



Advies 410

Reorganisatie - onafhankelijkheid - volmacht

De advocaat dient in volledige onafhankelijkheid op te treden - de advocaat van de schuldenaar heeft de taak (in het kader van de Wet Continuïteit der Ondernemingen) het reorganisatieplan van zijn cliënt voor te stellen en te verdedigen. Zelfs indien de advocaat van de schuldeiser dit objectief doet en de schuldeiser objectief inlicht over de toestand van de schuldenaar en over het reorganisatieplan zal hij zich niet volledig kunnen losmaken van de behartiging van de belangen van zijn cliënt, de schuldenaar. De tussenkomst van een advocaat is onlosmakelijk verbonden aan zijn bijstands- en adviesverplichting.

De stafhouder verzet zich tevens tegen het optreden van een advocaat die aangesteld wordt door de advocaat van de schuldenaar. Deze werkwijze wordt algemeen aanvaard in België door de rechtbanken van koophandel - het is belangrijk dat deze derde werkelijk onafhankelijk optreedt. Het feit dat een aangeduide advocaat betaald wordt door de schuldenaar kan de onafhankelijkheid aantasten.

Vraag:

Een confrater van balie Y treedt op voor een bedrijf dat een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie had ingediend dat goedgekeurd diende te worden door de rechtbank van koophandel te ... In het kader van de reorganisatie werd een reorganisatieplan opgesteld dat in volledige betaling voorzorg van de schuldeisers van zowel de hoofdsom als de intresten en kosten.

De raadsman van het ... bedrijf verzocht een confrater van balie X om de schuldeisers op de "stemming"-vergadering te vertegenwoordigen. De schuldeisers werden verzocht de volmachtformulieren terug te zenden aan de advocaat van balie Y.

De stafhouder van balie X bezorgde gelijkaardige brieven van confraters die optraden voor schuldenaars.

Advies:

Overeenkomstig de wet continuïteit der ondernemingen (W.C.O.) dient het plan goedgekeurd te worden door een kwantitatieve en een kwalitatieve meerderheid van de schuldeisers die stemgerechtigd zijn. De wet voorziet in de mogelijkheid om kosteloos per volmacht te stemmen.

Het Brusselse hof van beroep oordeelde dat geen enkele bepaling van de wet continuïteit der ondernemingen verbiedt dat de schuldenaar de schuldeisers vertegenwoordigt bij de stemming (hof van beroep Brussel 3 maart 2011, *JLMB*. 2011, pag. 994).

Artikel 25 van de deontologische regels van de balie te ... luidt als volgt:

“Het is de advocaat, wiens cliënt de schuldeisers voorstellen wil doen met het oog op het bekomen van een reorganisatie, toegelaten de schuldeisers voor te stellen hem een volmacht te geven om te stemmen wanneer:

- de schuldeiser objectief werd ingelicht over de toestand van zijn schuldenaar en over de volledige, gedetailleerde en laatste voorstellen die op de vergadering ter stemming zullen worden gebracht en hij verklaart deze voorstellen zonder meer en ongewijzigd te aanvaarden,

- de advocaat van de aanvrager, die de schuldeisers voorstelt hem een stemvolmacht te geven, deze schuldeiser eraan herinnert:

1) dat het hem vrij staat zich persoonlijk op de vergadering aan te bieden of er zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat van zijn keuze,

2) dat een advocaat zich het recht voorbehoudt zich bij de stemming te onthouden wanneer een nieuw gegeven de omstandigheden die aan de basis lagen van de voorstellen, zou wijzigen.”

Artikel 26 van dit reglement bepaalt:

“Het is de advocaat van de aanvrager verboden een volmacht onder een andere vorm of volgens andere modaliteiten te aanvaarden. Dit verbod geldt eveneens voor de gewezen advocaat van de schuldenaar, tenzij hij geraadpleegd werd in een aan het faillissements- of de reorganisatie volledig vreemde aangelegenheid.”

De stafhouder van balie X schreef op 31 mei 2011 als volgt aan de leden van zijn balie:

“Wet continuïteit ondernemingen:

De voorzitter van de kamer voor handelsonderzoek bij de rechtbank van koophandel te ... vestigt mijn aandacht er op dat sommige advocaten die namens een schuldenaar de gerechtelijke reorganisatie aanvragen aan schuldeisers meteen een volmacht vragen op hun naam zodat zij namens deze schuldeisers op de zitting hun stem kunnen uitbrengen. Voor zover als nodig breng ik u in herinnering dat een advocaat in dezelfde procedure nooit meerdere partijen mag vertegenwoordigen die principieel strijdige belangen hebben. Ook al lijken die belangen op een bepaald ogenblik niet even strijdig, zoals bijvoorbeeld bij revindicatie na beslag ten laste van een andere persoon.



Het is evident dat men in een procedure niet terzelfdertijd de raadsman kan zijn van de schuldenaar die een tegemoetkoming vraagt vanwege zijn schuldeisers en van één of meerdere van deze schuldeisers.”

Dit standpunt is wellicht gestoeld op het rechtsbeginsel dat diegene die voor rekening van een andere rechtshandelingen moet stellen, verbiedt op te treden als diens tegenpartij (Cass. 7 december 1978, Pas. 1979, I, 408; zie over het rechtsbeginsel: B. TIELEMAN, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB, P.J. NAEYAERT, Bijzondere overeenkomsten- Tussenpersonen (1999-2009), TPR 2010, 589).

Het standpunt van de stafhouder van balie X werd in vraag gesteld op een studieavond van het Centrum Beroepsopleiding Rechten (CBR) in Antwerpen van 11 oktober 2011. Professor M. VANMEENEN meende dat de volmacht mag afgegeven worden aan de advocaat van de schuldenaar die het reorganisatieplan voorstelt. Dit standpunt werd bevestigd door de auteurs A. VAN HOE en M. A. VREVEN die over de deelname aan de stemming per vertegenwoordiger onder meer als volgt schreven:

“Onduidelijkheid bestaat over de mogelijkheid voor de schuldenaar of diens advocaat, om als vertegenwoordiger van de schuldeiser op te treden. Tegen deze praktijk wordt opgeworpen dat een inherente belangentegenstelling tussen de schuldenaar en de schuldeisers verbiedt dat “de schuldenaar” stemt over het reorganisatieplan. Deze visie gaat ons inziens uit van een te strenge invulling van de belangentegenstelling tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Op theoretisch vlak is dergelijke belangentegenstelling inderdaad aanwezig. Deze belangentegenstelling kan evenwel worden opgeheven door de schuldeisers waarmee deze instemt met het reorganisatieplan. Op dat ogenblik verzet niets zich tegen een vertegenwoordiging van de schuldeisers door de schuldenaar. Het hof van beroep te Brussel oordeelde in die zin, door te stellen dat geen enkele bepaling van de wet continuïteit ondernemingen verbiedt dat de schuldenaar de schuldeisers vertegenwoordigt.

De tussenkomst van de advocaat van de schuldenaars stelt vanuit deontologisch oogpunt wel een uitdaging. Deze advocaat heeft immers een vertrouwensrelatie met de schuldenaar, uit hoofde waarvan hij over informatie beschikt die niet noodzakelijk in het reorganisatieplan opgenomen is. Deze uitdaging heeft evenwel niet zozeer betrekking op de persoon van de lasthebber, in casu een advocaat, maar wel op de wijze waarop de volmacht verkregen wordt. De regeling die in de deontologische regel de huishoudelijke reglementen van de Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel is opgenomen om deze spanning op te vangen strekt tot voorbeeld. De mogelijkheid voor de advocaat van de schuldenaar om als lasthebber op te treden, wordt erkend, doch er is voorzien in omkaderende waarborgen die moeten verzekeren dat de instemming van de schuldeiser op transparante wijze verkregen wordt.” (Arie Van Hoe en Myriam Alexandra Vreven “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord” TBH, nr. 09/2001 pag. 853).

Auteur A. ZENNER schrijft hierover als volgt:

“La pratique de la collecte des procurations a été admise de tout temps: encore faut-il respecter quelques prescriptions pour qu'elle ne prête pas le flanc à critique.



Il va de soi que ni un mandataire de justice intervenant dans la procédure, ni le juge délégué, ni le greffier, ne peuvent représenter les créancier. Selon d'aucuns la procuration ne pourrait être consentie au débiteur lui-même ou à son conseil, à peine d'être frappée de nullité du fait de l'opposition d'intérêts. A supposer qu'ait existé une opposition de cet ordre, elle n'existe plus à compter au du moment où le créancier s'est déterminé en faveur du plan de son débiteur. A suivre cette thèse, au surplus, toute réorganisation judiciaire supposerait en pratique la désignation d'un mandataire indépendant, ce que la loi ne prévoit pas. Il reste que l'intervention du conseil du débiteur comme mandataire des créanciers doit être considérée avec prudence, surtout si ceux-ci ne paraissent pas avoir été complètement informés.

Plus que la personne du mandataire, c'est la manière dont le mandat est obtenu qui paraît importante. Comme toute autre convention en effet, le mandat peut être vicié par le dol ou l'erreur de consentement. Il importe donc qu'il soit donné en connaissance de cause par le créancier, sur la base d'une information sincère et complète ; ainsi nous paraissent susceptible de critiques les mandats donnés sans communication du plan de réorganisation ou, en cas de modification donnés sans propositions, les mandats donnés sur des propositions différentes de celles qui ont été protégées à la connaissance du créancier. Un mandat en blanc, c'est-à-dire indépendant de la teneur des propositions ou sans désignation du mandataire, n'est pour autant pas exclu.

L'article 440, alinéa 2 du Code judiciaire dispose que "L'avocat comparait comme fondé de pouvoirs sans avoir à justifier d'aucune procuration sauf lorsque la loi exige un mandat spécial. Certains estiment que cet article permet au conseil du créancier de participer en son au scrutin sans justifier de son mandat : d'autres considèrent que mandat ad litem n'a pas cette portée". (A. ZENNER, Elaboration, vote et homologation du plan de réorganisation judiciaire, <http://www.financialforum.be/FinancialForum/DOC/879a.pdf>).

Het standpunt van de auteurs Van Hoe en Vreven kan mijns inziens niet gevolgd worden. Zij houden onvoldoende rekening met de specifieke deontologische verplichtingen van de advocaat. Het verwondert mij enigszins dat zij de stafhouder van balie X niet hebben gevraagd zijn standpunt toe te lichten. In het kader van hun grondig onderzoek was dit wellicht aangewezen.

De advocaat dient in volledige onafhankelijkheid op te treden. De advocaat van de schuldenaar heeft de taak het reorganisatieplan van zijn cliënt voor te stellen en te verdedigen. Zelfs indien de advocaat van de schuldeiser dit objectief doet en de schuldeiser objectief inlicht over de toestand van de schuldenaar en over het reorganisatieplan zal hij zich niet volledig kunnen losmaken van de behartiging van de belangen van zijn cliënt, de schuldenaar. De tussenkomst van een advocaat is onlosmakelijk verbonden aan zijn bijstands- en adviesverplichting (zie ook RENARD en RENARD in noot onder hof van beroep te Brussel 3 maart 2011, *JLMB* 2011-995 e.v.).

Het komt mij derhalve voor dat het standpunt uiteengezet in de brief van de stafhouder van balie X van 31 mei 2011 correct is.



De stafhouder van balie X verzet zich eveneens tegen het optreden van een advocaat die aangesteld wordt door de advocaat van de schuldenaar.

Na navraag in diverse andere arrondissementen blijkt deze werkwijze algemeen aanvaard te worden in België door de rechtbanken van koophandel.

Ook de voorzitter van de kamer van handelonderzoek te ... - met wie ik hierover een onderhoud had - ziet geen graten in deze werkwijze. Navraag leert mij wel dat sommige aangeduide confraters kosteloos optreden en dus niet vergoed worden voor hun tussenkomst. Uit het voorliggend dossier blijkt evenwel dat sommige confraters zich laten vergoeden door de schuldenaar.

“Het is een gevestigde praktijk om de volmachten te centraliseren bij een door de schuldenaar aangewezen advocaat. Deze brengt dan opeenvolgende en onderscheiden stemmen uit over het reorganisatieplan. Aangezien het telkens onderscheiden stemmen betreft, kan deze lasthebber zowel positieve als negatieve stemmen uitbrengen. Deze praktijk heeft als voordeel dat een onafhankelijke derde wordt betrokken bij het stemproces. Deze advocaat kan bijvoorbeeld toezicht houden op de overeenstemming van het reorganisatieplan met de opgestuurde volmachten.” (A. VAN HOE en M. VREVEN, o.c., 853)

Het is dan ook belangrijk dat de derde, waarvan sprake in bovenvermelde passage, werkelijk onafhankelijk optreedt. Het feit dat een aangeduide advocaat betaald wordt door de schuldenaar kan de onafhankelijkheid aantasten. Derhalve is het aangewezen dat de advocaat die aangesteld wordt:

- dit doet in volle onafhankelijkheid. Dit houdt m.i. in dat de advocaat ook geen vergoeding ontvangt van de schuldenaar;
- in de mogelijkheid is, indien hij hiertoe gevraagd wordt, volledige en in volle onafhankelijkheid informatie te kunnen verschaffen over het reorganisatieplan;
- onderzoekt dat de volmacht die hij ontving overeenstemt met het reorganisatieplan waarover de schuldeiser volmacht verleende. Zo niet onthoudt hij zich, of indien zulks mogelijk, brengt hij de schuldeisers op de hoogte omtrent deze nieuwe gang van zaken en vraagt hij desgevallend een nieuwe volmacht.

Tevens dienen de volmachten door de schuldeisers verzonden te worden aan de aangestelde advocaat (en niet aan de advocaat van de schuldenaar) en verdient het aanbeveling dat de brief aan de advocaat van de schuldenaar vermeldt dat het de schuldeiser steeds vrij staat zich persoonlijk op de vergadering aan te bieden om te stemmen of zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat van zijn keuze.

Edward Janssens
Bestuurder departement deontologie

29 november 2011

