

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 30.583/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 10 août 2000, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "visant à la transposition de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise", a donné le 13 novembre 2000 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 30.583/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 augustus 2000 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot omzetting van richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven", heeft op 13 november 2000 het volgende advies gegeven :

I. Observations préliminaires

1. La loi en projet a pour objectif principal de transposer dans l'ordre juridique interne la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (1).

Le projet procède également à une clarification des dispositions du Code judiciaire qui ont transposé dans l'ordre juridique interne la directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

Aux termes de ces deux directives, les Etats membres sont tenus de communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine qui est concerné.

Le Conseil d'Etat attire, dès lors, l'attention de l'auteur du projet sur cette obligation.

2. En vertu de l'article 16, § 1er, alinéa 2, de la directive 98/5/CE, précitée,

(1) Cette directive fait l'objet d'un recours en annulation introduit à la Cour de justice de Communautés européennes par le Grand-Duché du Luxembourg (Aff. c. 168/98).

"Lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les Etats membres."

Selon les règles de légistique formelle (1), il est autorisé de faire référence à la directive européenne dans l'intitulé du texte qui la transpose mais il est néanmoins recommandé, quand cela est possible, de consacrer à cette référence un article du dispositif.

Cette dernière solution a le mérite d'indiquer dans le Code judiciaire quelles sont les dispositions qui constituent la transposition d'une directive européenne. Si cette solution devait être retenue, un article du dispositif doit consacrer expressément une référence à la directive 98/5/CE (voyez la proposition faite ci-après sous l'article 477quinquies en projet) et l'intitulé doit être modifié comme suit :

"Projet de loi visant à faciliter l'exercice de la profession d'avocat ainsi que l'établissement en Belgique d'avocats ressortissants d'un autre Etat membre de l'Union européenne."

(1) La circulaire de légistique formelle établie par le Conseil d'Etat peut être consultée à l'adresse "<http://www.raadvst-consetat.be>", (voir dans le cas présent la section 8.4.).

II. Observations générales

1. La portée réelle des directives conditionne la manière dont il y a lieu de les transposer; il n'existe pas de méthode uniforme en la matière. Tantôt, les directives lient à ce point les Etats membres qu'il n'y a pratiquement pas d'autre solution que de les retranscrire quasi littéralement; tantôt elles établissent des exigences minimales, proposent diverses options ou encore imposent que soient prises des mesures coercitives, ce qui contraint les Etats membres à opérer des choix ou à arrêter des dispositions qui ne leur sont pas toujours explicitement dictés par les directives elles-mêmes (1).

Il apparaît clairement qu'en l'espèce, l'auteur du projet a essayé de rester le plus fidèle possible au contenu de la directive, en la paraphrasant quelque fois.

Toutefois, comme il sera indiqué lors des observations particulières consacrées aux différents articles du projet (2), cette méthode n'est pas toujours la plus adéquate, le législateur belge devant lui-même définir les dispositions légales applicables aux différentes situations juridiques que la directive entend régler.

(1) Recommandation 3.1. de la circulaire de légistique formelle, op. cit.

(2) Voir les observations formulées sous les articles 477quinquies et 477septies en projet.

2. L'ordonnancement juridique existant prévoit la possibilité pour des avocats étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne de s'établir en Belgique et d'y exercer leur profession moyennant le respect de certaines conditions. Ainsi, l'article 428, alinéa 2, du Code judiciaire dispose qu'il peut être dérogé à la condition de nationalité dans les cas déterminés par le Roi, sur l'avis du Conseil général de l'Ordre des avocats.

Par un arrêté royal du 24 août 1970, le Roi a fixé les conditions que doit remplir cet avocat étranger pour pouvoir s'établir en Belgique.

Une fois ces conditions remplies, il peut exercer sa profession comme un avocat belge.

Si l'on compare cette situation à celle des avocats ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, on s'aperçoit que la directive 98/5/CE, précitée, a eu pour objectif non seulement de faciliter le libre établissement des avocats ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne mais également de protéger le consommateur en l'informant de ce qu'il s'adresse à un avocat n'étant pas ressortissant du même Etat membre.

La directive organise, en effet, certaines mesures de publicité comme l'exercice de la profession tout en conservant le titre professionnel d'origine, la mention de l'organisation professionnelle ou de la juridiction auprès de laquelle l'avocat est admis, ou encore la dénomination du groupe dont il est membre dans l'Etat membre d'origine.

.../...

Il appartient à l'auteur du projet d'examiner la cohérence du système en projet avec celui instauré en vertu de l'article 428, alinéa 2, du Code judiciaire.

III. Observations particulières

Examen du projet

Dispositif

Article 2

Dans un souci de précision, mieux vaut indiquer à l'article 428, alinéa 1er, en projet, du Code judiciaire qu'il s'agit du serment prescrit par l'article 429, alinéa 2, du même Code.

Article 4

Compte tenu des nombreuses modifications apportées à l'article 430 du Code judiciaire, l'ensemble de cet article devrait être remplacé par une nouvelle disposition.

Article 7

Cette disposition remplace l'article 434 du Code judiciaire en prévoyant que

.../...

"Pour être inscrit au tableau de l'Ordre, il est nécessaire d'avoir accompli trois ans de stage ou, pour les personnes inscrites à la liste des avocats qui exercent leur profession sous le titre professionnel d'un autre Etat membre de l'Union européenne, de remplir les conditions fixées à l'article 477nonies."

En vertu de l'article 428bis, alinéa 2, peuvent également être inscrits au tableau de l'Ordre les ressortissants de l'Union européenne qui répondent aux conditions fixées par cette disposition.

Dans un souci de cohérence et de clarté, il est souhaitable que l'article 434, en projet, du Code judiciaire tienne compte de l'article 428bis, alinéa 2, qui figure, par ailleurs, dans les dispositions générales du Titre premier du Livre III consacré au barreau.

La disposition, en projet, doit être revue en conséquence.

Article 15

Article 477bis en projet

S'agissant d'une disposition relative à la libre prestation de services, il serait souhaitable de faire référence dans l'alinéa 1er du paragraphe 1er en projet, à la directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, plutôt que de recourir à la formule vague : "conformément aux directives de l'Union européenne".

.../...

Il y a lieu de viser expressément la directive 77/249/CEE.

Article 477ter en projet

En vertu du paragraphe 3, en projet, de cette disposition, les personnes visées à l'article 477bis peuvent exercer la profession d'avocat salarié d'un autre avocat, d'une association ou d'une société d'avocats, ou d'une entreprise publique ou privée à condition que cette activité salariée ne mette en péril, ni l'indépendance de l'avocat, ni la dignité du barreau.

Selon l'article 6 de la directive 77/249/CEE, précitée,

"Chaque Etat membre peut exclure les avocats salariés, liés par un contrat de travail avec une entreprise publique ou privée, de l'exercice des activités de représentation et de défense en justice de cette entreprise dans la mesure où les avocats établis dans cet Etat ne sont pas autorisés à les exercer.".

Afin de mieux refléter les intentions des auteurs du projet, il convient que l'article 477ter, § 3, en projet, rende applicable l'article 437, alinéa 1er, 4°, du Code judiciaire, aux personnes visées à l'article 477bis.

.../...

Par ailleurs, il est permis de se demander si les autres incompatibilités visées à l'article 437, alinéa 1er, et particulièrement celle visée au 3°, concernent également les avocats étrangers ? Les auteurs du projet doivent clarifier cette question.

Article 477quater en projet

1. En vertu de l'alinéa 1er en projet, l'article 458 du Code judiciaire n'est pas rendu applicable aux personnes visées à l'article 477bis en projet.

Ceci peut se justifier dans la mesure où l'article 458 du Code judiciaire concerne des avocats inscrits auprès d'un barreau belge.

Toutefois, l'article 458 du Code judiciaire devrait être adapté pour les avocats étrangers établis dans un autre Etat de l'Union européenne et qui prestent des services sur le territoire belge; à défaut, les avocats belges seraient soumis à des règles plus strictes que les avocats ressortissants d'un autre Etat membre.

2. A l'alinéa 2, en projet, comme en a convenu la fonctionnaire déléguée, il convient de préciser que le délai de dix ans commence à courir à partir de la date où la décision de l'interdiction est passée en force de chose jugée.

.../...

Article 477quinquies en projet

1. Conformément à l'observation préliminaire n° 2, il serait souhaitable au paragraphe 1er, en projet, de viser directement la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, plutôt que d'utiliser la formule vague : "conformément aux directives de l'Union européenne".

2. Au paragraphe 2, alinéa 2, en projet, il est prévu que l'attestation prouvant que l'avocat ressortissant de l'Union européenne est bien inscrit auprès d'un barreau de l'Etat membre d'origine, doit également contenir la mention des procédures disciplinaires intentées dans l'Etat membre d'origine.

Cette dernière exigence n'est pas prévue par l'article 3, § 2, de la directive 98/5/CE, précitée, l'attestation devant uniquement indiquer que cet avocat est inscrit auprès de l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine.

Par ailleurs, la directive oblige l'Etat membre d'accueil à informer de l'inscription l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine.

Ce n'est que dans le cadre de cette information, que le Conseil de l'Ordre pourrait s'informer sur les éventuelles procédures disciplinaires intentées dans l'Etat membre d'origine.

.../...

Le législateur belge ne peut imposer aux autres Etats membres le contenu des attestations à délivrer.

Comme en a convenu la fonctionnaire déléguée, cette disposition doit être revue.

3. Le paragraphe 3, en projet, indique quelles sont les mentions qui doivent figurer sur les documents et les pièces que les avocats utilisent "directement ou indirectement" dans le cadre de leurs activités professionnelles.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la portée exacte, dans ce contexte, de l'adverbe "indirectement".

Il ressort des explications de la fonctionnaire déléguée que les documents ainsi visés pourraient être la déclaration fiscale de l'avocat ou encore des factures relatives à l'acquisition de biens utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle.

Mieux vaut s'en tenir à la formule des "documents utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle". Le commentaire de la disposition, en projet, doit être également complété sur ce point afin de mieux traduire les intentions de l'auteur du projet.

Parmi les mentions que doit indiquer l'intéressé, il y a, d'une part, "a) le barreau auquel il est inscrit" et, d'autre part, "d) son inscription auprès de l'autorité compétente de cet Etat".

.../...

Par rapport à l'article 4, § 2, de la directive 98/5/CE, précitée, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la distinction qu'il convient de faire entre ces deux mentions.

Selon la fonctionnaire déléguée, le a) concerne l'inscription auprès d'un barreau belge alors que le d) concerne l'inscription de l'avocat auprès de l'autorité compétente de l'Etat d'origine.

Le Conseil d'Etat s'interroge, dès lors, sur la portée du point c) qui concerne déjà l'appartenance de cet avocat à une organisation professionnelle de l'Etat d'origine ou à une juridiction de cet Etat.

Comme en a convenu la fonctionnaire déléguée, cette disposition en projet doit être clarifiée.

4. Enfin , l'alinéa 2 du paragraphe 3, en projet, dispose que

"... le titre professionnel d'origine et les mentions visées à l'alinéa 1er, sont indiqués dans la ou l'une des langues officielles de l'Etat membre d'origine et au moins dans la ou les langues de la région linguistique dans laquelle le barreau auquel il est inscrit a son siège.".

Or, en vertu de l'article 430 du Code judiciaire, les ordres sont établis en fonction des arrondissements judiciaires. Dès lors, plutôt que de faire usage de la notion de "région linguistique", il convient de faire référence à la ou les langues de l'arrondissement judiciaire

.../...

dans lequel est établi l'Ordre auprès duquel il est inscrit.

Article 477sexies en projet

1. Le paragraphe 2, en projet, doit être plus précis lorsqu'il est question des "règles qui régissent la profession". Ainsi qu'en a convenu la fonctionnaire déléguée, il convient aussi de mentionner explicitement les règles déontologiques de cette profession.

2. En vertu du paragraphe 3, en projet, le Conseil de l'Ordre peut imposer aux personnes visées à l'article 477quinquies la couverture de leur responsabilité professionnelle en Belgique par une assurance ou un fonds de garantie professionnelle, aux conditions qu'il fixe.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'existence actuelle d'un tel fonds car, généralement, la responsabilité professionnelle des avocats en Belgique est couverte par une assurance dont la prime est comprise dans les cotisations que ceux-ci versent à leur ordre.

Il ressort des explications de la fonctionnaire déléguée qu'actuellement il n'existe pas de tel fonds et qu'il n'y a pas lieu d'y faire référence.

Le texte en projet doit donc être revu sur ce point.

.../...

Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'interroge sur "la garantie complémentaire" que doit fournir l'avocat ressortissant de l'Union européenne s'il dispose déjà d'une couverture pour sa responsabilité professionnelle dans l'Etat membre d'origine, mais qui n'est pas équivalente à la couverture qui existe en Belgique.

Selon les explications de la fonctionnaire déléguée, il peut s'agir d'une garantie donnée sous la forme d'un cautionnement.

Mieux vaut le préciser dans la disposition en projet.

3. La formulation du paragraphe 4, en projet, étant similaire à celle de l'article 477ter, § 3, en projet du Code judiciaire, il est fait référence aux observations formulées sous cette disposition.

Toutefois, le Conseil d'Etat se demande s'il est utile d'insérer ce paragraphe 4, en projet, compte tenu de la modification apportée à l'article 437, alinéa 2, du Code judiciaire par l'article 8 du projet.

Article 477septies en projet

1. Il serait plus précis et cohérent par rapport à l'article 477quater, alinéa 1er, en projet, du Code judiciaire, d'écrire à l'article 477septies, alinéa 1er, en projet :

.../...

"... sans préjudice des règles professionnelles et déontologiques auxquelles elles sont soumises dans l'Etat membre d'origine.".

2. L'alinéa 2, en projet, paraphrase dans une large mesure, l'article 7, §§ 2 et 3, de la directive 98/5/CE, précitée.

Comme il a été souligné dans l'observation générale n° 1, il y a lieu d'être plus précis sur le contenu des informations qui seront transmises à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine et sur les dispositions qui doivent être prises par le bâtonnier de l'Ordre afin que cette autorité soit en mesure de faire des observations devant les instances de recours.

Comme en a convenu la fonctionnaire déléguée, il est préférable de préciser que ces informations doivent notamment concerner le dossier disciplinaire en cause, les règles de procédure applicables ainsi que les délais de recours.

3. Comme l'a admis la fonctionnaire déléguée, l'alinéa 3, en projet, serait plus complet par rapport à la directive s'il était précisé que l'interdiction d'exercer peut être temporaire ou définitive.

.../...

Article 477octies en projet

1. Le paragraphe 1er, en projet, paraphrase l'article 11, § 1er, de la directive 98/5/CE, précitée.

Comme il a été souligné dans l'observation générale n° 1, le législateur belge doit adapter les termes de la directive en fonction de son propre ordonnancement juridique.

Le concept d'"agence d'un groupe" n'existe pas en droit belge en ce qui concerne l'exercice d'activités par des avocats.

La disposition en projet doit clairement indiquer quelles sont les formes juridiques auxquelles il peut être recouru pour établir une succursale en Belgique d'un cabinet d'avocats établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

2. Selon le paragraphe 1er, en projet, si les règles fondamentales qui régissent le groupe d'avocats dans l'Etat d'origine sont incompatibles avec

"... les règles fondamentales découlant des dispositions législatives, réglementaires et administratives belges",

alors ce sont ces dernières qui sont d'application.

.../...

Il appartient au législateur de définir quelles sont les règles fondamentales du droit belge qui doivent être observées.

La transposition d'une directive européenne exige la détermination de règles précises et applicables uniformément. En laissant aux ordres professionnels le soin de déterminer ces règles, le législateur court le risque que celles-ci varient d'un arrondissement judiciaire à l'autre.

Une observation analogue doit être faite pour les paragraphes 2 et 3.

3. Dans la mesure où le paragraphe 5, alinéa 3, en projet, utilise les concepts "d'une succursale ou d'une agence d'un groupe d'avocats", il est renvoyé à l'observation formulée sous le paragraphe 1er, en projet.

4. Le paragraphe 6, en projet, transpose l'article 12 de la directive 98/5/CE, précitée, en le paraphrasant.

Il convient d'indiquer dans quelles circonstances les avocats pourront mentionner la dénomination du groupe dont ils sont membres dans l'Etat d'origine, à l'instar, par exemple, de l'article 477quinquies, § 3, en projet, du Code judiciaire.

Par ailleurs, afin d'éviter des divergences d'interprétation entre la première phrase du paragraphe 6,

.../...

en projet, et la seconde phrase, il est proposé de rédiger le début de cette seconde phrase de la manière suivante :

"Dans ce cas, elles doivent indiquer la forme juridique du groupe ...(la suite comme au projet).".

Article 477nonies en projet

1. Cette disposition en projet transpose l'article 10 de la directive 98/5/CE, précitée, qui autorise l'assimilation d'un avocat ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne à un avocat de l'Etat membre d'accueil.

L'article en projet n'établit aucun lien avec les articles 428bis et suivants du Code judiciaire qui ont transposé en droit belge la directive européenne 89/48/CEE du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans.

Il convient de ne pas perdre de vue que les articles 428bis et suivants du Code judiciaire autorisent également les avocats ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, moyennant le respect de plusieurs conditions, à exercer leur profession en Belgique tout en portant le titre d'avocat et en étant inscrits au tableau de l'Ordre.

Ce lien est directement fait par l'article 10, §§ 1er et 2, de la directive 98/5/CE, précitée.

.../...

Il est, dès lors, utile de préciser au paragraphe 1er, alinéa 1er, et au paragraphe 2, alinéa 1er, de l'article 477nonies, en projet, du Code judiciaire, que

"Outre les personnes visées aux articles 428bis et suivants, peuvent également porter le titre d'avocat ... (la suite comme au projet).".

Par ailleurs, il serait plus cohérent d'insérer dans le paragraphe 1er, en projet, la définition d'une "activité effective et régulière", plutôt que de la prévoir au paragraphe 3, en projet.

2. Au paragraphe 3? alinéa 2, il convient de préciser que la demande d'inscription peut être rédigée dans la ou l'une des langues de la région dans laquelle est établie l'Ordre. Dès lors, la formulation suivante est proposée :

"Les demandes et documents visés aux paragraphes 1er et 2 sont rédigés dans la ou l'une des langues de l'arrondissement judiciaire dans lequel est établi l'Ordre auquel les candidats adressent leur demande, ou accompagnés d'une traduction certifiée conforme dans cette langue.".

En ce qui concerne l'alinéa 2, en projet, il est renvoyé à l'observation n° 1.

3. Qu'entend-on par la notion d'"incidents" utilisée au paragraphe 4, en projet ?

.../...

Le commentaire de la disposition, en projet, doit être plus explicite à ce propos.

Observation finale à propos de l'article 477nonies,
en projet

Afin de satisfaire à la condition d'une activité effective et régulière d'une durée minimale de trois ans, certains auteurs (1) se sont interrogés sur la possibilité de prendre en considération des périodes d'activité qui seraient antérieures à l'entrée en vigueur de la Directive 98/5/CE, précitée.

En l'espèce, ils suggèrent que

"Pour le barreau de Bruxelles, par exemple, il serait simple et justifié de faire bénéficier les avocats ressortissants de l'Union européenne inscrits à la liste des membres associés, d'une présomption réfragable d'accomplissement de tout ou partie de la période d'activité requise."

Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si une telle disposition transitoire est souhaitable.

(1) Voir en ce sens G.-A. Dal et L. Defalque, "La liberté d'établissement de l'avocat en Europe (La directive établissement 98/5/CE du 16 février 1998)", in "Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe", éd. Bruylant, 2000, p. 769 et suiv.

Observation finale à propos du texte néerlandais

Il y a lieu de tenir compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis à propos de l'orthographe du terme "lidstaat".

I. Voorafgaande opmerkingen

1. De ontworpen wet strekt voornamelijk tot omzetting in de interne rechtsorde van richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven (1).

Het ontwerp brengt voorts ook klaarheid in de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek waarbij richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten in de interne rechtsorde is omgezet.

Naar luid van die beide richtlijnen zijn de lidstaten ertoe gehouden de Commissie de tekst van alle belangrijke bepalingen van intern recht mee te delen die ze op het bewuste gebied vaststellen.

De Raad van State wenst de steller van het ontwerp dan ook aan die verplichting te herinneren.

(1) Het Groothertogdom Luxemburg heeft bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen deze richtlijn (Zaak c. 168/98).

2. Artikel 16, lid 1, tweede alinea, van de voormelde richtlijn 98/5/EG luidt als volgt :

"Wanneer de lidstaten deze bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen naar de onderhavige richtlijn verwezen of wordt hiernaar verwezen bij de officiële bekendmaking van die bepalingen. De regels voor deze verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten."

Volgens de regels van de wetgevingstechniek (1) mag naar de Europese richtlijn worden verwezen in het opschrift van de regeling waarbij die richtlijn wordt omgezet, maar er wordt niettemin aanbevolen om, wanneer zulks mogelijk is, die verwijzing in een apart artikel van het dispositief op te nemen.

Laatstgenoemde oplossing heeft het voordeel dat daardoor in het Gerechtelijk Wetboek wordt aangegeven welke bepalingen de omzetting van een Europese richtlijn vormen. Als voor die oplossing wordt gekozen, moet een artikel van het dispositief een uitdrukkelijke verwijzing naar richtlijn 98/5/EG bevatten (zie het voorstel dat infra wordt gemaakt bij het ontworpen artikel 477quinquies) en dient het opschrift als volgt te worden gesteld :

"Ontwerp van wet ter vergemakkelijking van de uitoefening van het beroep van advocaat en van de vestiging in België van advocaten die onderdaan zijn van een andere lidstaat van de Europese Unie."

(1) De circulaire betreffende de wetgevingstechniek, die door de Raad van State is opgesteld, kan worden geraadpleegd op het adres "<http://www.raadvst-consetat.be>", (zie, in het onderhavige geval, punt 8.4.).

II. Algemene opmerkingen

1. De werkelijke strekking van de richtlijnen bepaalt hoe ze moeten worden omgezet. Daarvoor bestaat geen eenvormige methode. Sommige richtlijnen zijn zo verbindend voor de lidstaten dat er vrijwel geen andere mogelijkheid is dan ze nagenoeg letterlijk over te nemen; andere richtlijnen bevatten dan weer minimumvereisten, stellen allerlei keuzemogelijkheden voor of bepalen alleen dat dwangmaatregelen moeten worden opgelegd, wat de lidstaten ertoe noodzaakt keuzen te maken of bepalingen vast te stellen die hen niet altijd expliciet door de richtlijnen zelf worden opgelegd (1).

In het onderhavige geval blijkt duidelijk dat de steller van het ontwerp getracht heeft de inhoud van de richtlijn zo getrouw mogelijk weer te geven, waarbij hij die soms parafraseert.

Zoals in de bijzondere opmerkingen betreffende verscheidene artikelen van het ontwerp (2) zal worden aangegeven, is die methode evenwel niet altijd de meest geschikte, aangezien de Belgische wetgever zelf de wetbepalingen dient vast te stellen die van toepassing zijn op

(1) Aanbeveling 3.1. van de voormelde circulaire betreffende de wetgevingstechniek.

(2) Zie de opmerkingen onder de ontworpen artikelen 477quinquies en 477septies.

de onderscheiden rechtstoestanden waarop de richtlijn betrekking heeft.

2. Volgens de bestaande rechtsordening is het voor buitenlandse advocaten die geen onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie mogelijk om zich in België te vestigen en hier hun beroep uit te oefenen mits bepaalde voorwaarden vervuld zijn. Zo bepaalt artikel 428, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek dat van de nationaliteitsvoorwaarde kan worden afgeweken in de gevallen die de Koning bepaalt op advies van de Algemene Raad van de Orde van Advocaten.

Bij een besluit van 24 augustus 1970 heeft de Koning de voorwaarden vastgesteld waaraan zulk een buitenlandse advocaat moet voldoen om zich in België te kunnen vestigen.

Zodra die voorwaarden vervuld zijn, mag hij zijn beroep uitoefenen als was hij een Belgisch advocaat.

Als men deze situatie vergelijkt met die van advocaten die wel een onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie, merkt men dat de voormelde richtlijn 98/5/EG er niet alleen toe strekte het voor advocaten die onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie makkelijker te maken zich in een andere lidstaat te vestigen, maar ook de consument te beschermen door deze te laten weten dat hij zich richt tot een advocaat die geen onderdaan is van dezelfde lidstaat.

.../...

De richtlijn voorziet immers in bepaalde maatregelen van openbaarmaking, zoals de uitoefening van het beroep met behoud van de oorspronkelijke beroepstitel, de vermelding van de beroepsorganisatie of de rechterlijke instantie waarbij de advocaat is toegelaten, of nog de benaming van de groep waarvan hij lid is in de lidstaat van herkomst.

De steller van het ontwerp dient na te gaan of de ontworpen regeling aansluit bij die welke krachtens artikel 428, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek is ingesteld.

III. Bijzondere opmerkingen

Onderzoek van het ontwerp

Dispositief

Artikel 2

Uit zorg voor nauwkeurigheid verdient het aanbeveling om in het ontworpen artikel 428, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek aan te geven dat het gaat om de eed die verplicht gesteld is bij artikel 429, tweede lid, van datzelfde Wetboek.

.../...

Artikel 4

Gelet op het grote aantal wijzigingen dat in artikel 430 van het Gerechtelijk Wetboek wordt aangebracht, zou dit artikel in zijn geheel moeten worden vervangen door een nieuwe bepaling.

Artikel 7

Bij deze bepaling wordt artikel 434 van het Gerechtelijk Wetboek als volgt vervangen :

"Om op het tableau van de Orde te worden ingeschreven, moeten drie jaar stage worden verricht of voor personen ingeschreven op de lijst van de advocaten die hun beroep uitoefenen onder de beroepstitel van een andere lidstaat van de Europese Unie, moet voldaan zijn aan de voorwaarden gesteld in artikel 477nonies.".

Krachtens artikel 428bis, tweede lid, kunnen ook de onderdanen van de Europese Unie die aan de in die bepaling vastgestelde voorwaarden voldoen op het tableau van de Orde worden ingeschreven.

Uit zorg voor samenhang en duidelijkheid verdient het aanbeveling om voor het ontworpen artikel 434 van het Gerechtelijk Wetboek rekening te houden met artikel 428bis, tweede lid, welke bepaling overigens deel uitmaakt van de algemene bepalingen van Boek III, Titel I, die handelt over de balie.

De ontworpen bepaling behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 15

Ontworpen artikel 477bis

Aangezien deze bepaling betrekking heeft op het vrij verrichten van diensten, is het aan te bevelen om in de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, te verwijzen naar richtlijn 77/249/EEG van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten, in plaats van te werken met de vage formulering "overeenkomstig de richtlijnen van de Europese Unie".

Er behoort uitdrukkelijk naar richtlijn 77/249/EEG te worden verwezen.

Ontworpen artikel 477ter

Krachtens paragraaf 3 van deze ontworpen bepaling kunnen de in artikel 477bis bedoelde personen het beroep van advocaat in loondienst uitoefenen bij een andere advocaat, bij een samenwerkingsverband van advocaten, bij een advocatenkantoor of bij een publiek- of privaatrechtelijke onderneming doch alleen indien door deze loondienst noch de onafhankelijkheid van de advocaat, noch de waardigheid van de balie in het gedrang komen.

.../...

Artikel 6 van de voormelde richtlijn 77/249/EEG luidt evenwel als volgt :

"Elke Lid-Staat kan advocaten in loondienst die door een arbeidsovereenkomst aan een overheids- of een particuliere onderneming zijn verbonden, uitsluiten van de uitoefening van de werkzaamheden betreffende de vertegenwoordiging en de verdediging in rechte van deze onderneming, voor zover de in deze Staat gevestigde advocaten niet gemachtigd zijn deze werkzaamheden uit te oefenen."

Opdat de bedoelingen van de stellers van het ontwerp beter tot uiting komen, dient bij het ontworpen artikel 477ter, § 3, artikel 437, eerste lid, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk te worden verklaard op de personen bedoeld in artikel 477bis.

Overigens kan men zich afvragen of de andere gevallen van onverenigbaarheid vermeld in artikel 437, eerste lid, en inzonderheid die waarvan sprake is in onderdeel 3°, eveneens op de buitenlandse advocaten betrekking hebben. De stellers van het ontwerp zouden in deze kwestie duidelijkheid moeten scheppen.

Ontworpen artikel 477quater

1. Krachtens het ontworpen eerste lid wordt artikel 458 van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing verklaard op de in het ontworpen artikel 477bis bedoelde personen.

.../...

Dat is aannemelijk voorzover artikel 458 van het Gerechtelijk Wetboek betrekking heeft op advocaten die bij een Belgische balie zijn ingeschreven.

Artikel 458 van het Gerechtelijk Wetboek zou echter moeten worden aangepast voor de buitenlandse advocaten die in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigd zijn en op het Belgische grondgebied diensten verlenen. Zo niet zouden voor de Belgische advocaten striktere regels gelden dan voor de advocaten die onderdaan zijn van een andere lidstaat.

2. De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat in het ontworpen tweede lid moet worden aangegeven dat de termijn van tien jaar ingaat vanaf de dag waarop de beslissing houdende verbod kracht van gewijsde heeft gekregen.

Ontworpen artikel 477quinquies

1. Overeenkomstig de voorafgaande opmerking nr. 2, wordt aangeraden om in de ontworpen paragraaf 1 rechtstreeks te verwijzen naar richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven, in plaats van te werken met de vage formulering "overeenkomstig de richtlijnen van de Europese Unie".

.../...

2. In de ontworpen paragraaf 2, tweede lid, staat dat op het bewijs dat de advocaat die E.U.-onderdaan is, bij een balie van de lidstaat van herkomst is ingeschreven, melding dient te worden gemaakt van de tuchtprocedures ingesteld in de lidstaat van herkomst.

Het laatstgenoemde vereiste is niet voorgeschreven bij artikel 3, lid 2, van de voormelde richtlijn 98/5/EG, aangezien uit de verklaring alleen dient te blijken dat die advocaat ingeschreven is bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst.

Bovendien is de lidstaat van ontvangst krachtens de richtlijn verplicht de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst in kennis te stellen van de inschrijving.

De Raad van de Orde zou alleen in het kader van die kennisgeving kunnen vragen of er in de lidstaat van herkomst eventueel tuchtprocedures zijn ingesteld.

De Belgische wetgever kan de andere lidstaten niet voorschrijven welke vermeldingen zij moeten opnemen in de verklaringen die ze moeten overleggen.

De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat deze bepaling behoort te worden herzien.

3. In de ontworpen paragraaf 3 wordt aangegeven welke vermeldingen moeten voorkomen in de documenten en

.../...

stukken die de advocaten "rechtstreeks of onrechtstreeks" in het kader van hun beroepswerkzaamheden aanwenden.

De Raad van State ziet niet in wat in deze context juist met het bijwoord "onrechtstreeks" wordt bedoeld.

Uit de uitleg van de gemachtigde ambtenaar blijkt dat de documenten waarnaar aldus wordt verwezen de belastingaangifte van de advocaat zou kunnen zijn of facturen betreffende de verwerving van goederen die deze in het kader van zijn beroepswerkzaamheid gebruikt.

Het is beter alleen te spreken van "documenten die betrokkene in het kader van zijn beroepswerkzaamheden aanwendt". Ook de commentaar over de ontworpen bepaling dient op dit punt te worden aangevuld opdat de bedoelingen van de steller van het ontwerp beter tot uiting komen.

Tot de gegevens die de betrokkene dient te vermelden, horen, enerzijds, "a) de balie waarbij hij is ingeschreven" en, anderzijds, "d) zijn inschrijving bij de bevoegde autoriteit van die Staat".

Gelet op artikel 4, lid 2, van de voormelde richtlijn 98/5/EG is het de Raad van State niet duidelijk welk onderscheid tussen die twee vermeldingen dient te worden gemaakt.

Volgens de gemachtigde ambtenaar heeft a) betrekking op de inschrijving bij een Belgische balie, terwijl

.../...

d) betrekking heeft op de inschrijving van de advocaat bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst.

De Raad van State vraagt zich derhalve af wat de strekking is van punt c), dat reeds handelt over de beroepsorganisatie waartoe die advocaat in de lidstaat van herkomst behoort of de gerechtelijke instantie waarbij hij in die lidstaat toegelaten is.

De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat die ontworpen bepaling dient te worden verduidelijkt.

4. Het ontworpen tweede lid van paragraaf 3 ten slotte bepaalt dat

"... de oorspronkelijke beroepstitel en de vermeldingen bedoeld in het eerste lid zijn opgesteld in de officiële taal of in een van de officiële talen van de lidstaat van herkomst en ten minste in de taal of in de talen van het taalgebied waar de balie waarbij hij is ingeschreven, haar zetel heeft."

In artikel 430 van het Gerechtelijk Wetboek worden de orden in verband gebracht met de gerechtelijke arrondissementen. Veeleer dan te werken met het begrip "taalgebied" dient derhalve te worden verwezen naar de taal of talen van het gerechtelijk arrondissement waar de zetel van de Orde gevestigd is waarbij de advocaat ingeschreven is.

.../...

Ontworpen artikel 477sexies

1. De ontworpen paragraaf 2 dient preciezer te worden gesteld waar sprake is van "beroepsregels die van toepassing zijn". De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat eveneens expliciet gewag dient te worden gemaakt van de beroepsethische regels.

2. Krachtens de ontworpen paragraaf 3 kan de Raad van de Orde onder de voorwaarden die hij stelt de in artikel 477quinquies bedoelde personen verplichten hun beroepsaansprakelijkheid in België te dekken door een beroepsaansprakelijkheidsverzekering of door een beroepsgarantiefonds.

De Raad van State zet vraagtekens bij het bestaan van een soortgelijk fonds, omdat de beroepsaansprakelijkheid van advocaten in België over het algemeen gedekt wordt door een verzekering waarvan de premie begrepen is in de bijdragen die die advocaten aan hun orde storten.

Uit de uitleg van de gemachtigde ambtenaar blijkt dat er thans geen soortgelijk fonds bestaat en dat er geen gewag van dient te worden gemaakt.

De ontworpen tekst dient dus op dat punt te worden herzien.

Verder heeft de Raad van State vragen over de aanvullende garantie die moet worden gesteld door de advocaat die onderdaan is van de Europese Unie, wanneer hij

.../...

in de lidstaat van herkomst reeds gedekt is door een beroepsaansprakelijkheidsverzekering, maar die geen gelijkwaardige dekking biedt als die welke reeds in België bestaat.

Volgens de uitleg van de gemachtigde ambtenaar kan de garantie worden verstrekt in de vorm van een borgstelling.

Het is beter dit in de ontworpen bepaling aan te geven.

3. Aangezien de ontworpen paragraaf 4 op een soortgelijke manier geformuleerd is als het ontworpen artikel 477ter, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek, wordt verwezen naar de opmerkingen die bij die bepaling gemaakt zijn.

De Raad van State vraagt zich evenwel af of het zinvol is die ontworpen paragraaf 4 op te nemen, gelet op de wijziging die bij artikel 8 van het ontwerp wordt aangebracht in artikel 437, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

Ontworpen artikel 477septies

1. Het zou de duidelijkheid en de samenhang met het ontworpen artikel 477quater, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek ten goede komen indien het ontworpen artikel 477septies, eerste lid, als het als volgt gesteld werd :

.../...

"..., zulks onverminderd de beroeps- en gedragsregels waaraan zij in de lidstaat van herkomst zijn onderworpen.".

2. In het ontworpen tweede lid wordt in ruime mate artikel 7, leden 2 en 3, van de voornoemde richtlijn 98/5/EG geparafraseerd.

Zoals onderstreept is bij de algemene opmerking nr. 1, dienen de inhoud van de inlichtingen die verstrekt worden aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst en de maatregelen die de stafhouder van de Orde dient te treffen om die autoriteit de mogelijkheid te bieden haar opmerkingen bij de beroepsinstanties kenbaar te maken, te worden verduidelijkt.

De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat het verkieslijk is aan te geven dat die inlichtingen inzonderheid betrekking moeten hebben op het betrokken tuchtdossier, de toepasselijke procedureregels en de termijnen om beroep in te stellen.

3. De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat het ontworpen derde lid de richtlijn vollediger zou omzetten indien aangegeven wordt dat het verbod om het beroep van advocaat uit te oefenen tijdelijk of definitief kan zijn.

.../...

Ontworpen artikel 477octies

1. De ontworpen paragraaf 1 parafraseert artikel 11, lid 1, van de voornoemde richtlijn 98/5/EG.

Zoals onderstreept is bij de algemene opmerking nr. 1, dient de Belgische wetgever de terminologie van de richtlijn aan te passen in functie van zijn eigen rechtsordening.

Het begrip "agentschap van een groep" bestaat niet in het Belgisch recht wat betreft de uitoefening van werkzaamheden door advocaten.

De ontworpen bepaling dient duidelijk aan te geven in welke rechtsvormen in België een filiaal kan worden opgericht van een advocatenkantoor dat in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigd is.

2. In de ontworpen paragraaf 1 staat dat, indien de basisregels die van toepassing zijn op de groep van advocaten in de lidstaat van herkomst onverenigbaar zijn met

"... de basisregels die voortvloeien uit de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke Belgische bepalingen ...",

de laatstgenoemde bepalingen van toepassing zijn.

.../...

De wetgever dient de na te leven basisregels van het Belgisch recht vast te stellen.

De omzetting van een Europese richtlijn vergt precieze en eenvormig geldende regels. Als de wetgever het aan de beroepsorden overlaat die regels vast te stellen, bestaat het gevaar dat die regels verschillen naar gelang van het gerechtelijk arrondissement.

Een soortgelijke opmerking dient te worden gemaakt voor de paragrafen 2 en 3.

3. Voorzover in de ontworpen paragraaf 5, derde lid, wordt gewerkt met het begrip "bijkantoor of agentschap van een groep van advocaten", wordt verwezen naar de opmerking gemaakt over de ontworpen paragraaf 1.

4. Bij de ontworpen paragraaf 6 wordt artikel 12 van de voormelde richtlijn 98/5/EG omgezet; hierbij wordt dat artikel geparafraseerd.

Er dient te worden aangegeven in welke omstandigheden de advocaten de benaming mogen vermelden van de groep waartoe zij in de lidstaat van herkomst behoren, naar het voorbeeld van wat bepaald is in het ontworpen artikel 477quinquies, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek.

Om te voorkomen dat de eerste zin van de ontworpen paragraaf 6 anders wordt geïnterpreteerd dan de tweede zin

.../...

ervan, wordt bovendien voorgesteld die tweede zin als volgt te laten beginnen :

"In dat geval vermelden zij de rechtsvorm van de groep in de lidstaat van herkomst, alsook ... (verder zoals in het ontwerp).".

Ontworpen artikel 477nonies

1. Bij deze ontworpen bepaling wordt artikel 10 van de voornoemde richtlijn 98/5/EG omgezet, dat bepaalt dat een advocaat die onderdaan is van een lidstaat van de Europese Unie kan worden gelijkgesteld met een advocaat van de lidstaat van ontvangst.

In het ontworpen artikel wordt geen verband gelegd met de artikelen 428bis en volgende van het Gerechtelijk Wetboek waarbij de Europese richtlijn 89/48/EEG van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten, omgezet is.

Men mag niet uit het oog verliezen dat bij de artikelen 428bis en volgende van het Gerechtelijk Wetboek advocaten die onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen, eveneens gerechtigd worden hun beroep in België uit te oefenen, de titel van advocaat te voeren en ingeschreven te worden op het tableau van de Orde.

.../...

Dat verband wordt rechtstreeks gelegd in artikel 10, leden 1 en 2, van de voormelde richtlijn 98/5/EG.

Paragraaf 1, eerste lid, en paragraaf 2, eerste lid, van het ontworpen artikel 477nonies van het Gerechtelijk Wetboek dienen derhalve te worden gesteld als volgt :

"Benevens de in de artikelen 428bis en volgende bedoelde personen kunnen eveneens de titel van advocaat voeren ... (verder zoals in het ontwerp).".

Bovendien is het logischer om de definitie van een "werkelijk en regelmatig uitgeoefende werkzaamheid" op te nemen in de ontworpen paragraaf 1, veeleer dan er gewag van te maken in de ontworpen paragraaf 3.

2. In paragraaf 3, tweede lid, dient te worden vermeld dat het verzoek om inschrijving kan worden opgesteld in de taal of een van de talen van het gebied waar de Orde gevestigd is. De volgende formulering wordt derhalve voorgesteld :

"De verzoeken en documenten bedoeld in de paragrafen 1 en 2 moeten worden gesteld in de taal of een van de talen van het gerechtelijk arrondissement waar de Orde gevestigd is waaraan de kandidaten hun verzoek richten of gaan vergezeld van een eensluidend verklaarde vertaling in die taal.".

.../...

Voor het ontworpen tweede lid wordt verwezen naar opmerking nr. 1.

3. Wat wordt bedoeld met het begrip "incidenten" waarmee wordt gewerkt in de ontworpen paragraaf 4 ?

De ontworpen bepaling dient in dat verband explicieter te worden toegelicht.

Slotopmerking in verband met het ontworpen
artikel 477nonies

In verband met de te vervullen voorwaarde van een werkelijke en regelmatige werkzaamheid gedurende ten minste drie jaar hebben sommige auteurs (1) de mogelijkheid geopperd om periodes van activiteit in aanmerking te nemen die voorafgaan aan de inwerkingtreding van de voormelde richtlijn 98/5/EG.

In casu stellen zij het volgende voor :

"Pour le barreau de Bruxelles, par exemple, il serait simple et justifié de faire bénéficier les avocats ressortissants de l'Union européenne inscrits à la liste des membres associés, d'une présomption réfragable d'accomplissement de tout ou partie de la période d'activité requise."

(1) Zie in die zin G.-A. Dal en L. Defalque, "La liberté d'établissement de l'avocat en Europe (La directive établissement 98/5/CE du 16 février 1998)", in "Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe", uitg. Bruylant, 2000, blz. 769 en volgende.

De steller van het ontwerp dient na te gaan of zulk een overgangsbepaling wenselijk is.

Slotopmerking betreffende de Nederlandse tekst

In de thans geldende bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek wordt gewerkt met de term "Lid-Staat", terwijl in het voorliggende ontwerp en in de richtlijn 95/8/EG respectievelijk "Lidstaat" en "lidstaat" wordt geschreven. De steller van het ontwerp zou van de gelegenheid gebruik kunnen maken om voor eenvormigheid te zorgen, door bij voorkeur de schrijfwijze te volgen die in de richtlijn wordt gehanteerd.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs Y. KREINS,
de Heren

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. LIENARDY,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. van COMPERNOLLE,

assesseur,
assessor,

Madame B. VIGNERON,
Mevrouw

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La
note du Bureau de coordination
a été rédigée et exposée par
Mme A.-F. BOLLY, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT,
auditeur. De nota van het Coör-
dinatiebureau werd opgesteld en
toegelicht door Mevr. A.-F. BOLLY,
adjunct-referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néer-
landaise a été vérifiée sous le
contrôle de M. P. LIENARDY.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst werd
nagezien onder toezicht van de
H. P. LIENARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS