

VOORZIENING IN CASSATIE

Voor : Mevrouw , advocaat, kantoor houdende en tevens
wonende te

eiseres tot cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester Caroline DE
BAETS, advocaat bij het Hof van Cassatie, kantoor houdend te
1050 Brussel, Louizalaan 149/20, waar keuze van woonplaats
wordt gedaan.

Tegen: **ORDE VAN ADVOCATEN BIJ DE BALIE**
TE , met kantoren te

verweerder in cassatie.

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

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

Hooggeachte Dames en Heren,

Eiseres tot cassatie heeft de eer de beslissing van de tweede kamer van de
Nederlandstalige tuchtraad van beroep voor Advocaten van 9 februari 2016 en
het proces-verbaal van de zitting van 17 november 2015 aan Uw beoordeling te
onderwerpen (dossiernummer: TB-0139-2015).

FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

1.

Op 14 oktober 2013 stelde de Stafhouder van de Orde van advocaten te ... een ambtshalve tuchtonderzoek in lastens eiseres en stelde Meester O als onderzoeker aan.

Eiseres werd op 18 november 2013 gehoord en gaf gevolg aan het verzoek van de onderzoeker tot overmaking van ontbrekende informatie. De onderzoeker stelde zijn verslag op op 30 juni 2014.

2.

Op 20 augustus 2014 besliste de Stafhouder tot verwijzing van eiseres naar de tuchtraad. Bij brief van de Voorzitter van de tuchtraad van 29 september 2014 werd eiseres opgeroepen om voor de tuchtraad te verschijnen.

Volgende inbreuken werden haar ten laste gelegd:

" Inbreuken op onderstaande deontologische regels: ernstige tekortkomingen aan de deontologische beginselen van kiesheid, waardigheid, rechtschapenheid en confraterniteit en behoorlijke beroepsuitoefening waarbij afbreuk wordt gedaan aan de goede naam en de reputatie van de Orde, aan de advocatuur in het algemeen en aan de rechten van derden door:

- dossier E :

in een dossier waarin men zelf partij is, een email versturen (met vermelding van zijn hoedanigheid als advocaat), ondanks een eerder verbod van de Stafhouder;

- dossier R :

deel te hebben genomen, in hoedanigheid van vereffenaar, aan een frauduleuse vereffening waarbij de schuldeisers ernstig werden benadeeld.

Bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te ... werd [eiseres], als vereffenaar, aansprakelijk gesteld samen met enkele bestuurders tot het betalen van de schadevergoeding van onder meer 717.030,97 € aan de Belgische Staat.

In deze vereffening had ze zich een vergoeding toegekend van 168.803,73 € voor prestaties verricht in het kader van een vereffening waarbij zelfs de meest elementaire verplichtingen van vereffenaar niet werd nagekomen.

Tegen het vonnis van 28 maart 2013 werd beroep aangetekend maar de curator Mr. L ging over tot het leggen van bewarend beslag. De

door de curator voor aangestelde gerechtsdeurwaarder heeft op 15 januari 2014 een attest van niet inbaarheid afgeleverd. In de begeleidende brief vermeldt de gerechtsdeurwaarder dat [eiseres] als insolvent kan worden beschouwd met een enorme schuldenberg van veel bevoorrechte schuldeisers en beperkte onroerende eigendommen

- dossier cvba M !:
 - Openstaande schulden
 - Niet beantwoorden van de briefwisseling van de Stafhouder waarbij laattijdig wordt geantwoord en daarbij verkeerde informatie wordt overgemaakt namelijk dat er een akkoord zou zijn met de schuldeiser wat niet met de werkelijkheid strookt;
 - Zich laten dagvaarden in betaling met slechts gedeeltelijke uitvoering van de akkoordvonnissen en niet meer antwoorden op de briefwisseling van de raadsman van schuldeisers;
- Dossier N
 - Schuld van meer dan 100.000 euro
 - Geen regeling met de schuldeiser
 - Dagvaarding en laten veroordelen bij verstek
 - Geen gevolg geven aan de betekening van het vonnis en het bevel tot betaling
 - Uiteindelijke regeling van de schuld
- dossier B
 - schuld van 10.453,60 op 11.01.2012
 - niet vergoeden van erelonen en kosten van een confrater ondanks herhaalde beloften
 - niet antwoorden op de briefwisseling van de Stafhouder. "

Op de behandelingszitting van de tuchtraad werd de onderzoeker gehoord in zijn verslag en eiseres en haar raadsman in hun verdediging. Bij beslissing van 28 april 2015 verklaarde de tuchtraad alle aan eiseres ten laste gelegde feiten bewezen, met uitzondering van de feiten van de eerste tenlastelegging (zaak E). Een schorsing van zes maanden effectief werd uitgesproken.

4.

Tegen die beslissing, met uitzondering van de daarin uitgesproken vrijspraak, stelde eiseres hoger beroep in bij de tuchtraad van beroep.

Na in het proces-verbaal van de zitting van 17 november 2015 de aanwezigheid van de Stafhouder én de onderzoeker ter zitting te hebben toegelaten,

verklaarde de tuchtraad van beroep bij beslissing van 9 februari 2016 het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond. De bewezenverklaring van alle ten laste gelegde feiten, met uitzondering van de feiten van de eerste tenlastelegging, werd aldus bevestigd, evenals de sanctie van de effectieve schorsing van zes maanden.

5.

Tegen de voormelde beslissingen wendt eiseres volgende cassatiemiddelen aan.

EERSTE MIDDEL

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 6.1 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 wet van 13 mei 1955
- de artikelen 458, 459, 461, 463, 465, 467, 1121/2 en 1121/3 van het Gerechtelijk Wetboek

Aangevochten beslissing

De bestreden beslissing verklaart het hoger beroep van eiseres tegen de beslissing van de tuchtraad in eerste aanleg ontvankelijk doch ongegrond en bevestigt hiermee de in eerste aanleg uitgesproken schuld van eiseres aan alle feiten, behalve aan de feiten van de eerste tenlastelegging (€), evenals de sanctie van schorsing van zes maanden.

Die beslissing kwam tot stand na behandeling van de zaak met gesloten deuren, in aanwezigheid van de Stafhouder, de onderzoeker, de Procureur-generaal, eiseres en haar raadsman, zoals blijkt uit de bestreden beslissing van 9 februari 2016, die in dit verband het volgende vaststelt en overweegt:

" Met een aangetekend schrijven d.d. 2 september 2015, op 3 september 2015, verzonden, werd [eiseres] in kennis gesteld van de behandeling van de zaak door de tuchtraad van beroep op de zitting d.d. 17 november 2015.

Op deze zitting werd de zaak behandeld.

Stafhouder 2 en mr. 0 onderzoeker, brachten verslag uit.

Procureur-generaal P verleende advies.

Mr. Y nam de verdediging waar.

Aan [eiseres] werd het laatste woord verleend.

De debatten werden gesloten verklaard. De zaak werd in beraad genomen." (bestreden beslissing p. 2 en 3) en

" [Eiseres] houdt voor dat in de voorliggende tuchtprocedure niet met gelijke wapens wordt gestreden. (...)

Anders dan wat [eiseres] suggereert, is de stafhouder in een tuchtprocedure geen klagende partij maar degene door wiens toedoen de tuchtraad kennis neemt van de tuchtzaak (art. 459 Ger.W.). de Stafhouder is evenmin vervolgende partij (...).

Art. 459 §2 laatste alinea Ger.W. schrijft voor dat de onderzoeker ter zitting wordt gehoord in zijn verslag. Blijkens art. 458 §1 Ger.W. leidt de stafhouder het onderzoek of stelt hij een onderzoeker aan, wiens taken en bevoegdheden hij omschrijft.

De aangestelde onderzoeker werkt steeds in opdracht van de stafhouder, die van rechtswege het initiatiefrecht bezit, en dus ook zelf (eventueel parallel met de door hem aangestelde onderzoeker) onderzoeksdaden kan stellen (...). Evenzo kan de stafhouder zich ter zitting door de onderzoeker laten assisteren of zich gewoon door hem laten vertegenwoordigen.

(...)" (bestreden beslissing p. 5, sub 5.1)

en zoals blijkt uit het eveneens bestreden proces-verbaal van de zitting van 17 november 2015, waarin de beslissing om de Stafhouder samen met de onderzoeker tot de zitting toe te laten is opgenomen:

"De zitting wordt geopend om 14.15 uur.

De zitting wordt gehouden met gesloten deuren.

[Eiseres] is aanwezig. Zij wordt bijgestaan door haar raadsman, mr. Y

De stafhouder en de verslaggever zijn aanwezig.

Mr. Y merkt op dat zowel de onderzoeker als de stafhouder aanwezig zijn. Hij stelt dat enkel een van beiden aanwezig kan zijn.

De stafhouder antwoordt hierop dat zij als stafhouder aanwezig mag zijn.

Het openbaar ministerie wordt om advies gevraagd. Hij stelt dat slechts één van beide aanwezig kan zijn.

De tuchtraad van beroep trekt zich terug.

De zitting wordt hernomen.

De tuchtraad van beroep oordeelt dat zowel de stafhouder als de onderzoeker aanwezig kunnen zijn.

De verslaggever, mr. brengt verslag uit.

Het Openbaar Ministerie verleent advies.

Mr. vraagt om er akte van te nemen dat het openbaar ministerie enkel een mondeling, en geen schriftelijk advies geeft.

Mr. pleit.

[Eiseres] krijgt als laatste het woord.

De debatten worden gesloten verklaard.

De zaak wordt in beraad genomen.

(...) (PV van de zitting van 17 november 2015).

Grievens

1.

Krachtens artikel 458, §1, lid 1, van het Gerechtelijk Wetboek komt het aan de Stafhouder toe om te beslissen over het instellen van een tuchtonderzoek. Overeenkomstig artikel 458, §1, lid 2, van het Gerechtelijk Wetboek leidt de Stafhouder het onderzoek of stelt hij een onderzoeker aan, wiens taken en bevoegdheden hij omschrijft. Krachtens artikel 458, §2 van het Gerechtelijk Wetboek beslist de Stafhouder of de betrokken advocaat al dan niet naar de tuchtraad moet worden verwezen.

Uit artikel 459, §1, lid 1, van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat de Stafhouder de tuchtraad van de zaak vat. Eens gevat, roept de Voorzitter van de tuchtraad de betrokken advocaat op om op de zitting te verschijnen. Overeenkomstig artikel 459, §2, lid 1 en lid 2, van het Gerechtelijk Wetboek wordt de zaak in openbare zitting behandeld, tenzij andersluidende vraag van de betrokken advocaat of het bestaan van door de tuchtraad te beoordelen bijzondere omstandigheden.

Overeenkomstig artikel 459, §2, laatste lid, wordt de onderzoeker ter zitting gehoord in zijn verslag.

Overeenkomstig artikel 461, §2 van het Gerechtelijk Wetboek wordt van de beslissing van de tuchtraad kennis gegeven aan de advocaat, aan zijn Stafhouder en aan de procureur-generaal. Krachtens artikel 463 van het Gerechtelijk Wetboek kan elk van de voormelde personen tegen de beslissing hoger beroep aantekenen.

Overeenkomstig artikel 467 van het Gerechtelijk Wetboek worden de debatten voor de tuchtraad van beroep gehouden zoals voorgeschreven door artikel 459, §2 van het Gerechtelijk Wetboek. De zaak wordt dus in principe in openbare zitting behandeld, tenzij andersluidende vraag van de betrokken advocaat of het bestaan van bijzondere omstandigheden, en de onderzoeker wordt gehoord in zijn verslag. Anders dan in eerste aanleg, voorziet artikel 465, §3 van het Gerechtelijk Wetboek in graad van hoger beroep in de aanwezigheid van de procureur-generaal, die er het ambt van openbaar ministerie waarneemt.

Overeenkomstig artikel 468, §1 van het Gerechtelijk Wetboek wordt de beslissing van de tuchtraad van beroep ter kennis gebracht van de betrokken advocaat, van de Stafhouder van de Orde waartoe de advocaat behoort, van de procureur-generaal, en van de Orde van Vlaamse Balies of de Ordre des barreaux francophones et germanophone. Artikel 1121/3 van het Gerechtelijk Wetboek behoudt het recht op cassatieberoep voor aan de betrokken advocaat en aan de Orde van advocaten waartoe hij behoort en artikel 1121/2 bepaalt dat de Orde van advocaten waartoe de advocaat behoort in de cassatieprocedure optreedt als eiser of als verweerder.

2.

Uit de voormelde bepalingen volgt dat het de bedoeling was om de Stafhouder bevoegd te maken voor de vervolging, het onderzoek en de verwijzing (artikel 458, §§1 en 2, en 459, §1), maar niet om hem in de procedure ten gronde te laten optreden, tenzij eventueel in hoger beroep wanneer hij zelf hoger beroep instelt (artikel 463).

Die bedoeling wordt niet tegengesproken door de bepaling die voorziet dat de onderzoeker ter zitting wordt gehoord in zijn verslag (artikel 459, §2, laatste lid). De wet spreekt immers enkel van de onderzoeker en niet van de Stafhouder. De omstandigheid dat de onderzoeker wordt aangesteld door de Stafhouder die zijn taken en bevoegdheden omschrijft (artikel 458, §1, lid 2), volstaat niet om de Stafhouder toe te laten tot de procedure ten gronde. Hoogstens zou dit mogelijk zijn indien geen onderzoeker werd aangesteld.

In geen geval heeft de wetgever gewild dat én onderzoeker én Stafhouder aanwezig zouden zijn en toegelaten zouden worden het woord te nemen in de

procedure ten gronde, behoudens eventueel in de procedure in hoger beroep indien de Stafhouder hoger beroep heeft ingesteld.

Het toelaten van de Stafhouder tot de zitting van de tuchtraad samen met de onderzoeker zou een verwarring creëren in de hoedanigheid waarin de Stafhouder optreedt, gelet op zijn verschillende bevoegdheden, bestaande in het vervolgen, het leiden van het onderzoek, het verwijzen naar de tuchtraad en het instellen van hoger beroep. Die verwarring zou strijdig zijn met het recht op een eerlijk proces, gewaarborgd door artikel 6.1 van het EVRM.

3.

Te dezen staat vast dat de Stafhouder geen hoger beroep instelde tegen de beslissing van eerste aanleg en dat in hoger beroep beslist werd de zaak achter gesloten deuren te behandelen.

Uit het proces-verbaal van de zitting van de tuchtraad van beroep van 17 november 2015 blijkt nochtans dat de Stafhouder samen met de onderzoeker is verschenen, dat eiseres zich via haar raadsman tegen die dubbele aanwezigheid heeft verzet en dat ook de procureur-generaal zich in zijn advies tegen die dubbele aanwezigheid uitsprak.

Desondanks oordeelde de tuchtraad van beroep dat zowel de Stafhouder als de onderzoeker aanwezig mochten zijn (zie PV van de zitting van 17 november 2015) en liet hij beiden aan het woord (zie bestreden beslissing p. 2, laatste al.). De toelating tot beider tussenkomst wordt niet nader gemotiveerd, maar in de motieven ter beantwoording van het verweer van eiseres over de wapengelijkheid laat de tuchtraad van beroep wel verstaan dat die dubbele aanwezigheid geen probleem vormt, gelet op de bevoegdheid van de Stafhouder om het onderzoek in te stellen en te leiden (p. 5, sub 5.1).

Nu die motieven noch enig ander motief een verantwoording kunnen vormen voor de aanwezigheid van Stafhouder én onderzoeker op de zitting van de tuchtraad van beroep, is de beslissing om de Stafhouder tot de zitting toe te laten en het woord te nemen - zoals vastgesteld in het proces-verbaal van de zitting van 17 november 2015 en in de bestreden beslissing van 9 februari 2016 - niet wettig verantwoord, met de nietigheid van de hele beroepsprocedure tot gevolg wegens schending van alle in het middel aangeduide wetsbepalingen, in het bijzonder van de artikelen 459, §2, laatste lid, en 467 van het Gerechtelijk Wetboek.

TWEEDE MIDDEL

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 3 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 wet van 13 mei 1955
- artikel 149 van de Grondwet
- artikel 460 van het Gerechtelijk Wetboek

Aangevochten beslissing en motieven

De bestreden beslissing verklaart het hoger beroep van eiseres tegen de beslissing van de tuchtraad in eerste aanleg ontvankelijk doch ongegrond en bevestigt hiermee de in eerste aanleg uitgesproken schuld van eiseres aan alle feiten, behalve aan de feiten van de eerste tenlastelegging (**E**), evenals de sanctie van schorsing van zes maanden.

Ondanks het feit de tuchtraad van beroep aanneemt dat het bereiken van een akkoord met de schuldeiser voor de bepaling van de strafmaat een verzachtende omstandigheid kan uitmaken (p. 17, al. 4, en overgenomen motieven van de beslissing van eerste aanleg, *sub* 4, al. 6) en vaststelt dat dergelijk akkoord is tot stand gekomen in het dossier cvba **M** (p. 17, al. 4), in het dossier **B** (p. 18, vierde laatste al.) en in het dossier **N** (overgenomen motieven van de beslissing van eerste aanleg, *sub* 4, al. 6), motiveert de tuchtraad van beroep de strafmaat van zes maanden effectieve schorsing op grond van overwegingen die geen rekening houden met die akkoorden, met name volgende overwegingen:

" 7. De strafmaat

De medewerking die een advocaat verleent aan het vereffenen van een vennootschap waarvan zij weet dat ze gebeurt met de intentie de schuldeisers te bedriegen en te benadelen, is een bijzonder zware inbreuk op de eerste beroepsplicht van de advocaat rechtschapen te zijn en zich ook zo te gedragen.

*[Eiseres] verzoekt in haar beroepsakte onder meer rekening te houden met het tijdsverloop van meer dan tien jaar in de zaak. **R** Het is slechts na het faillissement op 13 juni 2006 dat de fraude aan het licht is kunnen komen, en het heeft tot begin 2010 geduurd vooraleer het arrest van 15 september 2009 van het hof van beroep te Brussel kracht van gewijsde had verworven.*

Slechts vanaf dan staat vast dat de vereffening waarvoor [eiseres] wordt vervolgd frauduleus was. Het onderzoek heeft aangetoond dat het opzet van de vereffening er precies in bestond

de ten aanzien van de schuldeisers gepleegde fraude zo lang mogelijk verborgen te houden. Het tijdsverloop is dus geen factor waarmee in het voordeel van [eiseres] kan worden rekening gehouden.

Wel kan vanzelfsprekend worden rekening gehouden met de omstandigheid dat [eiseres] gedurende 39 jaren lid was van de balie zonder enige tuchtrechtelijke veroordeling te hebben opgelopen.

De door de tuchtraad opgelegde sanctie komt gepast voor. De hierboven niet bewezen geachte feitelijke elementen zijn niet van aard om deze sanctie te wijzigen." (bestreden beslissing p. 20)

Grieven

1.

Artikel 3 van het EVRM verbiedt onmenselijke of vernederende straffen op te leggen. Dit verbod impliceert ook dat straffen proportioneel moeten zijn met het feit waarvoor ze worden opgelegd en rekening moeten houden met de concrete omstandigheden van de zaak.

Overeenkomstig artikel 460, lid 1, van het Gerechtelijk Wetboek kan de tuchtraad tussen verschillende sancties kiezen, waaronder een schorsing voor een termijn van ten hoogste één jaar, en moet hij de gekozen straf en de strafmaat motiveren. Overeenkomstig artikel 460, lid 5, kan hij de uitspraak van de veroordeling opschorten of de uitvoering van de sanctie uitstellen. Ook uit die bepalingen volgt een verplichting voor de tuchtraad om bij het bepalen van de straf en strafmaat rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak.

De tuchtraad moet derhalve nagaan of er verzachtende omstandigheden bestaan en, in voorkomend geval, de tuchtsanctie en de strafmaat aan die omstandigheden aanpassen.

2.

Bij de beoordeling van het bewijs van de feiten met betrekking tot het dossier cvba **M** antwoordt de tuchtraad van beroep als volgt op het verweer van eiseres dat het geschil beëindigd werd door een akkoord tussen partijen: *"Dat uiteindelijk met de schuldeiser een akkoord voor slot van rekening wordt bereikt, kan voor de bepaling van de strafmaat een verzachtende omstandigheid uitmaken, maar doet geen afbreuk aan de voltrokken deontologische inbreuken"* (p. 17, al. 4).

Bij de beoordeling van het bewijs van de feiten met betrekking tot het dossier **N** neemt de tuchtraad van beroep de motieven van de tuchtraad in eerste aanleg over. Hierin wordt uitdrukkelijk overwogen: *"Het feit dat uiteindelijk de*

schuld aan N werd geregeld kan wel als een verzachtende omstandigheid worden in aanmerking genomen" (beslissing eerste aanleg sub 4, al. 6).

Bij de beoordeling van het bewijs van de feiten met betrekking tot het dossier B stelt de tuchtraad van beroep eveneens vast: "(...) in zijn verwijzingsbeslissing van 20 augustus 2013 bevestigt de stafhouder wel degelijk erover geïnformeerd te zijn dat [eiseres] ook met mr. B tot een vergelijking is kunnen komen" (p. 18, vierde laatste al.).

3.

Ondanks de voormelde vaststellingen en ondanks de vraag van eiseres om bij de beoordeling van de strafmaat rekening te houden met het feit dat de schulden werden vereffend (verzoekschrift tot hoger beroep p. 23, midden), rept de bestreden beslissing bij de bepaling van de strafmaat (p. 20) met geen woord over die tussengekomen akkoorden die mogelijks als verzachtende omstandigheden in aanmerking konden komen.

Door aldus de strafmaat te bepalen zonder rekening te houden met de eerder vastgestelde akkoorden en, meer bepaald, zonder na te gaan in welke mate die akkoorden als verzachtende omstandigheden de strafmaat konden beïnvloeden, voldoet de tuchtraad van beroep niet aan zijn verplichting om een proportionele tuchtsanctie op te leggen die rekening houdt met alle omstandigheden van de zaak, zodat de bestreden beslissing schending inhoudt van de artikelen 3 van het EVRM en 460 van het Gerechtelijk Wetboek.

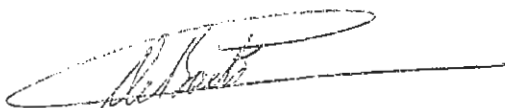
Minstens laat de motivering van de strafmaat, door met geen woord te reppen over de eerder vastgestelde akkoorden, niet toe uit te maken of de tuchtraad van beroep heeft nagegaan of zij al dan niet verzachtende omstandigheden uitmaken noch, in voorkomend geval, of de tuchtraad er rekening mee hield bij de bepaling van de strafmaat, zodat de beslissing over de strafmaat niet regelmatig is gemotiveerd en derhalve de artikelen 149 van de Grondwet en artikel 460 van het Gerechtelijk Wetboek schendt.

Tevens schendt de bestreden beslissing artikel 149 van de Grondwet doordat haar motieven over de strafmaat geen antwoord bevatten op het in het verzoekschrift tot hoger beroep gevoerde verweer van eiseres over de invloed van de bereikte akkoorden op de strafmaat.

OM DEZE REDENEN,

Besluit ondergetekende, advocaat bij het Hof van Cassatie, voor eiseres, dat het U behage, hooggeachte Dames en Heren, de bestreden beslissing vervat in het PV van de zitting van 17 november 2015 en de bestreden beslissing van 9 februari 2016 nietig te verklaren, te bevelen dat van de vernietiging melding gemaakt wordt in de kant van de bestreden beslissingen, de zaak naar een anders samengestelde Nederlandstalige tuchtraad van beroep te verwijzen, en over de kosten uitspraak te doen als naar recht.

Brussel, 8 april 2016



Caroline De Baets