

Departement deontologie
Adviezen in deontologische kwesties

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

1/OVB/Dep. Deontologie 227

Beroepsgeheim/briefwisseling van de raadsman met (nadien) gefailleerde vennootschap - mag curator deze aanwenden ? - hangt af van de werkelijke adressant van de brieven, de zaakvoerder/bestuurder of de vennootschap

1. De vraag wordt gesteld :

"Mag een curator van een in faillissement verklaarde vennootschap de briefwisseling, die gevoerd is tussen de gefailleerde vennootschap en haar voormalig raadsman, in bezit hebben en in rechte in een procedure en/of strafklacht aanwenden, met dien verstande dat de briefwisseling en/of uitgaat van en/of bestemd is voor de vennootschap, en niet ten persoonlijke titel met de vennoot, zaakvoerder, bestuurder en/of afgevaardigd bestuurder is gevoerd geworden ?"

Aldus gesteld heeft de vraag een algemeen belang en draagwijdte, die boven het besproken geval uitreikt, en beantwoording verdient. Ik kan U hierbij mijn mening terzake als volgt verwoorden :

2. Daarbij grijp ik toch even terug naar het concreet voorgelegde geval, omdat dit (een deel van) de vraagstelling verduidelijkt. Het draait om de noties *"uitgaat van en/of bestemd is voor de vennootschap, en niet ten persoonlijke titel met de vennoot, zaakvoerder, bestuurder en/of afgevaardigd bestuurder is gevoerd"*.

Volgens het chronologisch overzicht, waarin de bewuste brief van bestuurder J.V. aan de advocaat in kwestie werd geciteerd (pag. 9-11) gaat het essentieel - zoals de hoofding *"Subject : strategie en positie van J. V."* het aanduidt - om een raadpleging door en voor de betrokken bestuurder, en betreft het zijn positie bij een eventuele overname van de intussen ook failliet verklaarde vennootschap P. door S.

Zoals het voorbeeld aanduidt is het niet altijd evident te zien wie degene is die de advocaat consulteert en voor welk belang. Zijn belang als bestuurder of aandeelhouder, of dat van de vennootschap waarin hij bestuurder of aandeelhouder is. Deze belangen kunnen samenlopen of divergeren.

Ik ben van mening dat men naar de inhoud van de vraagstelling (of het advies) moet zien om uit te maken door en voor wie de vraag gesteld is, en voor wie het antwoord gegeven wordt, eerder dan naar het gebruikte briefpapier of de gebruikte titulatuur (ook advocaten gebruiken voor hun privé zaken wel eens briefpapier van hun kantoor).

Bovendien kan een door de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder gestelde vraag betrekking hebben op zijn aansprakelijkheid, of tot zijn aansprakelijkstelling leiden, wat maakt dat het consult niet voor derden, en mogelijk zelfs niet voor de vennootschap bestemd was.

3. Eveneens voorafgaand wil ik er op wijzen dat de beoordeling van het beroepsgeheim naar deontologische normen, niet noodzakelijk samenvalt noch hoeft samen te vallen met de beoordeling ervan naar strafrechtelijke of zelfs burgerrechtelijke (aansprakelijkheids-) normen. Dat komt tot uiting in de cassatierechtspraak die vaststelt dat een advocaat geen inbreuk maakte op artikel 458 Sw., daaraan toevoegend : *"onverminderd de toepassing van de regels van de beroepsplichtenleer"* (Cass., 10 maart 1982, R.W., 1982-83, 234 ; Cass., 12 maart 1980, R.W., 1980-81, 847).

Wij houden ons hier vanzelfsprekend uitsluitend aan de deontologische kant van het beroepsgeheim, ook al komen daarbij andere elementen kijken.

4. Ook al is artikel 50 van de faillissementswet van 1997 terzake niet direct toepasselijk (het gaat niet om briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt na het faillissement welke ingevolge artikel 50 door de post aan de curator moet worden bezorgd minstens tot de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van de schuldvorderingen), toch moet hier ons onderzoek starten.

Deze bepaling vormt immers een uitzondering op het briefgeheim (oud artikel 478 Wetboek Koophandel) door artikel 29 van de Grondwet beschermd (VAN CAMP, E. De nieuwe faillissementswet, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, 161 ; VEROUGSTRAETE, Y., Manuel de la faillite et du concordat, Diegem, Kluwer, 1998, 349).

Nochtans werd en wordt algemeen aanvaard dat deze regeling de curator niet toelaat een inbreuk te maken op de door het beroepsgeheim en de rechten van de verdediging gewaarborgde rechten van de betrokken gefailleerde, zijn verantwoordelijken en aandeelhouders tot wie het advies is gericht.

Reeds onder het oude artikel 478 van de faillissementswet werd geoordeeld dat een advocaat-curator zorg moet dragen voor de eerbiediging van het beroepsgeheim van zijn confraters, en meer speciaal van de advocaat van de gefailleerde (vennootschap of privaat persoon).

In het Recueil des règles professionnelles de l'Ordre français du barreau de Bruxelles (nr 243) heet het :

"L'article 478 de la loi sur la faillite porte : 'Les lettres adressées au failli seront remises aux curateurs qui les ouvriront ; si le failli est présent, il assistera à leur ouverture'.

Ce détournement du courrier au profit de la masse des créanciers implique que, avertie par le greffe, la Régie des postes est tenue de délivrer au seul curateur l'ensemble de la correspondance, des télégrammes, avis, assignations, plis ordinaires ou recommandés, plis judiciaires adressés au failli. Cette règle ne connaît qu'une exception : les lettres que le curateur adresse lui-même au failli et qui portent sur l'enveloppe la mention qu'elles peuvent lui être remises avec l'autorisation du curateur, et avec l'accord de celui-ci.

Le conseil d'un failli personne physique qui lui expédie une lettre par voie postale expose donc le curateur à ouvrir involontairement une lettre couverte par le secret professionnel, puisque celui-ci n'apparaîtra qu'à la lecture de cette lettre ; dans ce cas, le curateur renverra la lettre à son confrère sans qu'il puisse faire état de ce qu'il aurait appris. Cette situation est à éviter : elle contraint le curateur à prendre connaissance d'une lettre dont il devra oublier le contenu ; en outre, sur le plan pratique, elle aboutit à voir la lettre revenir à son expéditeur après plusieurs jours, sans que le failli ait été atteint.

Dans ces conditions, les avocats veilleront à remettre en mains propres les lettres qu'ils destinent à leurs clients faillis. Si cela n'était pas possible, il leur est loisible d'adresser au curateur la lettre qu'ils destinent au failli, sous pli fermé et timbré, en priant le curateur de l'adresser au failli par la poste, avec son autorisation. L'avocat du failli sera attentif au fait que ce mode d'expédition double au moins le délai de communication de la lettre. Il va de soi, par ailleurs, que le failli peut parfaitement écrire directement à son conseil ; il ne perdra cependant pas de vue que si, pour un motif ou pour un autre, cet envoi était retourné à l'expéditeur, c'est au curateur qu'il parviendrait."

Zie ook ZENNER, A., Dépistage, Faillites & Concordats, Larcier, Brussel, 1998, 400, 1°.

(Het is evident waarom de regel beperkt is tot advocaten van fysieke personen : na het faillissement heeft de advocaat geen contact meer met de rechtspersonen, enkel, in voorkomend geval, met hun ex-bestuurders, verantwoordelijken of aandeelhouders, op wie artikel 50 (oud 478) niet van toepassing is.)

Ook de uitzondering van artikel 50 op het briefgeheim vormt geen uitzondering op het beroepsgeheim en de rechten van de verdediging.

5. Ik meen dat de vraag verkeerd wordt gesteld als men ze stelt in termen van "*de briefwisseling met de advocaat is een activabestanddeel van het faillissement*" of "*de*

curator is geen derde, doch de rechtsopvolger van de gefailleerde vennootschap, een gerechtelijk mandataris belast met het beheer, en die dus beschikt over alle bestanddelen die hij in de vennootschap vindt, ook deze briefwisseling met de (voormalige) raadsman".

Het is enerzijds perfect denkbaar dat een zogenaamd activabestanddeel niet ter beschikking is van de curator, wegens het respect verschuldigd aan hogere waarden zoals de rechten van de verdediging en het beroepsgeheim.

Bovendien mag betwijfeld worden of in casu de curator wel als iemand die in de rechten treedt van de gefailleerde kan beschouwd worden. De curator (en de massa) worden als derden beschouwd t.a.v. het recht van de gefailleerde op het bewaren van het beroepsgeheim van hun advocaat, een recht dat strikt persoonlijk is en niet overdraagbaar aan derden (zelfs niet aan de erfgenamen van de gefailleerde).

De curator wordt als een derde beschouwd wanneer hij (zoals in casu) aan het parket de inlichtingen en documenten die het opvraagt overmaakt (CLOQUET, A., *Novelles IV, Les concordats et la faillite*, 2^o ed., Brussel, Bruylant, 1975, nr 2166, 11^o).

Dat betekent niet dat de uitzonderingen op het beroepsgeheim niet zouden gelden bv. wanneer middels een brief van de advocaat aan de gefailleerde vennootschap kan bewezen worden dat de advocaat een beroepsfout heeft gemaakt waarvoor de curator hem verantwoordelijk zal dienen te stellen.

Het beroepsgeheim is immers geen scherm waarachter de advocaat zijn eigen fouten op burgerrechtelijk of strafrechtelijk gebied kan verstoppen.

6. Daarnaast is het onjuist dat het beroepsgeheim in de eerste plaats de advocaat beschermt. Het is van openbare orde, omdat het van wezenlijk belang is i.v.m. de rechten van de verdediging en het belang dat de gemeenschap erbij heeft dat mensen om hun rechten en plichten voor de wet te kennen een beroep doen op de raad van een advocaat (STEVENS, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Kluwer, Antwerpen, 1997, nr 814 e.v.).

Indien met zekere rechtspraak aanvaard wordt dat de cliënt de brief die hij schreef aan zijn advocaat (of de brief die hij van zijn advocaat ontving) in de openbaarheid kan brengen, strijdt het met het beroepsgeheim en met de rechten van de verdediging indien een derde, zoals een curator, dat zou kunnen doen.

7. De advocaat-curator moet dus voorzichtigheid aan de dag leggen i.v.m. vertrouwelijke dossiers en advocatenbriefwisseling die hij aantreft in zijn faillissement.

In principe zal hij het beroepsgeheim en de rechten van de verdediging van de betrokken personen moeten eerbiedigen en doen eerbiedigen.

G.A. Dal schrijft i.v.m. een beslag door de onderzoeksrechter in handen van de curator :

"Mais des situations délicates peuvent se présenter lorsque le curateur est mis en possession de dossiers confidentiels contenant de la correspondance échangée entre le failli et son conseil et qu'il est invité à s'en dessaisir dans le cadre des devoirs ordonnés par un juge d'instruction. En sa qualité de mandataire de justice, il ne pourrait en principe s'opposer à la saisie par le magistrat instructeur de documents et archives trouvés chez le failli et inventoriés, même s'ils sont déposés en son cabinet pour l'exécution de sa mission. Mais ce mandataire de justice étant avocat, il est de son devoir de veiller en toutes circonstances au respect du secret professionnel qui protège, même à son égard, la correspondance entre un avocat et son client. L'avocat curateur mettra le juge commissaire au courant de cette situation et, les documents litigieux étant saisis par le juge d'instruction, il préviendra celui-ci qu'il les soumet au bâtonnier." (DAL, G.A., La déontologie des avocats mandataires de justice, in : Jura Vigilantibus, Antoine Braun, Les droits intellectuels, le barreau, Larcier, Brussel, 1994, 341).

8. Het lijkt evident dat een curator van een vennootschap de briefwisseling van en met de ex-advocaat van deze vennootschap in zijn bezit mag hebben, vermits hij ze in de archieven en dossiers van de vennootschap zal vinden.

Of hij ze in rechte mag aanwenden hangt af van de werkelijke bestemming of adressant van de briefwisseling : gaat het om de vennootschap of langs de vennootschap (of haar briefpapier) om, om bestuurders, verantwoordelijken, aandeelhouders.

M.a.w. is de vraag : worden deze werkelijke bestemmingen of adressanten benadeeld door een eventuele inbreuk op het beroepsgeheim van de advocaat of op de rechten van de verdediging die betrokken zijn bij het consulteren van een advocaat.

9. Een gelijkaardige regel kan men vinden in Duitsland, waar nochtans wordt uitgegaan van een diametraal ander rechtsprincipe :

In Duitsland mag de cliënt beschikken over het beroepsgeheim ; hij is "*Herr des geheimnisses*".

In Duitsland wordt aanvaard dat de curator (Konkursverwalter) de beschikkingsbevoegdheid van de gefailleerde over het beroepsgeheim overneemt en uitoefent, in zoverre het mandaat van de advocaat van de gefailleerde aangelegenheden van de massa betreft. Hij wordt dus de "*Herr des Geheimnisses*".

Daarvan wordt afgeweken wanneer de advocaat niet enkel de raadsman was van de gefailleerde vennootschap, maar ook in een beroepsmatige vertrouwensrelatie stond tot één of meer bestuurders individueel, en als hun persoonlijk raadsman optrad. Ook wanneer de advocaat zelf failliet wordt verklaard, komt het beroepsgeheim niet ter beschikking van de curator, evenmin als de activa (dossiers, cliëntenbestand) waarmee

beroepsgeheim is gemoeid (FEUERICH en BRAUN, Bundesrechtsanwaltsordnung, 3^o ed., München, Verlag Franz Vahlen, 1995, § 44, 1, 38, pag. 339).

Stafhouder Jo STEVENS
Bestuurder departement deontologie

05/01/2005