te veroordelen tot de tuchtstraf van de berisping omwille van feiten die zich in de privésfeer van eiser afspeelden, zonder vast te stellen dat er een werkelijke tegenstrijdigheid was van belangen, en zonder derhalve dat er van enige dwingende sociale noodwendigheid sprake was, schenden de appelrechters artikel 8 van het EVRM.

TOELICHTING BIJ HET EERSTE MIDDEL

Artikel 474 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, op straffe van verjaring, de tuchtprocedure wordt ingesteld binnen 12 maanden te rekenen van de kennisneming van de feiten door de tuchtrechtelijke autoriteit die bevoegd is om die procedure op gang te brengen.

De appelrechters beslissen dat de tuchtprocedure wordt ingesteld door het schrijven van de stafhouder dat een onderzoek zou worden ingesteld en niet door de latere dagvaarding. De appelrechters wijzen er nog op dat uit memorie van toelichting blijkt dat de opening van het onderzoek volstaat om van het instellen van de tuchtprocedure te spreken.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel dat voorafging aan de wet van 21 juni 2006 werd een nieuw artikel 474 van het Gerechtelijk Wetboek voorgesteld, dat luidde als volgt: *“Het tuchtonderzoek wordt geopend binnen twaalf maanden na de kennisname van de feiten door de bevoegde tuchtrechtelijke autoriteit, op straffe van verjaring.”*

In de memorie van toelichting en in de artikelsgewijze bespreking van dit wetsvoorstel werd erop gewezen dat dit artikel een verjaring invoert voor het instellen van het tuchtonderzoek en dat met name dit onderzoek dient te worden geopend binnen de twaalf maanden na kennisname van de feiten door de bevoegde tuchtrechtelijke autoriteit, zijnde de stafhouder of de voorzitter van de tuchtraad naargelang het geval. De opening van het onderzoek wordt luidens artikel 458, tweede lid schriftelijk gemeld aan de klager en de advocaat die er het voorwerp van uitmaakt (DOC 51 1724/01, 38).

In de uiteindelijk goedgekeurde wet, werd artikel 474 van het Gerechtelijk Wetboek echter als volgt gewijzigd: *“Op straffe van verjaring wordt de tuchtprocedure ingesteld binnen twaalf maanden te rekenen van de kennisneming van de feiten door de tuchtrechtelijke autoriteit die bevoegd is om die procedure op gang te brengen”*.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt niet waarom de tekst van de wet werd gewijzigd. Geen enkel amendement en geen enkele verklaring ging aan deze wijziging van de tekst vooraf. De tekst werd naar alle waarschijnlijkheid dan ook gewijzigd om deze in overeenstemming te brengen met de Franse tekst van de wet waarin werd bepaald: *“La procédure disciplinaire est ouverte dans les douze mois...”*. De Franse tekst van de wet werd in de loop van het wetgevend proces op dit punt niet gewijzigd.

In de rechtsleer wordt algemeen aangenomen dat het onderzoek moet geopend worden binnen de termijn van 12 maanden (P. HOFSTRÖSSLER, “Tuchtrecht voor

advocaten: omdat we anders zijn”, in S. LUST en P. LUYPAERTS, *Tucht en deontologie. In effectiviteit van het tuchtrecht ter handhaving van de waardigheid van het ambt*, Brugge, die Keure, 2007, 44; P. DE JAEGERE, *deontologie 2013-2014*, 337; J. STEVENS, “Het tuchtprocesrecht voor advocaten vernieuwd: de wet van 21 juni 2006”, *RW* 2006-07, 595; J. STEVENS en I. VANDEVELDE, “Artikel 474”, *Gerechtelijk. recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1-2; G.-A. DAL en M. WAGEMANS, “La nouvelle discipline du barreau”, *JT* 2006, 660).

Dit is gelet op de tekst van de wet echter niet vanzelfsprekend. De wet bepaalt immers dat de tuchtprocedure moet worden ingesteld binnen de 12 maanden nadat de stafhouder kennis kreeg van de feiten. Ook in de Franse tekst van de wet is er sprake van ‘la procédure disciplinaire’ (‘de tuchtprocedure’) en niet ‘l’enquête disciplinaire’ (‘het tuchtonderzoek’).

Uit de artikelen 458 en 459 van het Gerechtelijk Wetboek vloeit voort dat de zaak bij de tuchtraad aanhangig gemaakt wordt door de overzending door de stafhouder van het dossier samen met zijn met redenen omkleed de beslissing. Artikel 458, §2, derde lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt nog dat de advocaat of de klager zich eveneens tot de voorzitter van de tuchtraad kan richten binnen de termijn van drie maanden indien de stafhouder binnen een termijn van zes maanden na het indienen van de klacht geen beslissing tot buitenvervolginstelling of tot vervolging heeft genomen. Ook in deze bepaling wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen onderzoek en vervolging.

Uit de samenlezing van de artikelen 458, 459 en 474 van het Gerechtelijk Wetboek vloeit dan ook voort dat de zaak bij de tuchtraad aanhangig gemaakt moet worden binnen de 12 maanden te rekenen vanaf de kennismaking van de feiten door de stafhouder.

TOELICHTING BIJ HET TWEDE MIDDEL

In zijn arrest van 3 januari 2013 (D.12.0017.F) besliste uw hof dat de kosten van de rechtspleging niet forfaitair vastgesteld mogen worden.

Artikel 460 van het Gerechtelijk Wetboek omschrijft niet wat begrepen moet worden onder de kosten ‘die voor het onderzoek en voor het onderzoek ter terechtzitting werden gemaakt’. Naar analogie van artikel 1018 van het Gerechtelijk Wetboek moet evenwel worden aangenomen dat deze kosten betrekking hebben op de onderzoeksmaatregelen, onder meer het getuigen- en deskundigengeld, de reis- en verblijfskosten van magistraten, in griffiers en partijen, wanneer hun reis door de rechter bevolen is en de kosten van de akten wanneer deze uitsluitend met het oog op het geding

zijn opgemaakt. De kosten die inherent zijn aan de werking van de tuchtraad en de kosten van het onderzoek door de persoon aan wie dit onderzoek wettelijk is opgedragen krachtens artikel 458, §1 van het Gerechdelijk Wetboek kunnen echter niet ten laste van de advocaat gelegd worden. Artikel 460 van het Gerechdelijk Wetboek bepaalt immers dat de kosten "voor het onderzoek" en niet de kosten "van het onderzoek" ten laste van de advocaat kunnen worden gelegd wat in de Franse tekst omschrijven is als "les frais occasionnés par l'enquête" en dit zijn niet "les frais de l'enquête" of de kosten van het onderzoek.

TOELICHTING BIJ HET DERDE MIDDEL

Dit middel wordt aangevoerd op vordering van eiser.

Eerste onderdeel

In het arrest van 31 mei 2013 (D.11.0019.N) besliste uw Hof dat het verbod het beroep van architect in welke hoedanigheid ook uit te oefenen zonder inschrijving op één van de tabellen van de orde of op een lijst van de stagiairs enkel geldt ten aanzien van diegenen die, hetzij als zelfstandige, hetzij als ambtenaar of beambte van een openbare dienst, hetzij als bezoldigde *handelingen stelt die behoren tot het monopolie van de architect.*

Uit dit arrest leidt eiser af dat de verplichting om ingeschreven te zijn op het tableau van de orde of op de lijst van de stagiairs en de eed af te leggen, evenals de deontologische verplichtingen die aan een advocaat worden opgelegd enkel gelden ten aanzien van de persoon die handelingen stelt die behoren tot het monopolie van de advocaat. In zoverre een advocaat handelingen stelt die niet onder het monopolie vallen, kan hij derhalve niet tuchtrechtelijk worden aangesproken wegens schending van de beroepslichten.

Tweede en derde onderdelen

Deze onderdelen behoeven geen nadere toelichting.

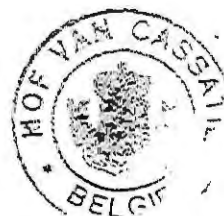
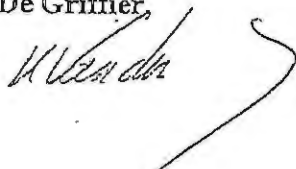
Op deze gronden en overwegingen besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie voor eiser dat het U, Hooggeachte Dames en Heren, moge behagen de bestreden beslissing te vernietigen, te bevelen dat hiervan melding zal worden gemaakt op de kant van de vernietigde beslissing, de zaak en de partijen te verwijzen naar een anders samengestelde Nederlandstalige tuchtraad van beroep voor advocaten en uitspraak te doen over de kosten als naar recht.

Antwerpen, 10 maart 2014

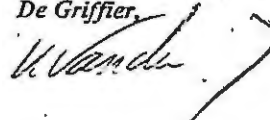


Johan Verbist

Voor eensluidend afschrift,
De Griffier,



Voor eensluidend afschrift,
De Griffier,



Bijlage:

Het exploit van betekening van deze voorziening aan de verwerende partij.