

Departement deontologie  
Adviezen in deontologische kwesties

Het departement deontologie dient de stafhouders en raden van de Orde van advies, adviezen die ook - met goedkeuring van de betrokken opdrachtgevers – worden verspreid naar de overige Vlaamse balies.

1/OVB/Dep. Deontologie/168

**Advocaat ontvangt volmacht om onroerend goed van cliënt te verkopen - kadert in de normale beroepsactiviteit van een advocaat - geen daad van koophandel - bevoegdheid van de ordeoverheden (contra : Gent 17 oktober 2002)**

Ik kan U als volgt van advies dienen :

1. De gegevens zijn de volgende : een advocaat voert een procedure voor de Vrederechter in ontbinding van een pachtovereenkomst.

Blijkens zijn ereloonstaat werd gedagvaard, geconcludeerd, verschenen, gepleit, een tussenvonnis dat persoonlijke verschijning van partijen beval besproken met de cliënt, deze werd voorbereid met het oog op de persoonlijke verschijning en aldaar bijgestaan.

Dan startten blijkbaar onderhandelingen met het oog op een minnelijke pachtbeëindiging, die tot resultaat leidden, zodat de advocaat een overeenkomst ad hoc opstelt, en voor de Vrederechter verschijnt, waar het akkoord wordt geacteerd.

Ondertussen stelt de advocaat een volmacht op krachtens welke hij de gronden (al dan niet verpacht) zal verkopen "*tegen zo gunstig mogelijke voorwaarden*", met mandaat om een verkoopbelofte te onderschrijven. Deze volmachttekst maak ook gewag van de bevoegdheid van de volmachthouder "*desgevallend onderhandelingen te voeren met het oog op een minnelijke pachtbeëindiging*".

Blijkens een eerste ereloonstaat werd voor de onderhandelingen in verband met de verkoop 3 % "commissieloon" gevraagd op de verkoopprijs. Blijkens een preciserende ereloonstaat van twee jaar later worden bovendien dossier- en secretariaatskosten en fotokopieën en faxberichten aangerekend.

Er is thans sprake van een ereloon voor voorbereidende besprekingen, opstellen van ontwerp van volmacht, voorafgaandelijke vergelijkende studie over de mogelijke vraagprijs en prijsvorming, contactname met kandidaat-kopers, bijeenkomsten, onderhandelingen, voorbereiden en aanvaarden van een koopbelofte, en contactname met de eigenaars-clienten.

Er is geen sprake meer van de 3 %, hoewel het erelooncijfer gelijk blijft, doch er wordt toegevoegd :

*"Het ereloon werd begroot, rekening houdend met de volbrachte plichten, het belang van de zaak, het behaalde resultaat en de gebruikelijke tarieven voor dergelijke tussenkomsten."*

2. De cliënten betalen de erelonen voor de overige tussenkomsten, doch niet de commissie/ereloon voor de uitvoering van het verkoopsmandaat. Ze worden deswege veroordeeld door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk.

In beroep verzoekt de 1<sup>ste</sup> kamer van het Hof te Gent partijen stelling in te nemen over de vraag naar de toelaatbaarheid van de vordering *"waar mogelijk een strijdigheid met de openbare orde, dan wel met de volstreckte onverenigbaarheden van artikel 437 Ger.W. voorhanden kan zijn"*.

Partijen voeren (mondeling) tegenspraak. Het O.M. adviseert onder de hand van advocaat-generaal P. Kenis, tot ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering (met verwijzing naar Jo Stevens, "Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen, Kluwer, 1997, nr 263.1) : het gaat om een bijzonder burgerlijke mandaat in het kader van de meer ruime juridische bijstand die de advocaat zijn cliënten verleent.

3. Het Hof beslist in zijn arrest van 17 oktober 2002 tot de niet-toelaatbaarheid van de oorspronkelijke vordering.

Het stelt vast dat het om een makelaarsverrichting gaat, kennelijk eenmalig, die op zich volstaat om als daad van koophandel te worden aangemerkt, hetgeen in strijd is met artikel 437 Ger.W. en met de commerciële ingesteldheid die aldaar wordt geïllustreerd.

Een vordering gestoeld op dergelijke akte en de prestaties die daaruit voortvloeien, dienen als ongeoorloofd en/of strijdig met de goede orde beschouwd, en afgewezen daar gesteund op een onrechtmatig belang als niet toelaatbaar.

4. Het Hof meent dat de voorgeschieden en *"ook diverse perikelen met derden"* niet relevant zijn, hoewel wordt toegevoegd dat de volmacht tot verkoopsmiddeling tot stand kwam *"op de achtergrond"* van een procedure, waarvan niet blijkt dat de onderhandelingen er een noodzakelijk en inherent deel van uitmaakten.

Het pachtgeschil kon de weg effenen naar een verkoop, doch deze is geen logisch, inherent of aansluitend - minstens niet evident accessorium van een pachtzaak.

Het mandaat is aangegaan - zoniet strijdig aan - de relatie raadsman-opdrachtgever.

Artikel 437, 3° Ger.W. heeft niet alleen betrekking op handel in de enge zin, maar op alle soortgelijke werkzaamheden die uitlopen op een geestesgesteldheid die niet strookt met die welke de beroepsethiek van een advocaat moet beheersen (verwijzing naar Cass., 14 januari 1993, Arr. Cass., 1993, 43).

Hoofdens artikel 2 Wb. Kh. *"is elke bank- wissel- commissie- of makelaarsverrichting"* een daad van koophandel, wat gesteund is op een vermoeden (juris tantum) van winstoogmerk.

Hoewel het Hof aanvaardt dat advocaten een burgerlijk bijzonder mandaat kunnen aanvaarden, in het kader van een meer ruime juridische bijstand die zij als advocaten aan hun cliënten verlenen, worden hier specifieke kenmerken gereveleerd die gebruikelijk zijn in een commerciële overeenkomst van bemiddeling (exclusiviteit, strafbedingen, lange duur van 1 jaar, stilzwijgende verlenging, onherroepelijk karakter, commissieloon dat verdubbelt vanaf bepaalde verkoopprijs, enz.), kaderen in een winstoogmerk van commerciële aanpak getuigen, en bezwaarlijk met een burgerlijke opdracht of voortzetting van die opdracht kunnen verzoend worden.

*"Van dergelijke exclusieve opdracht met de bijkomende hoger vermelde concrete verbintenissen kan bezwaarlijk gesteld worden dat het nog om een gebruikelijk burgerlijk mandaat gaat, noch dat het in het kader van een louter juridische bijstand aan de mandanten is totstandgekomen, noch tenslotte dat het volkomen zou kaderen in de normale beroepsactiviteit van een advocaat.*

*De opdracht, met de hoger aangehaalde specifieke verbintenissen, overstijgt in ruime mate de juridische bijstand, beoogt klantenbinding, exclusiviteit, een ongewoon lange duurtijd, en is, op grond van deze elementen, duidelijk commercieel".*

5. Wat vooreerst opvalt is dat artikel 437, 3° Ger.W. een (absolute) onverenigbaarheid instelt tussen het beroep van advocaat en het drijven van handel en nijverheid, doch dat het arrest niet besluit tot het drijven van handel en nijverheid.

Integendeel het besluit uitdrukkelijk tot de aanwezigheid van een eenmalige makelaarsverrichting :

*"Het gaat dienvolgens onmiskenbaar om een makelaarsverrichting - kennelijk eenmalig, een gebruik wordt wel geponeerd, doch niet bewezen - dat op zich evenwel volstaat om als daad van koophandel te worden aangemerkt ("elke" makelaarsverrichting), hetgeen in strijd is met artikel 437 Ger.W. en met de*

*commerciële ingesteldheid die aldaar wordt geïllustreerd."*

Doch, zoals geweten, maakt het eenmalig stellen van een objectieve daad van koophandel iemand niet tot handelaar (VAN LERSBERGHE, P., "Kooplieden en daden van koophandel - Overzicht van rechtspraak (1988-1999)", T.B.H., 2001, 361, nr 12).

Daartoe moet hij van het stellen van daden van koophandel hoofdzakelijk of aanvullend zijn gewoon beroep maken (artikel 1 Wb. Kh.).

Het Hof van Cassatie besliste reeds in 1898 dat het herhaald verrichten van daden van koophandel, zoals ook de gewoonte daarvan, niet volstaan om de hoedanigheid van handelaar te krijgen. Daartoe is vereist dat men van het stellen van daden van koophandel zijn gewoon beroep maakt, wat noodzakelijk winstoogmerk en speculatie veronderstelt (Cass., 7 april 1898, Pas., 1898, I, 146).

Het Hof te Gent stelt dus ten onrechte het stellen van een objectieve daad van koophandel gelijk met het drijven van handel in de zin van artikel 437, 30 Ger.W. Dit artikel bedoelt meer dan het eenvoudig stellen van een daad van koophandel, zoals uit de gebruikte bewoordingen blijkt : *"drijven van handel en nijverheid"*.

6. Het Hof van Cassatie heeft - het weze benadrukt, in de context van een tuchtrechtelijk geding tegen een advocaat - deze notie verder verklaard :

*"De in artikel 437, al. 1, 3° Ger.W. bedoelde onverenigbaarheid tussen het beroep van advocaat en het drijven van handel heeft niet alleen betrekking op de handel in de enge zin, maar op alle soortgelijke werkzaamheden die uitlopen op een geestesgesteldheid die niet strookt met de geestesgesteldheid die de beroepsethiek van de advocaat moet beheersen."* (Cass., 14 januari 1993, Arr. Cass., 1993, 43, Pas., 1993, I, 42 en R.W., 1992-93, 1269).

Het is evident dat de kwestie in eerste instantie een deontologische inhoud heeft, en in dat verband is het verwonderlijk in het arrest te lezen :

*"Het gebruikelijk "visum" door de stafhouder impliceert geen inhoudelijk nazicht, en doet niets af aan hetgeen voorafgaat."*

In werkelijkheid is de stafhouder de enige die de deontologische kwestie aan het oordeel van de bevoegde overheid kan voorleggen (artikel 457 Ger.W.). Bovendien ontbeert de rechter van de rechterlijke macht alle rechtsmacht om over een deontologisch probleem te oordelen (Brussel, 14 november 1996, J.L.M.B., 1997, 9 ; B.S., 26 november 1996, 29790).

De organen van de Orde van advocaten zijn immers wettelijk belast met de uitoefening van het tuchtrecht, en de rechtbanken of hoven kunnen dus niet in deze exclusieve bevoegdheidssfeer van een ander (tuchtrechtelijk) rechtscollege

treden.

7. Dit klemmt des te meer wanneer men het laatste lid van artikel 437 Ger.W. leest :

*"Indien er een reden van onverenigbaarheid bestaat, wordt de weglating van het tableau of van de lijst van stagiairs uitgesproken door de raad van de Orde, hetzij op verzoek van de betrokken advocaat, hetzij ambtshalve, en in dit laatste geval volgens de rechtspleging in tuchtzaken."*

De in het wetboek beschreven sanctie is dus een deontologische : de handelingen in strijd met de onverenigbaarheidsregel begaan, zijn volgens de termen van deze wettekst niet nietig, en worden ook niet strijdig met de openbare orde genoemd. Ze kunnen slechts aanleiding geven tot weglating uit het beroep.

Het geldt zelfs geen tuchtsanctie, daar slechts de rechtspleging verloopt *"volgens de rechtspleging in tuchtzaken"* (STEVENS, o.c., nr 302-306). Het geldt dus een procedure *"zoals in tuchtzaken"* en het enige bevoegde rechtscollege is de raad van de Orde, welke *"meester is van het tableau en de lijst van de stagiairs"* (artikel 432 Ger.W.).

8. Het is dan ook onduidelijk welke rechtsregels de beslissing van het Hof van Beroep schragen. In de overweging :

*"het komt het Hof dan ook voor dat de vordering als op een dergelijke akte en hieruit voortvloeiende prestaties gestoeld als ongeoorloofd en/of strijdig met de goede orde dient beschouwd en als gesteund op een onrechtmatig belang als niet-toelaatbaar dient afgewezen"*

worden een aantal begrippen onzorgvuldig door elkaar gebruikt.

Een vordering die ongeoorloofd is en/of strijdig met de goede orde, wordt verder gesteund op een onrechtmatig belang genoemd. Strijdig met de goede orde is geen juridisch concept en een contaminatie van de begrippen openbare orde en goede zeden.

De motivering is dus onduidelijk en dubbelzinnig, wat gelijk staat met een ontbrekende motivering. Temeer omdat de wet de sanctie van de niet-toelaatbaarheid die het Hof toepast, helemaal niet voorschrijft.

Er bestaat m.i. geen algemene rechtsregel die inhoudt dat (behoudens wettelijk verbod) iemand die taken van een (zelfs gereguleerd) beroep uitoefent, handelt in strijd met de openbare orde, zodat de overeengekomen vergoeding niet kan geëist worden in rechte (*"onrechtmatig belang"*).

Men denke aan de niet-jurist, die juridisch consult geeft, contracten opstelt, enz., terwijl er geen monopolie voor het juridisch consult door advocaten bestaat.

9. Het blijkt dus dat het Hof vertrekt van een definitie die juist afwijkt van deze van artikel 473, 3° Ger.W., om tot de niet toelaatbaarheid van de vordering op grond van artikel 437, 3° Ger.W. te besluiten (hoger nr 5).

Het arrest van het Hof van Cassatie van 14 januari 1993 houdt geen uitbreidende interpretatie (op louter tuchtrechtelijk vlak) van die regel in (hoger nr 6).

En de door het Hof van Beroep toegepaste sanctie volgt niet uit artikel 437, 3° zelf (hoger nr 7), noch uit enige duidelijke rechtsregel (hoger nr 8).

10. Wat dan te denken van de overwegingen dat de bekritiseerde volmacht om te verkopen (en een koper te zoeken) "*duidelijk commercieel is*", en dus in strijd met de commerciële ingesteldheid die wordt geviseerd in artikel 437, 3° Ger.W.

Buiten het stellen van daden van koophandel als zijn gewoon beroep, dus op regelmatige wijze, wordt de commerciële sfeer gekenmerkt door de notie van winstoogmerk (GLANSDORFF, B. en DIEUX, X., *Droit commercial général*, Ex. jur. (suite) II, *La commercialité*, T.B.H., 1994, 665, met kritiek op dit onduidelijk criterium).

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is het winstoogmerk immers één van de voorwaarden opdat kan gesproken worden van een handelsdaad ("*daad van koophandel*") (WYTINCK, P., "Het toepassingsgebied van de W.H.P.C. : overzicht van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer" in : Stuyck, J., (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, nr 16).

Wytinck, o.c., nr. 15 zegt dan ook duidelijk :

*"Vrije beroepers vallen dan ook niet onder het toepassingsgebied van de wet, tenzij zij in het kader van hun beroep producten zouden verkopen"*, en verder, o.c., nr. 26 zegt hij duidelijk : *"Aangezien voor het begrip dienst de wet terugvalt op de vereiste dat het om een "handelsdaad" ("acte de commerce"), d.w.z. een daad van koophandel in de zin van het wetboek van Koophandel, moet gaan, blijft m.b.t. diensten de notie van winstoogmerk belangrijk. Volgens de vaste rechtspraak van het hof van cassatie is het winstoogmerk immers één van de voorwaarden opdat kan gesproken worden van een handelsdaad ("daad van koophandel")."*

Het feit dat een ereloon of prijs (onder welke benaming ook, eventueel commissie) wordt gevraagd voor een dienst is op zich geen bewijs van winstoogmerk en speculatie die aan commercieel handelen noodzakelijkerwijze ten grondslag ligt, volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie (het ontbreken van winstoogmerk ontnemt aan de verrichting haar commercieel karakter ; Cass., 10/10/1895, Pas., 1895, I, 286 ; Cass., 12/3/1931, Pas., 1931, I, 119 ; Cass., 25/2/1935, Pas., 1953, I, 170 ; Cass., 30/12/1946, R.C.J.B., 1948, 24 ; Cass., 19/1/1973, Arr. Cass., 1973, 515, R.W., 1972-73, 1381 ; FREDERICQ, *Traité*, I, nr

18 ; FREDERICQ, Handboek van Belgisch Handelsrecht, I, nr 16).

Het gaat hem om de methode en aanpak die in een gereguleerd vrij beroep, onderworpen aan een deontologie en een tuchtoverheid, niet-commercieel naar voor komt : geen demarcherende wervende aanpak, geen winstbejag (DECKERS, E., "Associaties van notarissen en multidisciplinaire associaties", in : De notaris met U, nu en morgen, Academia-Bruylant, 1992, 85).

Zoniet zouden advocaten handelaars zijn ; zij ontvangen honoraria - soms zelfs gerekend in een percent wat gelijk is op een "commissie" - voor hun adviezen en het beredderen van andermans zaken, wat zonder twijfel objectief valt onder artikel 2 W.Kh. : "*elke onderneming van leveringen, van agentschappen, zakenkantoren ...*", zoals de zaakwaarnemers waarvan rechtspraak en rechtsleer unaniem aanvaarden dat ze wel handelaars zijn, ook al doen ze juist hetzelfde als een advocaat, bv. adviseren.

11. Wanneer men de onderhandelings- en adviesfunctie van de advocatuur, artificieel zou afscheiden van hun activiteiten in het kader van hun procesoptreden en mandaat ad litem, dus hun pleitmonopolie, zouden deze een "*objectieve daad van koophandel*" plegen, nl. een zakenkantoor uitbaten, zoals de zaakwaarnemers, de incassokantoren en de zakenkantoren doen, allen handelaars met verplichte inschrijving in het handelsregister.

Zo worden advocaten niet als handelaars beschouwd voor de "*objectieve daden van koophandel*" die zij of hun vennootschappen als advocaat dagelijks stellen, en die zaakwaarnemers, incassobureaus en zakenkantoren tot handelaars maken. Zo zijn boekhouders of accountants of hun vennootschappen handelaars tenzij zij lid zijn van het Instituut der Accountants (K.B., 14 juni 1985) of het Beroepsinstituut van de Boekhouders (K.B., 19/5/1992, Antwerpen, 1/12/1997, R.W., 1998-99, 407).

Voor deze K.B.'s werden deze personen steeds als handelaars beschouwd (VAN RIJN & HEENEN, o.c., nr. 380).

Zo is een fiduciaire of een fiscaal raadgever - bij gebreke tot op heden van instituut in het kader van de Wet van 1 maart 1976 - voor deze personen en hun vennootschappen, een handelaar, en is een advocaat-fiscalist geen handelaar voor identieke activiteiten (het pleiten voor de rechtbanken van fiscale zaken uitgezonderd).

Het al dan niet handelaar zijn (wat nog iets anders is dan objectieve handelsdaden stellen) hangt dus wel degelijk af van de persoon die de objectieve handelsdaden stelt en de hoedanigheid waarin hij ze stelt.

12. Vrije beroepers zijn echter geen handelaren en stellen geen daden van koophandel (BALLON, G.L., Art. Comm. Wetb. Kh., art. 1 W. Kh. 12-13, nrs. 24-25 ; MICHAUX, B., 'Les titulaires des professions libérales : ni vendeurs ni commerçants', T.B.H., 1996, 600, zie ook p. 606, 610 ; GLANSDORFF en DIEUX, o.c., 674 ; VAN LERSBERGHE, o.c., nr 364, nr 21).

Dat komt omdat deze beroepen traditioneel beschouwd worden als elk commercieel winstoogmerk uitsluitend (R.P.D.B., V° Commerce-commerçant, compl. V, nr 119).

Volgens VAN RYN & HEENEN (Principes, I, nr 389) gaat het om beroepen waarvan de deontologie en de methoden niet verenigbaar zijn met de technieken van het zakendoen, wat hen onderscheidt van de agentschappen of zakenkantoren van artikel 2 Wb. Kh. (ibidem, nr 380).

MICHAUX, B., o.c., pag. 606, nr 8, zegt :

*“ 8. Il a toujours été admis que les activités de certaines professions bien qu’elles puissent, matériellement, être considérées comme des activités d’entreprises de fourniture de services au sens de l’article 2 du Code de commerce ne constituaient pas des actes de commerce au sens de la loi parce qu’elles étaient le fait de professions dites professions libérales ; dès lors, vu que la L.P.C.C. exige pour s’appliquer que le service constitue un acte de commerce au sens de la loi, ces activités ne rentrent pas non plus dans le champ d’application de la L.P.C.C. La L.P.C.C. n’a en effet nullement indiqué, contrairement à ce qui est le cas pour les organismes publics et les associations sans but lucratif, qu’elle s’appliquerait aux activités de ces professions en dépit du fait qu’elles ne constituent pas des actes de commerce. “*

Deze auteur legt de lijn van het onderscheid tussen handelaars en vrije beroepers bij de onderwerping aan een deontologie (waar ook tegenpartijen zich op beroepen (o.c., pag. 607) :

*“ En réalité, nous partageons l’opinion de la doctrine qui fait autorité selon laquelle c’est la soumission à une déontologie qui caractérise la profession libérale et justifie son exclusion de la commercialité ; l’on pourrait encore aller plus loin en observant que les professions libérales se caractérisent par une soumission à des autorités propres (des Ordres inhérents aux lois organiques spécifiques) chargés du respect de la déontologie.*

*La L.P.L. conforte cette opinion ; elle définit en effet expressément l’autorité disciplinaire, à l’article 1er, alinéa 4 : ‘l’ordre professionnel ou l’institut professionnel compétent en vertu de la loi pour exercer la discipline à l’égard des personnes exerçant une profession libérale déterminée’ ; c’est la confirmation que la profession libérale ne se conçoit pas sans autorité disciplinaire (et donc sans*

déontologie). “

13. Het onderscheid tussen een niet commercieel advies van een advocaat en een commercieel advies van een zaakwaarnemer ligt dus finaal in het feit dat de eerste een vrij beroep uitoefent, de tweede handelaar is, of zoals MICHAUX zegt (o.c., pag. 604) :

*“ En deuxième lieu, une autre catégorie fort large est celle des ‘agences’ et des ‘bureaux d’affaires’ (art. 2, al. 6) ; il a été admis que cette dernière catégorie recouvrait notamment les activités d’agences matrimoniales, d’agences de recherches généalogiques, d’auto-écoles, de conseillers juridiques, de conseillers fiscaux, de conseillers comptables, etc. Cette catégorie est à ce point large, qu’elle serait susceptible d’accueillir les activités d’avocats, si ce n’est que ... traditionnellement ces dernières activités ne sont pas considérées comme des actes de commerce parce qu’étant le fait d’une profession libérale, dont les caractéristiques seront commentées ci-après. “*

14. Het is in dit kader dat de wet van 1 maart 1976 (“Kaderwet tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen”) zijn volle betekenis krijgt.

Inderdaad zijn de beroepen die in het kader van deze wet worden erkend, deontologische normen hebben gekregen en waarvoor in een eigen tuchtregeling werd voorzien bij K.B., meteen geen commerciële beroepen meer, en vallen hun zogenaamde objectieve daden van koophandel niet meer onder de bepaling van artikel 2 Wb.Kh.

De wetgever kan dus nieuwe vrije beroepen scheppen, en van commerciële beroepen vrije beroepen maken wat o.m. gebeurde door de wet van 23 juli 1953 op de bedrijfsrevisoren (GLANSBORFF en DIEUX, o.c., 675).

WYTINCK, o.c., pag. 11, nr 21, schrijft daarover :

“ 21. “Handelaar”

*Er wordt algemeen aangenomen dat het begrip handelaar verwijst naar het begrip “koopman” van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel. Onder deze definitie viel ten tijde van het inwerkingtreden van het W.P.H.C. bijvoorbeeld ook de boekhouder, voor zover zijn activiteiten niet vallen onder het monopolie toegewezen aan accountants (die zelf niet onder het toepassingsgebied valt aangezien hij een vrije beroeper is). Inmiddels vallen ook boekhouders binnen de categorie van “vrije beroepen” aangezien hun beroep gereguleerd is en een Instituut werd opgericht (Beroepsinstituut van Boekhouders). “*

(In dezelfde zin Antwerpen, 1/12/1997, R.W., 1998-99, 407 ; STRAETMANS, G.,

“Vallen accountants en boekhouders ook onder de toepassing van de nieuwe wet op de handelspraktijken?”, Balans 225, 8/12/1991 ; LENAERTS, G., “De zelfstandige boekhouder : beoefenaar van een vrij beroep?”, BIB Revue, 1996, nr 6, pag. 14-19 ; BONTE, J.P., “Zijn accountants nog kooplieden na de wet van 21 februari 1985?”, R.W., 1987-88, 1119 ; Kh. Kort Ged. Brussel, 20 februari 1990, T.R.V., 1990, 267, noot ; VAN LERSBERGHE, o.c., 365).

15. Hier zij toegevoegd dat de erkende vastgoedmakelaars zelf door hun erkenning als dienstverlenend intellectueel beroep bij K.B. van 6/9/1993 inclusief deontologie en een beroepsinstituut, naar men mag aannemen geen handelaars meer zijn, en dus de makelaardij in onroerend goed in hunnen hoofde geen daad van koophandel meer uitmaakt, maar een prestatie van een vrij beroeper.

Waar het arrest de advocaat verwijt “*objectieve handelsdaden*” te stellen, nl. makelaardij in onroerend goed, komt men dus tot de absurde situatie dat deze makelaardij, wel een handelsdaad zou uitmaken voor de advocaat - vrije beroeper, maar niet voor de makelaar - vrije beroeper !

16. Overigens, zelfs indien men een artificiële splitsing zou maken, dan zou nog hoofdens het door tegenpartij geciteerde arrest van het Brussels Hof (7/10/1993, J.T., 1994, 168) het om een commerciële activiteit gaat die een aanvulling is van een burgerlijke activiteit, en dus bijkomstig, wat de ganse activiteit burgerlijk laat blijven (VAN RYN & HEENEN, I, nr 67 ; FREDERICQ, I, nr 3).

P. Van Lersberghe schrijft desbetreffend :

*"Het feit voor de titularis van een burgerlijk beroep, zoals dat van landmeter, om hierbij een activiteit van commerciële aard uit te oefenen, volstaat op zich niet om aan het geheel het kenmerk van een handelsonderneming te verlenen, zodra blijkt dat die activiteit slechts een bijkomstig karakter vertoont. Indien de handelsactiviteit evenwel min of meer onafhankelijk is van de burgerlijke activiteit, in plaats van er een aanvulling van te zijn, en indien zij de uitoefening van een beroep uitmaakt, is de betrokkene een handelaar, zelfs indien de activiteit slechts van minder belang is in vergelijking met het burgerlijk beroep. Het komt m.a.w. aan de rechtbank toe in concreto de feitelijke omstandigheden en de uitgebreidheid van de activiteit te beoordelen en te bepalen of zij een commercieel karakter vertoont. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat de landmeter, die op gebruikelijke wijze optreedt als vastgoedmakelaar en hiervoor publiciteit maakt en over een aangepaste infrastructuur beschikt, bij die gelegenheid handelt als handelaar (Brussel, 7 oktober 1993, J.T., 1994, 168)."*

17. De hoedanigheid van handelaar is een "*juridisch feit*", en kan dus het voorwerp uitmaken van de censuur van het Hof van Cassatie (VAN RIJN & HEENEN, o.c., T. I, nr 101) en de appreciatie van de bodemrechter terzake is dus niet

onaantastbaar.

Immers *"en reconnaissant à un fait un certain caractère légal déterminé, le juge du fond statue ... nécessairement en droit. Dès lors, la Cour de Cassation a compétence pour contrôler le caractère légal que le juge du fond attribue aux faits qu'il constate"* (SIMONT, L., Des pourvois en cassation en matière civile, nr 186 ; GLANSDORFF & DIEUX, o.c., 664).

18. Tenslotte dient er op gewezen dat de zorg om *"commerciële handelingen"* in een vrij beroep een achterhaald debat is in alle vrije beroepen.

Het gold in wezen een zogenaamde *"deontologische"* visie op het vrij beroep, waardoor de vrije beroepen en hun deontologische overheden in werkelijkheid economische baten zochten, nl. uitbreiding of versterking van monopolieposities tegenover hun commerciële belagers buiten het eigen vrije beroep (wat in economische termen rent seeking wordt genoemd).

Door zich als niet-handelaren te profileren, en elk *"commercialiseren"* uit te sluiten (wat zich uitte in verbod op reclame, verbod op commercieel geachte praktijken als no cure no pay, of belangname in de opbrengst van de dienst of commerciële handeling), werd getracht de eigen markt te monopoliseren, dus concurrentie door derden uit te schakelen, en concurrentie tussen de vrije beroepers onderling te beperken.

Men weet dat de Europese en Belgische concurrentie-autoriteiten daar tegenin zijn gegaan, door de erkenning door te drukken dat alle vrije beroepen in de economische sfeer liggen en de economische wetmatigheden waaronder voornamelijk de vrije concurrentie moeten ondergaan (Hof van Cassatie, 7 mei 1999, T.B.H., 1999, 490 ; NYSSSEN, H., referendaris bij het Gerecht van Eerste Aanleg der Europese Unie, Concurrence et ordres professionnels : les trompettes de Jericho sonnent-elles ?, T.B.H., 1999, 475 ; Europ. commissie, 7 april 1999, zaak IV/36.147, EPI-gedragscode, L. 106/14 ; VAN DEN BOSSCHE, A.M., "Voor economische vrijheid en mededingingsrecht : hoe vrij is de plichtenleer in het beperken van de economische keuzevrijheid van vrije beroepen ?", T.P.R., 2000, 13 . H.v.J., 19 februari 2002 (twee arresten Nova), J.T., 2002, 462, 463 ; DEFALQUE, L., "L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels", J.T., 2002, 457).

19. Op een ogenblik in de evolutie der geesten, waarop het Europees Hof van Justitie de advocaten ondernemers en hun balies ondernemersverenigingen noemt, en verbod oplegt nog concurrentiebeperkende maatregelen, zoals reclameverbod of ereloontarieven op te leggen, kan bezwaarlijk worden voorgehouden dat de door het Hof te Gent aan de kaak gestelde volmacht niet zou kaderen in de normale beroepsactiviteit van een advocaat (zijnde *"een gebruikelijk burgerlijk mandaat"*, dat *"in het kader van een louter juridische bijstand aan de mandanten is tot stand gekomen"*) en dus als *"duidelijk commercieel"* moet verboden worden, in die mate

dat de toegang tot het gerecht zou moeten ontzegd worden aan een advocaat die dergelijk mandaat opnam.

Een dergelijke vaststelling is strijdig met de Belgische en de Europese concurrentieregels.

Mocht een raad van de Orde een reglement uitvaardigen met de strekking van het arrest te Gent, of een tuchtsanctie uitspreken op grond van de vaststellingen van dit arrest, dan lijkt mij de kans reuze groot dat deze beslissingen zouden vernietigd worden op grond van de concurrentieregels.

Bovendien dwaalt de beslissing in feite daar het dossier aantoont dat het mandaat tot verkoop werd gegeven in het kader van een gerechtelijk mandaat voor een actie in ontbinding van een pachtovereenkomst, en een gemeenrechtelijk mandaat tot negotiatie en ondertekening van een minnelijke pachtbeëindiging, met gerechtelijk mandaat om deze voor de Vrederechter te decreteren.

Het gaat dus om een uitloper van deze gerechtelijke acties en mandaten.

20. Dat ook de bemiddeling en mandaat voor aankoop en verkoop van onroerende goederen tot de taken van de advocatuur worden gerekend, blijkt zowel uit de richtlijn 2001/97/EG van 4 december 2001 van het Europees parlement en de Raad tot wijziging van de richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van

het gebruik van het financieel stelsel voor het witwassen van geld, als uit het wetsontwerp tot omzetting van deze richtlijn in de Belgische rechtsorde (dat eenvoudig de termen van de richtlijn letterlijk overneemt).

Deze wettelijke instrumenten onderwerpen advocaten aan de identificatie- en meldplicht die bv. reeds op bankiers en andere beroepsbeoefenaars, zoals notarissen rust, o.m. wanneer zij deelnemen hetzij door het bijstaan van hun cliënt bij het voorbereiden of uitvoeren van transacties in verband met de aan- en verkoop van onroerend goed of bedrijven, hetzij door op te treden in naam en voor rekening van hun cliënt in enigerlei financiële of onroerende goedtransactie (artikel 2bis, punt 5, a) en b) van de gewijzigde richtlijn).

Deze taken worden door zowel de richtlijn als de toekomstige wet wel degelijk tot de gewone taken van de advocaat gerekend, alhoewel niet tot zijn kernactiviteit, zijnde het bepalen van de rechtspositie van de cliënt alsook het juridisch advies in dat verband, en zijn verdediging in rechte.

Het gaat om activiteiten die niet beroepsspecifiek aan de advocaat worden genoemd, maar die slechts accessoir worden uitgeoefend door de advocaat (GRIJSELS, C., Witwasbestrijding en het beroepsgeheim : Europeesrechtelijke ontwikkelingen, Studiedag 18 oktober 2002, Orde van Advocaten te Antwerpen -

nog te verschijnen, pag. 10).

Dat is de reden trouwens waarom het Europees parlement en de Belgische wetgever menen dat terzake van het beroepsgeheim van de advocaat kan worden afgeweken bij uitzondering op de waarborgen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en hem een aangifteplicht kan worden opgelegd, onder wettelijk bepaalde voorwaarden (conform een advies van 23 mei 2000 van de juridische dienst van de Raad van de Europese Unie).

Uit het voorgaande moge blijken dat het Gentse Hof in het van ambtswege opgeworpen middel geen rekening hield met de evoluties in het beroep van advocaat, en eerder een beeld schetste van "*l'avocat à papa*", om tot zijn conclusie te komen.

Ik meen dus dat de besluitvorming van het Hof niet kan gevolgd worden.

Stafhouder Jo STEVENS  
Bestuurder departement deontologie

31/10/2002