

1. Voorwerp en inhoud van de uitspraak - samengevat

De advocaat diende zich voor de tuchtraad te verantwoorden wegens het niet naleven van een batonnale injunctie, door niet te zijn ingegaan op het verzoek van de stafhouder om een aantal passages uit een syntheseconclusie te schrappen en/of te wijzigen.

Door de advocaat werd opgeworpen dat het onderzoek nietig was, en dat er minstens sprake was van de nietigheid van de saisine van de tuchtraad op grond van de redenering dat er sprake was van het combineren door de stafhouder van de hoedanigheden van klager, onderzoeker en ook van de persoon die de beslissing neemt om tot verwijzing naar de tuchtraad over te gaan, zodat de stafhouder niet voldeed aan de vereiste van voldoende onafhankelijkheid, *c.q.* afstandelijkheid ten aanzien van de persoon die het voorwerp is van het onderzoek en van het voorwerp van het onderzoek zelf.

Voorgaand verweer werd door de tuchtraad bijgetreden onder verwijzing naar een cassatiearrest van 17 april 2015¹ en de motivering dat daarin onder meer sprake is van het van toepassing verklaren van de onpartijdigheid van de rechter vervat in art. 6.1 EVRM op de stafhouder die zijn wettelijke opdracht uitoefent in het kader van het voorbereidend tuchtonderzoek van artikel 458 van het Gerechtelijk Wetboek.

De tuchtraad volgde de stelling dat de stafhouder bij de ambtshalve opening van het tuchtonderzoek in dit concrete dossier drie hoedanigheden had, deze van (1) “benadeelde klager” (*wiens batonnale injunctie niet werd uitgevoerd*) en (2) deze van tuchtondzoeker, terwijl hij (3) voorafgaandelijk aan de opening van het tuchtonderzoek reeds het willig beroep van de advocaat tegen de batonnale injunctie had verworpen

Tevens wees de tuchtraad op het feit dat de stafhouder er bij het einde van het tuchtonderzoek nog een vierde hoedanigheid bijkreeg, nl. van de partij die beslist al dan niet tot verwijzing naar de tuchtraad over te gaan.

De tuchtraad wees er op dat *“de rol van de stafhouder in het actuele tuchtrecht bijzonder belangrijk is, zodat, precies omwille van het uniek karakter van deze disciplinaire functie, het algemeen rechtsbeginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij uitstek van toepassing is op de stafhouder.”*

Voorts stelde de tuchtraad: *“Bij een tuchtonderzoek moeten bovendien alle aspecten, zowel ten laste als ten ontlaste van de onderzochte advocaat worden bekeken, waarbij het voor de hand ligt dat dit*

¹ Cass. 17 april 2015, AR D.14.0006.N.

een delicate oefening wordt wanneer er mogelijk sprake zou kunnen zijn van enige persoonlijke betrokkenheid van de onderzoekende stafhouder.”

De tuchtraad volgde het verweer van de advocaat dat uit de briefwisseling van de stafhouder diens persoonlijke betrokkenheid kon worden afgeleid.

De tuchtraad oordeelde vervolgens:

“ Waar de stafhouder inderdaad, omwille van de eigenheid van zijn functie, op verschillende ogenblikken verschillende hoedanigheden kan bekleden, heeft zulks onvermijdelijk tot gevolg dat hij bij de opening van een tuchtonderzoek steeds in concreto zal moeten nagaan of zulks, gelet op zijn gebeurlijke eerdere tussenkomsten in het dossier, de toets van het beginsel van onpartijdigheid en onafhankelijkheid dat hij als tuchtonderzoeker steeds moet in acht nemen, kan doorstaan.

Met andere woorden dient de stafhouder zich, indien er eerdere tussenkomsten waren zoals in onderhavig concreet dossier, de vraag te stellen of hij zelf het tuchtonderzoek kan openen en voeren, dan wel of hij zich daarvoor dient te laten vervangen.”

Volgens de tuchtraad had de stafhouder zich voormelde vraag niet gesteld.

De tuchtraad verwees naar de mogelijkheid in hoofde van de onderzoekende stafhouder om bij het einde van het tuchtonderzoek meerdere beslissingen te nemen: hij kan beslissen te verwijzen, of hij kan beslissen dat er onvoldoende redenen zijn om de advocaat te laten verschijnen voor de tuchtraad.

De tuchtraad oordeelde dat de stafhouder ook in deze fase de beginselen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid in acht dient te nemen.

Doordat de stafhouder de inhoudelijke verweermiddelen van betrokken advocaat niet in de verwijzingsbeslissing aan bod liet komen werd naar het oordeel van de tuchtraad op dat ogenblik aan de advocaat minstens de kans ontnomen om niet naar de tuchtraad te worden verwezen.

De tuchtraad oordeelde dat de stafhouder oog had moeten hebben voor zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid alvorens te beslissen tot de ambtshalve opening van een tuchtonderzoek, alsook bij de beslissing tot verwijzing en stelde dat dit des te meer het geval was nu de stafhouder eerder het willig beroep van de advocaat tegen de kwestieuze batonnale injunctie had afgewezen.

De tuchtraad stelde derhalve dat er minstens een schijn van persoonlijke betrokkenheid van de stafhouder was bij de ambtshalve opening van het tuchtonderzoek en bij de beslissing tot verwijzing, zodat hij op beide ogenblikken had moeten nagaan of hij wel voldoende onpartijdig was om ambtshalve tot het openen van een tuchtonderzoek over te gaan, *c.q.* een beslissing tot verwijzing te nemen, dan wel of hij zich, precies omwille van de mogelijke persoonlijke betrokkenheid, had moeten laten vervangen bij het nemen van een beslissing in dit verband.

Door deze afweging niet te maken en zich niet te laten vervangen bij de opening van het tuchtonderzoek, *c.q.* bij de beslissing tot doorverwijzing naar de tuchtraad, miskende de

stafhouder naar het oordeel van de tuchtraad de waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ingeschreven in art. 6.1 EVRM, zodat tot de nietigheid van het tuchtonderzoek en van de saisine moet worden beslist.

De tuchtraad besloot op grond van het voorgaande tot de nietigverklaring van het onderzoek en de saisine van de tuchtraad.

2. Draagwijdte en gevolgen van voormelde uitspraak

De tuchtraad maakt gewag van een ‘willig beroep’ door de advocaat tegen de injunctie van de stafhouder.

De injunctie van de stafhouder werd met andere woorden uitdrukkelijk door de advocaat betwist.

Omdat de advocaat de injunctie niet wenste na te leven werd deze tuchtrechtelijk vervolgd, nadat er door de stafhouder een ambtshalve onderzoek werd geopend én nadat de tuchtraad door de stafhouder werd gevat.

De tuchtraad oordeelde dat voormelde handelswijze van de stafhouder indruist tegen de waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid waarvan sprake in art. 6.1 EVRM, gelet op het feit dat er sprake was van een schijn van persoonlijke betrokkenheid.

2.1. Bestaat er een recht op het niet nakomen van een injunctie van de stafhouder?

Het is algemeen aanvaard dat de stafhouder in zijn hoedanigheid van hoofd van de Orde gemachtigd is tot het opleggen van een batonnale injunctie, met het oog op het deontologisch bijsturen van de advocaten die onder zijn bevoegdheid ressorteren.

Deze bevoegdheid *ex autoritate* vloeit voort uit artikel 473 van het Gerechtelijk Wetboek.

Het negeren of niet naleven van een batonnale injunctie wordt beschouwd als een misprijzen van het gezag en de autoriteit van de stafhouder.

“ Het niet naleven van batonnale richtlijnen hindert de stafhouder in de behoorlijke uitoefening van zijn functie en verstoort de behoorlijke werking van de balie. Zo worden de belangen van de beroepsgroep geschaad: door het niet naleven van de door de stafhouder gegeven richtlijnen in verband met toekomstig gedrag, is er derhalve wel degelijk een inbreuk op de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep van advocaat ten grondslag liggen.”²

Nochtans is het niet ondenkbaar dat de stafhouder een batonnale injunctie uitvaardigt die kennelijk ongegrond is of minstens voor redelijke betwisting vatbaar is.

² Tuchtraad Gent 21 september 2016, TAG-0373.

Er werd geoordeeld dat zelfs in die gevallen niet aanvaard kan worden dat de advocaat een batonnale injunctie naast zich neerlegt.

“ Het verzoek van de stafhouder kan en mag niet zomaar door de advocaat naast zich neergelegd worden omdat hij van mening verschilt met de beweegredenen en vermeende noodzakelijkheid van de genomen maatregel. Het instellen van een maatregel van tuchtonderzoek mag niet aanzien worden als een noodzaak om te komen tot het respecteren van het verzoek van de stafhouder. Dit zou er toe leiden dat er niets meer gebeurt op verzoek van een stafhouder tot op het ogenblik dat een tuchtonderzoek wordt ingesteld. Dergelijke houding kan toch niet aanzien worden als strokende met de eerbied en het respect dat de advocaat moet hebben voor het gezag van zijn stafhouder.”³

Een en ander zal uiteindelijk geval per geval dienen te worden beoordeeld en geapprecieerd door de bevoegde tuchtraad, zoals ook werd bevestigd door de tuchtraad van beroep:

“ Het bevel van de stafhouder moet in principe worden nagekomen: het betreft immers een beslissing van een bestuurlijke tuchtverheid van de balie. Wie deze batonnale beslissing negeert loopt het risico op een tuchtrechtelijke vervolging, waarbij de tuchtraad dan “kan vrijspreken of sanctioneren, rekening houdend met de al dan niet gegronde stellingen van de advocaat, zijn al dan niet oprechte intenties in verband met de verdediging van de belangen van zijn cliënt en de concrete omstandigheden van het geval”.⁴

De becommentarieerde uitspraak stelt het injunctierecht van de stafhouder niet in vraag, maar wel de schijn van persoonlijke betrokkenheid van de stafhouder.

Vandaar het belang van het maken van een onderscheid tussen enerzijds de injunctie en anderzijds de (laakbare) gedraging die daaraan ten grondslag ligt.

De stafhouder zal zich in eerste instantie dienen te baseren op het zich al dan niet vermeend schuldig maken van een advocaat aan een deontologische inbreuk en dus niet op het niet naleven van de injunctie op zich.

In het tweede geval zou dit immers gekwalificeerd kunnen worden als een blijk van persoonlijke betrokkenheid van de stafhouder in plaats van het vellen van een objectief oordeel.

2.2. Betreffende het voeren van een ambtshalve onderzoek door de stafhouder wegens het niet naleven van een batonnale injunctie

De bevoegdheid in hoofde van de stafhouder om ambtshalve een onderzoek in te stellen is uitdrukkelijk vastgelegd bij wet en meer bepaald in artikel 458, §1 van het Gerechtelijk Wetboek.

³ Tuchtraad Brussel 25 augustus 2015, SBT-0108.

⁴ Tuchtraad van beroep 13 december 2016, TB-0158-2016.

Deze bevoegdheid maakt derhalve deel uit van de wettelijke taak van de stafhouder en kan niet worden gedelegeerd.

Dit neemt niet weg dat de stafhouder in een concreet dossier gebeurlijk kan worden vervangen overeenkomstig de bepalingen van artikel 447 van het Gerechtelijk Wetboek.

De opening van een ambtshalve onderzoek door de stafhouder is vaak de enige mogelijkheid om te kunnen overgaan tot het tuchtrechtelijk vervolgen van de advocaat die in gebreke blijft om zijn gedrag te conformeren aan de injunctie van de stafhouder.

Het ontnemen aan de stafhouder van de mogelijkheid tot de ambtshalve instelling van een onderzoek zou een enorme aantasting betekenen van het gezag en de bevoegdheid van de stafhouder om toe te zien op de naleving van de deontologische regels.

Het openen van het tuchtonderzoek en de verdere leiding ervan behoren immers onbetwist tot de exclusieve bevoegdheid van de stafhouder in functie.⁵

De regels met betrekking tot de exclusieve bevoegdheid van de stafhouder om een tuchtprocedure in te stellen zijn van noodzakelijk belang voor de rechtsbedeling en raken de openbare orde.⁶

Ten onrechte meent de tuchtraad dan ook het recht op het instellen van een ambtshalve onderzoek door de stafhouder *in casu* in vraag te kunnen stellen.

De tuchtraad miskent het onderscheid tussen het ambtshalve *openen* van een onderzoek en het *voeren* van een onderzoek.

Het instellen of openen van een ambtshalve onderzoek door de stafhouder verhindert niet dat de stafhouder vervolgens het onderzoek ervan delegeert aan een onderzoeker.

Artikel 458, §1 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de stafhouder zelf het onderzoek leidt of een onderzoeker aanstelt, wiens taken en bevoegdheden hij omschrijft.

In concreto leek de aanstelling van een onderzoeker - gelet op het oordeel van de tuchtraad dat er sprake was van een persoonlijke betrokkenheid van de stafhouder - *de visu* de meest aangewezen werkwijze.

Immers, gelet op de uitdrukkelijke betwisting door betrokken advocaat van het voorwerp van de injunctie leek het inderdaad aangewezen dat dit verder zou worden onderzocht door een onafhankelijke en onpartijdige onderzoeker, aangezien deze gehouden is tot het voeren van een onderzoek à charge en à décharge.

Nochtans zou het onderzoek door een derde onafhankelijke onderzoeker enkel hebben kunnen leiden tot de vaststelling en bevestiging door de onderzoeker dat er sprake was van een al dan niet gefundeerde weigering in hoofde van betrokken advocaat om de door de stafhouder opgelegde

⁵ Artikel 458 §1 Ger.W. en Tuchtraad voor advocaten van de ordes van het rechtsgebied van het hof van beroep te Antwerpen 12 juni 2012, TAA/SA/0087/2012

⁶ Tuchtraad voor advocaten van de ordes van het rechtsgebied van het hof van beroep te Antwerpen 12 juni 2012, TAA/SA/0087/2012

injunctie na te leven en derhalve van het feit dat er sprake was van een betwisting tussen de stafhouder en de betrokken advocaat over de al dan niet rechtsgeldigheid van de opgelegde injunctie.

Het spreekt voor zich dat de onderzoeker dit enkel kan vaststellen, doch daarbij geen uitspraak kan doen over wie al dan niet gelijk heeft, aangezien dit ressorteert onder de appreciatiebevoegdheid van de tuchtraad.

De tuchtraad ging er *in casu* evenwel van uit dat het gevoerd onderzoek geen of onvoldoende rekening hield met de argumenten ten onlaste in hoofde van betrokken advocaat. De tuchtraad leidde dit meer bepaald af uit het feit dat de stafhouder de inhoudelijke verweermiddelen van betrokken advocaat niet in de verwijzingsbeslissing aan bod liet komen, waardoor naar het oordeel van de tuchtraad op dat ogenblik *aan de advocaat minstens de kans werd ontnomen om niet naar de tuchtraad te worden verwezen*.

Voorgaande redenering is evenwel voor discussie vatbaar, op grond van volgende motieven:

- (a) Het onderzoek kon *in concreto* enkel resulteren in de vaststelling en de bevestiging dat de injunctie van de stafhouder niet door betrokken advocaat werd nageleefd.

Kortom, met het oog op de loutere vaststelling dat de injunctie van de stafhouder niet werd nageleefd, maakte het in wezen geen verschil uit of de stafhouder dit onderzoek zelf voerde, dan wel dit onderzoek zou hebben gedelegeerd.

Het feit dat dit voortvloeide uit een uitdrukkelijke betwisting door de advocaat van het voorwerp van de injunctie doet daar geen afbreuk aan, aangezien dit verweer sowieso het voorwerp kon uitmaken van de debatten ten gronde voor de tuchtraad.

De stafhouder zou - gelet op de bestaande betwisting tussen hemzelf en de advocaat - in ieder geval hebben moeten verwijzen naar de tuchtraad om uitsluitel te bieden over de plicht tot al dan niet naleving door betrokken advocaat van de door hem opgelegde injunctie. Een onderzoeker kan daar immers geen uitspraak over doen.

In concreto deed de tuchtraad geen uitspraak over de grond van de zaak.

- (b) Wanneer de stafhouder de tuchtraad vat in toepassing van artikel 459, §1 van het Gerechtelijk Wetboek dan zal de voorzitter van de tuchtraad de advocaat oproepen om voor de tuchtraad te verschijnen, met vermelding van de feiten die de advocaat ten laste worden gelegd.

De voorzitter van de tuchtraad kan de oproeping van betrokken advocaat in voorkomend geval niet weigeren. Bovendien is de voorzitter van de tuchtraad beperkt in zijn mogelijkheid tot het vermelden van de feiten of kwalificaties in het kader van de oproeping.

"Ingevolge artikel 459 Ger. W. beperkt de taak van de voorzitter van de tuchtraad zich - althans in de dossiers waarvan de tuchtraad "door toedoen van de stafhouder" moet kennis

*nemen - tot het oproepen van de betrokken advocaat. De voorzitter van de tuchtraad mag geen feiten of kwalificaties aan de door de stafhouder in zijn met redenen omklede beslissing toevoegen, weglaten of wijzigen.”*⁷

Zelfs indien de stafhouder in de verwijzingsbeslissing de verweermiddelen van betrokken advocaat zou hebben opgenomen, dan nog zou de voorzitter van de tuchtraad een oproeping voor de tuchtraad niet hebben kunnen weigeren.

Aan de advocaat werd met andere woorden - in tegenstelling tot het besluit van de tuchtraad - geen kans ontnomen om niet naar de tuchtraad te worden verwezen.

In tegendeel, een verwijzing door de stafhouder naar de tuchtraad was de enige mogelijkheid om te komen tot een oordeel over het al dan niet correct handelen door betrokken advocaat.

2.3. Betreffende de saisine van de tuchtraad door de stafhouder

Hierboven werd reeds aangehaald dat de saisine van de tuchtraad door de stafhouder eveneens bij wet is geregeld, zijnde in de bepaling van artikel 459, §1 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze bevoegdheid kan evenmin worden gedelegeerd.

Uitspraken die aan de stafhouder het recht ontzeggen om de tuchtraad te vatten verdienen een kritische noot.

Terecht werd in de becommentarieerde tuchtuitspraak aangehaald dat *“de stafhouder inderdaad, omwille van de eigenheid van zijn functie, op verschillende ogenblikken verschillende hoedanigheden kan bekleden.”*

Deze verschillende hoedanigheden worden bekrachtigd in de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die specifiek van toepassing zijn op de tucht voor advocaten:

- Artikel 447 Ger. W.: de stafhouder als hoofd van de Orde
- Artikel 458 Ger. W.: de bevoegdheid van de stafhouder om
 - (1) klachten te ontvangen en te onderzoeken
 - (2) ambtshalve een onderzoek in te stellen
 - (3) zelf het onderzoek te leiden of een onderzoeker aan te stellen
- Artikel 459 Ger. W.: de bevoegdheid van de stafhouder om de tuchtraad te vatten

Ten onrechte oordeelde de tuchtraad dat de ‘persoonlijke betrokkenheid van de stafhouder’ hem ervan diende te weerhouden om de zaak aanhangig te maken voor de tuchtraad.

Vooreerst kan uit het feit dat de stafhouder het niet eens is met de betwisting van ‘zijn’ injunctie niet worden afgeleid dat de stafhouder persoonlijk betrokken is in de betekenis die de tuchtraad daaraan geeft. *Sensu stricto* zal de stafhouder steeds betrokken partij zijn, maar dit is kenmerkend voor zijn functie en hoedanigheid als stafhouder.

⁷ Tuchtraad Gent 9 oktober 2013, TAG-0244.

Bovendien was het vatten van de tuchtraad door de stafhouder de enige mogelijkheid om tot een oordeel te kunnen komen over het feit of de houding van betrokken advocaat al dan niet deontologisch gerechtvaardigd was.

Tot slot dient benadrukt te worden dat de advocaat die wordt opgeroepen voor de tuchtraad steeds zijn verweer kan doen gelden voor de tuchtraad, dit in tegenstelling tot de stafhouder die voor de tuchtraad niet als partij wordt beschouwd en derhalve evenmin zijn argumenten kan doen gelden voor de tuchtraad.

Het is dan ook een gemiste kans dat de tuchtraad zich onthield om uitspraak te doen over de (on)deontologische gedraging van betrokken advocaat die het voorwerp vormde van de injunctie.

3. Besluit

Het ontbreken van specifieke rechtsmiddelen tegen het injunctierecht van de stafhouder verplicht de betrokken advocaat, alsook de stafhouder tot het uitlokken van een tuchtprocedure in geval van volgehouden betwisting en/of afwijzing van het willig beroep.

Er is wel degelijk sprake van een onafhankelijke en onpartijdige opening van het tuchtonderzoek door de stafhouder - volgend op de niet naleving van een batonnale injunctie - mits rekening wordt gehouden met het volgende:

- 1°) de opening van het tuchtonderzoek is gesteund op de vaststelling dat de advocaat zijn gedrag niet heeft aangepast aan de injunctie van de stafhouder;
- 2°) de opening van het tuchtonderzoek is derhalve niet het gevolg van het niet naleven van de injunctie, doch verwijst naar het gedrag van betrokken advocaat en de deontologische inbreuk die daaraan is gekoppeld, waarbij het niet naleven van de injunctie eventueel als een verzwarend element kan worden ingeroepen

Het vatten door de stafhouder van de tuchtraad is bij wet vastgelegd, kan niet worden gedelegeerd en is kenmerkend voor de tuchtprocedure voor advocaten.